

ORIENTAÇÃO N.º 127/2022

A INVIABILIZAÇÃO DA ADOÇÃO DO TIPO DE LICITAÇÃO “MENOR PREÇO” E O CREDENCIAMENTO COMO ALTERNATIVA À CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE DISPONIBILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DO VALE-ALIMENTAÇÃO E/OU REFEIÇÃO

Orientação

De início, rememore-se que **Medida Provisória n.º 1.108, de 25 de março de 2022**, passou a dispor sobre o pagamento do auxílio-alimentação de que trata o **§ 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho¹**, além de alterar, substancialmente, a **Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976**. Anota-se que a medida provisória foi convertida na **Lei n.º 14.442, de 2 de setembro de 2022**.

Embora as razões de edição da **MP n.º 1.108/2022**, que posteriormente foram ratificadas em função de sua conversão em lei, tenham sido motivadas por interesses legítimos, luz do que se encontra explanado nas suas **razões²**, algumas de suas disposições vem provocando sérias dúvidas sobre a sua aplicação, que talvez não tenham sido devidamente ponderadas pelo Poder Executivo.

Trata-se, especificamente, do **art. 3º da Lei n.º 14.442/2022³**, que definiu que a pessoa jurídica beneficiária do PAT, ao contratar pessoa jurídica especializada para gerenciar, implementar, administrar e disponibilizar créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação, não poderá exigir ou receber: **a)** qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado; **b)** prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou, **c)** outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de

¹ **Art. 457** - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 2º. Aas importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-Mpv-1108-22.pdf.

Acesso em 04 de novembro de 2022.

³ **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:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

§ 1º. A vedação de que trata o caput deste artigo não se aplica aos contratos de fornecimento de auxílio-alimentação vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de 14 (quatorze) meses, contado da data de publicação desta Lei, o que ocorrer primeiro.

§ 2º. É vedada a prorrogação de contrato de fornecimento de auxílio-alimentação em desconformidade com o disposto no caput deste artigo.



qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

Assim que foi publicada a **MP n.º 1.108/2022**, inúmeros foram os questionamentos, principalmente àqueles destinados ao esclarecimento dos impactos do **art. 3º, inc. I**, cuja inteligência passou a vedar que as pessoas jurídicas beneficiária do PAT obtivessem descontos e deságios sobre o valor contratado. Baniu-se a **taxa negativa**.

Nesse momento, as demandas questionavam os impactos da novel normatização nos contratos administrativos existentes, já que muitos deles – para não se dizer a totalidade -, previam a taxa negativa. Na oportunidade, esclarecia-se que os contratos vigentes estariam preservados, contudo, não poderiam ser prorrogados “em desconformidade” com os novos ditames legais. Alertava-se, também, que deveria ser observado o “**pedágio**” previsto, atualmente, no **art. 3º, § 1º da Lei n.º 14.442/2022** ou o **prazo de expiração da vigência**, aplicando-se o que ocorresse primeiro, de modo que um novo certame deveria ser lançado, o qual deveria prever, expressamente, a proibição ao deságio ou desconto sobre o valor da contratação.

Novas indagações, no entanto, foram apresentadas, ao ponto de se questionar a própria viabilidade da realização do processo de licitação. Inclusive, à época da publicação da aludida medida provisória, o Professor e Advogado da União, **Ronny Charles**⁴ alertou que “*com a aplicação das regras da MP, a realização de licitação tenderá a ser uma solução ineficiente para a escolha do contratado, já que todos os interessados tenderão a ter o mesmo menor preço (desconto zerado).*”

A sinalização emanada pelo ilustre **Advogado da União** passou a ser verificada em inúmeros prélios públicos, visto que as empresas do ramo pertinente compareciam e propunham o **desconto zerado**, que era a taxa de administração mínima aceitável e estabelecida pelos editais, em possível violação, inclusive, ao disposto no **art. 40, inc. X, da Lei n.º 8.666/93**⁵, que não permite a fixação de preços mínimos no edital.

Ademais, observou-se ainda o questionamento acerca da aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, que em razão do empate (real), passaram a argumentar e pugnar pela **automática** aplicação do direito de preferência de que

⁴ Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/licitacoes-publicas-e-o-pagamento-do-auxilio-alimentacao-medida-provisoria-1108/>. Acesso em 25 de outubro de 2022.

⁵ **Art. 40.** O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; [Destacamos].



tratam os **arts. 44 e 45, da Lei Complementar n.º 123/06**⁶, visto que todos os licitantes já teriam atingido o valor mínimo aceito, e não seria possível ofertar valor negativo. Desse modo, defendiam que a **LC n.º 123/06** veio a lume imbuída do inescondível desiderato de beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte, de modo que o filtro de interpretação das suas disposições deveria ser regulado para viabilizar a inteligência mais favorável às ME's e EPP's, inclusive em homenagem ao princípio insculpido no **art. 170, inc. IX, da Constituição Federal de 1988**⁷. Assim, sustentavam que, ocorrido o empate real e sendo impossível a oferta de lance negativo, o empate se resolveria em favor das pequenas empresas.

De outro lado, obviamente, as empresas **não enquadradas** como ME's e EPP's apresentaram o contraponto e, portanto, pugnavam pela realização do sorteio de que trata o **art. 45, § 2º, da Lei de Licitações**⁸, já que o exercício do direito de preferência de que trata o **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte** impunha que a microempresa e empresa de pequeno porte mais bem classificada oferecesse **lance inferior**

⁶ **Art. 44.** Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do *caput* deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º. Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no *caput* deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º. O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º. No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

⁷ **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁸ **Art. 45.** O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 2º. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.



àquele considerado vencedor do certame. Acrescentavam, ao cabo, que o sorteio se apresentava como mecanismo único para selecionar a proposta mais vantajosa.

Esses conflitos, de certo modo, foram sinalizados pelos Professor **Ronny Charles**, que naquele artigo outrora citado, afirmou, inclusive, que a regra fixada no **art. 3º da MP n.º 1.108/2022** trazia *“mais problemas que solução, notadamente em relação aos contratos administrativos”*, senão vejamos:

De maneira curiosa, o Governo percebeu a obviedade de que, no capitalismo, custos tendem a ser transferidos pelo fornecedor, na definição de seu preço. Porém, **parece ignorar que eventual empecilho a esta transferência acabará resultando em reflexos na própria definição do preço. Ao invés de deixar à livre negociação das partes e dos usuários, a resolução deste problema, a Medida Provisória tenta criar um bloqueio a este tipo de pactuação entre o empregador e a pessoa jurídica contratada para o fornecimento do auxílio-alimentação.**

Hoje, é cediço que em licitações para a contratação do fornecimento de auxílio alimentação, a Administração Pública costuma conseguir desconto em relação aos “preços” a serem oferecidos como crédito aos trabalhadores. Não é incomum que licitações com este objeto tenham descontos tais, que gerem propostas finais inferiores ao crédito a ser oferecido para os trabalhadores. Mas por que isso ocorreria? Altruísmo ou generosidade das empresas licitantes? Certamente que não.

Isso se dá, via de regra, por decorrência da própria organização do mercado. Neste, as empresas fornecedoras dos “vales” firmam contratos com as empresas fornecedoras dos produtos, buscando com elas descontos, comissões ou bônus pela compra gerada pelos usuários de seus créditos alimentares (auxílio alimentação).

Sendo este um excedente disponível, assim como uma margem de lucro, diante de uma pretensão contratual interessante, o fornecedor pode usar esse potencial retorno financeiro como algo a ser utilizado para vencer uma licitação.

Este tipo de situação gera aquilo que se costumou chamar de pregão negativo ou pregão com taxa negativas, nos quais, ao invés de acrescer um percentual excedente em sua proposta, em relação ao crédito que precisará ser dado ao trabalhador (auxílio-alimentação), o licitante oferece ainda um desconto, resultando em uma proposta que representa um teórico dispêndio, por parte da Administração contratante, inferior ao crédito a ser gerado pela empresa.

Enfim, o cenário normativo recente revelou uma série de dúvidas e questionamentos que não foram adequadamente imaginados ou pensados pelo autor da **MP n.º 1.180/2022**, bem como pelos deputados federais e senadores, que ratificaram-na e converteram-na em lei ordinária – a citada **Lei n.º 14.442/2022**.



De certo, todavia, é que as celeumas e impactos decorrentes da vedação à taxa negativa leva-nos a **concluir que o tipo de licitação “menor preço” restou inviabilizado. Não há como estabelecer meios objetivos para escolher a proposta mais vantajosa.**

Outrossim, não cabe ao intérprete da norma ou ao operador do direito lamentar-se ou escusar-se de cumprir a obrigação de conceder o vale-alimentação e/ou refeição aos seus servidores quando, evidentemente, instituídos pela legislação local. É preciso buscar a solução mais consentânea no próprio ordenamento jurídico.

A realidade decorrente da **Lei n.º 14.442/2022** conduz à inviabilidade de disputa entre as empresas do ramo pertinente, e, por consequência, o reconhecimento de que o formalismo licitatório não é mais apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público. Não há mais **pressuposto jurídico**⁹ que convalide submeter a contratação de empresa especializada para gerenciar, implementar, administrar e disponibilizar créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação ao rigoroso procedimento licitatório.

Veja-se que, embora exista uma pluralidade de agentes econômicos, mesmo assim a competição será inviável. Daí, então, reconhecer-se a inviabilidade do tipo de licitação “menor preço”.

Nesse contexto, a inviabilidade de competição, embora não se trate de um conceito simples de ser compreendido, também pode ser encontrado quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse público.

Sobre isso, esclarece **Marçal Justen Filho**¹⁰ que:

A inviabilidade de competição se configura não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de seleção. **Pode configurar-se inviabilidade de competição**, para os fins do art. 25 da Lei n.º 8.666, **mesmo quando existirem no mercado inúmeros particulares**

⁹ De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, *in Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, págs. 532-533, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência dos seguintes pressupostos:

- a) pressuposto lógico: pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes, uma vez que, diante da inexistência de concorrência e variedade de objetos a serem ofertados, a realização de licitação não tem o menor sentido;
- b) pressuposto jurídico: quando a licitação se constitui em meio apto, em tese, para a consecução do interesse público. Afinal, o procedimento licitatório não é um fim em si mesmo. É um meio (ou instrumento) para se alcançar utilmente um resultado: a melhor contratação para a Administração (logo, o atendimento do interesse público). Assim, nas hipóteses em que a realização da licitação não se mostra juridicamente viável (pois não é o melhor meio para a consecução do interesse público), a própria lei permite ao administrador deixar de realizá-la (hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação);
- c) pressuposto fático: existência de interessados na disputa. Diante da ausência de concorrentes, não há como realizar a licitação.

¹⁰ Disponível em: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf61.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2022.



em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse público. [Destacamos].

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹ denomina tal inviabilidade como sendo a inviabilidade de competição **pela contratação de todos os agentes econômicos**, nos seguintes termos:

Se a Administração convoca **todos** os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar **todos** os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, fixando ela própria o valor que se dispõe a pagar, **os possíveis licitantes não competirão**, no estrito sentido da palavra, **inviabilizando a competição**, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. [Destacamos].

Essa afirmação decorre da impossibilidade, nos tempos atuais, de confundir inviabilidade de competição com inviabilidade de disputa, como bem esclarece **Renato Geraldo Mendes**¹²:

A indagação que dá título ao presente estudo é uma das que mais têm suscitado dúvidas quando o assunto é inexigibilidade. A questão acima propicia equívocos de toda ordem e enseja decisões inadequadas por parte de agentes públicos, órgãos de controle e, inclusive, do próprio Judiciário. Os equívocos decorrem do fato de que, ainda nos tempos atuais, há indiscutível falta de clareza entre duas coisas que não poderiam mais suscitar dúvidas, ou seja, a diferença entre: **inviabilidade de competição e impossibilidade de disputa**.

Houve época em que confundir competição e disputa era escusável, pois ainda não haviam sido aprofundados os estudos sobre o tema. No entanto, no estágio em que estamos não é mais aceitável que decisões e julgados possam confundir tais realidades, principalmente porque isso impede a aplicação adequada do regime jurídico vigente, o que causa danos irreparáveis à ideia de eficiência que a contratação pública deve assegurar.

É comum pessoas afirmando que, se existir mais de um prestador de serviços atuando no mercado, isso, por si só, impediria a contratação por inexigibilidade, pois não mais seria possível falar em inviabilidade de competição. Como dito, **essa é uma conclusão inadequada**. No mundo da contratação pública, é possível confundir várias coisas, **mas não se pode mais entender que a inexigibilidade será afastada apenas porque se existirem dois ou mais prestadores a competição se tornaria viável**.

É preciso ter a clareza de que inviabilidade de competição é uma coisa e impossibilidade de disputa é outra. São duas realidades distintas e não devem ser tomadas como se fossem a mesma coisa. **O fato de haver**

¹¹ **FERNANDES**, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação**. 5. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 532.

¹² **MENDES**, Renato Geraldo. **É possível reconhecer a inexigibilidade de licitação quando há dois ou mais prestadores de serviços no mercado em regime de competição?** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 270, p. 788-790, ago. 2016.



possibilidade real de disputa, isto é, a existência de dois ou mais agentes econômicos atuando no mercado, não significa que a competição se tornará viável, ou seja, mesmo havendo possibilidade de disputa, a competição pode ser reconhecida como inviável. É assim porque o que determina a viabilidade de competição não é necessariamente a possibilidade de disputa entre agentes econômicos, mas fundamentalmente a possibilidade de definir, comparar e julgar uma solução desejada por critérios objetivos. [...]

Com efeito, é a licitação que depende da possibilidade de disputa para ser realizada, e não a inexigibilidade. Para viabilizar a licitação, é indispensável que seu pressuposto jurídico e sua condição lógica estejam reunidos. A licitação tem como pressuposto jurídico o tratamento isonômico, o qual depende da possibilidade de assegurar critério objetivo de julgamento e, como condição lógica, a possibilidade de disputa, que, por sua vez, depende da existência de dois ou mais agentes em condições de atender à Administração. **A inexigibilidade, ao contrário da licitação, depende essencialmente da impossibilidade de adotar critério objetivo de definição, comparação e julgamento, o que independe do número de agentes econômicos que atuam no mercado.** Esse número é apenas condição jurídica relevante para a seleção do parceiro da Administração quando for possível definir critérios objetivos de julgamento, pois não há como assegurar isonomia sem isso. [Destacamos].

Acrescenta **Joel de Menezes Niebuhr¹³**:

A licitação pública só é viável nas hipóteses em que há relação de exclusão, isto é, em que a Administração Pública escolhe uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas para firmarem contrato administrativo, excluindo outras tanto interessadas. [...]

Seguindo essa linha de raciocínio, **nas hipóteses em que o interesse público demanda contratar todos os possíveis interessados, todos em igualdade de condições, não há que se cogitar da licitação pública, porque não há competição, não há disputa.** [Destacamos].

Desse modo, ainda que haja uma pluralidade de agentes econômicos capazes de competir, é fato que, a partir da **Lei n.º 14.442/2022, não se mostra mais possível estabelecer uma disputa entre tais agentes**, de modo que se faz obrigatório reconhecer que a realização da licitação não mais se apresenta como **meio** apto para a consecução do interesse público.

Por consequência, afirma-se que as novas regras de concessão do vale-alimentação conduziram à **inviabilidade de competição pela contratação de todos os agentes econômicos** que atenderem as condições pré-estabelecidas pela Administração, inclusive no tocante ao preço a ser pago pela Administração. O objeto em questão não mais permite impor uma **relação de exclusão** entre os prestadores de serviço. Em suma, se está diante da

¹³ **NIEBUHR**, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 100.



inviabilidade de competição em razão da contratação de todos os agentes econômicos que satisfizerem as condições pré-estabelecidas pela administração e anuírem ao valor de remuneração fixado pelo órgão licitante.

Apresenta-se, em substituição ao tipo de licitação “menor preço”, a possibilidade de a pessoa jurídica beneficiária do PAT – Prefeituras e Câmaras – lançar mão do **credenciamento** que, nos termos da **Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2022**, diferentemente do que ocorre com a **Lei n.º 8.666/93**, foi expressamente reconhecido pelo legislador como **procedimento auxiliar de contratação**, luz do **art. 78, inc. I¹⁴**.

De acordo com a **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, art. 6º, inc. XLIII**, o credenciamento é “*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*”.

Ainda de acordo com o **art. 74, inc. IV da Lei n.º 14.133/2021**, o credenciamento configura-se hipótese de **inexigibilidade de licitação**, justamente por representar, como dito alhures, a inviabilidade de disputa em razão da contratação de todos os interessados, senão veja-se:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

Para **Ronny Charles¹⁵**:

O credenciamento pode ser utilizado em várias pretensões contratuais, notadamente nas prestações de serviço em que, para o atendimento do interesse público, **é mais vantajosa a contratação simultânea de vários particulares ao invés da seleção excludente de um ou poucos vencedores de um certame**. [2021, p. 433]. [Destacamos].

O credenciamento emerge como meio legal para que a pessoa jurídica beneficiária do PAT obtenha o maior número possível de particulares realizando a execução dos serviços. Trata-se de procedimento auxiliar de contratação que afasta a ideia tradicional da exclusão, para permitir que o objeto da disputa seja executado, **simultaneamente**, por vários particulares.

¹⁴ **Art. 78.** São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

¹⁵ **TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.



A utilização do credenciamento foi reconhecida recentemente pelo **TCU – Tribunal de Contas da União** – que também conheceu que o critério/tipo de licitação “menor preço” não se mostra mais compatível para selecionar empresa especializada no gerenciamento e fornecimento de vale-alimentação e refeição, porquanto restou inviabilizado a partir da edição da MP n.º 1.108/2021, agora convertida na Lei n.º 12.442/2022.

Neste julgamento, o **TCU** examinou representação formulada pela VR Benefícios e Serviços de Processamento S.A., na qual apontava possíveis irregularidades no edital de Credenciamento 1/ADLI-4/Sede/2022, conduzido pela **Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero)**¹⁶. Cabe alertar que a **INFRAERO** está submetida ao regime de que trata a **Lei n.º 13.303/2016**, que embora não prevê expressamente o instituto do credenciamento, a sua utilização já era permitida com base no *caput do art. 30 da Lei das Estatais*¹⁷. Ademais, recentemente, o **TCU**, no **Acórdão n.º 533/2022-Plenário**¹⁸- reconheceu que “[...] é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.” [Destacamos].

A recente manifestação do **TCU** ocorreu no bojo do **Acórdão n.º 5.495/2022-Segunda Câmara**¹⁹-, no qual o Ministro **Bruno Dantas** examinou hipóteses em que poderiam, à luz da legislação afeta às contratações públicas, culminar na seleção da proposta mais vantajosa para o gerenciamento, fornecimento e disponibilização dos créditos a título de vale-alimentação e/ou refeição.

Na oportunidade, a **Corte de Contas da União**, conforme os **pareceres da Selog e voto do relator**, Ministro Bruno Dantas, apresentou-se três possíveis meios para a obtenção da proposta mais vantajosa, a saber: **a)** adoção do ‘menor preço’; **b)** adoção da técnica; e, **c)** adoção do credenciamento.

¹⁶ Disponível em: https://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao/servlet/DetalheLicitacao?idLicitacao=166817. Acesso em 04 de novembro de 2022.

¹⁷ **Art. 30.** A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

[...]

¹⁸ Disponível em: [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](https://pesquisa.textual.tcu.gov.br/Pesquisa%20textual%20Tribunal%20de%20Contas%20da%20Uniao%20(tcu.gov.br)). Acesso em 07 de novembro de 2022.

¹⁹ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5495%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%253%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse.

Acessado no dia 05 de outubro de 2022.



Em síntese, o **Ministro do TCU**, que aderiu aos fundamentos apresentados pela **Selog**²⁰, avaliou que as novas regras que coibiram o deságio ou oferecimento de descontos na contratação de pessoa jurídica especializada para gerenciar, implementar, administrar e disponibilizar créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação, **criou um problema, de modo que a solução deverá ser contemporizada entre vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades, atenta aos princípios norteadores das contratações públicas.**

Destarte, decidiu pelo cabimento do **credenciamento**, com fulcro no **art. 79, inc. II, da Lei n.º 14.133/21**, conforme excertamos:

Dessa maneira, embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no [Acórdão 351/2010-TCU-Plenário](#), cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, **é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021:**

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

Trata-se exatamente da hipótese ora avaliada. A Administração limitar-se-á a credenciar as empresas que atenderem as condições mínimas do edital, **para que então os beneficiários dos vales refeição e alimentação, de acordo com as suas preferências, escolham o prestador.**

[...]

Nesse sentido, **não se observa impeditivo ao uso do credenciamento** na forma realizada pela Infraero. [Destacamos].

²⁰ A Selog considera as informações disponíveis insuficientes para aferir o perigo da demora, porém atesta o perigo da demora reverso, tendo em vista a proximidade do fim da vigência do contrato atual, o qual não pode mais ser prorrogado.

Quanto à plausibilidade jurídica, a unidade instrutora trata inicialmente da acusação de habilitação "com ressalva". Considera razoável o procedimento adotado pela comissão de credenciamento, ao se pautar pelo princípio do formalismo moderado, ampliando o prazo para que as empresas pudessem comprovar as respectivas redes credenciadas. Nesse sentido, afirma não haver plausibilidade jurídica na alegação.

Com relação ao questionamento do credenciamento enquanto instrumento de contratação do objeto em exame, a Selog destaca que, a partir do Decreto 10.854/2021 e da Medida Provisória 1.108/2021, proibiu-se o deságio na contratação de vales refeição e alimentação, ou taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios. Com isso, inviabilizou-se o emprego do critério de julgamento do menor preço, em que as empresas competiam ofertando as menores taxas.

Por outro lado, o julgamento pela melhor técnica também ensejaria problemas. As empresas ofereceriam os seus benefícios adicionais a serem utilizados como diferenciais de propostas. Contudo, o estabelecimento de critérios para pontuar, comparar e ranquear tais benefícios seria altamente complexo, envolveria subjetividade e tornaria o certame mais demorado e suscetível a recursos.

Assim, o credenciamento surgiria como uma terceira alternativa. Nesse modelo, a Infraero credenciaria as empresas que preenchem os requisitos previstos em edital, mas a efetiva escolha ficaria a cargo do usuário. A prática estaria amparada no art. 79, inc. II, da Lei 14.333/2021, em aplicação analógica às estatais, o que já teria sido admitido por este Tribunal (Acórdão 533/2022-TCU-Plenário).



O **Ministro Bruno Dantas** anotou, inclusive, que esse “modelo” de contratação, que está sendo iniciado, poderá ser um fator importante de concorrência em benefício dos usuários, já que caberá às empresas pensar em formas de captar clientes, sob pena de perderem espaço no mercado. De acordo com o **Ministro**:

Os requisitos do edital devem, em princípio, objetivar o credenciamento das empresas que atendam as **condições necessárias** ao atendimento das necessidades mínimas dos beneficiários, as quais devem ser levantadas na fase de planejamento da contratação.

Todavia, **após o credenciamento, cabe às empresas pensar em formas de captar clientes.** [...] Embora a falta de previsibilidade sobre o tamanho efetivo da carteira de clientes possa assustar e ser motivo de preocupação para as empresas neste momento, em que o modelo está se iniciando, **pode, por outro lado, ser um fator importante de concorrência em benefício dos usuários.**

Diante da competição entre prestadores, há tendência de as empresas fornecerem condições mais vantajosas para captar clientes. A que não as oferecer provavelmente perderá espaço. [Destacamos].

Por derradeiro, à luz do que foi apresentado, é forçoso reconhecer que **não se mostra mais viável**, diante das dificuldades acima mencionadas, **adotar o genuíno processo de licitação**, porquanto ausente o seu pressuposto lógico. Ademais, considerando que o tipo de licitação “menor preço” restou esvaziado com a edição da Lei n.º 14.442/2022, assim como das dificuldades de se implementar critério técnico para selecionar uma proposta mais vantajosa, **insurge-se como alternativa viável a adoção do credenciamento, luz do art. 74, inc. IV c/c arts. 78, inc. I, 79, inc. II, da Lei n.º 14.133/2021**, donde o órgão público limitar-se-á a credenciar as empresas que atenderem as condições mínimas do edital, deixando aos beneficiários a faculdade de escolher dentre os agentes econômicos credenciados, o prestador que melhor atender as suas preferências.

Conclusão

Ante as considerações retroexpostas, conclui-se que as novas regras impostas pela Lei n.º 14.442/2022 afetou substancialmente a contratação de serviços especializados para gerenciar, implementar, administrar e disponibilizar créditos em cartões eletrônicos/magnéticos, ou de tecnologia similar, nas modalidades refeição e alimentação, fato que não desonera o gestor público de adotar meios legítimos, contemporâneos e que observem os princípios regedores das contratações públicas para satisfazer o interesse público.

A realização de licitação, por estar ausente o seu pressuposto jurídico, não se apresenta como meio ou instrumento apto para produzir o resultado pretendido e mais satisfatório aos interesses envolvidos. Primeiro, porque a adoção do tipo de licitação “menor preço” restou esvaziado e inviabilizado em razão da vedação ao oferecimento de taxas negativas. Segundo, porque selecionar empresas especializadas por meio de critério técnico, também não se mostra



possível, na medida em que seria difícil estabelecer requisitos para pontuar, comparar e ranquear quesitos para a devida valoração.

A vedação à taxa negativa, se de um lado inviabilizou o prélio público, de outro, deu azo à inviabilidade de competição em razão da **contratação de todos os agentes econômicos**, na medida em que não é possível, a despeito da pluralidade de agentes econômicos, estabelecer critérios objetivos de seleção e/ou de comparação entre propostas. A inviabilidade de disputa atrai a conclusão de que é mais vantajoso que a prestação contratual seja executada por todos ou pelo maior número de agentes econômicos que atenderem e aceitarem as condições preestabelecidas pelo órgão ou entidade pública, banindo-se, assim, a ideia de uma seleção excludente de um ou poucos vencedores de um certame.

Desse modo, como alternativa à satisfação dos interesses envolvidos, insurge o lançamento de edital de credenciamento, de modo que a administração disporá de uma pluralidade de agentes econômicos executando, simultaneamente, o objeto do credenciamento, ficando a cargo do beneficiário – o servidor – escolher o prestador de serviços que melhor lhe atender. O TCU, em recente decisão, luz do Acórdão n.º 5.495/2022-Segunda Câmara-, manifestou-se favoravelmente à adoção deste procedimento auxiliar de contratação, nos termos do art. 74, inc. IV c/c arts. 78, inc. I, 79, inc. II, da Lei n.º 14.133/2021, além de reconhecer o esvaziamento da adoção da licitação.

Adamantina/SP, 08 de novembro de 2022.

Rafael Antonio Shimada
Consultor Responsável pela Elaboração

Leonardo Vieira de Souza
Consultor Responsável pela Elaboração

Antonio Francisco Moreno
Sócio-Diretor Responsável pela Revisão e Aprovação

