

À Comissão Permanente de Licitações,

Chegou a esta ASJUR, através da manifestação de peça #316, consulta formulada pela COPEL.

As questões a serem analisadas referem-se à (i) possibilidade de aceitação de arranjos de pagamento abertos ou fechados, após o encerramento da vigência da Medida Provisória 1173/2023, e (ii) a caracterização de subcontratação em relação ao credenciamento da rede pela contratada.

Encerramento da Vigência da Medida Provisória 1173/2023

A primeira questão refere-se à possibilidade de aceitação de arranjos de pagamento abertos ou fechados após o término da vigência da MP 1173/2023 em 28/08/2023, e à aplicabilidade do disposto no Inciso I do Art. 1º-A da Lei 6.321/76, alterada pelo Art. 5º da Lei 14.442/2022, a partir de 01/05/2023.

A MP 1173/2023 prorrogou a possibilidade de adoção de arranjos de pagamento abertos até 01/05/2024, permitindo que o mercado se adaptasse à regulamentação que ainda não foi implementada. Contudo, com o fim da vigência da MP em 28/08/2023, o regime jurídico voltou a ser regido pelas disposições da Lei 14.442/2022, que prevê a utilização de arranjos de pagamento fechados ou abertos a partir de 01/05/2023.

Portanto, após o término da MP 1173/2023, permanecem válidas as disposições do Art. 1º-A da Lei 6.321/76, conforme alterada pela Lei 14.442/2022, e podem ser aceitos arranjos de pagamento abertos ou fechados a partir de 01/05/2023. Não há, neste momento, vedação expressa para a aceitação de tais arranjos, embora seja importante observar que a falta de regulamentação específica ainda gera discussões.

Conforme os julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, apontados pela COPEL em sua manifestação de peça #316, com o encerramento da vigência da Medida Provisória 1173/2023 em 28/08/2023, e sem que a matéria tenha sido regulamentada até o momento, podem ser aceitos arranjos de pagamento abertos ou fechados, conforme a discricionariedade da Administração.

O TCE-SP reconhece a discricionariedade administrativa em optar por arranjos de pagamento abertos ou fechados, desde que em conformidade com a legislação vigente.

Assim, com a perda de eficácia da Medida Provisória 1173/2023, o cenário jurídico volta-se à situação prevista pela Lei 14.442/2022 e o Decreto nº 10.854/2021, permitindo a adoção de arranjos de pagamento abertos ou fechados, sem impedimento para sua utilização.

Credenciamento de Rede e Subcontratação

A segunda questão envolve a análise sobre se o credenciamento da rede de estabelecimentos diretamente ou indiretamente pela contratada configuraria subcontratação de parte do objeto.

Da análise de edital de credenciamento nº 01/2024 e do termo de referência não encontramos nenhuma vedação expressa ao uso de arranjos abertos. O termo de referência menciona que os empregados poderão utilizar os cartões eletrônicos de alimentação/refeição em uma rede de estabelecimentos credenciados para adquirir produtos alimentícios e refeições.

Não encontramos no edital proibição da utilização de bandeiras de cartões ou redes credenciadas em arranjos abertos. O foco do edital está na segurança dos cartões, exigindo, por exemplo, chip de segurança e senha pessoal.

A subcontratação, conforme definição doutrinária e jurisprudencial, ocorre quando a execução de parte do objeto contratual é transferida para um terceiro, que então assume a responsabilidade pela realização do serviço originalmente contratado. No caso dos arranjos abertos, a empresa contratada não transfere a responsabilidade pela gestão do serviço, ela apenas utiliza uma infraestrutura de rede de pagamento já existente. Entendemos que isso não caracteriza subcontratação, pois a gestão do benefício, a administração dos créditos, e o relacionamento com a CETURB/ES permanecem sob a responsabilidade da contratada.

Não podemos aqui confundir o conceito de subcontratação com a utilização de uma rede credenciada. É preciso distinguir “gestão operacional do benefício” e “infraestrutura de pagamento”.

No modelo de arranjo aberto, a empresa contratada continua sendo a responsável pela administração, controle e execução do serviço junto à CETURB/ES. O fato de

utilizar uma rede de estabelecimentos credenciados por terceiros não retiraria da contratada a sua responsabilidade pela gestão do benefício, conforme exigido pelo edital e o termo de referência. A contratada ainda administraria e gerenciaria diretamente os créditos, transações e segurança do serviço, incluindo a prestação de contas e a disponibilidade do serviço, que são os elementos centrais do contrato. A gestão do contrato não é delegada a terceiros, permanecendo com a empresa facilitadora.

A contratação de uma empresa que utiliza uma infraestrutura de cartões de bandeira não implica em subcontratação, mas sim no uso de uma rede já estruturada, sem que isso transfira qualquer parte essencial da gestão do contrato.

Desse modo, não nos parece que a utilização de arranjos abertos caracterize subcontratação, tendo em vista que a gestão e administração do serviço continuam sendo de responsabilidade da contratada, que deve garantir o cumprimento de todas as condições impostas no edital e no termo de referência.

Em nosso sentir, o uso de redes credenciadas, como os estabelecimentos que aceitam cartões de arranjos abertos, faz parte da estrutura operacional do serviço, não configurando uma transferência da responsabilidade ou da execução do objeto da contratação.

Como explanado acima, o Tribunal de Contas de São Paulo já enfrentou discussões semelhantes, sem impor restrições ao uso de arranjos abertos.

Conclusão

Assim, por todo o exposto, entendemos que, após o término da vigência da MP 1173/2023, podem ser aceitos arranjos de pagamento abertos ou fechados a partir de 01/05/2023, conforme previsto no Inciso I do Art. 1º-A da Lei 6.321/76, alterada pelo Art. 5º da Lei 14.442/2022.

Nos filiamos ao entendimento de que o credenciamento da rede diretamente ou indiretamente pela contratada não configuraria subcontratação de parte do objeto, sendo uma prática inerente aos arranjos de pagamento abertos.

Salvo melhor juízo, é o que temos a manifestar.

Insta asseverar que esta manifestação tem o dever apenas de orientar a atuação do consulente, não adentrando em aspectos de mérito do ato administrativo.

Em 01/10/2024.

Amália M. F. Goulart

OAB/ES 20.079

ASJUR / CETURB-ES

Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

AMÁLIA MICHELY FERREIRA GOULART

CHEFE DA ASSESSORIA JURÍDICA

ASJUR - CETURB - GOVES

assinado em 01/10/2024 13:11:50 -03:00



INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO

Documento capturado em 01/10/2024 13:11:50 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por AMÁLIA MICHELY FERREIRA GOULART (CHEFE DA ASSESSORIA JURÍDICA - ASJUR - CETURB - GOVES)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: <https://e-docs.es.gov.br/d/2024-FWSN7W>