

TC/014560/2023

Objeto: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 30/2023/CMSP, cujo objeto é a contratação de serviços de administração de benefício de auxílio alimentação, por meio de cartão eletrônico com chip e tarja magnética

Interessado(s): Câmara Municipal de São Paulo (*), up Brasil Administração e Serviços Ltda.

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHORA ASSESSORA SUBCHEFE

Trata-se de representação proposta pela pessoa jurídica Up Brasil Administração e Serviços Ltda, em face do edital de Pregão Eletrônico 30/2023/CMSP.

Após informação inicial de SCE (peça 08), na qual se destacou a exiguidade do prazo e a necessidade de esclarecimentos prévios do órgão Legislativo, o Excelentíssimo Conselheiro Relator indeferiu o pedido liminar de suspensão da sessão, diferindo a análise técnica para o momento posterior à manifestação da CMSP, recomendando-se, ainda, a não homologação/adjudicação da licitação durante esta análise (peça 09).

Diante do indeferimento acima mencionado, a sessão pública do pregão ocorreu em a 14.11.23.

Na sequência, a defesa foi apresentada pela Origem (peças 19/20), sendo submetida à análise da Coordenadoria I, cuja conclusão foi pela improcedência da representação (peça 34):

Da análise do alegado na peça 01, e na manifestação da Origem, pelas razões acima aduzidas, a Auditoria considera a Representação como improcedente.

Cumprir observar que o Pregão Eletrônico 30/2023 ocorreu no dia 14.11.23, sendo concluído com êxito e sem manifestação de recurso.

É o relatório.

Como se verifica do objeto da representação, o representante, baseado na entrada em vigor da Lei Federal 14.442/2022, levanta duas questões que estariam em desacordo com a legislação no edital impugnado: (i) aceitação de desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos; e (ii) ilegalidade no procedimento de repasse dos respectivos créditos.

Quanto ao **primeiro tema – desconto na taxa de administração** –, a CMSP trouxe pareceres de sua procuradoria que embasaram o entendimento pela inaplicabilidade da mencionada lei federal, uma vez que o órgão legislativo não estaria inscrito no programa (PAT) e que a implementação do benefício do vale-alimentação se deu por lei específica e ato próprio (peça 19).

A auditoria desta Corte (peça 34) afastou a argumentação do representante, fazendo considerações técnicas na seara econômica, apontando inconsistências metodológicas e insuficiência de elementos que justificassem a aplicação do normativo de forma principiológica aos órgãos da administração direta¹.

Sem adentrar nos aspectos econômicos mencionados na manifestação da Coordenadoria I, os quais extrapolam os limites da análise jurídica, apenas destaco a constatação da própria auditoria de que não foram apresentados dados suficientes para corroborar os impactos financeiros defendidos na peça inaugural, para fins de justificar a aplicação extensiva do normativo aos órgãos da administração direta.

Ressalto, no entanto, que em consulta interna quando da entrada em vigor da Lei 14.442/2022, e com o fito de enfrentar outros aspectos, esta assessoria se manifestou no sentido de que a mencionada legislação, de forma genérica, não encontraria óbice para ser aplicada perante esta Corte de Contas, não obstante a própria lei não tenha previsto, de forma explícita, a sua aplicação sobre a Administração direta.

Somado a isso, pontuo que a jurisprudência trazida aos autos parece indicar uma tendência, embora ainda não seja possível assegurar que se trate de tema pacificado diante do reduzido número de tribunais de contas mencionados na documentação trazida aos autos.

¹ Assim, conclui-se que: a) O regime fiscal-jurídico do benefício tem impacto direto nas empresas tributadas pelo lucro real, não havendo demonstração técnica válida ou razão declarada na exposição de motivos ou na própria lei que impliquem na sua aplicação direta a um órgão da administração direta. b) Argumentos de natureza econômica ou teleológica trazidos na representação, pelo seu grau de abstração e ausência de desenvolvimento prático-objetivo, igualmente, não possuem aptidão de justificar uma interpretação extensiva de aplicação direta da LF 14.442/22 a um órgão público. (peça 34, pag. 07)

É bem verdade que, nos julgados mencionados - em alguns mais explicitamente -, a fundamentação para a extensão da aplicação da lei é baseada em critérios econômico-financeiros, os quais foram objeto de manifestação pela Coordenadoria I.

Este entendimento restou explícito no julgado do TCE-ES, que entendeu que, por si só, a lei não se aplicaria aos órgãos públicos, mas por principiologia constitucional (peça 01, pag. 20/22).

Quanto a isso, no caso concreto ora analisado, ressalto que o órgão técnico, ao analisar os aspectos econômicos, não os descartou ou afastou, mas tratou-os como insuficientes para amparar uma conclusão peremptória pela aplicação da mencionada lei (ainda que por princípios constitucionais).

Desta forma, ressalto que, de forma geral, esta assessoria se posicionou pela possibilidade de aplicação da lei aos órgãos públicos, motivo pelo qual me reporto aos pareceres expedidos no etcm 17719/2022. No entanto, vale mencionar que, no caso concreto, a auditoria entendeu que a base econômico-financeira não trazia elementos suficientes para inviabilizar o certame, lembrando que esta assessoria não dispõe de elementos para manifestar-se sobre tais aspectos, dependendo das constatações de base técnica para fundamentar tal interpretação.

Assim, destaco a dicotomia existente para apreciação superior, observando que não verifiquei, até o momento, decisões desta Corte sobre o tema.

No que tange ao **segundo tema - ilegalidade no procedimento de repasse** -, a Coordenadoria I concluiu no sentido de que as normas específicas do direito administrativo quanto aos pagamentos (contratuais) feitos pelo Poder Público afastam a regra geral prevista na Lei Federal 14.442/2022².

Por se tratar de clara divergência em relação ao fluxo de pagamentos da Administração previsto na Lei Federal 4.320/1964, acompanho a conclusão de SCE, sem maiores acréscimos.

Ante todo o exposto, com as considerações acima, opino pela procedência parcial da representação, em consonância com o posicionamento jurídico precedente expedido por esta unidade.

É o que submeto ao crivo analítico de Vossa Senhoria.

São Paulo, 18 de março de 2024.

² No presente caso, a inadequação da LF 14.442/22 ao caso concreto é ainda mais direta, uma vez que afronta não só a Nova Lei de Licitações, como também mecanismos clássicos de fluxo de despesa previstos nas normas de contabilidade pública. (peça 34, pag. 10).

Sandro Marcello Costa Mongelli

Auditor de Controle Externo

OAB/SP 169.081

SMCM