

FORNECIMENTO DE VALE-REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO. NORMA QUE VEDA A COTAÇÃO DE TAXA NEGATIVA ÀS EMPRESAS BENEFICIÁRIAS DO PAT. APLICABILIDADE AOS CONTRATOS FORMALIZADOS ANTES DO ADVENTO DA NORMA.

Acórdão 1623/2018 Plenário

Relator: Benjamin Zymler.

Por JML Consultoria¹

Sumário: Representação. Edição, pelo ministério do trabalho, de portaria proibindo a adoção, no âmbito do programa de alimentação do trabalhador (PAT), de taxas de administração negativas em favor dos adquirentes dos instrumentos de crédito emitidos pelas empresas operadoras. Extensão da regra aos contratos em vigor. Arguição de ofensa aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e da motivação. Presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**. Concessão de medida cautelar resguardando a intangibilidade dos contratos firmados pela administração federal em data anterior à do início da vigência do ato impugnado. Referendo do plenário.

O Acórdão em tela versa sobre a aplicabilidade da Portaria nº. 1.287/2017, do Ministério do Trabalho, aos contratos formalizados antes do advento da norma.

Preliminarmente, em vista das práticas de mercado, observa-se que certos objetos têm como forma de remuneração ao particular, além do valor pago a título de taxa de administração, outros montantes complementares que geram lucro, como, por exemplo, as taxas de serviços cobradas de estabelecimentos conveniados, como ocorre em contratos relativos ao fornecimento de vale-refeição/alimentação.

Por essa razão é que as empresas do ramo, ao disputarem entre si nas licitações públicas, costumam praticar taxas de administração zeradas ou até mesmo negativas, o que não é irregular, consoante bem explica Marçal Justen Filho:

“5.7.3) A remuneração indireta e a questão da taxa de administração negativa:

Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular. **Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipóteses, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração (...)**

Não se configurará, em tais casos, proposta inexequível, ainda que o particular oferte serviços por valor igual a zero ou por valor negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração.(...)

Destaque-se que, nesses casos, o valor do contrato reflete o montante dos desembolsos e não a taxa de deságio, sob pena de serem criados outros problemas além da inexequibilidade, como qualificação econômica do licitante, valor da garantia, escolha da modalidade licitatória etc. Ou seja, não se confunde o critério de julgamento com o valor do contrato.”² (grifou-se)

Da mesma forma, aponta o Tribunal de Contas da União:

¹ Texto elaborado pelas consultoras Ana Carolina Coura Vicente Machado e Julieta Mendes Lopes Vareschini.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 873-875.

“19. Por fim, a não aceitação de proposta de Taxa de Administração com percentual igual ou inferior a zero (item 3, c), cabe as seguintes considerações.

20. Existem serviços no mercado em que a remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado.

21. Desse modo atuam **as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.**

22. Considerando, que o objeto do presente certame em análise trata-se de contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web para fornecimento de combustíveis e lubrificantes, produtos afins e lavagem de veículos.

23. Neste contexto, entendemos oportuno trazer à colação o entendimento firmado pelo Tribunal, debatido no âmbito da Decisão 38/96 - Plenário, que **nas 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 do disposto no art. 44, § 3º, da Lei de Licitações, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios previamente fixados no edital.** Nesse sentido, são também os Acórdãos 1757/2010 - TCU - Plenário e 0552/2008 - TCU - Plenário.

24. No presente caso, verificou-se que há indícios de restrição ao caráter competitivo do certame, já que é latente que **a jurisprudência do TCU não proíbe a utilização da taxa de administração negativa ou igual a zero, devendo ser averiguado no caso concreto, se a proposta é exequível**, conforme explanado acima, ademais, verificou-se, ainda, que somente uma empresa participou do certame, consoante ata de reuniões para recebimento dos envelopes (v. peças 6 a 8).

(...)

[ACÓRDÃO]

(...)

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, com fundamento no art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, e ante as razões expostas pela relatora, em:

9.1. conhecer da representação e considerá-la prejudicada, ante a perda de seu objeto;

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 - CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante **este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário.**³ (grifou-se)

No entanto, em dezembro de 2017, o Ministério do Trabalho baixou a Portaria nº 1.287/2017 segundo a qual não é mais possível a cotação de taxa negativa pelas administradoras quando do fornecimento de vale-refeição/alimentação aos beneficiários do Programa de Alimentação do Trabalhador:

³ TCU. Acórdão 1556/2014. Segunda Câmara.

“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.”

O Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) é uma forma de priorizar o atendimento aos trabalhadores de baixa renda, através de incentivo tributário aos empregadores que aderirem ao Programa⁴ e o Ministério do Trabalho é o órgão responsável por expedir instruções a respeito, nos termos do Decreto nº 5/1991⁵, que regulamenta a lei instituidora do PAT (Lei 6.321/1976).

As portarias, instruções, circulares, etc., são classificadas como atos administrativos ordinatórios, sobre os quais bem leciona Hely Lopes Meirelles:

“Atos administrativos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições.

Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados **desde que o faça nos limites de sua competência.**

Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias. São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem.”⁶ (grifou-se)

Tem-se, portanto, que, a rigor, os atos ordinatórios (a exemplo das portarias) servem para auxiliar a Administração em sua organização interna, não criando direitos ou obrigações para os administrados. Sendo assim, pode-se dizer que o conteúdo da referida Portaria ministerial é juridicamente questionável, na medida em que intervém em atividade econômica, impondo restrição sem amparo legal, já que não foi prevista na Lei 6.321/1976, nem no decreto que a regulamenta.

Além disso, o Ministério do Trabalho editou a Nota Técnica nº. 45/2018, segundo a qual “A entrada em vigor da Portaria nº 1.287/17 tem efeito imediato para seu cumprimento, independentemente se à data da publicação já estavam vigentes quaisquer contratos entre participantes do PAT, sejam estes por prazo determinado ou indeterminado”.

A orientação contida nessa nota é igualmente questionável sob o ponto de vista legal, já que não leva em consideração atos jurídicos perfeitos, que não podem ser atingidos por novel legislação, posto que em nosso ordenamento pátrio vigora o princípio da irretroatividade das normas, em prol da segurança jurídica.

Nessa linha, prevê a Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - **a lei não prejudicará** o direito adquirido, **o ato jurídico perfeito** e a coisa julgada” (grifou-se)

Da mesma forma, o Decreto-Lei nº 4.657/ 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil-LICC):

⁴ Lei 6.321/1976: “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”.

⁵ Decreto 5/1991: “Art. 9º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social expedirá instruções dispendo sobre a aplicação deste Decreto.”

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 186.

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)” (grifou-se)

Tem-se notícia, aliás, de que contra essa Portaria foram impetrados vários mandados de segurança, com pedido de liminar, requerendo, entre outros, a suspensão dos seus efeitos. A maioria deles, contudo, foi atendida apenas em parte, de modo a impedir que os efeitos da Portaria alcancem contratação/contratações já formalizada (s), decisões essas que surtem efeitos somente entre as partes, cabendo aos demais interessados ingressar com medida própria.

Para ilustrar a questão cita-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.174 - DF (2018/0066172-4)

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

IMPETRANTE: COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA

IMPETRANTE: COPEL RENOVAVEIS S.A

IMPETRANTE: COPEL COMERCIALIZACAO S.A

IMPETRANTE: COPEL DISTRIBUIÇÃO S.A

IMPETRANTE: COPEL GERACAO E TRANSMISSAO S.A

IMPETRANTE: COPEL TELECOMUNICAÇÕES S/A

(...)

IMPETRADO: MINISTRO DO TRABALHO

DECISÃO Vistos, etc.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Companhia Paranaense de Energia e outras contra ato do Ministro de Estado do Trabalho consistente na edição da Portaria MTE 1.287, de 27/12/2017, a qual impediu a adoção de taxas de administração negativas nas contratações firmadas entre as pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT e os operadores dos vales alimentação e refeição. As impetrantes sustentam que o referido normativo contraria a legislação de regência, bem como a Constituição Federal, devendo ser reconhecida sua nulidade. (...) Decido. O deferimento da medida liminar no mandado de segurança está condicionado à demonstração concomitante da fumaça do bom direito e do perigo na demora. No caso, verifico que estão presentes os requisitos necessários para o deferimento da tutela de urgência. (...) O perigo na demora, por seu turno, está caracterizado pela iminência de aplicação das exigências constantes da Portaria impugnada no mandamus, a realizar-se no dia 27/3/2018, ensejando a modificação de contratos anteriormente celebrados e, por conseguinte, a repactuação do equilíbrio econômico-financeiro de pactos que envolvem quantias vultosas. Destaque-se, todavia, que a presente liminar não abrange a autorização

para as impetrantes adotarem a menor taxa de administração em futuros certames licitatórios, sob pena de um provimento precário consolidar direitos que ultrapassam os próprios limites da presente ação mandamental. **Ante o exposto, defiro, em parte, o pedido de liminar para suspender a aplicação da Portaria 1.287/2017, editada pelo Ministro de Estado do Trabalho e impossibilitar que as impetrantes sofram sanções em decorrência do descumprimento do referido ato normativo, especificamente no tocante às contratações que foram realizadas com as prestadoras do serviço de gerenciamento, implementação e administração de benefício refeição e alimentação.**Comunique-se com urgência. Notifique-se a autoridade impetrada para apresentar informações no prazo legal. Cientifique-se o órgão de representação judicial do Ministério do Trabalho para, querendo, ingressar no feito. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 26 de março de 2018. Ministro Og Fernandes Relator.”(grifou-se)

Na mesma linha firmou entendimento o Tribunal de Contas da União, que no Acórdão objeto desses comentários, acolhendo pedido do Ministério Público junto a Corte, determinou, cautelarmente, ao Ministério do Trabalho que se abstenha de exigir o cumprimento da Portaria 1.287/2017 em relação aos contratos da Administração e das entidades do Sistemas S já formalizados quando da sua entrada em vigor:

“SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. EDIÇÃO, PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO, DE PORTARIA PROIBINDO A ADOÇÃO, NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR (PAT), DE TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVAS EM FAVOR DOS ADQUIRENTES DOS INSTRUMENTOS DE CRÉDITO EMITIDOS PELAS EMPRESAS OPERADORAS. EXTENSÃO DA REGRA AOS CONTRATOS EM VIGOR. ARGUIÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA MOTIVAÇÃO. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR RESGUARDANDO A INTANGIBILIDADE DOS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL EM DATA ANTERIOR À DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO ATO IMPUGNADO. REFERENDO DO PLENÁRIO.

(...)

VOTO

Cuidam os autos de representação, oferecida pelo Ministério Público junto a esta Corte (MPTCU), noticiando possíveis irregularidades na Portaria 1.287/2017 do Ministério do Trabalho (MTb), alusiva à operacionalização do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

2. Em linhas gerais, a norma proíbe que as empresas administradoras de vales e cartões de alimentação negociem com seus clientes preços inferiores ao valor nominal dos créditos a serem distribuídos aos trabalhadores beneficiários. Exemplificativamente, se determinada empresa deseja distribuir a seus empregados tíquetes alimentação no valor de R\$ 100,00, esse mesmo valor – pela Portaria – deverá ser o preço mínimo a ser cobrado pelo serviço por parte da empresa administradora. Atualmente, devido à concorrência existente no setor, são oferecidos descontos que podem superar os 5%, ou seja, no mesmo exemplo, pelos R\$ 100,00 em tíquetes, a empresa contratante poderia pagar à administradora algo em torno de R\$ 95,00.

3. Para o Ministério do Trabalho, a vedação se justificaria porque a prática de taxas negativas – estratégia comercial utilizada para atrair grandes clientes – causa prejuízo aos trabalhadores, porquanto as empresas operadoras do serviço, para se compensar dos “descontos” oferecidos aos contratantes (empregadores), passam a cobrar mais de seus varejistas credenciados (restaurantes, supermercados), que, por sua vez, “repassam tais custos aos trabalhadores [via aumentos de preços], reduzindo, ao final, o poder de compra dos vales”.

4. O MPTCU, por sua vez, enfatizando a inexistência de previsão legal para a proibição, bem assim a aparente ausência de “estudos que apontem e quantifiquem – ou, ao menos, estimem – eventual redução do poder de compra do trabalhador em decorrência da prática de taxas negativas, tampouco que a sua vedação, por si só, seria medida apta e necessária a coibir as alegadas distorções”, afirma que a Portaria MTb 1.287 constitui:

*“ato administrativo normativo proibitivo ofensivo à legalidade (art. 5º, inc. II, da CF) e à razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999), por se mostrar aparentemente desprovido de evidências quanto à sua adequação para o atingimento dos resultados objetivados, quanto à sua **necessidade**, assim entendida como a ausência de medida alternativa tão ou mais eficaz e menos onerosa, e mesmo quanto à **proporcionalidade em sentido estrito** entre o ônus imposto aos empregadores participantes do PAT e os ganhos potenciais ao poder de compra do trabalhador, já que não se verificou qualquer estimativa a esse respeito. Se, ao contrário, ocorreram tais estudos de que ora se questiona, o ato, no mínimo, carece da devida **motivação**, nos termos dos arts. 2º, 29, § 1º, e 50, inc. I e § 1º, da Lei 9.784/1999”* (destaques do original).

5. Em particular, preocupa o **Parquet** “o fato de a Portaria 1.287/2017 não ressaltar da sua incidência contratos já celebrados, em especial contratos administrativos e outros contratos sujeitos, ainda que parcialmente, a regime jurídico de direito público”, motivo pelo qual requer, cautelarmente, que se determine ao Ministério do Trabalho que “**se abstenha de exigir a observância da Portaria 1.287/2017 em relação aos contratos da administração pública federal e das entidades do Sistema S já celebrados na data de entrada em vigor da citada portaria, divulgando essa determinação entre os empregadores credenciados no PAT**”.

6. Na instrução do feito, a Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi) manifesta-se favoravelmente ao deferimento do pedido.

7. **Nesse contexto, vislumbrando presentes, na espécie, os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, concedi, no dia de ontem (17/7/2018), fundado nas razões expostas no despacho transcrito no relatório precedente, a medida cautelar na extensão pleiteada pelo representante.**

8. Assim, em observância ao disposto no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, submeto a matéria ao referendo deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de julho de 2018.

(...)

1. Processo nº TC 011.577/2018-5.

2. Grupo I – Classe de Assunto: VII - Representação

3. Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

4. Órgão: Ministério do Trabalho.

5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, oferecida pelo Ministério Público de Contas, noticiando a existência de possíveis irregularidades na Portaria 1.287/2017, editada pelo Ministério do Trabalho,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro no art. 276 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. referendar a medida cautelar concedida, em 17/7/2018, por meio do despacho acostado à peça 18 dos autos, transcrito no relatório que acompanha este acórdão;

9.2. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Trabalho e ao representante.”

Atendendo a essa determinação o Ministério do Trabalho publicou o despacho que segue:

“DESPACHO DE 26 DE JULHO DE 2018

Processo: 46000.002689/2018-45

Interessado: Tribunal de Contas da União

Conforme todo exposto na Nota Técnica CGAT/AESAM nº128/2018, de lavra da Coordenação-Geral de Análise Técnica da Assessoria Especial de Apoio ao Ministro, bem como diante da decisão exarada pelo Tribunal de Contas da União nos autos do Processo TC 011.577/2018-5, que trata de Representação oferecida pelo Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público junto ao TCU, **DETERMINO à Secretaria de Inspeção do Trabalho que se abstenha de exigir a observância da Portaria nº 1.287/2017 em relação aos contratos firmados por entidades da administração pública federal e do Sistema S celebrados em data anterior ao início da vigência da citada portaria.**”⁷ (grifou-se)

Diante disso tem-se que, em consonância com o entendimento do TCU e a determinação do Ministério do Trabalho antes transcrita, a vedação constante na Portaria 1.287/2017 não se aplica aos contratos já firmados pela Administração e pelas entidades do Sistema S, o que significa que esses ajustes devem, então, manter eventuais taxas negativas acordadas.

Já as licitações a serem instauradas devem, enquanto não declarada a nulidade da Portaria em exame ou suspensos seus efeitos de forma integral, observar tal vedação, sob pena de sofrer sanções pelo órgão fiscalizador do PAT.

⁷ D.O.U de 30/07/2018, Edição: 145, Seção: 1, p. 15.

