PARECER JURÍDICO

Ref. Processo Administrativo nº 0080/2024 - Edital de Credenciamento nº 0001/2024.
Contratação de empresa para administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição.

I. CONSULENTE.

Setor de Licitações e Contratos do CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DA SÉTIMA REGIÃO – CRP/RS**.**

II. OBJETO.

Análise jurídica da impugnação ao edital, interposta pela empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA.

III. DOCUMENTOS ANALISADOS.

Analisou-se para a elaboração do presente parecer os seguintes documentos:

1. Processo administrativo, em especial:

    1.1. Edital da licitação;
    1.2. Termo de Referência;
    1.3. Petição de impugnação ao edital.

IV. LEGISLAÇÃO ANALISADA.

Analisou-se para elaboração do presente parecer a seguinte legislação:

1. Lei nº 14.133/2021;
2. Lei nº 14.442/2022;
3. Lei nº 6.321/1976;
4. Jurisprudência do TCU;
5. Princípios gerais de direito.

V. DO PARECER.

Tem por objeto o certame licitatório sob análise, a contratação de empresa para o fornecimento ao CRPRS, de serviço de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição na forma de cartão eletrônico, magnético ou de similar tecnologia, preferencialmente único e por arranjo de pagamento fechado, equipado com microprocessador com chip eletrônico de segurança, com a finalidade de ser utilizado pelos empregados e estagiários do CRPRS, na forma definida pela legislação vigente nos dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE que regulamentam o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

A IMPUGNANTE se insurge contra os seguintes pontos editalícios:

a) Critério de contratação das empresas credenciadas (apenas aquelas com 30% de aprovação dentre os funcionários);
b) Pagamento pós-pago;
c) Vedação a modalidade de arranjo aberto;

A impugnação foi recebida tempestivamente e na forma da Lei, estando preenchidos todos os pressupostos para a sua admissibilidade.

1. Sobre o procedimento de credenciamento.

O credenciamento está objetivamente definido no art. 6º, XLIII da Lei nº 14.133/2021, como o processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

Tal procedimento auxiliar foi adotado pelo CRPRS ao se constatar, na fase de planejamento da contratação, que a solução mais vantajosa para a autarquia consiste em permitir que uma gama de fornecedores se qualifique para fornecer o serviço, em virtude da inviabilidade ou ineficácia de selecionar um único fornecedor por meio de disputa.

As normas para o credenciamento estão previstas no art. 79 da Lei 14.133/2021, enquanto que o Decreto nº 11.878/2024 regulamentou o procedimento no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Conforme o art. 79 da Lei 14.133/2021 e o art. 3º do Decreto 11.878/2024, são previstas três hipóteses de contratações passíveis de utilização do credenciamento:

a. paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

b. com **seleção a critério de terceiros**: caso em que a **seleção do contratado** está a **cargo do beneficiário direto da prestação**;

c. em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção do fornecedor por meio de processo de licitação.

A hipótese de seleção a critério de terceiros é aquela em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação. É o caso do objeto licitado, onde os funcionários da autarquia poderão selecionar dentre as empresas credenciadas, aquelas para contratar o serviço de gerenciamento de vale alimentação e vale refeição, a exemplo do que vários órgãos da administração pública têm realizado.

O Tribunal de Contas assim já se posicionou:

> Na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, é recomendável que as entidades do Sistema S, caso decidam pela técnica do credenciamento, observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos).
> Acórdão 459/2023-TCU-Plenário
>
> É possível a utilização pelas empresas estatais, por analogia, da hipótese de credenciamento prevista no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021 visando à contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição à licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021. É possível a utilização de credenciamento (art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021), inclusive por empresas estatais, para

> contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2021.
> Acórdão 5495/2022-TCU- Segunda Câmara

Assim, verifica-se que o procedimento adotado pelo CRPRS atende a forma legal, inexistindo óbice para a contratação do objeto licitado na forma de credenciamento.

2. Das razões de impugnação.

Quanto ao primeiro tópico da impugnação, no que se refere ao ataque ao critério de contratação das empresas credenciadas, onde está previsto que somente aquelas que atingirem 30% (trinta por cento) de aprovação e seleção dentre os funcionários serão contratadas, assiste razão a empresa impugnante. A impugnação merece ser acolhida nesse aspecto.

Em que pese a motivação e justificativa adotada pela área requisitante da autarquia, no sentido de que, por ser uma pequena unidade administrativa, não detém amplas condições técnicas e operacionais para fazer a gestão de vários contratos para o mesmo objeto, com toda a rotina mensal envolta, o fato é que não há objetiva previsão normativa para tal condição limitadora.

A cláusula de barreira, limitando a contratação somente as empresas que atingirem no mínimo 30% (trinta por cento) de aceitabilidade dentre os aproximadamente 40 (quarenta) colaboradores do CRPRS, infringe a natureza jurídica do credenciamento e contraria o instituto da portabilidade lançado no art. 1º-A da Lei do PAT (Lei nº 6.326/1976), através do advento da Lei nº 14.442/2022, que passou a prever a portabilidade gratuita do serviço mediante solicitação do trabalhador.

Nesse sentido, compete ao CRPRS promover a contratação de todas as empresas que, tendo alcançado o credenciamento, tenham sido opção de escolha dentre os funcionários da autarquia, independentemente do número de interessados, deixando em aberto durante todo o período de vigência do credenciamento e contratação a possibilidade de portabilidade dentre as contratadas.

Quanto ao segundo ponto da impugnação, relativo ao tema do pagamento, equivoca-se a impugnante ao entender que o edital prevê o procedimento “pós-pago” para pagamento aos fornecedores contratados.

Não há no edital, nenhuma previsão que ***“o pagamento será efetuado no prazo máximo de até dez dias úteis, contados da finalização da liquidação da despesa,***

***tendo em vista que referida forma de pagamento não é PRÉ PAGA*”,** como consta transcrito na peça impugnatória.

O CRPRS, em informação veiculada publicamente a todos os licitantes interessados[1], prestou o seguinte esclarecimento público, de forma antecedente a data da sessão pública que estava designada:

> 1. Acerca do pagamento aos fornecedores e disponibilização dos créditos.
>
> O conjunto de documentos anexos ao edital prevê um prazo de pagamento ao fornecedor contratado, de no máximo 15 (quinze) dias contados do recebimento da nota fiscal.
>
> Entretanto, não significa que o pagamento se dará somente após a disponibilização e repasse dos créditos aos funcionários do CRPRS, ou seja, de forma antecipada. De acordo com as diretrizes do inciso II do art. 3º da Lei Federal nº 14.442/2022 e as orientações do TCU (ex. processo nº 000.225/2024-0), o CRPRS elucida que o pagamento ao fornecedor contratado se dará de forma anterior e/ou no mínimo de forma concomitante ao dever de repasse e disponibilização dos créditos nos cartões de vale alimentação/refeição dos funcionários da autarquia. O fluxo de pagamento e repasse obedecerá a seguinte ordem:
>
> a) O CRPRS efetuará o pedido ao fornecedor contratado com 21 dias corridos de antecedência a data para repasse e disponibilização dos valores aos funcionários.
>
> b) O fornecedor contratado efetuará a emissão da nota fiscal com prazo de 7 dias corridos, contados da data do recebimento do pedido e disponibilizará o benefício em até 7 dias corridos após o recebimento do pagamento feito pelo CRPRS.
>
> Por fim, o Setor de Licitações e Contratos elucida que se mantém integralmente o edital dentro do seu teor publicado, assim como ficam mantidos todos os prazos previstos para os seus atos formais.

Sabe-se que a Lei nº 14.442/2022, em seu art. 3º, II, vetou o pagamento aos fornecedores sob a forma pós-paga, ao estabelecer que não poderá ser exigido pelo empregador contratante dos serviços, prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados.

[1] Aviso nº 25/2024-07-LIC/07-COGER/07-DIR/07-PLENO, publicado em 17/10/2024.

Entretanto, como se vê na informação prestada pelo CRPRS, o prazo de 15 dias para liquidação e pagamento da nota fiscal não representa uma forma de pagamento pós-pago, havendo um rito procedimental estabelecido para que o repasse/depósito dos créditos em favor dos funcionários se dê praticamente concomitantemente ao recebimento dos valores pagos pelo CRPRS.

Logo, mostra-se sem objeto a pretensão impugnatória apresentada contra referido ponto editalício.

Assim sendo, por perda do objeto, entende-se por prejudicado o ponto impugnatório e opina-se pelo indeferimento da impugnação nesse sentido.

Por fim, no que tange a impugnação quanto a escolha, pelo CRPRS, da opção do serviço de pagamento por arranjo fechado, trata-se de opção legal facultada pela legislação, estando dentro da sua margem de discricionariedade.

O §1º do artigo 174 do Decreto nº 10.854, de 10/11/2021 é preciso nesse sentido:

> Art. 174. O serviço de pagamento de alimentação deverá ser operacionalizado por meio de arranjo de pagamento, estabelecido nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o qual observará, no mínimo, as seguintes regras:
>
> (...)
>
> § 1º O arranjo de pagamento de que trata o caput poderá ser **aberto ou fechado**.
>
> (Grifou-se).

O CRPRS entende, dentro de sua análise interna, que o serviço deve pautar-se exclusivamente visando atender as diretrizes finalísticas do PAT, se tratando de política interna da autarquia, visando evitar a descaracterização principal do instituto do vale alimentação e refeição com o uso de cartões embandeirados por operadoras de crédito.

Sob o vértice jurídico, entende-se que a definição do arranjo fechado se trata de ato e critério discricionário da Administração Pública, não se vislumbrando, no presente caso, qualquer “direcionamento”, como deselegantemente aponta a impugnante, ilegalidade ou ausência de razoabilidade administrativa, que dê azo ao entendimento de uma situação de arbitrariedade no regime estabelecido pelo edital.

Bandeira de Mello[2] acerca do agir discricionário e do agir arbitrário explica cuidadosamente:

> "(...) não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto".

O poder discricionário consiste na faculdade concedida pela norma jurídica à Administração para que esta emane os atos administrativos, gozando de liberdade na escolha da conveniência e oportunidade.

Logo, não há ilegalidade ou qualquer violação moral ou administrativa quanto a escolha do regime de arranjo fechado pelo CRPRS, não sendo ponto para acolhimento a pretensão impugnatória apresentada, eis que o ato está dentro da margem de discricionaridade do gestor público.

VI. CONCLUSÃO.

Da análise fática e legal promovida, opina esta assessoria jurídica, conforme razões e fundamentos expostos, pelo conhecimento da impugnação interposta, eis que tempestiva e na forma da Lei e, no mérito, pelo seu parcial provimento, para o fim de:

a) Seja promovida a revisão e reforma do edital quanto a limitação a contratação dos fornecedores credenciados, unicamente aqueles que atingirem o percentual de 30% (trinta por cento) de aprovação pelos funcionários do CRPRS, excluindo-se do edital tal limitação, eis que afronta a natureza jurídica do credenciamento, devendo o CRPRS promover a contratação de todos os fornecedores que, após a fase de credenciamento, forem escolhidos pelos funcionários, independentemente da quantidade de usuários;

b) Pela perda do objeto relativo ao tema do pagamento pós-pago, uma vez que já houve manifestação pública pelo CRPRS (anteriormente a impugnação interposta), informando que os pagamentos aos fornecedores se darão na forma pré-paga, consoante a definição legal estampada no inciso II do art. 3º da Lei nº 14.442/2022;

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

c) Pelo indeferimento do pedido de arranjo aberto para os cartões, eis que se trata de tema de natureza discricionária do CRPRS;

Outrossim, havendo o acolhimento da presente promoção, o termo de referência e o edital com os ajustes deverá ser objeto de nova publicação, com reabertura e devolução integral do prazo para a sessão pública do certame licitatório, sem prejuízo da possibilidade de sua revogação integral e promoção de um novo certame.

S.m.j, é o parecer.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2025.

Mauro Alexandre Pizzolatto
OAB/RS 45.264 – Assessor Jurídico