

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CANOAS-RS.

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 002/2019

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, nº 245, salas nº1207/08, Vitória-ES, CEP.: 29.056-020, vem respeitosamente por meio de seu advogado com procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face ao EDITAL (PREGÃO ELETRÔNICO N.º 002/2019), o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

01- DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

A impugnante tem interesse em participar na licitação promovida por este d. ente licitador, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada para a prestação de serviços no fornecimento do auxílio alimentação/refeição.

Assim, em conformidade com a legislação vigente (Lei nº 8.666/93 e 10.520/02), qualquer empresa licitante interessada tem legitimidade para impugnar edital de licitação, em até **02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da Sessão Pública de Pregão**, não restando, portanto, dúvidas quanto à pontualidade da presente minuta.

02- DOS FATOS:

Trata-se de edital que por objeto a contratação de empresa administradora do auxílio alimentação/refeição por meio de cartão magnético e/ou eletrônico com tecnologia de chip de segurança para validação das transações e respectivas recargas mensais de crédito, para atender aos seus colaboradores.

Consta no edital que a licitante deverá apresentar uma rede de 800 estabelecimentos credenciados (**item 10**) e que será admitida proposta de **taxa de administração negativa** e, que inclusive tal taxa será utilizada como critério de julgamento da referida oferta (**item 4.3.1**), o que *data máxima vênia* contraria toda legislação em vigor, conforme será demonstrada a seguir.

3. DAS RAZÕES TÉCNICAS E JURÍDICAS (DO MÉRITO)

3.A - DA INDEVIDA FORMA DE REDE CREDENCIADA EXIGIDA NO EDITAL:

A exigência preconizada no edital (item 10 e seguintes) de 800 estabelecimentos credenciados, sem dúvidas restringe a livre competição e, merece ser revista por este respeitável comitê de licitação. No presente caso, entende-se que o quantitativo estipulado **extrapola a discricionariedade, violando à razoabilidade e, data máxima vênia, direcionando empresas** que satisfaçam as condições estabelecidas em edital.

Cabe ressaltar que em licitações para fornecimento de vale alimentação/refeição, 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, conforme jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.884/2010, 307/2011, 2.962/2012, 3.400/2012, 686/2013 e 1.718/2013, todos do Plenário).

Ademais, a **inclusão dessa exigência no decorrer da licitação** pode constituir ônus financeiro e operacional **desarrazoado** para as empresas competidoras.

Nesse sentido a **Lei nº 8.666/93** é clara ao impedir que ocorra qualquer tipo de discriminação não autorizada pela norma licitatória, ou seja, quando ela for tão específica que **APENAS UMA OU ALGUMAS POUCAS EMPRESAS POSSAM PRETENDER A LICITAÇÃO**, estaremos diante de flagrante cerceamento da isonomia e competitividade entre as empresas licitantes; vejamos:

Art. 30: A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a:**
§ 5: **É vedada a exigência** de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos,

ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, QUE INIBAM A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO.

Desta feita, basta uma simples leitura da norma posta para verificar que a forma e modo da rede prévia exigida no presente edital, **restringe de forma grave o universo de possíveis competidores**, não atendendo a isonomia ampla e irrestrita, indicando a ocorrência de parcialidade, com vistas a socorrer algumas empresas licitantes, possivelmente da região.

Se o instrumento convocatório ora ventilado não for imediatamente retificado no tocante ao exigido, a empresa vencedora do certame certamente será uma ofertante local escolhida, consubstanciando-se, assim, uma patente e irrefutável **ilegalidade** no procedimento, caracterizando, então, o **direcionamento do Edital** a uma determinada empresa, **impedindo a competitividade**, a **isonomia** e a **legalidade/reserva legal**, TODOS, princípios resguardados pela constituição federal e legislação licitatória.

Inclusive são por estas razões que, no intuito de coibir abusos na discricionariedade dos agentes públicos, o legislador pátrio fez constar no bojo da lei licitatória, mais precisamente no **Art. 3º, § 1º, inciso I, in verbis**:

"É vedado aos agentes públicos: admitir, **prever, incluir** ou tolerar, **nos atos de convocação**, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam** ou **frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...).

Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de gerar, em alguns casos, a convalidação do ato e, em outros, até mesmo a sua invalidação.

Nesse sentido, o **Tribunal de Contas da União** já externou que todo certame deve ser pautado na RAZOABILIDADE E ISONOMIA; *in verbis*:

“A jurisprudência predominante nesta Corte de Contas é no sentido de que a exigência da apresentação da rede credenciada deve ocorrer na fase de contratação, sendo concedido **prazo razoável** para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição, de modo que se possa conciliar a necessidade de obtenção de uma adequada prestação do serviço licitado e com o estabelecimento de requisitos que **possibilitem ampla competitividade do procedimento licitatório** (Acórdãos nºs. 842/2010-TCU-Plenário, 7.083/2010-TCU-2ª Câmara, 587/2009-TCU-Plenário).

Dentro do juízo de conveniência e oportunidade, é preciso, acima de tudo, respeitar a finalidade da licitação, pois finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. (Di Petro Zanella).

Dessa forma, perfeitamente cabível a retificação do Edital ventilado, a fim de que seja admitida a ampla competição sem qualquer parcialidade e/ou vício QUANTO A REDE EXÍGIDA nessa fase preambular.

3.B - DA VIOLAÇÃO DA LEI Nº 6.321/76:

É inconteste que toda formação de licitação pública estará sujeito, obrigatoriamente, as premissas constitucionais preconizada em nossa carta magna, *in casu* no próprio caput do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de LEGALIDADE, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Assim, considerando a natureza jurídica dos “servidores” que compõem o quadro de colaboradores desta digna Casa Civil, não só por servidores de carreira, mas também por empregados públicos e comissionados, ao exigir em seu EDITAL que as empresas participantes do certame apresentem propostas com **TAXAS NEGATIVAS**, esbarra na Lei nº 6.321/76 (PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador), pois esta **não admite neste objeto de licitação a disputa com “a taxa de administração negativa (desconto)”**.

Admitir **taxa de administração negativa** é na verdade um grande **CONTRASSENSO**, pois, este requerimento no edital encontra-se em total **CONTRADIÇÃO** com o objeto fim do PAT e a suas notas técnicas (Lei nº 6.321/76, Decreto nº 5, de 14 de janeiro de 1991, Portaria do MTE nº 1.287/17, Nota Técnica nº 45/2018 do DIPAT/CGFIP/DSST/SIT/MTB, e a Instrução Normativa do MTE nº 137/17). Ademais, ignorar a eficácia das normas supra é violar premissa constitucional elementar esculpido nos artigos 5º, II c/c 37, ambos da CF/88, *in verbis*.

CF, Art. 5º, II:- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**;

CF, Art. 37: A **administração pública** direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **LEGALIDADE**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

PAT/ Decreto 05/1991, Art. 4º (...):

Parágrafo único. A pessoa jurídica beneficiária será **responsável por quaisquer irregularidades** resultantes dos programas executados na forma deste artigo.

PORTARIA Nº 1.287/17: Art. 1º - No âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador, **é vedada** à empresa prestadora a adoção de **práticas comerciais** de cobrança de **taxas de serviço negativas** às empresas beneficiárias, sobre os valores dos créditos vinculados aos documentos de legitimação.

Sobre a impossibilidade de se interpretar uma norma-regra de maneira a conflitar com uma norma-princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer; a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos; **é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade**;[...] subversão de seus valores fundamentais insurgência contra todo o sistema [...]; contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra; isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se a toda a estrutura nelas esforçada .

Portanto, torna-se urgente a revogação do item 4.3.1 do edital, pois, viola o princípio constitucional da RESERVA LEGAL, obrigando assim a Administração a anular os atos administrativos por ela exarados neste particular.

**3.C - DA ARDILOSA PRÁTICA DE TAXA NEGATIVA E O SEU REFLEXO PREJUDICIAL AO
ERÁRIO:**

Neste particular é forçoso aduzir que a **TAXA NEGATIVA** é na verdade uma prática comercial criada pelas grandes empresas (estrangeiras) ao argumento de trazer maior “economia” aos cofres públicos, quando na verdade tem por escopo:

- (I) exercer **domínio de mercado** excluído da **livre concorrência** à **competitividade** entre empresas nacionais e estrangeiras, em flagrante prática de formação de **monopólio econômico**;
- (II) **fraudar** ao conceder “desconto” quando na verdade é razoável prever que nenhuma empresa irá de fato entregar mais do que foi cobrado, ou seja, posteriormente **será repassado este “abatimento” aos estabelecimentos credenciados** (supermercados, padarias, restaurantes etc), que, por conseguinte **irão repassar a “dedução” ao consumidor final**, seja ele o próprio usuário do cartão e pior, todos os demais consumidores, **CERCEANDO ASSIM O PODER DE COMPRA DE TODA SOCIEDADE.**

Além disso, especificamente no ramo de vale alimentação, há de ser observada a regra da **Lei nº 6.321/76** que regulamenta o **PAT** (Programa de Alimentação do Trabalhador) que concede as empresas que contratam os serviços da administradora de cartões **direito a isenção de encargos sociais (INSS e FGTS)** sobre o valor do benefício concedido. Além disso,

é permitido como forma de incentivo fiscal no **imposto de renda** pelo lucro real, contar com a **dedução** do valor cedido, limitado a 4% do imposto devido.

Ocorre que foi observado pelos órgãos de fomento do governo federal que a prática de taxas negativas estava por **prejudicar o “poder de compra” dos trabalhadores**, ferindo assim toda premissa legal do PAT e, por este motivo foi editado a **Portaria nº 1.287/17** do MTE (agora vinculado ao Ministério da Justiça) que passou a **proibir à prática comercial de cobrança de taxa de serviço negativa**, estabelecendo como punição o **descredenciamento** no PAT das empresas beneficiadas.

Desta forma, resta evidente que incorre em **risco econômico** toda empresa que concede vale alimentação e que exerça conduta comercial contrária aos dispositivos legais acima apontados, pois o **descredenciamento no PAT** irá **gerar considerável aumento nos encargos da folha** do INSS, FGTS e IRPJ.

3.D - DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

Sobre IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, a Lei nº 8.429/92 é clara ao definir ato atentório à Administração Pública, *in verbis*:

Lei 8.429/92, Art. 11: **Constitui ato de improbidade** administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, **legalidade**, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - **praticar ato** visando fim **proibido em lei** ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Em complemento, dispõem os §§ 4.º e 6.º do artigo 37 da **Constituição Federal**, *in verbis*:

CF, Art. 37, § 4º: Os **atos de improbidade** administrativa importarão a **suspensão dos direitos políticos**, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o **ressarcimento ao erário**, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Qualquer **ENTE PÚBLICO** da administração direta ou indireta ao admitir em suas licitações e contratos a **prática de taxa negativa** pode ser **configurada como improbidade administrativa**, pois **TODO VALOR FORNECIDO** a título de auxílio alimentação, sem que a empresa contratada seja registrada no PAT, será incorporada à base de cálculo do salário do beneficiado, **O QUE IRÁ GERAR UM ENORME PASSIVO AO ERÁRIO.**

Sobre essa temática, colacionamos o entendimento consolidado do TST em sua **súmula 241** e na OJ (Orientação Jurisprudencial) nº 133 da SDBI I, *in verbis*:

SÚMULA 241: SALÁRIO-UTILIDADE. ALIMENTAÇÃO - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

“OJ- SDI 1 TST- OJ Nº 133: AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. LEI Nº 6.321/76. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei nº 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal.”

A pessoa jurídica de direito público que se utiliza deste expediente, na qualidade de empresa beneficiária, não pode aceitar que empresas prestadoras e, que forem credenciadas junto ao PAT, façam ofertas licitatórias em desacordo com a Portaria MTE nº 1.287. Portanto, a legislação deve ser seguida em sua integralidade, sob pena, de incorrer em improbidade administrativa.

Portanto, admitir a manutenção do item "10.4" do edital que autoriza a taxa negativa em seus contratos, além de violar as regras impostas em toda legislação do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), inobstante enquadrar-se também em IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

04- DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Isto posto e preenchidos os requisitos legais, PUGNA A PETICIONANTE pelo recebimento da presente impugnação para que seja processada e julgada por este d. Pregoeiro, **exercendo o juízo de mérito e de retratação**, conforme prescreve o **Art. 41** da Lei **8.666/93**, para que seja **retificado** no edital **a rede exigida**, sem violar a competitividade e impessoalidade do certame e, por fim, seja ainda **excluída a previsão de aceitação de Taxa Negativa** devido aos seus desdobramentos prejudiciais não só ao erário mas também à sociedade;

Caso não entenda pelas retificações do Edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais e o estudo técnico que embasaram a decisão desta comissão;

ANDREOTTE

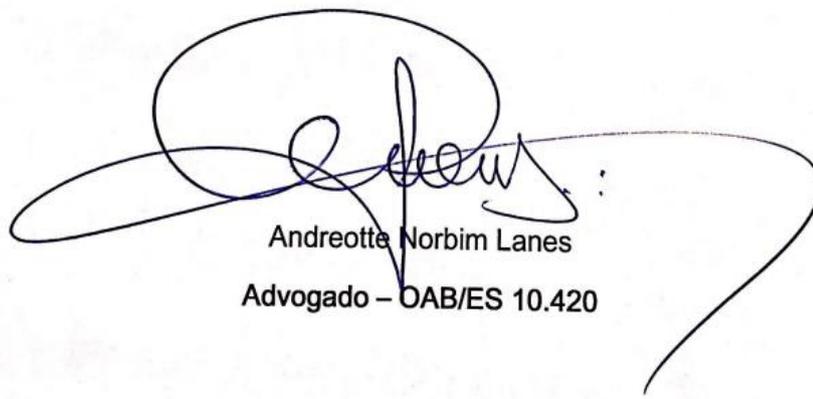
ADVOGADOS

Por fim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editais impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul para manifestação, sob as penas da lei.

Requer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome do advogado ANDREOTTE NORBIM LANES, OAB/ES 10.420 (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

Nestes Termos
Pede Deferimento.

De Vitória-ES para Canoas-RS, 25 de fevereiro de 2019.



Andreotte Norbim Lanes
Advogado – OAB/ES 10.420