

DENÚNCIA N. 1031545

Denunciada: Prefeitura Municipal de Elói Mendes
Denunciante: SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Eireli – EPP
Responsáveis: Gilberto Franzoni e Andréia Cristhiane Nappi Franzoni
Procurador: Rafael Prudente Carvalho Silva – OAB/SP 288.403
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. POSSÍVEL IRREGULARIDADE EM EDITAL. INAPLICABILIDADE DA PORTARIA MTE N. 1.287/2017. VÍCIOS NA ELABORAÇÃO DA PORTARIA. INSCRIÇÃO NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. ADOÇÃO DE TAXAS DE SERVIÇO NEGATIVAS. OFENSA A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. As empresas fornecedoras/administradoras de vale-alimentação/vale-refeição, quando inscritas no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, possibilitam a concessão de incentivos fiscais aos beneficiários do Programa, e, conseqüentemente, acarretam a oferta de propostas de menor preço.
2. A Lei Federal n. 6.321/1976, que instituiu o PAT, conferiu ao Poder Executivo a competência para regulamentar o Programa, não para legislar. Também em seu conteúdo, não trouxe obrigatoriedade de inscrição a ele, tanto para o beneficiário quanto para o fornecedor/prestador, lembrando aqui que a execução do Programa é disciplinada na Portaria MTE n. 3/2002.
3. A Portaria MTE n. 1.287/2017, vedou a adoção de taxas de serviço negativas para as empresas prestadoras inscritas no PAT, ultrapassando assim, a competência regulamentar, bem como impedindo a obtenção de propostas mais vantajosas nos certames relacionados a contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação/vale-refeição, constituindo-se ofensa ao art. 4º inciso X da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93.
4. A Portaria MTE n. 1.287/2017 apresenta vícios em seu processo de formação por não ter observado a Portaria MTE n. 1.127/2003 e a Portaria Interministerial n. 6/2005.
5. Em razão de suas próprias irregularidades e da ofensa aos princípios da Administração Pública, é descabida a aplicação da Portaria MTE n. 1.287/2017, mesmo quando há inscrição no PAT, devendo o certame licitatório prosseguir sem intervenções e/ou reformulações.

Segunda Câmara

13ª Sessão Ordinária – 02/05/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia (fls. 1 a 7) e documentação anexa (fls. 8 a 64), que inclui em sua petição inicial pedido de liminar, apresentada pela empresa SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Eireli – EPP, contestando possível irregularidade no Edital,

publicado em 11/01/2018, do Pregão Presencial n. 00004/2018, Processo Licitatório de mesmo n. 00004/2018 (fls. 19 a 56), da Prefeitura Municipal de Elói Mendes.

O Edital tem como objeto a “contratação de empresa especializada para prestação de serviços técnicos para implantação, disponibilização, administração e emissão de cartão eletrônico/magnético, com chip de segurança para aquisição de alimentos “in natura” pelos servidores da Prefeitura Municipal de Elói Mendes – MG através de estabelecimentos comerciais credenciados de acordo com as normas do ministério do trabalho e emprego que regulamenta o Programa de alimentação do trabalhador (PAT)” (fl. 20) e como critério de aceitação das propostas, o exposto em seu texto: “Será vencedor o licitante que ofertar a menor taxa administrativa aceitando-se taxas negativas, observado o “critério de julgamento” por item”.

A denúncia aponta como possível irregularidade, exclusivamente, a impossibilidade de cobrança de taxas de serviço negativas em editais licitatórios no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), em razão da Portaria do Ministério do Trabalho n. 1.287 de 27/12/2017, com publicação em 28/12/2017 (fls. 2 a 6), que traz esta vedação às empresas inscritas no PAT.

A petição inicial, datada de 18/01/2018 (fl. 7), foi protocolada no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) em 22/01/2018 (fl. 65) e distribuída à minha relatoria em 23/01/2018 (fl. 68). Tem-se a data de abertura do Processo Licitatório em 24/01/2018 e, conforme já mencionado, há pedido de liminar requerendo a suspensão do certame, razão pela qual, rapidamente, em 25/01/2018, encaminhei a denúncia para análise da matéria à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (fl. 69).

Assim, em 29/01/2018 ocorreu o retorno da Unidade Técnica (fls. 70 a 74) que concluiu sua análise entendendo que a denúncia pode ser julgada improcedente, com resolução do mérito e sugeriu, por conseguinte, o arquivamento dos autos dado ser descabida a aplicação da Portaria MTE n. 1.287/2017, vez que as empresas cadastradas ou não no PAT podem participar do certame, e as taxas de serviço negativas estão de acordo com o interesse público e à competitividade esperada no processo.

Portanto, tendo a mim sido conclusos os autos supracitados, em 06/02/2018, proferi decisão negando o pedido de liminar, elucidando a ausência de irregularidade no certame, bem como, do *fumus boni iuris*, e do *periculum in mora* essenciais à concessão da liminar (fls. 77 a 80).

A SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Eireli – EPP foi intimada e os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas para continuidade da apreciação da denúncia, conforme meu despacho e Certidão do TCE/MG (fls. 80 e 81).

O Ministério Público de Contas corroborou e em seu parecer concluiu opinando pela improcedência da denúncia (fls.82 a 86), documentação anexa (fls. 87 a 102). Entretanto, o Ministério Público de Contas fundamentou sua conclusão nas irregularidades da própria Portaria MTE n. 1.287/2017. Por não ter esta seguido o devido processo de elaboração, ter o Poder Executivo extrapolado a competência para regulamentar o PAT, e entendeu ainda, pela obrigatoriedade de inscrição no Programa, o que acarreta em propostas mais vantajosas e não restringe a competitividade no certame.

Ao final, foi sugerido pelo Ministério Público de Contas, dar ampla publicidade à decisão a ser proferida para a presente denúncia, haja visto ser relevante o conteúdo da matéria tratada, ser elevado o número de entes públicos que celebram contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação / vale-refeição no âmbito do Estado de Minas Gerais e, ter a Portaria efeito imediato para seu cumprimento.

É o relatório, no essencial

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise da denúncia, considerando a manifestação da Unidade Técnica e o parecer do Ministério Público de Contas.

II.1 – Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, obrigatoriedade de inscrição / registro

A SINDPLUS Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Eireli – EPP inicia sua denúncia informando que o Processo Licitatório n. 0004/2018 da Prefeitura Municipal de Elói Mendes descumpra normas do Ministério do Trabalho.

O descumprimento dá-se em razão de considerar a inscrição no PAT obrigatória para as empresas fornecedoras/administradoras de vale-alimentação/vale-refeição, e assim haver a necessidade de submeter-se aos regramentos do Programa, conforme abaixo (fl. 5).

Importante ainda mencionar, que todas as empresas que atuam no segmento de fornecimento e administração de vale alimentação / refeição, são obrigadas a se inscreverem no PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), nos termos da Lei 6.321 de 14.04.1976, devendo observar todas as normas e diretrizes que regulamentam o Programa, sob pena de terem sua inscrição cancelada, assim como prevê o art. 9º da Instrução Normativa n. 135, de 31 de Agosto de 2017, ...

O que não teria ocorrido em sua totalidade.

Entretanto, a Unidade Técnica discorda desta obrigatoriedade, e afirma ser facultativa a inscrição no PAT, por não haver na Lei n. 6.321/1976, que instituiu o PAT, dispositivo acerca do tema. Ressalta ser a exigência de tal inscrição para fins de processos licitatórios descabida, trazendo, ainda, em sua manifestação, entendimento no mesmo sentido do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Tribunal Pleno, sessão de 25/06/2014¹ para os processos de n. 2309.989.14-3 e 2342.989.14-2. Este entendimento ilustra, inclusive, a não existência da exigência da inscrição no PAT quando cita o rol taxativo de documentos permitidos na habilitação dos interessados nas licitações, arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93, que versa sobre as normas para licitações e contratos da Administração Pública (fls. 71 e 72).

Contudo, o *Parquet*, em seu parecer, opina e concorda nesta questão com a alegação da denúncia, sob referência da Portaria MTE n. 3/2002, que disciplina o PAT, na qual, em razão dos arts. 8º, 10, 11, 12, e 16, a obrigatoriedade da inscrição no PAT estaria prevista e detalhada (fl. 83).

Assim, diante de posicionamentos contrários, faz-se primordial a correta e atenta interpretação dos diplomas legais sobre a matéria, o que o faço agora:

O PAT é um Programa do Governo Federal de gestão do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho da Secretaria de Inspeção do Trabalho – Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). É um Programa de adesão voluntária, que visa estimular o empregador a propiciar o acesso dos trabalhadores a alimentação nutricionalmente adequada, mediante a concessão de incentivos fiscais e com prioridade de atendimento ao trabalhador de baixa renda, ou seja, aqueles que ganham até 5 salários mínimos. O Programa foi criado pela Lei n. 6.321/1976, regulamentado pelo Decreto n. 5/1991, e tem execução disciplinada na Portaria MTE n. 3/2002.

¹ Disponível em < http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/4_-_epe-e-05-ccm-008e009-_sabesp.pdf >

A Lei n. 6.321/1976 dispõe sobre a dedução do lucro tributável para fins de imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, e não traz em seu texto qualquer dispositivo que verse acerca da obrigatoriedade de inscrição no PAT, *in verbis*:

Art. 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins 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 na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.

A inscrição é tratada na Portaria MTE n. 3/2002, que, conforme já exposto, disciplina a execução do PAT. Cabe destacar, que os artigos 8º, 10º, 11º, 12º, e 16º, citados pelo Ministério Público de Contas em seu parecer (fl. 83), são alguns dos artigos que dizem respeito ao modo como deve ocorrer a inscrição / registro por aqueles que voluntariamente tenham feito essa escolha: beneficiários, fornecedores ou prestadores. Não há qualquer menção, de forma ampla, à obrigatoriedade de inscrição / registro no Programa, haja vista, inclusive, ser um Programa caracterizado pela adesão. Veja-se nos artigos abaixo a orientação da forma de inscrição para beneficiários (art. 2º.), e, depois, para fornecedores e prestadores de serviços de alimentação (art. 11º.), *in verbis*:

Art. 2º Para inscrever-se no Programa e usufruir dos benefícios fiscais, a pessoa jurídica deverá requerer a sua inscrição à Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, através do Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho – DSST, do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, em impresso próprio para esse fim a ser adquirido na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT ou por meio eletrônico utilizando o formulário constante da página do Ministério do Trabalho e Emprego na INTERNET (www.mte.gov.br).

§ 1º - A cópia do formulário e o respectivo comprovante oficial de postagem ao DSST/SIT ou o comprovante da adesão via INTERNET deverá ser mantida nas dependências da empresa, matriz e filiais, à disposição da fiscalização federal do trabalho.

§ 2º - A documentação relacionada aos gastos com o Programa e aos incentivos dele decorrentes será mantida à disposição da fiscalização federal do trabalho, de modo a possibilitar seu exame e confronto com os registros contábeis e fiscais exigidos pela legislação.

§ 3º - A pessoa jurídica beneficiária ou prestadora de serviços de alimentação coletiva registrada no Programa de Alimentação do Trabalhador deve atualizar os dados constantes de seu registro sempre que houver alteração de informações cadastrais, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar informações anualmente a este Ministério por meio da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS.

[...]

Art. 11 As pessoas jurídicas que pretendam credenciar-se como fornecedoras ou prestadoras de serviços de alimentação coletiva deverão requerer seu registro no PAT mediante preenchimento de formulário próprio oficial, conforme modelo anexo a esta Portaria, o qual se encontra também na página eletrônica do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE na INTERNET, e que, após preenchido, deverá ser encaminhado com a documentação nele especificada ao Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho – DSST, da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT, por intermédio da Delegacia Regional do Trabalho local ou diretamente pela INTERNET.

Parágrafo único - As empresas prestadoras de serviços de alimentação coletiva deverão encaminhar o formulário e a documentação nele especificada exclusivamente por intermédio da Delegacia Regional do Trabalho local.

O ponto crucial da interpretação das regras do PAT, no que diz respeito à obrigatoriedade de inscrição no Programa, está no entendimento do vínculo entre essas inscrições.

Uma vez que a empresa esteja inscrita como beneficiária, a execução do PAT poderá ocorrer por meio de recursos próprios ou de forma conveniada. Na forma conveniada, os beneficiários, para manterem os incentivos fiscais do Programa, precisam que os fornecedores / prestadores sejam obrigatoriamente inscritos / registrados no PAT. Não há uma regra geral de obrigação de inscrição no PAT para toda e qualquer situação. Esse é o ponto que traz a confusão na interpretação, quando alguns pensam haver a obrigatoriedade de inscrição como regra.

As empresas fornecedoras / administradoras de vale-alimentação / vale-refeição são classificadas como prestadoras de serviço de alimentação coletiva e, portanto, não são obrigadas a se inscreverem no PAT, a não ser que a empresa para a qual estejam prestando serviço esteja cadastrada e esta não queira perder os incentivos do Programa. A obrigatoriedade se dá em razão do beneficiário. Conforme legislação do Programa:

Art. 8º Para a execução do PAT, a pessoa jurídica beneficiária poderá manter serviço próprio de refeições ou distribuição de alimentos, inclusive não preparados, bem como firmar convênios com entidades que forneçam ou prestem serviços de alimentação coletiva, desde que essas entidades sejam registradas pelo Programa e se obriguem a cumprir o disposto na legislação do PAT e nesta Portaria, condição que deverá constar expressamente do texto do convênio entre as partes interessadas.

[...]

Art. 12 – A pessoa jurídica será registrada no PAT nas seguintes categorias:
I – fornecedora de alimentação coletiva:

- a) operadora de cozinha industrial e fornecedora de refeições preparadas transportadas;
- b) administradora de cozinha da contratante;
- c) fornecedora de cestas de alimento e similares, para transporte individual.

II – prestadora de serviço de alimentação coletiva:

- a) administradora de documentos de legitimação para aquisição de refeições em restaurantes e estabelecimentos similares (refeição-convênio);
- b) administradora de documentos de legitimação para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais (alimentação-convênio).

Parágrafo único – O registro poderá ser concedido nas duas modalidades aludidas no inciso II, sendo, neste caso, obrigatória a emissão de documentos de legitimação distintos.

Esclarecida a questão quanto à obrigatoriedade, cabe ressaltar que tal inscrição / registro proporciona a obtenção de incentivos fiscais tais como: dedução no imposto de renda para optantes pela tributação com base no lucro real; isenção de encargos sociais sobre os valores do benefício; conforme o disposto na Lei n. 6.321/76, regulamentada pelo Decreto n. 5/1991 e legislação tributária complementar. Tal concessão é interessante a quem deseja participar de um certame licitatório do tipo pregão, haja vista a possibilidade de oferecer proposta mais vantajosa pelo PAT.

Destaca-se que, a exigência de inscrição no Programa como condição à participação em Processo Licitatório é contrária à própria Lei 8.666/93. Configura-se em um requisito de participação no certame que não é previsto em nossa legislação. Ademais, o PAT é um Programa de adesão em que, conforme já dito, somente quando a empresa beneficiária não quer perder os incentivos fiscais e ela estabelece convênio com os fornecedores / prestadores de serviços de alimentação / refeição, compele quem executa o serviço a também estar cadastrado.

Ante às exposições acima e de forma contrária à denúncia, considero demonstrada a não obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas especializadas para prestação de serviços

técnicos para implantação, disponibilização, administração e emissão de cartão eletrônico/magnético com chip de segurança para aquisição de alimentos “in natura”, contratação descrita como objeto do certame à fl. 20.

II.2 – Portaria MTE 1.287/2017 – PAT, inaplicabilidade

A denúncia, ao considerar a obrigatoriedade de inscrição no PAT e submissão ao seu regramento, seguiu apontando um de seus dispositivos como tendo sido inobservado no certame. Assim, a denúncia traz foco para a impossibilidade de cobrança de taxas de serviço negativas em editais licitatórios no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), em razão da Portaria do Ministério do Trabalho n. 1.287 de 27/12/2017, com publicação em 28/12/2017, que dispõe sobre esta vedação às empresas inscritas no PAT (fls. 2 a 6). Nestes termos:

Art. 1º No âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador, é vedada à empresa prestadora a adoção de práticas comerciais de cobrança de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias, sobre os valores dos créditos vinculados aos documentos de legitimação.

A denunciante ressalta ainda, o papel da Portaria como sendo ato administrativo que visa à correta aplicação da lei. Cita-se (fl. 5):

Conforme leciona a melhor doutrina, Portaria é, Direito administrativo brasileiro, ato jurídico originário de Poder Executivo, que contém ordens/instruções acerca da aplicação de leis ou regulamentos.

Em todos os casos, portaria é um ato administrativo normativo que visa à correta aplicação da lei, expressando em minúcia o mandamento abstrato da lei, com a mesma normatividade da regra administrativa. (Sublinhou-se)

Por sua vez, a Unidade Técnica, reconhece a Portaria MTE n. 1.287/2017 e seu conteúdo; porém, reitera que a vedação à cobrança de taxas de serviço negativas deve ser aplicada somente às empresas inscritas / registradas no PAT. Até mesmo porque é uma Portaria deste Programa, que foi criada por meio da Lei n. 6.321/1976. Em sua manifestação, a inscrição / registro não são obrigatórios para o certame. Ademais, a vedação, constitui-se ponto desfavorável à oferta da proposta mais vantajosa. Eis o entendimento da Unidade Técnica, visto às fls. 77v a 78v:

Sabe-se que uma portaria tem como “finalidade imediata a criação, o resguardo, o reconhecimento, a modificação ou a extinção de situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”, sendo sua natureza jurídica incontestável. Entretanto, como ato administrativo que é, a portaria não tem vida autônoma, sendo essencial a busca de fundamento em lei, regulamento ou decreto anterior que assegure a sua base jurídica².

Nessa vertente, constata-se que a Portaria n. 1.287/2017, que dispõe sobre a vedação de cobrança pelas empresas prestadoras, de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador, fundamenta-se na Lei n. 6.321/76, pois é esta que regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

[...]

Sendo assim, entende esta Unidade Técnica que a Portaria n. 1.287/2017 veda a cobrança de taxa de serviços negativa somente às empresas beneficiárias do Programa de

² Texto de J. Cretella Júnior. Fonte: http://bibliotecadigital.fgv.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=h7X2MFfQkLvrcTDfj7Su_tSKTur4i3hhfx_kRY4Y74k,&dl.

Alimentação do Trabalhador, sendo descabida a aplicação desta Portaria no âmbito dos procedimentos licitatórios, onde diversas empresas, cadastradas ou não, no programa podem participar do certame.

Ademais, esta Corte de Contas entende que a vedação de taxas de serviços negativas, prática comum no mercado das empresas que comercializam vales-refeição e vales-alimentação, *desfavorece a competitividade do certame e o interesse público*.

A manifestação da Unidade Técnica traz como encerramento da análise realizada, destaque aos Acórdãos n. 1.757/2010 e n. 552/2008 do TCU, por estes apresentarem o mesmo entendimento em relação à vedação das taxas de serviços negativa e sua implicação de forma não favorável à obtenção de contratos resultantes de propostas mais vantajosas (fl. 73v), *in verbis*:

Este também é o entendimento exarado nos Acórdãos n. 1757/2010 e n. 552/2008 do TCU. Neste último, o Ministro-Revisor do TCU Aroldo Cedraz, em seu voto afirmou:

“Ressalta que a admissão de propostas com taxa de administração irrisória ou negativa não torna o contrato inexecutável, visto que a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada e, ainda, pela cobrança de “comissão” dos estabelecimentos. Acrescenta que o risco de inexecutabilidade deve ser diminuído com a exigência de garantias compatíveis com o volume de recursos que seriam intermediados pela prestadora dos serviços.”

Já o parecer do Ministério Público de Contas, por considerar a inscrição/registro no PAT obrigatório para as empresas fornecedoras/administradoras de vale-alimentação/vale-refeição, considera ser também obrigatória a aplicação da Portaria, e ressalta ser inquestionável o ganho fiscal por fazer parte do Programa (fl. 83). Contudo, traz à análise da matéria a contextualização acerca da competência do poder Executivo no PAT. Entende que a Portaria MTE n. 1.287/2017 teve sua aplicação prejudicada, pois extrapolou a competência para regulamentar o Programa (fl. 84). Leia-se:

18. Entende o Ministério Público de Contas que a norma contida na referida Portaria extrapola o poder regulamentar conferido pelos arts. 84, inciso IV e 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição da República

[...]

21. Contudo, a Portaria MTE n. 1.287/2017 estabelece vedação não prevista em lei a pretexto de regulamentar a sua execução. A vedação imposta pela citada portaria não cuida da regulamentação do PAT, mas sim de estabelecer norma, não respaldada em lei, que interfere indevidamente na atividade comercial das empresas do ramo de fornecimento e administração de vale alimentação/refeição.

Complementa sua interpretação quanto à aplicação prejudicada, esclarecendo que a adoção de taxas de serviço negativas é prática comum, inclusive nos contratos celebrados com a Administração Pública, e a vedação imposta pela Portaria impede a obtenção da proposta mais vantajosa nos certames destinados à contratação de empresas fornecedoras/administradoras de vale-alimentação/vale-refeição, interferindo indevidamente na atividade comercial das empresas do ramo e violando o art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, na medida em que restringe a competitividade no setor de fornecimento e administração de vales-alimentação / refeição (fl. 84).

Ao transcrever parte da decisão liminar proferida pelo Ministro Og Fernandes do STJ, nos autos do Mandado de Segurança n. 24.174-DF, impetrado pela Companhia Paranaense de

Energia e outras contra ato do Ministro de Estado do Trabalho, elucidou, ainda, ter a Portaria MTE n. 1.287/2017 vícios em seu processo de elaboração (fls. 84v e 85).

28. Ressalte-se a parte do voto do Ministro Og Fernandes em que se destaca trecho da Nota Técnica 45/2018 que afirma não ter a Portaria MTE n. 1.287/2017 sido “submetida ao debate pelas comissões competentes haja vista a necessidade de se atender demanda das próprias empresas que atuam no segmento de benefícios ao trabalhador”.

29. O Ministro do STJ ainda asseverou estar impressionado com “a ausência de justificativa relacionada aos eventuais benefícios da alteração normativa proposta em favor do próprio funcionamento do PAT e dos interesses dos trabalhadores a serem albergados pelo referido ato”.

30. Verifica-se, portanto, não haver qualquer estudo técnico precedente à Portaria MTE n. 1.287/2017 que demonstre prejuízo ao PAT em razão da adoção de taxas de serviço negativas nos contratos de prestação de serviço de fornecimento e administração de vales alimentação/refeição.

Ao todo, não resta dúvida que a Portaria MTE n. 1.287/2017, em razão das inobservâncias quanto à competência para apenas regulamentar, quanto aos requisitos do processo de elaboração, quanto à vedação das taxas de serviço negativas imposta em seu teor, configuram-na como inaplicável. Veja-se por meio dos próprios diplomas legais e referências no tema:

Reafirmo a competência do Poder Executivo para tão somente regulamentar o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e dentro do escopo que cabe ao MTE, conforme Lei Federal n. 6.321/1976:

Art 4º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 60 (sessenta) dias.

Assim, a Portaria não pode ir contra ou extrapolar a Lei à qual faz referência. Regulamentar, não pode ser confundido com legislar. Inclusive, a regulamentação depende da prévia legislação. A Portaria MTE n. 1.287/2017, ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas, extrapolou a competência conferida no artigo acima transcrito, pois impôs uma nova situação e acabou legislando ao invés de apenas prescrever o que deveria ser feito. Vale destacar que pela doutrina de Hely Lopes Meireles³:

O decreto regulamentar ou de execução: é o que visa explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação.

[...]

Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é irritó e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade. Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de execução), terá que se cingir ao que a lei contém; quando se tratar de regulamento destinado a prover situações não contempladas em lei (regulamento autônomo ou independente), terá que se ater aos limites da competência do Executivo, não podendo, nunca, invadir as reservas da lei, isto é, suprir a lei naquilo que é da exclusiva competência da norma legislativa (lei em sentido formal e material).

Mesmo por Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴:

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.160.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.91.

O poder regulamentar ou, como prefere parte da doutrina, poder normativo é uma das formas de expressão da função normativa do Poder Executivo, cabendo a este editar normas complementares à lei para a sua fiel execução.

Outro ponto que me chama a atenção em relação à competência está no fato da vedação imposta invadir a seara da ordem econômica, por afetar aqui, no caso em questão, o resultado financeiro dos contratos administrativos para situação menos favorável e sem qualquer comprovação de repasse aos trabalhadores para situação mais favorável. Esta seara, por óbvio, não cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Reafirmo, por conseguinte, que, para a elaboração da Portaria MTE n. 1.287/2017, não houve, segundo a decisão do STJ no Mandado de Segurança n. 24.174-DF colacionada pelo *Parquet*, a observância do rito traçado pelo regramento interno do Ministério do Trabalho e Emprego (fl. 84v). Tenha-se ainda, como referência, a Portaria MTE n. 1.127/2003, em seu artigo:

Art. 3º A elaboração e a revisão de norma serão precedidas por uma minuta de texto básico que será produzido por Grupo Técnico - GT e apresentado e discutido no âmbito do Grupo de Trabalho Tripartite - GTT, ouvidas as representações de empregadores e trabalhadores.

Bem como, a Portaria Interministerial n. 06/2005, conforme abaixo:

Art. 1º - Instituir, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, Comissão Tripartite com a finalidade de acompanhar e avaliar a execução do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

Art. 2º - Compete à Comissão Tripartite do Programa de Alimentação do Trabalhador - CTPAT:

I - acompanhar e avaliar a execução do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT;

II - propor o aperfeiçoamento da legislação relativa ao PAT, principalmente no que tange ao credenciamento das empresas prestadoras de serviço de alimentação coletiva e à definição das regras de utilização e aceitação dos documentos de legitimação, inclusive na modalidade de cartão eletrônico;

III - elaborar estudos visando estabelecer regras para a fiscalização e à aplicação de penalidades às empresas e estabelecimentos conveniados que executarem de modo inadequado o PAT, conforme preceitua o art. 8º do Decreto n. 05, de 4 de janeiro de 1991;

IV - avaliar as propostas de medidas legislativas encaminhadas ao Ministério do Trabalho e Emprego atinentes ao PAT;

V - elaborar o seu regimento interno, a ser aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Parágrafo único - Os estudos e sugestões serão submetidos à apreciação do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego e, quando necessário, aos Ministros de Estado da Fazenda, da Saúde, da Previdência Social e do Desenvolvimento Social e Combate a Fome.

Além do Poder Executivo, não temos o envolvimento de qualquer outra parte, e tampouco estudo prévio sobre o assunto, como apontou o Ministério Público de Contas (fl. 85).

Reafirmo, ainda, ser a vedação das taxas de serviço negativas uma afronta à posição consolidada do TCU quanto à possibilidade de sua utilização, conforme teor da decisão n. 38/1996 – Plenário (fl. 73). Veja-se:

Deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei n. 8.666/93, por não estar caracterizado, *a priori*, que essas propostas sejam inexecutableis,

devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital.

Além de ser essa vedação, unanimemente, apontada como prejudicial. Isto porque é desfavorável à concorrência na busca de valores reduzidos e assim, motivo de impedimento, portanto, à obtenção da proposta mais vantajosa nos processos licitatórios que objetivam contratar empresa especializada a prestar serviços de vale-alimentação e vale-refeição.

Importante ressaltar trecho da manifestação da Unidade Técnica à fl. 79v:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação.

E à fl. 80:

Este também é o entendimento exarado nos Acórdãos n. 1757/2010 e n. 552/2008 do TCU. Neste último, o Ministro-Revisor do TCU Aroldo Cedraz, em seu voto afirmou: “Ressalta que a admissão de propostas com taxa de administração irrisória ou negativa não torna o contrato inexecutável, visto que a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada e, ainda, pela cobrança de “comissão” dos estabelecimentos. Acrescenta que o risco de inexecutabilidade deve ser diminuído com a exigência de garantias compatíveis com o volume de recursos que seriam intermediados pela prestadora dos serviços. Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que a aplicação da Portaria n. 1.287/2017 no presente procedimento é descabida, e, portanto, a denúncia é improcedente.”

Faço ainda saber que este Tribunal considera a vedação à adoção das taxas de serviço negativas em editais licitatórios no âmbito do PAT uma afronta ao art. 4º inciso X da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, principais guias do certame.

Por fim, a inaplicabilidade da Portaria MTE n. 1.287/2017 ao Pregão Presencial n. 00004/2018, Processo Licitatório de mesmo n. 00004/2018, independentemente de qualquer outro ponto adicional, ficou aqui demonstrada, por se tratar de uma Portaria que extrapolou a competência do Poder Executivo para tão somente regulamentar o PAT, invadiu a seara econômica, indo além do que cabe ao Ministério do Trabalho, apresentou vícios em seu processo de formação e principalmente porque impede a obtenção da proposta mais vantajosa, principal objetivo das licitações.

II.3 – Necessidade de ampla publicidade da decisão

Ao final de seu parecer ministerial, a Procuradora de Contas, aponta a necessidade de se dar ampla publicidade a decisão prolatada nestes autos, tendo em vista os vícios perpetrados na edição da Portaria MTE n. 1.287/2017, sobretudo à limitação de taxas de serviços negativas sem a precedência de estudo que evidenciasse sua não vantajosidade, a não observância do devido processo de edição do ato normativo no seio do Ministério do Trabalho, como dito alhures, e por fim, a extrapolação do poder regulamentar em face da Lei 6.321/1976.

Acrescento, por salutar, como bem lembrando pelo *Parquet* que o objeto da contratação em epígrafe – fornecimento e administração de vales alimentação / refeição, está no rol das contratações ordinárias em muitos municípios do Estado de Minas Gerais.

Cabe-me por fim citar, diante da Portaria MTE n. 1.287/2017, que tem efeito e aplicação imediatos, trazendo impactos em contratos anteriores e futuros à sua publicação que, diversos

julgados foram concluídos, nos quais destaco, por corroborarem com este voto, os acórdãos: 2.004/2018, 1.488/2018, 2.619/2018 todos do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Portanto, não se deve reconhecer a aplicabilidade da citada Portaria, por não ter supedâneo na norma legal que almejou regulamentar e de não ter seguido seu rito formal de edição.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluo que o Pregão Presencial n. 0004/2018, Processo Licitatório n. 0004/2018, instaurado pela Prefeitura Municipal de Elói Mendes, não apresentou irregularidade ao permitir a adoção de taxas de serviço negativas, razão pela qual julgo improcedente a presente denúncia, com resolução de mérito, consoante o disposto no art. 487, inciso I, do CPC, aqui aplicado supletivamente nos termos do art. 379 do RITCEMG.

Intimem-se as partes da presente decisão nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Determino ainda que se dê ampla publicidade a decisão proferida como requerido pelo *Parquet*.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, conforme previsão contida no art.176, inciso I, do RITCEMG.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar improcedente a presente denúncia, com resolução de mérito, consoante o disposto no art. 487, inciso I, do CPC, aplicado supletivamente nos termos do art. 379 do RITCEMG, uma vez que o Pregão Presencial n. 0004/2018, Processo Licitatório n. 0004/2018, instaurado pela Prefeitura Municipal de Elói Mendes, não apresentou irregularidade ao permitir a adoção de taxas de serviço negativas; **II)** determinar: **a)** a intimação das partes da presente decisão nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte; **b)** que se dê ampla publicidade a decisão proferida como requerido pelo Ministério Público; **c)** o arquivamento dos autos, após tomadas as providências cabíveis, conforme previsão contida no art.176, inciso I, do RITCEMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 2 de maio de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

jc/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de __/__/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, __/__/____.

Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência