

ACÓRDÃO Nº 005818/2024-PLEN

1 PROCESSO: 112315-4/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

3 INTERESSADO: PLANINVESTI ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS

4 UNIDADE: FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

5 RELATOR: MARCIO HENRIQUE CRUZ PACHECO

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **IMPROCEDÊNCIA** com **COMUNICAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto do Relator.

9 ATA Nº: 5

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, José Maurício de Lima Nolasco, Marianna Montebello Willemann, Domingos Inácio Brazão e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins e Marcelo Verдини Maia

11 DATA DA SESSÃO: 28 de Fevereiro de 2024

Marcio Henrique Cruz Pacheco

Relator

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

PROCESSO: TCE-RJ Nº 112.315-4/23

ORIGEM: FAETEC – FUNDAÇÃO APOIO ESCOLA TÉCNICA

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO COM PEDIDO CAUTELAR

INTERESSADO: UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

EMENTA. REPRESENTAÇÃO EM FACE DA LICITAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 04/23 ELABORADO PELA FAETEC. SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES DE VALE ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO.

POSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO DE TAXA NEGATIVA NO AMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. VEDAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI Nº 14.442/22 SÃO INAPLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR NÃO SE COADUNA COM A NATUREZA JURÍDICA DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS.

O BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO, CONCEDIDO PELA LEI Nº 6.321/76, É DIRIGIDO ÀS PESSOAS JURÍDICAS QUE AUFEREM LUCRO, NÃO COMPREENDENDO OS ENTES PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL, VISTO QUE, ALÉM DE NÃO OBTEREM LUCRO EM SUA ATIVIDADE, SEQUER SÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS JURÍDICAS, EM VIRTUDE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONFERIDA PELO ART. 150, INC. VI, “A” E § 2º, DA CF/88.

É DEVER DO GESTOR PÚBLICO ADOTAR TODAS AS MEDIDAS LEGAIS PARA ALCANÇAR A MELHOR CONTRATAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM DEFERÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE, EFICIÊNCIA E INTERESSE PÚBLICO.

CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO EM
EXECUÇÃO. ANÁLISE DAS RAZÕES DE PEDIR.
IMPROCEDÊNCIA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Trata-se de Representação (peça 1), com pedido de tutela provisória, apresentada pela sociedade empresária Up Brasil Administração e Serviços Ltda., já qualificada nos autos, a respeito de supostas irregularidades cometidas no curso do Edital do Pregão Eletrônico nº 004/2023 (peça 1, fl. 53), elaborado pela Prefeitura Municipal de Resende, cujo objeto é *“contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de cartões de vale alimentação/refeição por meio eletrônico, magnético ou de similar tecnologia, equipados com microprocessador com chip eletrônico de segurança, com senha pessoal, bem como a implementação dos valores de recarga/crédito mensais, relativos à concessão dos auxílios para aquisição de refeições ou gêneros alimentícios pelos servidores da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC, conforme as especificações e condições constantes do Termo de Referência”*, instruído no processo administrativo SEI-260005/003425/2023, no valor estimado de R\$ 39.786.801,25 (trinta e nove milhões, setecentos e oitenta e seis mil, oitocentos e um reais e vinte e cinco centavos), no prazo de 12 (doze) meses, tendo como tipo “menor preço global”, com o critério de julgamento por maior taxa de desconto percentual, cujo percentual mínimo para a Taxa de Desconto será de 0,0117%.

Em breve síntese, a Representante requer a suspensão do procedimento licitatório e, no mérito, a alteração do instrumento convocatório, em decorrência das supostas

impropriedades: (i) viabilidade de oferecimento de lances negativos na taxa de administração¹, bem como (ii) a forma de pagamento pós-paga para o repasse de créditos² (peça 1, fls. 29 e 30):

Diante de todo o exposto, após a **SUSPENSÃO LIMINAR** do certame, impõe-se a **REFORMULAÇÃO** do presente Edital sob **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023** publicado pela **FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA – FAETEC**, em conformidade com as razões acima articuladas, para que:

I – seja alterado o Subitem 5.1 do Edital (e demais dispositivos correlatos), de modo que passe a constar expressamente a vedação de ser ofertada margem de desconto ou deságio no preço contratado através de propostas contendo taxa de administração negativa, conforme determina o art. 3º, inciso I, da LEI Nº 14.442/22; e

II – seja alterado o Subitem 15.3 do Edital (e demais dispositivos correlatos), de modo que seja adotada a forma pré-paga no procedimento de repasses dos créditos, já que o formato pós-pago com estipulação de prazos, após o carregamento dos benefícios nos cartões, não mais é admitido pelo art. 3º, inciso II, da LEI Nº 14.442/22.

Por fim, requer-se seja **REPUBLICADO** um novo instrumento convocatório com as devidas adequações, como é da mais elementar e necessária **JUSTIÇA!**

De acordo com as informações constantes do sítio eletrônico “*Compras Públicas – Sistema Integrado de Gestão de Aquisições*”, do Estado do Rio de Janeiro³, quanto à contratação sob análise, o Jurisdicionado já celebrou o Contrato nº 016/2023, com taxa negativa de 2%, pelo prazo de 12 (doze) meses, contados a partir da publicação, que ocorreu em 20.09.23, no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro - DOERJ, conforme imagens a seguir:

¹ Nos termos do Edital do pregão combatido, cito o item 5.1:

5 - TIPO DE LICITAÇÃO E PREÇO MÁXIMO ADMITIDO

5.1 O presente pregão eletrônico reger-se-á pelo tipo menor preço global, representado pela maior taxa de desconto (Taxa Administrativa Negativa), observado o estrito cumprimento das especificações constantes no Termo de Referência – Anexo I deste edital. (peça 1, fl. 55).

² De acordo com o Edital do pregão sob análise, cito os itens 15 e 15.3:

15 - CONDIÇÕES DE PAGAMENTO 15.1 Os pagamentos serão efetuados, obrigatoriamente, por meio de crédito em conta corrente da instituição financeira contratada pelo Estado, cujo número e agência deverão ser informados pelo adjudicatário até a assinatura do contrato.

15.3 O prazo de pagamento será de até 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplimento de cada parcela. (peça 1, fls. 67 e 68).

³ https://www.compras.rj.gov.br/Contrato/detalhar.action?idContrato=107139&idContratoExt=&orderColumn=&orderDirection=&filtro.start=0&filtro.length=0&filtro.orderColumn=&filtro.orderDirection=&filtro.nuChaveContrato=&filtro.dtIniVigenciaContratoStr=&filtro.dtFimVigenciaContratoStr=&filtro.processo=&filtro.unidade=&filtro.vlTotalContratadoStr=&filtro.vlTotalExecutado=&filtro.modalidade=&filtro.objContrato=&filtro.situacaoContrato=&filtro.razaoFornecedor=RC+CARD+SOLUCOES+EM+PAGAMENTOS+LTDA&filtro.cnpjFornecedor=&filtro.dsFormaLicitacao=&filtro.naturezaDespesa=&filtro.idTipo=&filtro.idFamilia=&filtro.idClasse=&filtro.idArtigo=&filtro.sustentavel=false&filtro.tipoPesquisa_1=&filtro.campoPesquisa_1=&filtro.termoPesquisaItem_1=&filtro.tipoRelatorio=23&dataTable_length=6&filtro.filtroNuChaveContrato=&filtro.filtroDtContratacao=&filtro.filtroProcesso=&filtro.filtroUnidade=&filtro.filtroVlTotalContratado=&filtro.filtroVlTotalExecutado=&filtro.filtroModalidade, acesso em 05.02.24.

Detalhe da Contratação		
Unidade: FAETEC - CCF - FUND DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA DO EST DO RJ		
Fornecedor: RC CARD SOLUCOES EM PAGAMENTOS LTDA		
CPF/CNPJ: 12.515.796/0001-02	Situação da Contratação: Em Aberto	Tipo de Aquisição: Pregão Eletrônico - Lei 8.666
Contratação: 2023008019	Data de Vigência da Contratação: Não informada	Data de publicação D.O: Não informada
Valor Total Original da Contratação:	Valor Total Corrente da Contratação: R\$ 39.782.160,00	Valor Total Recebido da Contratação:
Valor Total Empenhado: R\$ 19.674.220,07	Valor Total Liquidado: Não possui	Valor Total Pago: Não possui
Licitação: PE 004/23	Processo(s): SEI-260005/003425/2023	Fundamento Legal: Inciso XXI do art. 37 da CF/ Art. 2º da Lei 8666/93.
Objeto da Contratação: Vale Alimentação	Gestor(es) da Contratação:	
Arquivos Anexos:		

Item	Taxa Homologada			
FORNECIMENTO DE VALE REFEICAO / ALIMENTACAO - DESCRICAO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONFECCAO, FORNECIMENTO E ADMINISTRACAO DE TICKET/CARTAO ELETRONICO REFEICAO E/OU ALIMENTACAO - ID ITEM:180300 - Código:0506.001.0008	-2 %			
Mostrar 1 até 1 de 1 registros				
Anterior	1 Próximo			
Empenho de Despesa				
Mostrar 6 registros por página				
Empenho	Natureza de Despesa	VL Empenhado	VL Liquidado	VL. Pago
2023NE02685	339046	R\$ 5.987.079,47	R\$ 0,00	R\$ 0,00
2023NE02682	339046	R\$ 2.962.216,37	R\$ 0,00	R\$ 0,00
2023NE01689	339046	R\$ 10.724.924,23	R\$ 0,00	R\$ 0,00

58 ANO XLIX - Nº 175 - PARTE I
QUARTA-FEIRA - 20 DE SETEMBRO DE 2023

PARTES: Fundação Centro de Ciências e Educação Superior a Distância do Estado do Rio de Janeiro - CECIERJ e a Empresa TRI-VALE INTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.
OBJETO: Alteração da dotação orçamentária prevista na Cláusula Quinta do contrato.
DATA DE ASSINATURA: 19/09/2023.
FUNDAMENTO LEGAL: Resolução SECCG nº 57, de 27/08/2019.
PROCESSO Nº SEI-260004/000331/2022.

Id: 2510415

SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA
E INOVAÇÃO
FUNDAÇÃO DE APOIO À ESCOLA TÉCNICA

EXTRATO DE INSTRUMENTO CONTRATUAL

INSTRUMENTO: Termo de Contrato Nº 016/2023.
PARTES: Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro FAETEC e RC CARD SOLUCOES EM PAGAMENTOS LTDA.
OBJETO: O objeto do presente contrato é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de cartões de vale alimentação/refeição por meio eletrônico, magnético ou de similar tecnologia, equipados com microprocessador com chip eletrônico de segurança, com senha pessoal, bem como a implementação dos valores de recarga/crédito mensais, relativos à concessão dos auxílios para aquisição de refeições ou gêneros alimentícios pelos servidores da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC, conforme as especificações e condições constantes do Termo de Referência.
PRAZO: O prazo de vigência do contrato será de 12 (doze) meses, contados a partir da data de publicação do extrato deste instrumento no DOERJ, valendo a data de publicação do extrato como termo inicial de vigência.
ASSINATURA: 15/09/2023.
VALOR: Dá-se a este contrato o valor total de R\$ 38.991.065,22 (trinta e oito milhões, novecentos e noventa e um mil sessenta e cinco reais e vinte e dois centavos).
FUNDAMENTO: Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 e alterações, Lei Estadual nº 287, de 04 de dezembro de 1.979 e Decretos nºs 3.149/80 e 42.301, de 12 de fevereiro de 2010 e do instrumento convocatório.
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº SEI-260005/003425/2023.

Cuida-se da segunda submissão desta Representação à apreciação deste Tribunal.

Em primeira decisão neste processo, em 28.09.23, proferi monocraticamente (peça 4), por estarem **ausentes** os pressupostos necessários à concessão da tutela de urgência (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), uma decisão pelo indeferimento da tutela provisória e a comunicação ao Jurisdicionado, para manifestação acerca das irregularidades alegadas, *in verbis*:

DECIDO:

I. Pelo **CONHECIMENTO** da Representação, face o atendimento aos requisitos de admissibilidade e legitimidade, nos termos do art. 109 c/c o art. 108, inc. VI, e com o art. 74, todos do RITCERJ;

II. Pelo **INDEFERIMENTO** do pedido de tutela provisória requerida, com fulcro no art. 149, § 3º, do RITCERJ, em razão da ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente da Fundação de Apoio Técnico à Escola Técnica - FAETEC, nos termos do art. 15, inc. I, do RITCERJ, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias**, a contar da ciência desta decisão, manifeste-se acerca das alegações da Representante, em primazia aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

IV. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual titular do Órgão Central de Controle Interno da Fundação de Apoio Técnico à Escola Técnica – FAETEC, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de **responsabilidade solidária**, de acordo com o art. 53, inc. IV, e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

V. Pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** à Representante, para que tome ciência desta decisão, nos termos do art. 110 do RITCERJ;

VI. Pela **DETERMINAÇÃO** à Subsecretaria das Sessões – SSE, para que providencie a oitiva do Jurisdicionado, a fim de que, na forma prevista no art. 15, inc. I, do RITCERJ, pronuncie-se, **no prazo do item III**, acerca de todas as irregularidades suscitadas pela Representante, encaminhando os elementos necessários;

VII. Pela **DETERMINAÇÃO** à Coordenadoria-Geral de Gestão Documental e Distribuição - CGD, para que promova a exclusão do aviso de tutela provisória constante no Sistema de Controle e Acompanhamento de Processos – SCAP; e

VIII. Pela **REMESSA** à Secretaria-Geral de Controle Externo – SGE, com vistas a sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas – MPC, para que, **findo o prazo do item III**, manifestem-se quanto às razões de mérito apresentadas pelo Jurisdicionado, retornando, em seguida, os autos a este Gabinete.

Em resposta, tempestivamente, o Jurisdicionado apresentou a sua manifestação, conforme Doc. TCE-RJ nº 22.949-0/23 (peças 13 a 14), cujas alegações refutam a existência de supostas irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico nº 004/2023, a saber em destaque (peça 14, fls. 2 e 3):

Após declaração de vencedor, foi aberto o prazo recursal "Os interessados poderão se manifestar quanto ao interesse em interpor recursos, no prazo de 30 (trinta) minutos, conforme item 13.1 do Edital". Considerando **a finalização do prazo recursal, e a não manifestação de interessados em interpor recurso, o que importa na decadência deste direito, o objeto foi adjudicado a empresa RC CARD SOLUCOES EM PAGAMENTOS LTDA.**

O resultado da licitação foi homologado em 14 de setembro de 2023 e a FAETEC celebrou o Contrato n.º 016/2023 com a RC CARD SOLUCOES EM PAGAMENTOS LTDA, com taxa negativa de 2%, com prazo de 12 (doze) meses, contados a partir da publicação do contrato que se deu em 20 de setembro de 2023.

[...]

Em análise aos argumentos apresentados pela representante, **verifica-se que inicialmente é contestado o disposto nos subitens 5.1 e 15.3 do Edital**, pois, supostamente, **a aceitação da taxa administrativa negativa e forma de pagamento pós paga afrontariam a recente Lei Federal nº 14.442 de 2022** [...]

[...]

Sobre o ponto, **avaliamos à (in)aplicabilidade, do caso, perante o disposto na Lei nº 14.442 de 2022, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 1.108/2022.**

[...]

No mesmo sentido, o art. 175 do Decreto Federal nº 10.854/2021 veda expressamente às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador – exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, o que não é o caso desta Secretaria de Estado, pois **não somos aderentes ao PAT.**

Assim, consoante os acórdãos nº 117055/2022-Plen, Rel. Christiano Lacerda Ghuerren e nº 160803/2022-Plenv, Rel. Christiano Lacerda Ghuerren, ambos do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE RJ, a vedação prevista no Decreto Federal nº 10.854/2021 somente é aplicável às pessoas jurídicas que tenham aderido ao PAT, enquanto a Lei nº 14.442/2022 se refere expressamente ao auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT, ou seja, não alcança servidores não subordinados à CLT, a exemplo de servidores estatutários. (grifo nosso).

Diante da respectiva resposta, e, em atendimento ao **item VIII** da decisão supracitada, os autos foram encaminhados a laboriosa Coordenadoria de Auditoria de Pagamento de Pessoal – 2ª CAP, para a devida análise acerca do mérito da presente Representação, a qual se pronunciou e sugeriu, em 07.11.23, nos seguintes termos (peça 22):

Dessa forma, sugere-se ao Egrégio Plenário a adoção das seguintes medidas:

- 1) A **IMPROCEDÊNCIA** da representação, diante da ausência das irregularidades suscitadas pela Representante;
- 2) A **COMUNICAÇÃO** à Representante, nos termos do art. 15, I, do Regimento Interno desta Corte, para que tome ciência desta decisão;
- 3) A **COMUNICAÇÃO** à Presidente da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC, nos termos do art. 15, I, do Regimento Interno desta Corte, para que tome ciência desta decisão; e
- 4) O **ARQUIVAMENTO** do processo.

Posteriormente, os autos foram submetidos à opinião do eminente Ministério Público de Contas, que, em seu parecer, lavrado pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Contas Henrique Cunha de Lima, endossou a análise realizada pela i. 2ªCAP (peça 25), *fine*:

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas opina, favoravelmente, pela **IMPROCEDÊNCIA** da representação, quanto ao mérito, diante da ausência das irregularidades suscitadas pela representante; pela **COMUNICAÇÃO** à representante, para que tome ciência da decisão desta corte; pela **COMUNICAÇÃO** à Presidente da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC, para que tome ciência da decisão deste tribunal; e pelo **ARQUIVAMENTO** do processo.

Por fim, suplantada a instrução dos autos, estes foram distribuídos a este Gabinete pelo Núcleo de Distribuição da Secretaria-Geral da Presidência – NDP, em 12.01.24 (peça 26), para prolação de decisão.

Eis o Relatório.

Como de sabença, norteiam os procedimentos licitatórios os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, economicidade, competitividade e eficiência, proporcionalidade, celeridade e do desenvolvimento nacional sustentável, conforme artigo 37 da Constituição Federal, artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e artigo 5º da Lei nº 14.133/21.

Oportunamente, faz-se imperioso consignar que, em virtude da fase de conhecimento da presente Representação já ter sido suplantada no *decisum* de 28.09.23 (peça 4), voltar-me-ei ao seu exame de mérito, considerando todos os fatos trazidos aos autos.

E, após detido exame dos mesmos, encampo a análise técnica realizada pela laboriosa 2ªCAP (peça 22) e pelo eminente *Parquet* de Contas (peça 25), realizando somente pequeno

ajuste, no sentido de acrescentar à proposta de encaminhamento da Instância Técnica a comunicação ao Controle Interno do Jurisdicionado, para fins de ciência da decisão proferida, pelas razões que apresento a seguir.

I. Do desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos – previsão no subitem 5.1 do Edital combatido

O Jurisdicionado, em sua manifestação datada de 16.10.23 (peças 13 e 14), alega, em apertada síntese, que a previsão editalícia constante no item 5.1 está de acordo com a legislação de regência, e, neste sentido, no âmbito da Administração Pública, a limitação à maior taxa de desconto ofenderia os princípios basilares da licitação, sobretudo os da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa.

Informa que as supostas irregularidades alegadas pela Representante somente são aplicáveis às pessoas jurídicas cujos empregados sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o que não se trata do caso da FAETEC, que é entidade pertencente a estrutura da Administração Pública Estadual, sob a natureza jurídica de autárquica⁴, cujo regime de pessoal⁵ é o estatutário e não aderente ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Aduz, ainda, que há robusta jurisprudência sobre o tema, apresentando, inclusive, decisões provenientes do Tribunal de Contas da União - TCU, do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, bem como do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ e o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso – TCE-MS, com entendimentos favoráveis à aplicação da taxa de administração negativa pela Administração Pública, como critério de julgamento.

E complementa colacionando, à sua exordial, os julgados alinhados à sua manifestação (peça 13, fls. 4 e 5):

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Reitera-se as análises anteriores no sentido de que a vedação de taxa de administração negativa (item 9.1.6.3 do Termo de Referência - peça 3, p. 67) afronta os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e da competitividade, previstos no art. 3º da Lei 8.666/1993, bem como o entendimento deste Tribunal, a exemplo dos Acórdão

⁴ Nos termos do Decreto Estadual nº 42.327 de 03.03.10.

⁵ Nos termos da Lei Estadual nº 3.808 de 05.04.02.

2004/2018-TCU-Primeira Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 1.482/2019-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Sherman; e 321/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes (peças 8-9 e 23- 24).

Em que pese a existência de variáveis, é esperado que quanto menor o valor da taxa de administração, maior a economia para a Administração Pública. Ao gestor público não cabe outra conduta que "o zelo pela realização do interesse público e com o objetivo licitatório de obter a melhor contratação possível", conforme afirmação da própria entidade ao julgar improcedente a impugnação ao edital interposta pelo ora representante (peça 7).

Os riscos apontados pela unidade jurisdicionada, de elevação dos valores dos serviços pela rede credenciada com posterior repasse à Administração, são legítimos e merecem reflexões de ajustes na modelagem. O fato de vedar a taxa negativa, contudo, não garante a prática de taxas elevadas da gerenciadora com sua rede credenciada sendo necessários outros controles para evitar essa ocorrência. (...) (ACÓRDÃO 1469/2022 – PLENÁRIO, Relator: Aroldo Cedraz, Data da Sessão: 22/06/022)

Também a Corte de Contas Estadual do Rio de Janeiro - TCE RJ, entende pela possibilidade de taxa de administração negativa como critério de julgamento:

“(Item 1) Assiste razão ao representante quanto a afirmação de que licitação para operacionalização de vale combustível pode ser ofertada pelo licitante proposta de preço com taxa de administração “zero” ou “negativa”.

O Tribunal de Contas da União em diversos julgados permite tais condições devendo ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, conforme critérios fixados no edital.

Da mesma forma, **a proibição do oferecimento de proposta com taxa de administração zero e/ou negativa contida no subitem 3.2.10 do edital contraria frontalmente entendimentos desta Corte de Contas que reiteradamente já se manifestou que a oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero em prestação de serviços de fornecimento de vale-combustível, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, devendo ser aferido a partir dos requisitos objetivos que estejam especificados no edital.**” (Processo TCE-RJ nº205335-5/2019 – REPRESENTAÇÃO, Sessão de 19/08/2020-O-PLANT, Relator: Rodrigo Melo do Nascimento)

Em sessão de 13/12/2022, publicada no D.O de 10/02/2023, o Tribunal de Contas de Minas Gerais - MG decidiu pela improcedência de uma denúncia sobre o mesmo tema, feito por uma das impugnantes. Senão vejamos:

Processo nº: 1121133

Natureza: DENÚNCIA

Denunciante: UP Brasil Administração e Serviços Ltda.

EMENTA: DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS DA ENTREGA DO OBJETO. PARTICULARIDADES DO REGIME DE

PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos certames para fornecimento de vale refeição ou alimentação, **o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa é regular, consoante jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União.**

2. **A edição da Medida Provisória n. 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.442/2022, não obsta a aceitação de taxa de administração negativa em procedimentos licitatórios direcionados à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação, uma vez que tal normativo dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e da Lei n. 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.**

[...]

Nessa linha de pensamento, o Tribunal de Contas de Mato Grosso proferiu decisão frente a impugnação contida nos autos do processo Nº: 50.361-4/2023, publicada no D.O de 16/03/2023, onde as restrições impostas pela Lei nº 14.442/2022 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio e a legalidade do pagamento em até 30 (trinta) dias. Senão vejamos:

JULGAMENTO SINGULAR Nº 260/SR/2023 ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR REPRESENTANTE: UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. Passando à análise dos fatos, inicialmente, saliento que, em sede de cognição sumária, não foi possível observar a plausibilidade jurídica do pedido evidenciando a presença do requisito do *fumus boni iuris*, que tenha violado os princípios licitatórios basilares, tais como o da vinculação ao instrumento convocatório e o da legalidade.

Primeiramente cabe destacar que as alterações advindas pela Lei nº 14.442/2022 e pelo Decreto nº 10.854/2021, alteram as previstas no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador (Lei nº 6.321/1976), que seria um programa governamental que tem por finalidade garantir benefícios fiscais à iniciativa privada como forma de promover e incentivar a concessão de auxílio alimentação pelos empregadores aos seus empregados, garantindo com isso uma melhor efetivação do postulado da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que o Município de Lucas do Rio Verde, editou a Lei Complementar Municipal nº 223/2022, que dispõe sobre o estatuto de seus servidores a ser aplicado no âmbito de sua administração direta e indireta.

Nesse contexto, observo que o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lucas do Rio Verde, faz parte da administração indireta, sendo que o regime jurídico adotado em relação aos seus servidores é o estatutário. Assim, entendo que a princípio, o SAAE não está sujeito às disposições do Programa. (...)

Logo, em uma análise de cognição sumária acerca do tema, entendo que, nesse caso concreto, as restrições impostas pela Lei nº 14.442/2022 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas.

Dessa forma, o prazo para pagamento/repasso de até 30 (trinta) dias no instrumento convocatório não viola a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), devendo prevalecer.

Nesse sentido, ao proceder uma análise de maneira global, não verifiquei qualquer ilegalidade, ao menos nesse momento processual, que tenha maculado o certame, e que confira a plausibilidade jurídica alegada pela Representante. Registro, outrossim, que não vislumbro a ocorrência do periculum in mora, eis que, neste particular, não há elementos nos autos que indiquem que há qualquer ilegalidade contida no certame, apta a ensejar a intervenção desta Corte de Contas, a fim de salvaguardar o erário municipal de eventuais ônus desnecessários.

"Por fim, salientamos que este é entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme decisão exarada no processo nº 1029557-84.2022.8.26.0053:"

Nessas circunstâncias, até em razão do princípio da especialidade, não cabe aplicação da MP nº 1.108/22, art. 3º inciso I, §§ 1º e 2º, porque confronta com o objetivo da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa que, no caso, se traduz no menor desconto oferecido (taxa Negativa). (grifo do autor).

Analizados os esclarecimentos do Jurisdicionado, a Unidade de Auditoria, em manifestação datada de 07.11.23 (peça 22), acolhe aos argumentos apresentados, suscitando que a alegação de irregularidade do subitem 5.1 do Edital de Pregão Eletrônico nº 04/23 ora combatido, não deve prosperar. E, no mesmo sentido, o i. MPC, em seu parecer datado de 14.11.23, assim opina (peça 25).

Em seu respectivo exame (peça 22), a il. 2ªCAP apresenta os posicionamentos de diversas Cortes de Contas, destacando que (fls. 6):

Em análise das alegações do representante e do jurisdicionado, observa-se controvérsia jurídica quanto à aplicabilidade aos órgãos públicos das regras estabelecidas pela Lei nº 14.442/2022, que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976⁶, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em que pese a existência de posicionamentos variáveis sobre a aplicação da Lei nº 14.442/2022⁷, destaca a Coordenadoria o entendimento desta Corte de Contas, quanto à

⁶ Dispõe sobre a dedução, do lucro tributável para fins de imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, do dobro das despesas realizadas em programas de alimentação do trabalhador.

⁷ Sobretudo as recentes revisões dos entendimentos do Tribunal de Contas Estadual de São Paulo e do Espírito Santo, respectivamente, proferidos nos processos TCE-SP 010031.989.22-1 e TCE-ES 03942/2022-1, que passaram a considerar possível a vedação à taxa negativa, como acostado pela CAP, em peça 22, fls. 7 a 10.

utilização da taxa de administração negativa pela Administração Pública, como critério de julgamento (peça 22, fls. 6, 7, 13 e 14):

Sobre a aplicação integral desses dispositivos, inicialmente há que **se mencionar o posicionamento desta Corte de Contas, em voto de 13.07.22 referente ao processo TCE-RJ nº 217.801-9/2022, no sentido de que “As pessoas jurídicas que tenham aderido ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) estão impedidas de receberem descontos (taxa negativa) na concessão de auxílio-alimentação a seus empregados”**.

[...]

Como se verificou, têm-se os seguintes posicionamentos consolidados sobre as licitações de contratações de empresa de gerenciamento de benefício, por meio de cartão magnético:

a) Conforme posicionamentos desta Corte de Contas, **entende-se pela desnecessidade de previsão editalícia da possibilidade de oferta de taxa de administração negativa para que essa seja aceita; assim como pela ilegalidade de vedação à utilização desse tipo de taxa⁸**;

b) Conforme posicionamento recente desta Corte de Contas, **exclusivamente quanto às empresas que usufruam benefícios tributários em decorrência de serem aderentes ao PAT, aplicam-se as regras estabelecidas pela Lei nº 14.442/2022⁹**;

Adicionalmente, também conclui-se que **as vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022**, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, bem como a obrigatoriedade da forma de repasse “pré-pago” dos valores, **foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5º da lei em referência**.

Por fim, as regras trazidas pela recente legislação se mostram, em tese, aderentes aos princípios que regem a Administração Pública. Ou seja, vedar a oferta de taxas negativas e antecipar os valores que serão depositados nos cartões magnéticos são regras que podem trazer benefícios aos atores envolvidos na contratação e, no fim da cadeia, potencialmente apresentam vantagens aos próprios servidores beneficiários.

Essas regras, **porém, atualmente não vinculam os órgãos públicos contratantes nas licitações de empresas gerenciadoras de cartão magnético para pagamento de auxílios aos servidores estatutários**. Assim, entende-se que a sua não observação não deve ser compreendida como ilegalidade apta a provocar a reforma desses instrumentos pelo Tribunal de Contas.

⁸ Processo TCE-RJ nº 222.524-6/20, decisão plenária de 31.08.20; e Processo TCE-RJ nº 218.843-0/20, decisão de 30.07.20;

⁹ Processo TCE-RJ nº 217.801-9/2022, decisão plenária de 13.07.22.

Conclui-se, assim, que o **ordenador de despesas, nesse caso, tem o dever de buscar a solução mais harmoniosa e vantajosa ao caso concreto na fase preparatória do processo licitatório.**

Em outras palavras, caso **opte por vedar a oferta de taxas negativas, o gestor público deve explicitar a vedação e consequentemente motivar essa decisão**, ponderando inclusive que a taxa negativa inicialmente apresenta benefício à contratante. Importante destacar os precedentes¹⁰ **no âmbito desta Corte no sentido de que não existe necessidade de previsão editalícia expressa quanto à oferta de taxa de administração negativa para que essa seja aceita, bastando não haver vedação no instrumento convocatório à sua apresentação.** (grifo nosso).

Nesta esteira, o subitem 5.1 editalício, em comento, prevê:

5 - TIPO DE LICITAÇÃO E PREÇO MÁXIMO ADMITIDO

5.1 O presente pregão eletrônico reger-se-á pelo tipo menor preço global, representado pela maior taxa de desconto (Taxa Administrativa Negativa), observado o estrito cumprimento das especificações constantes no Termo de Referência – Anexo I deste edital.

Acolho a manifestação apresentada pela Instância Especializada (peça 22), e, nesse sentido, enfatizo a compreensão hodierna desta Corte, quanto à possibilidade de admissão de lances com taxas negativas.

Neste contexto, esta Corte de Contas se manifestou sobre a matéria, a qual foi veiculada no Informativo de Licitações e Contratos nº 5/23 deste Tribunal, assim como, o seu Boletim de Jurisprudência nº 3, os quais consignam relevante e recente decisão proferida pelo Colegiado, em Sessão Plenária de 22.03.23, quanto à taxa de administração negativa, como critério de julgamento.

Confira-se, assim, trecho de interesse do Acórdão nº 032.645/23 de relatoria da Exma. Sra. Conselheira-Substituta Andrea Siqueira Martins, destacado no respectivo Boletim:

[...] Acrescente-se que esta Corte de Contas já se manifestou em diversas oportunidades³ sobre a **possibilidade de oferta de taxa de administração negativa ainda que não haja previsão expressa no edital, desde que não haja vedação à sua apresentação**⁴.

[...] ³ Processo TCE-RJ nº 222.524-6/20, decisão plenária de 31.08.2020; e Processo TCE-RJ nº 218.843- 0/20, decisão de 30.07.2020.

⁴ Processo TCE-RJ nº 222.524-6/20, decisão plenária de 31.08.2020; e Processo TCE-RJ nº 218.843- 0/20, decisão de 30.07.2020. [...]

¹⁰ Processo TCE-RJ nº 222.524-6/20, decisão plenária de 31.08.20; e processo TCE-RJ nº 218.843-0/20, decisão de 30.07.20.

Recentemente, mais uma vez esta Corte de Contas foi instada a se manifestar sobre o tema, na oportunidade em que o Exmo. Conselheiro Domingos Brazão, relator da matéria, apresentou um formidável voto abordando sistematicamente a possível vedação de taxa negativa no âmbito das contratações públicas, por força da Medida Provisória nº 1.108/22, posteriormente convertida na Lei nº 14.442/22. O Informativo de Licitações e Contratos nº 8/23, veiculou o Acórdão TCE-RJ nº 100.426/23-PLENV, que assim assentou:

ACÓRDÃO Nº 100246/2023-PLENV

Processo TCE-RJ nº 106.787-7/2023

Relator: Conselheiro Domingos Inácio Brazão

Plenário Virtual: 16/10/2023

LICITAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. VEDAÇÃO. DESVINCULAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO.

A vedação da aceitação de taxa de administração negativa inseridas na medida provisória nº 1.108/2022 e reiteradas pela Lei nº 14.442/2022 diz respeito às pessoas jurídicas empregadoras que têm a possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável o dobro das despesas realizadas com a alimentação dos empregados, conforme estabelece o artigo 5º da Lei em questão, portanto, não vinculam os órgãos públicos que promovem licitações para contratar empresas gerenciadoras de cartões magnéticos para pagamento de auxílio aos servidores, cabendo ao ordenador de despesas buscar a solução mais harmoniosa e vantajosa ao caso concreto na preparação do procedimento licitatório.

Reconheço, portanto, que a causa de pedir, em tela, é improcedente, dado que, como afirma a Unidade Técnica (peça 22), bem como o e. MPC (peça 25), o subitem 5.1 do Edital combatido está em conformidade com a legislação vigente e com o entendimento assentado por esta Corte, qual seja, a possibilidade de oferta de taxa de administração negativa, ainda que não haja previsão expressa no edital, desde que não esteja consignada a sua vedação.

II. Da forma pós-paga atribuída como procedimento para repasse dos créditos - previsão no item 15.3 do instrumento convocatório

Em sua resposta datada de 16.10.23 (peças 13 e 14), o Jurisdicionado aduziu a inaplicabilidade do disposto na Lei nº 14.442 de 2022, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 1.108/22, ao caso em comento, sendo lícita a previsão editalícia de pagamento em até 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Complementa, ainda, que o art. 175 do Decreto Federal nº 10.854/21 veda expressamente às pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador de exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, o que não é o caso da FAETEC, pois não é aderente ao PAT.

Aduz, também, que há robusta jurisprudência sobre o tema, citando o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a Corte de Contas do Mato Grosso e os seus respectivos entendimentos favoráveis à legalidade do pagamento *a posteriori*, no caso em tela, como apresento a seguir (peça 13, fls. 4 e 5):

Em sessão de 13/12/2022, publicada no D.O de 10/02/2023, o Tribunal de Contas de Minas Gerais - MG decidiu pela improcedência de uma denúncia sobre o mesmo tema, feito por uma das impugnantes. Senão vejamos:

Processo nº: 1121133

Natureza: DENÚNCIA

Denunciante: UP Brasil Administração e Serviços Ltda.

EMENTA: DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS DA ENTREGA DO OBJETO. PARTICULARIDADES DO REGIME DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos certames para fornecimento de vale refeição ou alimentação, o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa é regular, consoante jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União.

[...]

3. A Administração, via de regra, deve realizar o pagamento somente após o cumprimento da obrigação, visando a evitar prejuízos ao erário,

observado o prazo de trinta dias a partir do adimplemento de cada parcela, em consonância com o art. 40, XIV, “a”, da Lei n. 8.666/1993.

Nessa linha de pensamento, o Tribunal de Contas de Mato Grosso proferiu decisão frente a impugnação contida nos autos do processo Nº: 50.361-4/2023, publicada no D.O de 16/03/2023, onde as restrições impostas pela Lei nº 14.442/2022 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio e a legalidade do pagamento em até 30 (trinta) dias. Senão vejamos:

JULGAMENTO SINGULAR Nº 260/SR/2023 ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR REPRESENTANTE: UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. Passando à análise dos fatos, inicialmente, saliento que, em sede de cognição sumária, não foi possível observar a plausibilidade jurídica do pedido evidenciando a presença do requisito do *fumus boni iuris*, que tenha violado os princípios licitatórios basilares, tais como o da vinculação ao instrumento convocatório e o da legalidade.

Primeiramente cabe destacar que as alterações advindas pela Lei nº 14.442/2022 e pelo Decreto nº 10.854/2021, alteram as previstas no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador (Lei nº 6.321/1976), que seria um programa governamental que tem por finalidade garantir benefícios fiscais à iniciativa privada como forma de promover e incentivar a concessão de auxílio alimentação pelos empregadores aos seus empregados, garantindo com isso uma melhor efetivação do postulado da dignidade da pessoa humana.

Ressalta-se que o Município de Lucas do Rio Verde, editou a Lei Complementar Municipal nº 223/2022, que dispõe sobre o estatuto de seus servidores a ser aplicado no âmbito de sua administração direta e indireta.

Nesse contexto, observo que o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Lucas do Rio Verde, faz parte da administração indireta, sendo que o regime jurídico adotado em relação aos seus servidores é o estatutário. Assim, entendendo que a princípio, o SAAE não está sujeito às disposições do Programa. (...)

Logo, em uma análise de cognição sumária acerca do tema, entendo que, nesse caso concreto, as restrições impostas pela Lei nº 14.442/2022 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas.

Dessa forma, o prazo para pagamento/repasso de até 30 (trinta) dias no instrumento convocatório não viola a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), devendo prevalecer. (grifo do autor).

Examinada a resposta do Jurisdicionado, a laboriosa 2ªCAP, em análise datada de 07.11.23 (peça 22), pronuncia que não há irregularidade na previsão do subitem 15.3 do Edital de Pregão Eletrônico nº 04/23 combatido. Neste sentido, em seu parecer datado de 14.11.23 (peça 25), o e. MPC acolhe os termos da manifestação da Unidade Especializada.

Em seu respectivo exame (peça 22), a i. 2ªCAP em sua análise conclui que (fls. 13):

[...] as **vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022**, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, bem como a **obrigatoriedade da forma de repasse “pré-pago” dos valores, foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5º da lei em referência.**

[...] **antecipar os valores que serão depositados nos cartões magnéticos são regras que podem trazer benefícios aos atores envolvidos na contratação e, no fim da cadeia, potencialmente apresentam vantagens aos próprios servidores beneficiários.**

Essas regras, porém, atualmente **não vinculam** os órgãos públicos contratantes nas licitações de empresas gerenciadoras de cartão magnético para pagamento de auxílios aos servidores estatutários. Assim, entende-se que a sua não observação não deve ser compreendida como ilegalidade apta a provocar a reforma desses instrumentos pelo Tribunal de Contas.

Conclui-se, assim, **que o ordenador de despesas, nesse caso, tem o dever de buscar a solução mais harmoniosa e vantajosa ao caso concreto na fase preparatória do processo licitatório.**

Caso opte também por realizar os repasses dos valores de maneira “pré-paga”, o gestor público deve motivar essa decisão, ponderando inclusive as formas com que se dará essa antecipação de valores, além do benefício que gerará à administração. Conforme já estabelecido nesta Corte¹¹, o pagamento antecipado, isto é, aquele realizado antes do cumprimento da obrigação, **só poderá ocorrer quando demonstrada sensível economia de recursos ou como condição indispensável à obtenção do objeto licitado, desde que ainda prestada garantia adicional.** (grifo nosso).

A rigor, o subitem 15.3 editalício, em comento, prevê:

15.3 O prazo de pagamento será de até 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Endosso a robusta manifestação apresentada pela Instância Especializada (peça 22), e enfatizo a jurisprudência pacífica desta Corte, quanto ao prazo de realização de pagamentos, a exemplo do didático voto de relatoria da Exma. Sra. Conselheira-Substituta Andrea Siqueira Martins, Acórdão nº 162.878/22, nos autos do processo TCE-RJ nº 226.488-8/22, em sessão plenária de 31.10.22:

¹¹ Processos TCE-RJ nº 214.245-8/22, sessão plenária de 18.07.22; e nº 226.488-8/22, sessão plenária de 31.10.22.

2. Da suposta irregularidade do desconto no pagamento antecipado

O item 27.2.4 do instrumento convocatório¹² prevê que o pagamento à contratada eventualmente antecipado sofrerá desconto, calculado *pro rata die*, entre o dia do pagamento e o trigésimo dia da data do protocolo do documento de cobrança. A Representante aponta que a hipótese prevista no edital não se trata de pagamento antecipado, uma vez que este ocorre apenas quando efetuado em etapa anterior à prestação dos serviços. **O desconto aplicado em pagamento realizado após a liquidação do serviço seria desfavorável à contratada, razão pela qual requer a exclusão da cláusula em exame.**

O jurisdicionado, por sua vez, se limitou a asseverar o que se segue:

II - DO DESCONTO NO PAGAMENTO ANTECIPADO

Como de regra, a Administração realiza o pagamento somente após o cumprimento da obrigação a qual o fornecedor ou prestador de serviço foi contratado, a fim de evitar que o particular não receba valores do qual não faz jus, devendo reconhecer o desconto da taxa aplicada.

Novamente os argumentos apresentados pelos Representante não tem base jurídica ao delimitar os prazos de pagamento pela administração pública, não sendo suficientes pra inibir ou até mesmo cancelar o que está estipulado no edital.

As cláusulas editalíssimas devem prever todas as situações possíveis para preservar o interesse público na execução do contrato do objeto licitado.

Em sua análise, o **Corpo Instrutivo, assim como a Representante, concluiu que o jurisdicionado interpretou de maneira equivocada o instituto excepcional do pagamento antecipado**, ao informar que “a Administração realiza o pagamento somente após o cumprimento da obrigação”. Neste sentido, suscitou o posicionamento firmado no **processo TCE-RJ nº 214.245-8/22**, no qual restou assentado que **o pagamento antecipado não é aquele realizado entre o primeiro e o trigésimo dia a partir do cumprimento da obrigação, mas assim anterior ao mesmo.**

No referido processo, de toda sorte, restou assentado, na sessão plenária de 18.07.2022, que a previsão apresentava baixo impacto na licitação já realizada, determinando-se o saneamento da exigência em procedimentos futuros. Do mesmo modo, **a instância técnica entende que, no caso em apreço, a exclusão do item 27.2.4 não é medida que se impõe, desde que ela não seja adotada durante a execução do contrato resultante:**

No presente caso, entende-se necessário suspender a aplicação da referida cláusula, sem, contudo, prejudicar o andamento do processo. Isso porque (i) a licitação já foi realizada; (ii) a licitação apresentou concorrentes interessados - não tendo sido prejudicado o caráter competitivo; (iii) a cláusula atacada poderia ainda ser interpretada conforme a legislação aplicável (art. 145 da Lei nº 14.133).

Assim sendo, conclui-se pela procedência desta causa de pedir. No entanto, recomendar-se-á a determinação à autoridade responsável para que não seja aplicado

¹² 27.2.4. O valor do pagamento eventualmente antecipado será descontado pela aplicação da taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculado "*pro rata die*" entre o dia do pagamento e o 30º (trigésimo) dia da data do protocolo do documento de cobrança.

desconto financeiro sobre os pagamentos realizados até o 30º (trigésimo) dia do cumprimento da obrigação e ainda que adeque essa situação em futuras licitações.

O art. 40, inciso XIV, alínea 'd', da Lei Federal nº 8.666/1993¹³ prevê a possibilidade de descontos por eventuais antecipações de pagamentos, as quais, como bem alertado pelo Corpo Instrutivo, se referem apenas a pagamentos anteriores ao cumprimento das obrigações.

Conforme consignado no processo TCE-RJ nº 214.245-8/22, e em consonância com o entendimento sedimentado no art. 145 da Nova Lei de Licitações¹⁴, **a antecipação só poderá correr quando demonstrada sensível economia de recursos ou como condição indispensável à obtenção do objeto licitado, desde que ainda prestada garantia adicional. Tais pressupostos, inclusive, deverão ser objeto de determinação ao jurisdicionado, a fim de que sejam adotados em futuros procedimentos em que seja admitido pagamento antecipado**, isto é, antes da execução do objeto ajustado, como sugerido pela instância técnica.

O Pregão Presencial nº 058/2022, como adiantado, está na fase de interposição de recursos, e seu resultado parcial é vantajoso para a Administração municipal, tendo em vista que a taxa de administração máxima admitida correspondia a 0,67%, tendo sido reduzida para -6,00%. Neste contexto, com fulcro no art. 20 da LINDB¹⁵, e considerando que o item 27.2.4, cuja irregularidade foi acertadamente apurada pelo Corpo Instrutivo, incide apenas na fase de execução de eventual ajuste celebrado após a homologação e a adjudicação do objeto do pregão, **filio-me ao entendimento da instância técnica no sentido da procedência do alegado pela Representante neste ponto, afastando a aplicação da cláusula editalícia, sem necessidade de suspensão do certame.**

Ante o exposto, entendo improcedente a presente causa de pedir, haja vista, como pronunciam-se a Unidade Técnica (peça 22), bem como o e. MPC (peça 25), que o subitem 15.1 do Edital, sob análise, encontra-se de acordo com a lei de regência, bem como com a jurisprudência deste Tribunal.

¹³ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

¹⁴ Lei Federal nº 14.133/21, art. 145: Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

§ 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.

§ 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.

¹⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

III. Da Conclusão

Rememoro que, em derradeira Decisão Monocrática de 28.09.23 (peça 4), nos presentes autos, à luz das alegações apresentadas pela Representação (peça 1), ainda em sede sumária, fundamentei que as vedações previstas na Lei nº 14.442/22, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.108/22, no caso, a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de vale alimentação¹⁶, destinam-se às pessoas jurídicas empregadoras, participantes do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, que podem deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, segundo se depreende do art. 5º¹⁷ da referida Lei, que atribuiu nova redação ao art. 1º, *caput*, da Lei nº 6.321/76.

Reforço, ainda, que o citado benefício tributário, concedido pela Lei nº 6.321/76, é dirigido às pessoas jurídicas que auferem lucro, não compreendendo os entes pertencentes à Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, visto que, além de não obterem lucro em sua atividade, sequer são contribuintes do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, em virtude da imunidade tributária conferida pelo art. 150, inc. VI, “a” e § 2º, da CF/88.

Logo, conclui-se que, a proibição de aceitar taxas de administração negativas, introduzida pela Medida Provisória nº 1.108/2022 e posteriormente ratificada pela Lei nº 14.442/2022, aplica-se especificamente a pessoas jurídicas empregadoras que têm a prerrogativa de deduzir do imposto sobre a renda, calculado sobre o lucro tributável, o dobro

¹⁶ Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, **não poderá exigir ou receber:**

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

§ 1º A vedação de que trata o caput deste artigo não se aplica aos contratos de fornecimento de auxílio-alimentação vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de 14 (quatorze) meses, contado da data de publicação desta Lei, o que ocorrer primeiro.

§ 2º É vedada a prorrogação de contrato de fornecimento de auxílio-alimentação em desconformidade com o disposto no caput deste artigo.

¹⁷ Art. 5º A Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base em programas de alimentação do trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência, na forma e de acordo com os limites dispostos no decreto que regulamenta esta Lei. [...] § 4º As pessoas jurídicas beneficiárias não poderão exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou”.

das despesas relacionadas à alimentação dos empregados, conforme previsto no artigo 5º da referida lei. Importante ressaltar que tal restrição não se aplica aos órgãos públicos que conduzem processos licitatórios para a contratação de empresas gestoras de cartões magnéticos destinados ao pagamento de auxílios aos servidores. Impende salientar que é dever do gestor público adotar todas as medidas legais para alcançar a melhor contratação para a Administração Pública, em deferência aos princípios da Economicidade, Eficiência e Interesse Público.

Notório que sendo a FAETEC uma autarquia com natureza jurídica de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Inovação, nos moldes da Lei Estadual nº 2.735/97, alterada pela Lei Estadual nº 3.808/02, não faz jus ao incentivo fiscal instituído pelo art. 1º, *caput*, da Lei nº 6.321/76.

De fato, reconheço a improcedência da presente Representação, e, no transcorrer dos fundamentos desta decisão, não verifiquei prejuízo à competição, risco de danos ao erário ou de inexecução contratual, não se justificando, à vista do interesse público, determinar a não prorrogação do Contrato nº 16/23.

Deste modo, pelas razões anteriormente apresentadas, manifesto-me **DE ACORDO** com a laboriosa Coordenadoria de Auditoria de Pagamento de Pessoal - 2ªCAP e com o douto Ministério Público de Contas – MPC, acrescentando à proposta de encaminhamento a comunicação ao Controle Interno do Jurisdicionado, para fins de ciência da decisão proferida. À vista do exposto,

VOTO:

- I.** Pela **IMPROCEDÊNCIA**, quanto ao mérito, da Representação, diante da ausência das irregularidades suscitadas pela Representante;
- II.** Pela **COMUNICAÇÃO à Representante**, para ciência da presente decisão, nos termos do art. 15 I c/c o art. 110 do RITCERJ;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** à atual **Presidente da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC**, nos termos do artigo 15, I, do RITCERJ, para que tome ciência desta decisão;

IV. Pela **COMUNICAÇÃO** ao titular do **Órgão Central de Controle Interno da Fundação de Apoio à Escola Técnica - FAETEC**, nos termos do artigo 15, I, do RITCERJ, para que tome ciência desta decisão; e

V. Pelo posterior **ARQUIVAMENTO** dos autos.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO

Documento assinado digitalmente