Processo Administrativo CMS nº 980/2021

Modalidade de licitação/nº: Pregão Eletrônico nº 19/2022

Objeto: Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de fornecimento de vale-refeição, administração, gerenciamento e disponibilização de cartões eletrônicos em PVC, com *chip* eletrônico de segurança, opção de pagamento por aproximação e respectivas recargas de créditos mensais, para a aquisição de refeições prontas e gêneros alimentícios em redes de estabelecimentos comerciais credenciados, conforme legislação e dispositivos normativos, destinados aos vereadores e servidores, lotados nos gabinetes dos vereadores, da Câmara Municipal de Salvador.

Impugnante: UP Brasil Administração e Serviços Ltda. (CNPJ nº 02.959.392/0001-46)

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

1. RESUMO DA IMPUGNAÇÃO

Cuida-se de impugnação administrativa apresentada pela sociedade empresária **UP Brasil Administração e Serviços Ltda.** no bojo do **Processo Administrativo CMS nº 980/2021**, o qual tem por objeto, em resumo, a realização de procedimento licitatório, na modalidade pregão, do tipo eletrônico, para a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de fornecimento de vale-refeição, administração, gerenciamento e disponibilização de cartões eletrônicos em PVC, com *chip* eletrônico de segurança, opção de pagamento por aproximação e respectivas recargas de créditos mensais, conforme especificações do Termo de Referência e seus anexos.

Alega a insurgente, em apertada síntese, que o procedimento licitatório objeto dos autos estaria eivado de ilegalidades, pois o instrumento convocatório conteria disposições contrárias à recente Lei Federal nº 14.442/2022, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.108/2022,

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

notadamente: a aceitação de desconto na taxa de administração, com o oferecimento de valores negativos (subitem 21.2 do Edital); e a forma pós-paga para a recarga dos créditos dos cartões de vale-refeição (subitem 8.1 do Termo de Referência). Nesse sentido, aduz que as normas da referida lei devem incidir no caso concreto, mesmo o órgão contratante não sendo aderente ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Adiante, em seu petitório, explora ambos os pontos impugnados, transcrevendo os dispositivos legais que entende infringidos, quais sejam, respectivamente, os incisos I e II do art. 3º da Lei Federal nº 14.442/2022. Colaciona, ainda, precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo o qual, no seu entendimento, reforçaria as razões da impugnação apresentada, destacando, em seguida, que a prática do desconto na taxa de administração terminaria por desequilibrar toda a cadeia nos serviços de fornecimento de refeições prontas, do qual o beneficiário do cartão é o destinatário final.

Pelos motivos expostos, requereu a alteração do subitem 21.2 do Edital, com a finalidade de suprimir a possibilidade de que seja oferecido desconto/deságio na taxa de administração nas propostas ofertadas, assim como a reformulação do subitem 8.1 do Termo de Referência, para obrigar à adoção da forma pré-paga no procedimento de recarga dos cartões fornecidos, com a conseguinte republicação do instrumento convocatório e reabertura dos prazos legais.

É o resumo das razões da impugnante. Passo a decidir.

2. DAS RAZÕES DE DECIDIR

2.1. Da tempestividade da impugnação

Em sede preambular, cabe afirmar a tempestividade da impugnação ofertada, vez que respeitado o prazo regulamentar de **03 (três) dias úteis**, anteriores à data da abertura da sessão pública, para que sejam impugnados

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

os termos do instrumento convocatório e/ou de algum de seus anexos (art. 24, *caput*, do Decreto Federal nº 10.024/2019).

2.2. Do mérito da impugnação

Objetivamente, a impugnação ofertada pela insurgente merece ser rejeitada, uma vez que, em que pese às relevantes informações trazidas em seu bojo, não há como se acolher a tese principal, de acordo com a qual um diploma normativo de natureza eminentemente cível e trabalhista aplicar-se-ia à futura contratação decorrente do pregão eletrônico cujo Edital ora é questionado.

De modo preambular, é necessário salientar que o Edital de licitação que se põe em xeque por meio da impugnação ora decidida passou por diversas revisões no âmbito do órgão contratante. Além da questão sobre a necessidade de aceitação em aplicativos de *delivery*, exigência prevista na versão anterior, suprimida após a apresentação de impugnação, também outros pontos foram bastante discutidos internamente. Entre eles, a incidência ou não da Lei Federal nº 14.442/2022 para o contrato administrativo que se pretende firmar com a licitante vencedora.

Observaram os agentes públicos encarregados da confecção do Edital, com a participação dos pregoeiros oficiais e da equipe de apoio, que não se pode depreender, da exegese do referido ato normativo, que há sua incidência para toda e qualquer pessoa jurídica que contrate terceiro para o fornecimento do que ali se denomina "auxílio-alimentação". Os efeitos jurídicos da Lei Federal nº 14.442/2022 seriam aplicáveis tão-somente quando tal contratação ocorresse por parte do "empregador", como o próprio *caput* do art. 3º expressamente prevê. Veja-se, *in litteris*:

> "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 [...]."

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

Ocorre que, como é de pleno conhecimento dos operadores do direito, a figura do empregador, mormente no contexto em que trazido pela citada legislação, guarda relação com a definição prevista na própria legislação trabalhista, possuindo contornos próprios, como permite concluir o exame do *caput* e do § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

> "Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
>
> § 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados."

Nesse contexto, não sendo o órgão contratante – Câmara Municipal de Salvador – empresa, no sentido próprio do termo (*caput*), tampouco instituição que admite trabalhadores como empregados (parte final do § 1º), mas sim como agentes políticos (vereadores) ou servidores públicos (efetivos ou comissionados, todos estatutários), cuidar-se-ia de verdadeiro extrapolamento dos limites da novel legislação que cuida do auxílio-alimentação a sua aplicação à futura contratação.

Não bastasse, como sublinhado no Edital do pregão eletrônico e aludido pela empresa impugnante, também o órgão contratante não adere ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), instituído pela Lei Federal nº 6.321/1976 e objeto de diversas alterações posteriores, inclusive pela própria Lei Federal nº 14.442/2022, que naquela reiterou as disposições proibitórias ventiladas pela insurgente em seu arrazoado. É dizer, a Câmara Municipal de Salvador sequer goza de benesses fiscais que justificariam a proibição do desconto na taxa de administração sob o argumento de um *bis in idem*.

Portanto, com todas as vênias, a insurgente não pode querer aplicar indiscriminadamente, a uma relação de direito público, formalizada por meio de um contrato administrativo, em que há um natural desnível entre os

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

poderes reconhecidos aos polos contratante e contratado, uma lei que trata da relação entre pessoas jurídicas de direito privado (empregadores e fornecedoras do "auxílio-alimentação"), que presumivelmente estão em pé de igualdade.

Basta notar, no tocante aos pontos impugnados, que a aceitação irrefletida e sem temperos das regras ocasionaria um grave abalo nas próprias disposições de direito público que ditam procedimentos na seara das licitações e dos contratos administrativos.

Em termos mais precisos, a recarga pré-paga ensejaria a desnaturação das normas atinentes aos recebimentos provisório e definitivo do objeto, expondo a Administração Pública a toda sorte de intempéries e riscos quando da execução do contrato; e a proibição do desconto nas taxas de administração geraria uma situação de impossibilidade de competição, porquanto todos os licitantes minimamente aptos ofereciam a mesma solução, que é a taxa de 0% (zero por cento).

Ao fim e a cabo, diferentemente do que ocorre com a empresa privada, que, reitere-se, tende a gozar de um benefício fiscal quando adere ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), os órgãos públicos que não se acomodam na definição de empregador ficariam com "o pior dos dois mundos". Além disso, a pessoa jurídica de direito público teria sérios problemas quanto à aferição do cumprimento das obrigações contratuais (pois o pagamento pré-pago, mesmo não necessário, dificultaria as correções dos defeitos nos serviços) e com dispêndios maiores de verbas públicas (já que apenas o Erário teria que arcar com o pagamento de todo o benefício, que se volta a atender justamente ao próprio interesse coletivo).

Não se nega, com a tese acima exposta, que há outra discussão subjacente à questão da concessão do desconto na taxa de administração, correlacionada com o âmbito do direito concorrencial. Isso porque, supostamente, a universalidade dos consumidores pagaria pelo desconto que é revertido apenas em favor do Erário (ou dos agentes públicos beneficiários do vale-refeição). Nada obstante, este é um argumento de índole totalmente

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

diversa da sustentada na impugnação, que merecerá maior detença por parte do Poder Legislativo e das Cortes de Contas, não sendo suficiente para tanto o solitário precedente invocado pela insurgente em suas razões.

Em suma, mesmo reconhecendo que se trata de questão espinhosa, e que, futuramente, poder-se-á fixar entendimento diverso, por meio de evolução legal e jurisprudencial, não há, na ocasião presente, como se pugnar pela aplicação da Lei Federal nº 14.442/2022 à futura contratação a ser entabulada entre o órgão contratante e a empresa à qual se adjudicar o objeto do presente pregão eletrônico.

Isso se dá, precipuamente, porque a Câmara Municipal de Salvador, no caso concreto, não se amolda à figura legal do "empregador", e que, de mais a mais, por se tratar de relação de direito público, há outros princípios, regras e interesses em jogo – em especial a própria economicidade, consubstanciada na obtenção da proposta mais vantajosa – que precisam ser considerados, merecendo prevalência, até o atual estado das coisas, a legalidade administrativa e a jurisprudência dominante, que admitem o prosseguimento da contratação na forma caracterizada no instrumento convocatório.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com base na impugnação apresentada, tempestivamente, este Pregoeiro conhece e julga **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** a impugnação da sociedade empresária **UP Brasil Administração e Serviços Ltda.**, mantendo-se incólumes as disposições editalícias vergastadas – subitem 21.2 do Edital e subitem 8.1 do Termo de Referência, além de outras relacionadas.

Em consequência, a sessão pública prevista para o próximo dia 27 de fevereiro de 2023, às 10h00mins – horário de Brasília –, está mantida.

Esta é a decisão, restando assim garantida a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

Administração, em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, motivação, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos e regem os atos institucionais e o atendimento das necessidades da **Câmara Municipal de Salvador**.

Salvador, 15 de fevereiro de 2023.

Luciana de Morais Sena
Pregoeira Oficial

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.

CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR
O futuro da cidade passa por aqui.

Subscrevo o documento -
LUCIANA DE MORAIS SENA
017.317.405-14

Data: 27-02-2023 14:29:23.767 GMT-03:00

Arquivo conferido e assinado via certificado digital ICP-BRASIL e Login/Senha. PROTOCOLO DE ASSINATURAS, última página do arquivo.