

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT

Objeto: contratação de empresa especializada na prestação de serviço de **ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO e FORNECIMENTO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO**, por meio de cartão magnético e/ou cartão eletrônico, com tecnologia de chip e respectivas recargas de créditos mensais, em quantidade e frequência variável de acordo com a conveniência da contratante, para atender as necessidades do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural de Mato Grosso – **SENAR/MT**, conforme condições, quantidades e especificações constantes no Edital e seus anexos.

Impugnante: BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

Trata-se de impugnação aos termos do Edital de **Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT**, marcado para ser realizado no dia **22/06/2022**, às 09h00min (horário de Brasília), na Plataforma Eletrônica do Portal de Compras do Governo Federal denominada **Comprasnet**, constante na página eletrônica www.comprasgovernamentais.gov.br, apresentada pela **BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA**, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, doravante denominada de impugnante.

1. Da admissibilidade.

Inicialmente vale registrar a lição de VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM, segundo a qual “A *impugnação tem por objetivo possibilitar ao cidadão ou ao licitante apontar à Administração a existência de vícios de legalidade, irregularidades e inconsistências nos editais, de modo a viabilizar a sua correção e adequação*”¹.

¹ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2018. p.96.

Nesse foco, dispõe o item 3.1 do edital em epígrafe que: ***“Sob pena de preclusão do direito, até as 18:30hs do terceiro dia útil anterior à data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o presente edital por meio eletrônico pelo e-mail: cpl@senarmt.org.br ou mediante petição a ser enviada ao Pregoeiro no endereço da sede do SENAR/MT direcionado para a Gerência de Licitações”.***

A peça impugnatória foi apresentada tempestivamente.

Em sede de admissibilidade, foram atendidos os pressupostos de tempestividade e legitimidade estabelecidos no Regulamento de licitações e Contratos do SENAR e no edital, razão pela qual **conhece-se** da presente impugnação, para analisar os fundamentos aduzidos à luz dos preceitos legais.

2. Das razões da impugnação.

A impugnante, em suma, se contrapõe aos termos do edital de Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT, alegando o quanto se segue:

“(…)

No entanto, a administração pública deve permitir a Taxa Negativa, pois caso contrário, estará incorrendo em flagrante ilegalidade.

(…)

Registra-se que a Taxa Negativa não implica em proposta inexecutável, pois é sabido que as empresas fornecedoras de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como Taxa de Administração sobre as operações dos estabelecimentos, Taxa de Antecipação, Taxa de operação do sistema Portal Web, Tarifa de locação de equipamento de captura (POS), Tarifa (TED) sobre transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de Serviços de Valores Agregados (SVA), como seguros em gerais, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc.

Ou seja, a Taxa Negativa é prática comum no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação, o que se revela vantajoso para os órgãos públicos, que recebem um desconto sobre o valor do crédito dos cartões, gerando enorme economia ao erário, bem como se revela vantajoso para empresa, que expande sua rede credenciada bem como prospecta novos clientes da iniciativa privada, ampliando sua área de atuação.

(…)

Mas não é só isso, pois analisando a MP 1108/2022, verifica-se também que a sua abrangência não é ampla e sua aplicação não é absoluta.

A MP 1.108/2022 dispõe sobre o auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43). Logo, referida norma não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, os servidores estatutários.

Além disso, verifica-se que a MP 1.108/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois a justificativa da norma é impedir que as empresas se beneficiem

duplamente, ou seja, com o incentivo fiscal do PAT e com o desconto dado pelas fornecedoras de cartão, conforme consta na Exposição de Motivos da referida MP. Contudo, os órgãos públicos, ainda que inscritos no PAT, não são beneficiários do incentivo fiscal.

(...)

Não bastasse isso, a MP 1.108/2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada, pois na medida que impõe restrições às relações comerciais e econômicas, fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, e ainda o art. 173, §4º, que dispõe que a lei reprimirá a eliminação da concorrência.

(...)

No ramo de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, a proposta mais vantajosa decorre da Taxa Negativa, pois as empresas concedem um desconto no crédito dos cartões, gerando enorme economia aos cofres públicos, recurso este que pode ser revertido à outras políticas públicas.

(...)

E na hipótese de não aplicar o benefício de preferência, estaria a administração pública negando vigência à Lei Complementar 123/2006, **de modo que também incorreria em flagrante ilegalidade.**

(...)

A proibição da Taxa Negativa, no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, também resulta em descumprimento à Lei 10.520/2022, que institui e regulamenta a modalidade Pregão.

(...)

Notadamente, neste cenário, não haverá a etapa de lances, como determina o art. 4º da Lei 10.520/2022.

(...)

Sem prejuízo do exposto, cabe esclarecer que mesmo que o órgão licitante tenha fundamentado a vedação da Taxa Negativa na edição da MP nº. 1.108/2022, ainda assim incorre em ilegalidade, pois a referida norma NÃO alcança os órgãos públicos.

De plano, necessário consignar que a MP nº. 1.108/2022 dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o §2º do artigo 457 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, referida norma somente tem aplicabilidade às relações de trabalho regidas pela CLT (Decreto Lei 5.452/1943). Ou seja, os órgãos públicos que possuem regime próprio (estatutários), não se subordinam à MP 1.108/2022.

Mas não é só isso.

A MP 1.108/2022 não tem abrangência aos órgãos públicos, vez que estes NÃO são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio da concessão de incentivos fiscais ao empregador.

Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

(...)

Não se olvida que os órgãos públicos possam aderir ao PAT, visando promover ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, **contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não fará jus ao incentivo fiscal.**

(...)

Assim, considerando que a MP 1.108/2022 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, e que a motivação da medida é evitar que o empregador não se beneficie duplamente, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.**

(...)

Cabe ressaltar também, que a MP 1.108/2022 é passível de ter sua inconstitucionalidade declarada.

(...)

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 22/06/2022, para a revisão e exclusão dos itens que vedam a apresentação de taxa negativa, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.” (sic)

São os argumentos.

Passa-se ao exame do mérito.

3. Do julgamento do mérito.

Cumprido registrar inicialmente, antes de adentrar a matéria e rebater os tópicos aventados pela impugnante, que as exigências estabelecidas no edital epigrafado são mínimas e legitimamente indispensáveis, tendo em vista a imprescindibilidade da contratação pretendida para atender ao SENAR/MT.

Nessa toada, cabe também fazer algumas considerações acerca da natureza das entidades do denominado Sistema “S”, conforme ensina a íclita doutrinadora Julieta Mendes Lopes Vareschini², *in verbis*:

“Como se pode observar dos conceitos doutrinários supracitados, **os Serviços Sociais Autônomos** são criados por lei (ou têm sua criação autorizada por expressa disposição legal³), **possuem personalidade de direito privado** e não têm fins lucrativos. Atuam ao lado do Estado, mediante o desempenho de atividades não lucrativas, **não integrando a Administração direta** (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), **nem a Indireta** (Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas). (Destacou-se)

Infere-se, portanto, que referidas entidades não se confundem com o Estado, tampouco integram a estrutura deste, atuando em cooperação com o Poder Público para o desempenho de atividades de relevante interesse público e social”. (Destacou-se)

² https://portal.jmlgrupo.com.br/arquivos/news/newsletter_sistema_s/arquivos/ANEXO_1_310_01.pdf

³ Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “As leis que deram origem a tais entidades não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades da Administração Indireta. Tais leis atribuíram a Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 573-574.

De acordo com o entendimento da doutrinadora, referidas entidades não se confundem com o Estado, tampouco integram a estrutura deste, atuando em cooperação com o Poder Público para o desempenho de atividades de relevante interesse público e social.

Segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles os Serviços Sociais Autônomos são *“todos aqueles instituídos por Lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”*.⁴

Nesse aporte, consoante leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aludidas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado. Ao revés, exercem atividades privadas de interesse público (serviços que não são exclusivos do Estado) e, justamente por isso – pela relevância pública e social – são incentivadas pelo Poder Público mediante subvenção decorrente de instituição compulsória de contribuições parafiscais incidentes sobre a folha de pagamento dos setores produtivos envolvidos (indústria, comércio, etc.). Portanto, a atuação do Estado é de fomento⁵ e não de prestação de serviço público⁶. Em suma, “não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar”⁷.

Ademais, cumpre frisar que juristas e membros dos órgãos de controle referem-se com frequência a estas entidades como “paraestatais”.

Ao discorrer sobre a figura da paraestatal Cretella Júnior ensina que:

“É vocábulo híbrido formado de dois elementos, a saber, a partícula grega **pará**, que significa ‘ao lado de’, ‘lado a lado’, e **estatal**, adjetivo formado sobre o nome latino **status**, que tem o sentido de Estado. **À letra, paraestatal é algo que não se confunde com o Estado, porque caminha ao lado, paralelamente ao Estado**”.⁸ (Destacou-se)

⁴ MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 346.

⁵ “Os Serviços Sociais Autônomos, também chamados de Sistema “S”, criados por lei, de regime jurídico predominantemente de direito privado, sem fins lucrativos, foram instituídos para ministrar assistência ou ensino a determinadas categorias sociais e possuem autonomia administrativa e financeira. No cumprimento de sua missão institucional, estão ao lado do Estado (a atuação da União é de fomento e não de prestação de serviços público). Embora sejam criados por lei, não integram a Administração Direta ou Indireta. Contudo, por administrarem recursos públicos, especificamente as contribuições parafiscais, devem justificar a sua regular aplicação, em conformidade com as normas e regulamentos emanados das autoridades administrativas competentes”. (Grifos nossos). Entendimentos do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do Sistema “S”. Brasília, 2009.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 574.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 574. Conforme ponderou a Unidade Técnica no relatório do Acórdão 3554/14, do Plenário do TCU: “38. Os Serviços Sociais Autônomos realizam atividade privada de interesse público e, por isso, são incentivadas pelo Poder Público. Ou seja, não prestam serviço público delegado pelo Estado. A participação do Estado ocorre para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinadas especificamente para essa finalidade. É atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar”.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Administração Indireta Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 140.

Ao tratar das entidades do Sistema “S”, o jurista Marçal Justen Filho leciona que:

“(…) compreende inúmeras entidades de natureza privada, mas que desempenham funções de natureza pública, no interesse de categorias profissionais. **Costumam ser identificadas como serviços sociais autônomos.** (Destacou-se)

(…)

Todas essas instituições são dotadas de personalidade de direito privado, são geridas pela iniciativa privada e não se sujeitam à intervenção estatal no desempenho de suas atividades⁹. (Destacou-se)

À guisa de conclusão, pode-se inferir da doutrina que as entidades paraestatais são definidas como pessoas de direito privado, instituídas por particulares, com ou sem autorização legislativa, para o desempenho de atividades privadas de interesse público, mediante fomento e controle pelo Estado.

Com efeito, dispõe o edital em epígrafe (item 3.2 do termo de Referência) que **“Não serão aceitas propostas que ofertem percentuais de incidência negativos, abaixo de 0% (zero por cento), conforme previsto na Medida Provisória nº 1.108/2022”.**

Nesse ínterim, ao se referir à Medida Provisória nº 1.108/2022 a impugnante afirma com veemência que ***“referida norma não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, os servidores estatutários”.***

Ainda, nas palavras da impugnante ***“a MP 1.108/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois a justificativa da norma é impedir que as empresas se beneficiem duplamente, ou seja, com o incentivo fiscal do PAT e com o desconto dado pelas fornecedoras de cartão, conforme consta na Exposição de Motivos da referida MP”.***

Da mesma forma, afirma a impugnante que a ***“MP 1.108/2022 não tem abrangência aos órgãos públicos, vez que estes NÃO são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador”,*** dizendo ainda que ***“(…) os órgãos públicos que possuem regime próprio (estatutários), não se subordinam à MP 1.108/2022.”***

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50-51.

Pois bem, conforme registrado alhures, o SENAR/MT, assim como todas as demais entidades do denominado Sistema “S”, não se confunde com o Estado pois não integra a Administração Pública direta ou indiretamente, sendo considerado como **paraestatal** e possuindo personalidade de direito privado, bem como estando os seus colaboradores submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Consequentemente, como se depreende das afirmações feitas pela própria impugnante, a Medida Provisória nº 1.108/2022 não é aplicável aos órgãos públicos e aos servidores estatutários, entretanto, vale ressaltar que o SENAR não é órgão público e seus colaboradores atuam sob o regime de trabalho celetista.

Dentre as argumentações da impugnante, a mesma também assegura que ***“a MP 1.108/2022 é passível de ter sua inconstitucionalidade declarada”***.

Registre-se, nesse aspecto, que no conjunto do ordenamento jurídico, a Constituição encontra-se no topo e, a partir dela, todas as demais normas jurídicas existentes têm seu fundamento de validade, decorrendo uma hierarquização vertical que dá unidade ao sistema normativo.

Nesse passo, dispõe o art. 97 da Constituição Federal que *“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”*.

Nessa mesma trilha, vale esclarecer que no sistema da revisão judicial, o controle da constitucionalidade das leis se faz de modo concentrado, através da ação declaratória própria, *in abstracto*, com eficácia *erga omnes*, ou de modo difuso, em qualquer processo, *in concreto*, com eficácia apenas *inter partes*.

Dessa forma, declarada a inconstitucionalidade da lei, através de exceção, ou pela forma difusa (*in concreto*), cabe ao Supremo Tribunal Federal comunicar essa decisão ao Senado Federal, a quem cabe, complementarmente, através de resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, dessa lei no território nacional (art. 52, inc. X, CF).

Então, a eficácia da lei considerada inconstitucional somente é neutralizada a partir da resolução do Senado Federal, que a torna inaplicável aos casos futuros, gerando efeitos *erga omnes*.

Por outra banda, se a inconstitucionalidade da lei se der através de ação direta, ou pela forma concentrada (*in abstracto*), a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada pelo seu Plenário, impõe-se *erga omnes*, independentemente de qualquer atividade complementar do Senado Federal, não havendo necessidade de suspender a execução dessa lei, que fica neutralizada pela própria eficácia intrínseca do julgamento.

Destaque-se, assim, que o único órgão competente para declarar a inconstitucionalidade da lei é o Supremo Tribunal Federal, com eficácia plena, se em ação direta, *principaliter*, ou eficácia limitada, se em exceção, *incidenter tantum*, não possuindo nenhum outro juiz ou tribunal poder semelhante.

Acerca da validade da lei vale transcrever trecho extraído do artigo de autoria de Getúlio Vaz¹⁰, *in verbis*:

“A declaração de inconstitucionalidade de lei ‘in abstracto’ não tem como consequência imediata a nulidade de todos os atos administrativos. Em muitos casos, situações jurídicas não podem mais ser desconstituídas, e outras, considerando o tratamento isonômico, devem ser constituídas sob pena de nova inconstitucionalidade decorrente da negação na aplicação de outros princípios de igual hierarquia.

Os atos jurídicos editados entre a publicação de uma lei e a manifestação final do Supremo Tribunal Federal, pela sua inconstitucionalidade, não desconstituem, de plano, os atos emanados do Poder Público que foram editados com presunção de legalidade. Sendo declarada a inconstitucionalidade com efeitos ‘ex tunc’, há de levar em conta o tratamento igual que deve ser aplicado aos demais administrados que têm expectativa de que seu direito tenha o mesmo tratamento. De outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade for dada com efeitos ‘ex nunc’ há de se ter parâmetros para negar o mesmo direito àqueles que estavam na mesma situação jurídica, mas, por alguma razão, não tiveram a lei aplicada no momento anterior. **Portanto, enquanto não for retirada do mundo jurídico, a lei tem plena executoriedade, gerando para a sociedade estabilidade e segurança.**

O ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido da presunção de validade, enquanto não for declarada inconstitucional a lei que lhe deu origem, obriga todos à obediência dos seus comandos”.

É de se notar, portanto, que enquanto não for retirada do mundo jurídico, a lei tem plena executoriedade, obrigando todos à obediência dos seus comandos.

Dessa sorte, é de se depreender que enquanto uma lei não for declarada inconstitucional ela permanecerá em plena vigência, não sendo possível se falar em suposta inconstitucionalidade.

¹⁰ <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140968/R173-07.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Portanto, no presente caso, os argumentos expendidos pela impugnante são inconsistente e não têm o poder de alterar as disposições constantes do edital de **Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT**, por isso, não merecem prosperar.

4. Da decisão.

Pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, bem como, tendo-se por fundamento os termos do instrumento convocatório, os dispositivos constantes do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAR, os princípios regentes das licitações públicas, a melhor doutrina, a jurisprudência pátria e as orientações dos Órgãos de Controle Externo, julga-se a impugnação ao edital de **Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT**, apresentada pela empresa BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, totalmente **IMPROCEDENTE**.

Sendo assim, fica mantida a data e o horário de abertura do **Pregão Eletrônico nº 069/2022/SENAR/MT**, mantendo-se inalterados todos os termos do instrumento convocatório.

É a decisão.

Cuiabá (MT), 14 de junho de 2022

(Original assinado)
JULEAN FARIA DA SILVA
Pregoeiro Oficial
SENAR/MT

(Original assinado)
ELIANA RUDY
Equipe de Apoio
SENAR/MT

(Original assinado)
ALINE ANNE MOREIRA LIMA
Equipe de Apoio
SENAR/MT