

Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator RICARDO TORRES

Ref.: Relatório Conclusivo de Representação apresentado em face do Edital do Pregão Eletrônico 30/2023 (PE 30/23) da Câmara Municipal de São Paulo (CMSP).

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Relatório Conclusivo de Representação apresentado pela empresa Up Brasil Administração e Serviços Ltda, em face o Edital acima indicado cujo objeto é contratação de serviços de administração de benefício de auxílio alimentação, por meio de cartão eletrônico com chip e tarja magnética.

A Representação foi anexada na peça 01, tendo a CMSP oferecido suas razões na peça 19.

Cumpramos observar que o Pregão Eletrônico 30/2023 ocorreu no dia 14.11.23, sendo concluído com êxito e sem manifestação de recurso (peça 32).

Em atendimento ao determinado à peça 22, considerando as manifestações já apresentadas pela Origem, passamos à análise da representação interposta, **em sede de Relatório Conclusivo, conforme §2º do art. 3º da Resolução 18/19 deste E. Tribunal.**

2. ANÁLISE

A Representação em face do Edital se baseia em dois pontos:

2.1. Vedação legal à aceitação de desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos.

Argumentos da Representante (pp. 5, 7 e 8, peça 01)

[...] a legislação que disciplina o fornecimento e administração do auxílio-alimentação foi recentemente alterada com a promulgação da **LEI Nº 14.442/22**, a

qual trouxe inovações e modificações no setor de vales-convênios, que envolve tomadores dos serviços, as empresas gestoras dos cartões e os respectivos estabelecimentos comerciais credenciados para transação dos cartões de benefícios.

Acerca das principais alterações está na **impossibilidade de as companhias fornecedoras dos documentos de legitimação oferecerem desconto no valor contratado**, justamente para não descaracterizar a natureza pré-paga do benefício e para não criar um descompasso econômico-financeiro no mercado (*com repasse do percentual de desconto para os estabelecimentos comerciais*), nos termos do que se depreende do **art. 3º, inciso I**, da indigitada **LEI Nº 14.442/22** [...]

[...] Quer dizer, da diferença entre a taxa de reembolso de vales cobrada dos estabelecimentos e a taxa de administração (desconto) ofertada às tomadoras é que se remunera as empresas fornecedoras, para poder arcar com seus custos e obter o lucro esperado em qualquer negócio submetido ao sistema capitalista.

Como essa prática começou a ficar nociva no mercado, pois algumas empresas passaram a extrapolar os descontos ofertados aos tomadores, com taxas negativas exorbitantes (*e sem qualquer lastro de exequibilidade*), a edição da atual **LEI Nº 14.442/22** veio justamente para frear esse descompasso que o deságio nas contratações começou a impactar prejudicialmente no mercado de vales convênios. [...] (grifos no original).

Esclarecimentos da Origem (pp. 2/3, peça 19)

[...] Quanto à denominada taxa negativa, no Parecer SCL nº 127/2022 [...] resta claro que a jurisprudência do Tribunal de Contas de União (TCU), que serve como paradigma para as demais esferas do governo, tende a prestigiar os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e da competitividade.

[...] Considerando que esta casa legislativa não é inscrita no Programa de Alimentação ao Trabalhador (PAT), salvo melhor juízo, entendemos que a Lei Federal nº 14.442/22 não se aplica no âmbito desta Câmara Municipal, haja vista que o benefício do auxílio-alimentação foi instituído por meio de lei específica, regulamentada por ato próprio.

Análise da Coordenadoria

Além dos trechos acima transcritos, a Representação foi instruída com diversos julgados em apoio à demanda trazida, tendo a petição da CMSP um caráter mais sucinto, até em virtude de uma discussão prévia nos Autos do processo administrativo da licitação ainda em sede de impugnação.

Apesar de farta jurisprudência, nota-se que nenhuma delas enfrentou a questão fundamental sobre a aplicação da referida LF 14.442/22 a este caso concreto, ao menos nos trechos transcritos na petição. Sendo certo que o Representante também evitou o assunto em sua exposição.

De fato, há de se indagar o que motivou a decisão do Executivo em editar uma medida provisória sobre o assunto, que, posteriormente, foi convertida em lei, para entender a extensão de sua aplicabilidade.

Na exposição de motivos da MP 1.108/22, posteriormente convertida na referida Lei, tem-se que:

14. Inicialmente, se concebeu a política pública para incentivar as empresas, tributadas pelo lucro real, a implantarem serviços de alimentação para seus trabalhadores, oferecendo refeições com níveis nutricionais adequados. O incentivo foi feito por meio da dedução do dobro das despesas realizadas com a alimentação do trabalhador do lucro tributável para fins de imposto de renda, conforme o disposto no art. 1º da Lei 6.321, de 1976 e observado o limite legal de dedução.

[...] 19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para implementação dessa vedação, é previsto um prazo de transição para que não ocorra insegurança jurídica em relação aos contratos vigentes.

Nota-se que a mudança legislativa teve uma motivação precipuamente fiscal.

De fato, tanto o programa (PAT) quanto a isenção fiscal concedida é dirigida a empresas privadas, sobretudo as tributadas pelo Lucro Real, tendo o governo identificado uma elisão fiscal, em que as empresas contratantes percebiam ao mesmo tempo vantagens financeiras (com a percepção de taxas negativas de administração) e tributárias (com a dedutibilidade na linha de despesa operacional).

Essa é a única razão oficial identificada para a alteração legal e que deve, portanto, nortear seu campo de aplicação. Assim, o caráter subjetivo da pessoa jurídica contratante, ou seja, o regime jurídico de direito público ao qual está submetida a CMSP, é o principal ponto a ser observado na obrigatoriedade ou não da aplicação deste ponto específico.

Note-se que, no caso concreto, a CMSP poderia adotar todos os dispositivos da citada legislação, o que se discute, todavia, é a obrigatoriedade em alterar o Edital em função da LF 14.442/22.

As jurisprudências trazidas falam em “espírito da lei” ao admitir que a norma não é extensível a todos os usuários dos vale-alimentação (pp.11/12, peça 01), e que a regra (proibição da taxa de administração negativa) deveria ser observada também na esfera pública, mas não por decorrência da referida Lei (pp. 21/22, peça 01).

Este último julgado citado, dentre a plethora de julgados trazidos na peça 01, foi talvez o único em que a análise dos motivos relevantes¹ começou a ser esboçada, nas pp. 20/21, em que o TCE-ES aduziu:

[...] Todavia, **a regra celetista insculpida na legislação em referência**, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, **deve ser observada tanto na esfera pública – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, em deferência à dispositivos principiologicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos** [...] (grifos no original).

Nota-se que a interpretação extensiva dada por aquela Corte se baseia em “dispositivos principiologicos” constitucionais. Não há informação de quais princípios seriam esses. Decerto não seriam os princípios da proposta mais vantajosa, nem o da economicidade.

Resta igualmente a demonstrar qual seria o interesse público em se aumentar a despesa na contratação de benefício ao se abrir mão da taxa negativa de administração.

¹ Gaston Jèze, « Essais d’une théorie générale sur l’influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public » (Ensaio de uma teoria geral sobre a influência dos motivos determinantes na validade dos atos jurídicos do direito público – tradução livre), RDP (Revue de Droit Public) 1922, p. 443 (<https://www.labase-lextenso.fr/revue-du-droit-public>, acesso em 08.12.23).

De modo que seria imperativo desenvolver, e demonstrar, a aplicação obrigatória desta norma em um órgão da administração direta, tendo em vista à ausência deste “duplo benefício” no caso concreto.

Em argumento trazido pelo Ministério Público de Contas do TCE-SP (pp. 12/13, peça 01), no TC-010031.989.22-1, e repetido pelo Representante, há um início de argumento de natureza econômico-social, indicando que a taxa negativa de administração seria repassada para o lojista, que, em sequência, a repassaria para os preços finais, impactando diretamente o poder aquisitivo do próprio servidor.

Com toda a vênia e admiração que merece o referido Órgão, o posicionamento desenvolvido não trouxe nenhuma demonstração. Com base no conteúdo transcrito na petição do Representante, não há validação do raciocínio nem na ciência jurídica, nem na ciência contábil, nem na econômica. Relevando muito mais de uma abstração do que de uma demonstração lógico-científica requerida numa análise de conformidade.

Embora seja razoável supor que haja um repasse de custos a cada elo da cadeia econômica, a demonstração no caso concreto, a análise de variáveis e o impacto econômico que sustentaria uma alteração no Edital, que observou toda a legislação aplicável, simplesmente não existiu.

De fato, ao realizar tais afirmações sem se aprofundar nos desenhos operacional e financeiros das prestadoras do serviço, sem análises contábeis que demonstrem, principalmente do ponto de vista quantitativo, o impacto de um eventual repasse ao lojistas e a repercussão desses ao preço final, sobretudo num cenário econômico adverso como o atual, reduz a argumentação à ilustração de um cenário simplista e subjetivo e sem demonstrabilidade nos Autos, sobretudo por não capturar outros benefícios da contratação, como o aumento na base de usuários de alto poder aquisitivo e, principalmente, o impacto positivo no fluxo de caixa da Contratada, sem esquecer, as mudanças trazidas pelo Decreto 11.678/23 que regulamenta a portabilidade do benefício, o que certamente influenciará na margem de desconto praticada, passando a contratada que disponha de uma maior rede de credenciadas e beneficiários a contar com uma vantagem considerável.

O raciocínio de que a adoção de uma taxa negativa de administração impacta negativamente o próprio servidor igualmente tem falhas metodológicas.

De fato, a análise econômica do impacto das despesas públicas na pressão inflacionária que corrói o poder de compra do cidadão e aumenta a pressão fiscal no contribuinte demonstra, desde os anos 70, o inverso do que defende o Representante, ou seja, o aumento do gasto público, gerado por uma taxa de administração neutra ou positiva, seria um dos principais causadores do fenômeno inflacionário.

Embora, o tema seja recorrente desde os ensinamentos do mestre Milton Friedman², estudos mais recentes demonstram justamente a aplicação do princípio da economicidade na proteção do poder de compra do cidadão e não o contrário. Neste sentido, em recente estudo do Fundo Monetário Internacional, intitulado “A política orçamentária pode ajudar a controlar a inflação e proteger os mais vulneráveis”³:

Segundo estimativas, um aumento na despesa pública de um ponto percentual do PIB acarretou um aumento na inflação de 0,8 pontos percentuais entre 1950-1985 e de meio por cento na sequência. (Tradução livre)⁴

O aumento da inflação nas contas públicas pode ter ainda efeitos contrários ou não lineares, ao mesmo tempo que pode aumentar a arrecadação fiscal, pode também provocar um aumento do deficit em despesas não indexadas⁵.

Estudos em sentido contrário aos citados também são encontrados à profusão, de modo que a análise é bem mais aprofundada que simplesmente supor um efeito cascata de repasses de custos para justificar a aplicação de uma norma em uma situação diferente da prevista pelo próprio legislador. Sendo claramente contrária à demonstração técnica exigida em uma Representação trazida a um Tribunal de Contas.

² “The only cure for inflation is to reduce the rate at which total spending is growing.” Apud. – Milton Friedman on inflation – Economic Synopses – FED Saint Louis (<https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/es/07/ES0701.pdf> - acesso em 08.12.23).

³ La politique budgétaire peut contribuer à juguler l’inflation et à protéger les personnes les plus vulnérables (<https://www.imf.org/fr/blogs/articles/2023/04/03/fiscal-policy-can-help-tame-inflation-and-protect-the-most-vulnerable> - acesso em 08.12.23).

⁴ D’après les estimations, une augmentation des dépenses publiques de 1 point de pourcentage du PIB a entraîné une augmentation de l’inflation de 0,8 point de pourcentage au cours de la période 1950–85, et de 0,5 point de pourcentage par la suite.

⁵ Finances publiques: une inflation qui rapporte? (Finanças públicas, uma inflação vantajosa? – Tradução livre) - <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2022/07/05/finances-publiques-une-inflation-qui-rapporte> - acesso em 08.12.23.

No caso em tela, sobretudo, nota-se que não há como quantificar impactos financeiros de uma taxa negativa de administração de 5,4% (p. 3, peça 19) no conjunto de preços finais ao consumidor, sobretudo ao próprio servidor, nota-se claramente que uma explicação técnica deste ponto sequer foi esboçada na Representação.

Por fim, nota-se que a aplicabilidade da norma em função das características do órgão público pode afastar a LF 14.442/22 no caso concreto, conforme será visto no subitem a seguir em julgado trazido pelo próprio Representante (TCE- SP - TC-010031.989.22-1, peça 33).

De modo que, a exegese normativa com base na exposição de motivos da Medida Provisória originária bem como na finalidade jurídico-fiscal da alteração normativa não permite a sua aplicação de maneira direta, cogente e obrigatória no caso concreto em função da natureza legal do ente representado.

Assim, conclui-se que:

- a) O regime fiscal-jurídico do benefício tem impacto direto nas empresas tributadas pelo lucro real, não havendo demonstração técnica válida ou razão declarada na exposição de motivos ou na própria lei que impliquem na sua aplicação direta a um órgão da administração direta.
- b) Argumentos de natureza econômica ou teleológica trazidos na representação, pelo seu grau de abstração e ausência de desenvolvimento prático-objetivo, igualmente, não possuem aptidão de justificar uma interpretação extensiva de aplicação direta da LF 14.442/22 a um órgão público.

Neste sentido, com base nos elementos trazidos na peça 01, em que pese o posicionamento de diversos Tribunais de Contas, pelas razões aduzidas, a Auditoria considera como **improcedente** a Representação neste ponto.

2.2. Ilegalidade no procedimento de repasse dos créditos.

Argumentos do Representante (p. 9, peça 01)

Contudo, descumprindo esta disposição legal, o Edital em via diametralmente oposta está consignando que os pagamentos (repasses) devidos à futura contratada serão realizados no prazo de 10 (dez) dias úteis após o carregamento dos créditos nos cartões, consoante estipula o **Subitem 7.1 do Termo de Referência**:

*“7.1. O **pagamento será creditado** em conta corrente da CONTRATADA pela Tesouraria da Câmara Municipal de São Paulo, **no prazo de 10 dias úteis**, após apresentação da nota fiscal e comprovação da regularidade da documentação fiscal, conforme prevê a legislação, observada a aceitação dos serviços pela área competente.”* (grifos nossos)

Com efeito, ao assim determinar, o instrumento convocatório acabou por descaracterizar a natureza pré-paga do benefício alimentação, colidindo mais uma vez com as atuais diretrizes advindas da **LEI Nº 14.442/22**, pois os pagamentos (**repasses**) devem ocorrer de forma **antecipada** e não após o carregamento dos créditos nos cartões pela futura empresa gestora do benefício. (grifos no original)

Manifestação da Origem (p. 3, peça 19)

Ainda que a Lei Federal 14.442/22 fosse aplicável a este órgão, o que a lei proíbe é sistema pós-pago em relação ao trabalhador, isto é, o valor do vale deve ser pago ao trabalhador antes do mês trabalhado, nada dispondo quanto à relação entre a empregadora e a administradora do benefício. No caso da Administração Pública, a definição das condições e do prazo de pagamento devem ser dispostos no edital e no contrato, nos termos do art. 25, “caput” e do art. 92, inciso V, ambos da Lei Federal nº 14.133/21, sendo que o pagamento pode ser realizado, mediante a efetiva prestação do serviço.

Análise da Coordenadoria

Conforme afirmado anteriormente, a Auditoria entende que, ao contrário da Origem, não há impeditivos de ordem prática para que a LF 14.442/22 fosse aplicada ao presente Edital, desde que respeitada a intenção do legislador e o arcabouço de direito administrativo ao qual os órgãos públicos estão submetidos.

O segundo ponto trazido pelo Representante trata de outra situação em que a LF 14.442/22, desenhada, como visto, com base no regime jurídico-fiscal das empresas privadas, não encontra aplicação no direito administrativo. De fato, a dinâmica de desembolsos por parte da Administração e a sua adequação aos preceitos da LF 14.442/22 não foi analisada pelo Representante.

Há quase 60 anos⁶, o fluxo de pagamento da administração segue a lógica empenho-liquidação-pagamento:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

[...] § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

[...] III - os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

No âmbito das compras públicas, a questão é prevista no artigo 145 da Lei Federal 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.

Note-se que nenhuma das condições está presente ou prevista no Edital ou seus anexos.

De modo que a antinomia jurídica constatada exclui a aplicação da norma geral (LF 14.442/22) em favor da norma específica que regula especificamente as contratações e os pagamentos realizados sob a égide do direito administrativo.

O entendimento do TCE-SP em caso semelhante, referenciado pela Representante (que inclusive também é autor da ação julgada na Corte Estadual) e já citado na presente manifestação, foi o seguinte neste ponto:

[...] por se tratar de recursos públicos, submetido às regras pertinentes ao Direito Administrativo, há uma sequência a, compulsoriamente, ser observada para remunerar a contratada, qual seja, empenho, liquidação e, só depois, o pagamento.

⁶ Lei 4.320/64.

Assim, a Administração está autorizada a desembolsar o valor devido somente após a emissão da nota fiscal (liquidação), podendo, todavia, organizar-se para que todos os eventos mencionados ocorram de forma célere, até na mesma data: a contratada credita o valor no cartão, emite a nota fiscal e a Administração efetua o pagamento. [...] (TCE- SP - TC-010031.989.22-1, peça 33)

De modo que há de se realizar o estudo de compatibilidade das normas gerais com as de direito público para prevenir possíveis contradições e, até mesmo, ilegalidades.

No presente caso, a inadequação da LF 14.442/22 ao caso concreto é ainda mais direta, uma vez que afronta não só a Nova Lei de Licitações, como também mecanismos clássicos de fluxo de despesa previstos nas normas de contabilidade pública.

A Auditoria considera, portanto, **improcedente** a Representação neste ponto.

3. CONCLUSÃO

Da análise do alegado na peça 01, e na manifestação da Origem, pelas razões acima aduzidas, a Auditoria considera a Representação como **improcedente**.

Cumpramos observar que o Pregão Eletrônico 30/2023 ocorreu no dia 14.11.23, sendo concluído com êxito e sem manifestação de recurso.

Em 11.12.23

ALLAN SIDNEY JOSE DE MELO SIGG
Auditor de Controle Externo

CAMILA ALEXANDRA M. BALDRESCA
Supervisora de Controle Externo 2

De acordo, em 12.12.23

GUSTAVO FELIPE RIPPER C. T. DE SOUZA
Coordenador de Controle Externo I

LUCIANA DA C. DE C. GUERRA
Subsecretária de Controle Externo