



PELO FUTURO DO TRABALHO

IMPUGNAÇÃO – EDITAL PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO Nº. 038/2023

IMPUGNANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

OBJETO: Impugnação ao **Edital Pregão Presencial Conjunto nº. 038/2023** – Serviços de Gerenciamento, Implementação e Administração de créditos/auxílio alimentação e/ou refeição, na forma de cartões eletrônico/magnéticos com chip ou outros de tecnologia adequada com recarga mensal de créditos, sendo estas acumulativos para os colaboradores em efetivo exercício do Sesi/SENAI/DR-MA, na capital e no interior do Estado.

Ref. Processos Eletrônicos nº.s 450123 e 449923

DECISÃO

Diante das razões apresentadas na IMPUGNAÇÃO interposta pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA**, referente ao Edital supracitado, **DECIDO** em consonância com o conteúdo apresentado no **Parecer nº. 568/2023**, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do pedido, suspendendo-se, por via de consequência, a data do procedimento licitatório para reanálise do instrumento convocatório.

São Luís/MA, 26/06/2023.

Superintendente Regional do Sesi/DR-MA

Raimundo Nonato Campelo Arruda
Diretor Regional do SENAI/DR-MA

Parecer nº. 568/2023

Processos Eletrônicos nº.s 450123 e 449923

IMPUGNANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

OBJETO: Impugnação ao **Edital Pregão Presencial Conjunto nº. 038/2023** – Serviços de Gerenciamento, Implementação e Administração de créditos/auxílio alimentação e/ou refeição, na forma de cartões eletrônico/magnéticos com chip ou outros de tecnologia adequada com recarga mensal de créditos, sendo estas acumulativos para os colaboradores em efetivo exercício do SESI/SENAI/DR-MA, na capital e no interior do Estado.

DAS ALEGAÇÕES DA EMPRESA

A presente análise versa sobre impugnação interposta pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA** (CNPJ: 16.814.330/0001-50), em face de requisitos preestabelecidos no instrumento convocatório supracitado, conforme passa-se a expor.

Alega a Impugnante que o Edital em apreço **veda a oferta de taxa de administração negativa** no subitem 6.8.1, em atenção ao art. 3º, da Lei nº. 14.442/2022, e que tal dispositivo afronta o art. 40, inciso X, da Lei nº. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e o art. 4º, inciso VIII, da Lei nº. 10.520/2002 (Lei do Pregão), de observância obrigatória à Administração Pública.

Argumenta que, no mercado de fornecimento de cartão alimentação e refeição, é praxe que a grande maioria das empresas ofertem taxa administrativa negativa, ou seja, conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões, pois as empresas fornecedoras de cartão possuem outras fontes de lucro.

Questiona a vigência da Lei nº. 14.442/2022, que proíbe a taxa administrativa negativa, **diante de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7248)** ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, **bem como a sua aplicabilidade para órgãos públicos.**

Afirma que o instrumento convocatório se **utiliza apenas de recortes da Lei nº. 14.442/2022**, uma vez que não traz a obrigatoriedade do pagamento antecipado, estabelecido no art. 3º, inciso II, do normativo.

Por fim, conclui rebatendo os critérios de desempate, diante da suposição de oferta de proposta com taxa 0% por todas as empresas participantes, por considerar que o sorteio não pode funcionar como critério de julgamento, assim como que o quantitativo de redes credenciadas gera custos desnecessários e prejudiciais caso a empresa não logre êxito no certame, **pugnando, pois, pela suspensão do certame para as adequações julgadas pertinentes.**

DA ANÁLISE JURÍDICA

De início, verifica-se a **tempestividade** da Impugnação apresentada, uma vez cumprido o prazo previsto em Edital para a medida.

Primeiramente, cabe esclarecer que as entidades denominadas Serviços Sociais Autônomos tiveram origem na década de 1940, no período da história brasileira conhecido como

Estado Novo, quando foi estruturado o sistema legal de proteção ao trabalhador, tendo o Estado buscado fortalecer e aproximar-se das entidades sindicais.

A legislação editada nesse período compreende além da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº. 5.452/1943, os diplomas que deram origem ao **Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)**, cuja criação foi prevista no Decreto-lei nº. 4.048/1942, com a finalidade de executar atividades de aprendizagem do trabalhador industrial, compreendendo, principalmente, a montagem e o custeio de escolas de aprendizagem; e o **Serviço Social da Indústria (SESI)**, cuja criação foi prevista pelo Decreto-lei nº. 9.403/1946, com o objetivo de planejar e executar medidas para melhoria do padrão de vida do trabalhador da indústria, incluindo o apoio nos campos social, econômico e cultural.

Com o advento da Constituição Federal, legitimou-se o tradicional sistema de proteção social dos trabalhadores, reconhecendo a relevância do fomento à prossecução dos interesses dos empregadores e empregados da indústria, qualificados como de interesse geral da sociedade. Assim, a atuação do Estado na regulamentação e execução de atos viabilizadores do funcionamento do SESI/SENAI é classificada como **atividade de fomento** e se materializa pelo **recolhimento de contribuições parafiscais** incidentes sobre as folhas de salários das sociedades empresárias atuantes na indústria e pelo subsequente repasse desses recursos às referidas entidades, as quais ostentam **natureza jurídica de direito PRIVADO**, e, portanto, não integram a Administração Pública, **mas atuam ao lado do Estado, daí o termo “paraestatais”, sem finalidade lucrativa, na consecução dos objetivos a que se destinam.**

Logo, o dever de licitar dos Serviços Sociais Autônomos advém do fato de essas entidades administrarem verbas oriundas de contribuições parafiscais. Desta forma, a fim de que tais recursos sejam aplicados da melhor maneira possível, deve-se buscar a proposta mais vantajosa e possibilitar a todos os interessados que atuam no ramo do objeto e que atendam às exigências estipuladas, a participação em igualdade de condições.

Em vista disso, **licitar é a regra**, já que através desse procedimento administrativo as entidades realizam seleções de forma imparcial entre os participantes, e, em atenção aos requisitos objetivos preestabelecidos, elegem o que melhor atende às suas pretensões, **considerados os princípios gerais que regem as licitações públicas, mas também as peculiaridades institucionais.**

Assim, embora as entidades integrantes do Sistema “S” estejam obrigadas a licitar, **não estão submetidas aos ditames da Lei nº. 8.666/93 ou da Lei nº. 14.133/21** em face da inexistência de previsão nesse sentido, pelo que, inclusive, o **Tribunal de Contas da União já sedimentou o entendimento de que os Serviços Sociais Autônomos se sujeitam aos seus Regulamentos próprios.**

Pois bem.

O item 6.8. do instrumento convocatório trouxe a previsão sobre a forma de julgamento das propostas no Pregão Presencial Conjunto nº. 038/2023, a saber:

6.8. DO JULGAMENTO

6.8.1. O critério de julgamento será o de **MENOR PREÇO**, representado pela menor taxa de administração. Não será admitida taxa negativa, nos termos do art. 3º da Lei Federal nº 14.442 de 02/09/2022 – *Grifou-se*.

A Impugnante explica que a Lei nº. 14.442/2022, mencionada na redação do subitem 6.8.1., dispõe sobre o auxílio alimentação tratado na Consolidação das Leis do Trabalho, e, que, por esta razão, o normativo não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da CLT, como é o caso dos servidores estatutários.

Acrescenta que a Lei nº. 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, pois a finalidade da norma é a de alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador e do incentivo fiscal correspondente ao Programa, não se aplicando, portanto, a órgãos públicos.

Por fim, conclui seu raciocínio no sentido de que a referida norma somente tem aplicabilidade às relações de trabalho regidas pela CLT (Decreto-lei nº. 5.452/1943).

Ocorre que, conforme explanado em linhas anteriores, o SESI e o SENAI, enquanto Serviços Sociais Autônomos, **não integram a Administração Pública**, e, como tal, o acesso aos seus quadros não se dá por meio de concurso público, bem como os **seus cargos não são ocupados por servidores com vínculo estatutário**. É verdade que as contratações devem ser também processadas de forma objetiva, impessoal e eficiente, mas são realizadas à luz de um formalismo moderado e de **princípios próprios da gestão PRIVADA, sendo, pois, os seus colaboradores todos celetistas**.

De outra parte, a Impugnante argumenta, ainda, que a Lei nº. 14.442 /2022 não deve ser exigida, pois *“é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada”*. De fato, a Confederação Nacional do Transporte ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 7248, **contudo o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou, tampouco foi declarada a inconstitucionalidade da norma nos termos do art. 97, da Constituição Federal, e, portanto, está vigente e deve ser obedecida**.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público – *Grifou-se*.

Outrossim, afirma a Impugnante que o Edital em apreço, por vedar a oferta de taxa de administração negativa em atenção ao art. 3º, da Lei nº. 14.442/2022, afronta outros dispositivos legais, a saber o art. 40, inciso X, da Lei nº. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e o art. 4º, inciso VIII, da Lei nº. 10.520/2002 (Lei do Pregão), de observância obrigatória à Administração Pública.

Os referidos artigos tratam do critério de julgamento no contexto das licitações em geral e do Pregão, e, conforme definido no instrumento convocatório, o critério adotado é o **MENOR PREÇO**, nos termos do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI.

A Impugnante questiona, ainda, a seleção da proposta mediante “sorteio”, de acordo com o art. 45, §2º, da Lei nº. 8.666/93. Contudo, em que pese a vasta argumentação trazida, o **Edital não adotou o sorteio como critério de julgamento e sim como critério de desempate**¹.

No que tange à insatisfação com a forma de pagamento, a Impugnante reclama que o repasse deve ser feito antecipadamente, ou seja, na modalidade pré-paga, e que “*estão cortando parte da legislação, para utilizarem somente o pedaço que lhes tragam vantagem*”. Todavia, tal questionamento, inclusive, foi respondido oportunamente no contexto do **Pedido de Esclarecimento nº. 03, publicado no sítio eletrônico das entidades**, o qual, conforme previsão editalícia, deve ser acompanhado pelos participantes. Veja-se:

É correto nosso entendimento que o pagamento ocorrerá antes da disponibilização dos créditos?

[...]

RESPOSTA:

Conforme a Lei nº. 14.442/2022 objeto da conversão da Medida Provisória nº. 1.108/2022, o pagamento é feito de **forma antecipada (pré-paga)**, ou seja, o valor é repassado para a empresa para a disponibilização dos créditos aos empregados – *Grifou-se.*

Finalmente, afirma que a **utilização do maior quantitativo de estabelecimentos credenciados como critério de desempate** vai de encontro aos princípios que norteiam o processo licitatório, favorecendo determinadas empresas e podendo ser considerado com indício de direcionamento do objeto. **Nesse ponto, os argumentos da impugnante merecem prosperar.**

Isso porque, além de não ter embasamento legal, de fato, a adoção desse critério pode implicar em risco de gerar aos licitantes despesas prévias à celebração do contrato apenas para concorrerem no certame, **o que não seria proporcional, tampouco razoável.**

Com efeito, o **Tribunal de Contas da União editou Súmula no sentido de ser vedada a inclusão de exigências capazes de frustrar a competitividade da licitação**, afastando potenciais fornecedores indevidamente. Veja-se:

TCU, Súmula 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato – Grifou-se.

Além disso, sobre o assunto em questão, a Corte de Contas já se manifestou reputando como **indevida a exigência de apresentação de rede credenciada de estabelecimentos para fins de habilitação no certame, podendo ser exigida somente na fase de contratação**, concedendo-se ao licitante vencedor prazo razoável para seu cumprimento, em nome do princípio da economicidade. Nesses termos:

¹ **6.8.2. Haverá empate entre dois ou mais licitantes quando houver igualdade de preços (percentual da taxa de administração) entre as propostas escritas e não houver lances para definir o desempate. Neste caso, o desempate ocorrerá por meio da relação do maior número de rede de estabelecimentos credenciados em São Luís - MA. Se ainda assim continuarem empatadas, a CILIC realizará um sorteio para promover o desempate, a ser realizado durante a sessão do Pregão.**

SUMÁRIO: LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA GESTORA DE VALE REFEIÇÃO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO, DURANTE A LICITAÇÃO, DE REDE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. OITIVA.

[...]

7. De fato, conforme jurisprudência (Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012, todos do Plenário), o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame. A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras. (Acórdão TCU 686/2013, Processo nº. 007.726/2013-9, Relator: Augusto Sherman Cavalcanti, Data da Sessão: 27/03/2013) – *Grifou-se*.

x-x-x-x-x

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, INTERMEDIÇÃO E FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO AOS COLABORADORES DAS ENTIDADES. PREVISÃO DE DESEMPATE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES BASEADA EM VOTAÇÃO A SER REALIZADA ENTRE OS EMPREGADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO OBJETIVO E DETALHADO NO EDITAL DO CERTAME. PREVISÃO DE PRAZO IRRAZOÁVEL PARA A CONTRATADA APRESENTAR REDE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RECOMENDAÇÃO E CIÊNCIA DA OCORRÊNCIA.

[...]

9.4. com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que, no Pregão Presencial Conjunto 1/2022, a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência anexo ao edital não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse "a rede credenciada completa", em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão), o que apresentou potencial prejuízo à competitividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, segundo os quais são vedados "critérios que frustrem [o] caráter competitivo" dos certames [...] (Acórdão TCU 459/2023 – Plenário, Processo nº. 007.906/2022-6, Relator: Marcos Bemquerer, Data da Sessão: 15/03/2023) – *Grifou-se*.

Sendo assim, tem-se que a comprovação da rede credenciada de estabelecimentos, de fato, **somente deve ser exigida do licitante vencedor**, estipulando-se, para tanto, prazo razoável, pelo que se conclui que tal exigência (tamanho da rede credenciada) não se mostra adequada para ser utilizada como critério de desempate.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, esta Coordenadoria Jurídica se manifesta pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do pedido de impugnação formulado pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA**, suspendendo-se a data do procedimento licitatório para reanálise do instrumento convocatório.

Salvo melhor juízo, encaminha-se para análise e decisão pelo gestor da entidade licitante.

São Luís/MA, 26/06/2023.

Amanda C. R. Araújo
Amanda C. R. Araújo

Coordenadoria Jurídica
Superintendência Corporativa