



Natalia Soares <natalia.soares@cromg.org.br>

IMPUGNAÇÃO - EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 007/2022 (PROC. ADM. Nº 102/2022)

flavia.rodrigues@lecard.com.br <flavia.rodrigues@lecard.com.br>
Para: licitacao@cromg.org.br

10 de outubro de 2022 13:08

Boa tarde, Prezados

Segue em anexo impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 007/2022, referente a contratação de empresa especializada em fornecimento de cartão de vale-alimentação.

Atenciosamente,

>>> Flávia R. Nascimento

ASSISTENTE JURÍDICO

(27) 2233 2000 / ramal 8716

flavia.rodrigues@lecard.com.br

**IMPUGNAÇÃO DELIVERY E REDE- CRO MG.pdf**
472K



**ILUSTRÍSSIMO SETOR DE LICITAÇÕES DO CONSELHO REGIONAL DE
ODONTOLOGIA DE MINAS GERAIS**

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 007/2022

Processo Adm. N.º 102/2022

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 19.207.352/0001-40, com sede Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, vem respeitosamente por meio de sua advogada com procuração em anexo, como interessado no certame licitatório supracitado, propor a presente

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face ao **EDITAL - PREGÃO ELETRÔNICO N.º 007/2022 (Processo Administrativo n.º 102/2022)**, com Sessão Pública designada para o dia 17/10/2022 às 09h, o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

1 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

A impugnante tem interesse em participar na licitação promovida por este d. Órgão licitador, cujo objeto consiste na Constitui objeto do presente certame, a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais.

Assim, em conformidade com a legislação vigente (Lei nº 8.666/93 e 10.520/02) qualquer parte interessada tem legitimidade para impugnar edital de licitação, em até **02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas**, que será dirigida ao Pregoeiro e encaminhada através de e-mail: licitacao@cromg.org.br. Ademais, o prazo para apresentação de impugnação ao instrumento convocatório, conforme subitem 3.1 não restando, portanto, dúvidas quanto à pontualidade da presente minuta.

2 - DOS FATOS:

2-1 DA ACEITAÇÃO EM PLATAFORMA E APP DE DELIVERY

Trata-se de licitação promovida por este d. Órgão licitador, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais.

Consta no termo de referência do edital no item 6.1.8 a seguinte exigência:

6.1.8 A Contratada deverá comprovar, como condição para assinatura do Contrato, sob pena de inabilitação, que **possui convênio com empresas de intermediação de entrega de alimentos “in natura” (Aceitação do cartão em plataformas e app de delivery)** prontos para serem consumidos, por meio de aplicativo.

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

Em outros termos, as empresas estão obrigadas a possuir convênio com empresas de aplicativo de delivery. Verifica-se que esta exigência não é legal, tão pouco razoável, uma vez que ultrapassa os limites da livre competição. A necessidade demonstrada no edital, na comprovação de aceitação de empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas é uma condição excessiva para execução contratual, além de demandar desmedidos encargos para viabilização do objeto, o que pode restringir o caráter competitivo da disputa.

Tal item é solicitado sob a seguinte justificativa, presente no item 6.1.8.1 e 6.1.8.2, vide:

6.1.8.1 A justificativa técnica para o item 6.1.8 reside no fato de que os aplicativos ou páginas de internet de delivery **proporcionam redução de aglomerações** ocasionadas pelos transeuntes nas compras de produtos in natura do mês.

6.1.8.2 A opção delivery e pagamento virtual em suas plataformas oferecerá ao usuário mais conveniência e conforto, com redução do tempo de espera e rapidez na entrega dos produtos alimentícios, visto que o pagamento poderá ser realizado através do próprio aplicativo de delivery ou página de internet sem a necessidade do emprego do cartão.

A razão pela qual algumas empresas têm optado pela exigência de aplicativo delivery se da no sentido de que esta exigência supostamente teria relação direta com os objetivos do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, instituído por meio da Lei nº 6.321/1976, cujo objetivo, segundo o art. 1º da Portaria nº 03/2022 é a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, visando a promover sua saúde e prevenir as doenças profissionais.

É evidente que a implementação do vale alimentação melhora a qualidade de vida de seus beneficiários e por consequência cumpre um dos objetivos do PAT que é a promoção da saúde dos colaboradores. Sabendo disso é de se concluir que uma melhor alimentação representa benefícios como aumento da imunidade, melhora da saúde e qualidade de vida, inclusive ao ponto de prevenir doenças de cunho laboral.

Dessa forma, é perceptível que a finalidade do PAT pode ser cumprida por meio da implementação do vale alimentação para seus trabalhadores. No entanto, resta ponderar por meios de estudos técnicos e estatísticos a pertinência de instituir a exigência de delivery, de modo que se cumpra a precípua finalidade do PAT, pois do contrário, a exigência terá por finalidade restringir o caráter competitivo do certame, bem como proporcionar o mero comodismo dos beneficiários, impondo as empresas um elevado custo para que se cumpra a exigência prevista.

Insta ressaltar que o edital deve estabelecer as regras do certame de forma objetiva e clara. Entretanto, não poderá a Administração vincular qualquer exigência que limite o caráter da livre competição.

Pois bem, o órgão justifica a exigência do delivery, sob a ótica de que assim os seus servidores evitariam aglomerações ocasionadas durante as compras e com o objetivo de prover conforto, com a redução do tempo de espera e a rapidez na entrega dos produtos. Dessa forma, é possível entender que o objetivo é, tendo em vista uma das finalidades do PAT, a prevenção de doenças profissionais, visto que a outra finalidade (melhora da situação nutricional dos trabalhadores) pode facilmente ser alcançada por meio da implementação do vale alimentação.

Outrossim, durante o estado de calamidade pública declarado no art. 1º do Decreto nº 17.334, de 20 de abril de 2020, em toda Minas Gerais, justificava-se a exigência de delivery, tendo em vista, inclusive, que a Nota Técnica SEI nº 56376/2020/ME (Ministério da Economia) indica que a COVID-19 "pode ser caracterizada como doença do trabalho", e alguns Tribunais Regionais no Trabalho – TRT's bem como o próprio Tribunal Superior do Trabalho – TST, tem tido entendimento neste sentido.

Ocorre que na Região de Belo Horizonte não vigora mais o estado de calamidade pública, haja vista o encerramento deste, desde 31 de março de 2022, conforme demonstra-se por meio do Decreto nº 17.829, de 29 de dezembro de 2021.

Em decorrência disso seria insustentável a exigência de delivery sob o crivo de se evitar doenças ocupacionais face a exposição dos colaboradores à COVID-19, haja vista, primeiro, a inexistência de nexos de causalidade entre a suposta doença ocupacional e o trabalho desempenhado pelos colaboradores, e segundo, porque a supracitada Nota Técnica não é taxativa ao determinar que a covid-19 é uma doença ocupacional. Tão somente alerta que poderá ser considerada como tal.

Assim, apesar da administração pública e a sociedade de modo geral estarem caminhando para um mundo modernizado e tecnológico, não se pode confundir a real necessidade de se evitar possíveis doenças do trabalho com a mera comodidade que essas tecnologias representam. Pensar dessa forma seria desvirtuar a finalidade precípua da lei que regulamenta o PAT.

Salta aos olhos o favorecimento a empresas que já possuem aplicativo de delivery ou convênio com as empresas de aplicativos de entrega, de modo que a imposição, **fere inteiramente os princípios instituídos pela legislação vigente**, ceifando o direito de interessadas no certame concorrem em condições iguais.

No que tange a matéria, cumpre identificar que o entendimento predominante do TCU é no sentido de que cabe ao gestor definir com precisão as reais necessidades de fornecimento do vale alimentação aos seus empregados.

No entanto, a atuação desse dirigente **deve estar pautada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os critérios técnicos para a fixação devem estar baseados em estudos realizados e constar do processo licitatório**, o que não existe no presente caso.

Nesse sentido, veja-se:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO E MANUSEIO DE VALE ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO OU TECNOLOGIA SIMILAR, PARA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM ESTABELECIMENTOS

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

COMERCIAIS CREDENCIADOS. INSUBSISTÊNCIA DOS ALEGADOS **INDÍCIOS DE RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO E DIRECIONAMENTO DO CERTAME**. NECESSIDADE DE REDUZIR A TERMO OS CRITÉRIOS TÉCNICOS QUE RESPALDARAM A FIXAÇÃO DO NÚMERO MÍNIMO DE ESTABELECIMENTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO. Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária a **fixação do número mínimo de estabelecimentos credenciados, o gestor deve estar respaldado em estudo técnico** para fixar tal número, devendo reduzir a termo o referido estudo e **juntá-lo aos autos do processo licitatório. ACÓRDÃO TCU 2367/2011**. Data: 31/08/2011.

Ademais, são por estas razões que, no intuito de coibir abusos na discricionariedade dos agentes públicos, o legislador pátrio fez constar no bojo da **Lei nº 8.666/93 em seu Art. 3º, §1º, inciso I**, ora aplicada subsidiariamente à esse certame, a vedação aos atos que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações, inclusive a proíbe a previsão de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

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.

Portanto, a imposição de a empresa possuir de aceitação do cartão vale-alimentação em plataformas e app de delivery, mostra-se abusiva e ilegal, **visto que constitui legítima restrição à participação do certame**, razão que merece ser revista.

2.2 DA REDE DE ESTABELECIMENTOS

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

Consta ainda nos itens 6.1.1.1 e seguintes do termo de referência, as solicitações sobre a rede de estabelecimento à serem credenciados, quais sejam:

6.1.1.1 VALE REFEIÇÃO E VALE ALIMENTAÇÃO:

a) Possuir no mínimo **5 (cinco) estabelecimentos** credenciados e ativos para aceitação do cartão, na modalidade refeição, **em um raio de até 500 (quinhentos) metros do endereço abaixo:**

Local	Endereço	Quantidade mínima
SEDE	Rua da Bahia, n.º 1477 - Bairro de Lourdes, Belo Horizonte, Minas Gerais - CEP. 30.160-017	05 no raio de 500m

(...)

b) **04 hipermercados** credenciados na **região metropolitana de Belo Horizonte;**

c) **500 estabelecimentos** entre supermercados, padarias, açougues e hortifrúteis na cidade de **Belo Horizonte;**

d) Com relação ao cartão refeição, a contratada deve apresentar a listagem contendo, no mínimo **700 estabelecimentos** credenciados na **região metropolitana de Belo Horizonte** (Restaurantes, bares, padarias, lanchonetes, confeitarias, etc).

e) A Contratada deve apresentar ao menos **02 hipermercados** credenciados **em cada cidade sede das Delegacias Regionais do CRO-MG** ou 02 supermercados onde inexistem hipermercados a serem credenciados.

f) Possuir no mínimo **2 (dois) estabelecimentos** credenciados e ativos para a aceitação do cartão, na modalidade refeição, **em um raio de até 300 (trezentos) metros dos endereços abaixo:**

Local	Endereço	Quantidade mínima
Delegacia Regional de Alfenas	Rua General Costa Campos, 65, Sala 103, Centro, 37130-131 – Alfenas/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Diamantina	Praça Doutor Prado, 56, Centro, 39100-000 – Diamantina/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Divinópolis	Av. Antônio Olímpio de Moraes, 545, Sala 1115, Centro, 35500-900 – Divinópolis/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Governador Valadares	Av. Brasil, 3277, 3º andar, Centro, 35010-070 - Governador Valadares/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Ipatinga	Rua Juiz de Fora, 18, 3º andar, Centro, 35160-031 – Ipatinga/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Juiz de Fora	Rua Batista de Oliveira, 1164, Sala 1015, Granbery, 36010-532 – Juiz de Fora/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Lavras	Rua Costa Pereira, 45, Sala 204, Centro, 37200-160 – Lavras/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Montes Claros	Av. Major Alexandre Rodrigues, 40, Ibituruna, 39401-301 – Montes Claros/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Muriaé	Rua Barão de Monte Alto, 144, Sala 301, Centro – 36880-018, Muriaé/MG.	02 no raio de 300m

Delegacia Regional de Patos de Minas	Rua Major Gote, 585, Salas 608 e 609, Centro, 38700-107 – Patos de Minas.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Teófilo Otoni	Rua Epaminondas Otoni, 689, Conj. 301, Centro, 39800-013 – Teófilo Otoni/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Três Corações	Av. Presidente Dutra, 03, Sala 405, Centro, 37410-117 – Três Corações.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Uberaba	Rua Major Eustáquio, 76, Sala 911, Centro, 38010-270 – Uberaba/MG.	02 no raio de 300m
Delegacia Regional de Uberlândia	Rua Cel. Antônio Alves Pereira, 400, 11º andar, Centro, 38400-104 – Uberlândia/MG.	02 no raio de 300m

Por óbvio, **tem-se que a quantidade de mais de 1.000 estabelecimentos credenciados exigida pelo contratante não é razoável**, muito menos proporcional ao valor do contrato, uma vez que acarreta na exclusão de interessadas do certame e prejuízo à obtenção pelo órgão licitante da proposta mais favorável, ante a parcialidade deste em prol de empresas.

É inconteste que dentro das premissas basilares de todo e qualquer certame licitatório, é mister guardar a RAZOABILIDADE, IMPESSOALIDADE, ISONOMIA, JULGAMENTO OBJETIVO E PRESERVAÇÃO DA COMPETITIVIDADE, sob pena de violação as regras mínimas do Decreto 5.450/05 c/c lei 8.666/93 c/c a lei 10.520/02.

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

Isto posto, qualquer forma preconizada no edital, para desempate, fora dos parâmetros legais, é por si só violação ao princípio constitucional da LEGALIDADE/RESERVA LEGAL, pois determina que a empresa vencedora deverá ter rede desproporcional, impedindo assim a livre concorrência.

Como dito a exigência editalícia acima rubricada, que com certeza restringe a livre competição, merece ser revista por esta respeitável Diretoria de licitação, em que pese ainda não existir estudos técnicos e/ou parâmetros para o “mínimo” exigido, o que, aliás, é necessário conforme entendimento majoritário do Tribunal de Contas da União; *in verbis*:

"GRUPO I — CLASSE VII — PLENÁRIO. TC-022.682/2013-9.

Natureza: Representação

Unidade: Conselho Federal de Contabilidade (CFC) Representante: Planinvesti Administração e Serviços Ltda. (art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993). Advogado constituído nos autos: não há. SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CA UTELAR. PREGÃO PRESENCIAL PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. **EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA DE REDE CREDENCIADA.** OITIVA PRÉVIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXPEDIÇÃO DE ORIENTAÇÃO AO CONSELHO FEDERAL. Na licitação para contratação de empresa especializada no fornecimento de vale alimentação ou vale refeição, na forma de cartão eletrônico ou tecnologia similar, apesar de discricionária **A FIXAÇÃO DO NÚMERO MÍNIMO DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS, FAZ-SE NECESSÁRIO QUE OS CRITÉRIOS TÉCNICOS REFERENTES Á FIXAÇÃO DO QUANTITATIVO MÍNIMO ESTEJAM EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE CLARAMENTE DEFINIDOS E FUNDAMENTADOS NO PROCESSO LICITATÓRIO, DEVENDO TAIS CRITÉRIOS SER ORIUNDOS DE LEVANTAMENTOS ESTATÍSTICOS,** parâmetros e de estudos previamente realizados, consoante os precedentes Acórdãos 2.367/2011 e 1.071/2009, ambos do Plenário.

ACÓRDÃO N.º 7083/2010-2" CÂMARA, TC-029.278/2010-4, REL. MIN. SUBST. ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO, 23.11.2010.

Pregão para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético: 2 - **Necessidade de prévio credenciamento em**

todo o Estado de São Paulo. Outra possível irregularidade
Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

apontada no edital do Pregão Eletrônico n.º 020/2010, conduzido pela Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncroton — ABTLuS e destinado à "prestação de serviço para fornecimento anual de Vale Alimentação, na forma de cartão magnético, para proporcionar aos funcionários da ABTLuS poder de compra de alimentação em estabelecimentos comerciais", foi a exigência de que a empresa interessada deveria comprovar a existência de convênios ou contratos firmados "com estabelecimentos credenciados em todo o Estado de São Paulo (Capital e interior) e principalmente na região metropolitana de Campinas". Para o relator, tal requisito "**NÃO SE JUSTIFICA, MOSTRANDO-SE DESARRAZOADO**, uma vez que a entidade contratante possui sede única, em Campinas, sem unidades espalhadas pelo Estado". A despeito do cumprimento por parte de três empresas licitantes, "**É POSSÍVEL PENSAR QUE ESSA EXIGÊNCIA TENHA CERCEADO A PARTICIPAÇÃO DE OUTRAS INTERESSADAS QUE TIVESSEM FORTE ATUAÇÃO NA REGIÃO, MAS SEM ALCANCE EM TODO O ESTADO**". Não obstante, o relator entendeu que seria desarrazoado pugnar pela anulação do credenciamento, uma vez que: a) a representante não impugnou os termos do edital; b) os preços praticados no certame se situaram dentro do valor orçado pela entidade, sem indícios de sobrepreço; c) a anulação do procedimento traria mais prejuízo que benefícios à administração e a seus empregados, tendo em vista que, pelo acordo coletivo assinado, o fornecimento dos vales é devido desde o mês de agosto de 2010; d) não seria razoável uma anulação fundada tão somente em ilações ou suposições de prejuízo ao procedimento de credenciamento, sem prova de sua real existência. Assim sendo, o relator propôs e o Colegiado decidiu tão somente expedir determinação à ABTLuS para futuros procedimentos licitatórios."

Ante o exposto, solicita-se que a análise seja feita com a fiel observância da Lei n.º 8.666/93, que é clara ao impedir que ocorra qualquer tipo de discriminação não autorizada pela lei, ou seja, quando ela for tão específica que **APENAS UMA OU ALGUMAS POUCAS**

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

EMPRESAS POSSAM PRETENDER A LICITAÇÃO, pois são as únicas hábeis a vencer a licitação.

Desta feita, se o instrumento convocatório ora ventilado não for imediatamente retificado no tocante ao exigido nos itens 6.1.1.1 e seguintes do Termo de Referência do Edital, consubstanciando-se, assim, uma patente e irrefutável ilegalidade no procedimento, caracterizando, então, o direcionamento do Edital a uma determinada empresa, impedindo a competitividade e a isonomia, princípios resguardados pelo Decreto 5.450/05 c/c Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, perfeitamente cabível a retificação do Edital ventilado, a fim de que seja admitida a ampla competição de forma clara e sem qualquer parcialidade e/ou vício.

3 - 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 esta d. Pregoeira, exercendo o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o Art. 41 da Lei 8.666/93, para que:

- a. Seja retificado o item 6.1.8 do TERMO DE REFERÊNCIA DO EDITAL, a fim de que seja excluída a obrigatoriedade da aceitação de empresas de aplicativo de entrega (delivery);
- b. Retificar no edital os itens 6.1.1.1 e seguintes do Termo de Referência para estabelecer número razoável/proporcional de redes credenciadas, sem violar a competitividade e impessoalidade do certame;
- c. 4.2 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 a chegar nos limites dispostos nos Itens 6.1.1.1 e seguintes do Termo de Referência.

Le Card Administradora de Cartões Ltda

CNPJ: 19.207.352/0001-40

Matriz: Avenida Andrômeda, 885, Sala 3522 BCO, Green Valley Alphaville, Barueri/SP, CEP 06.473-000, Telefone: 11 2189-0404

Filial: Rua Fortunato Ramos, 245/sala 1207/1208, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020,

Telefone: (27) 2233-2000 | E-mail: licitacao@lecard.com.br

- d. 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;
- e. Assim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalícios impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para manifestação, sob as penas da lei.

Requer, por fim, que sejam as intimações e publicações efetuadas em nome da advogada **KARLA MARTINS DE OLIVEIRA, OAB/RS 118.977B** (endereço infra impresso nesta peça e na procuração).

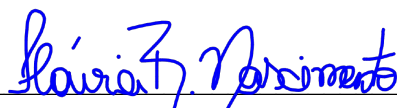
**Nestes Termos,
Pede Deferimento.**

De Barueri - SP para a Conselho Regional de Odontologia/MG,
10 de outubro de 2022.

**KARLA MARTINS
DE OLIVEIRA**

Assinado de forma digital
por KARLA MARTINS DE
OLIVEIRA
Dados: 2022.10.10 11:52:35
-03'00'

**Karla Martins de Oliveira
OAB/RS 118.977B**

A handwritten signature in blue ink, reading "Flávia Rodrigues do Nascimento".

**Flávia Rodrigues do Nascimento
OAB/ES 37.594**



Resposta à Impugnação de Edital

Referência: Pregão Eletrônico n.º 007/2022 - Processo N° 102/2022.

Objeto: A presente licitação tem por finalidade a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do CRO/MG, em conformidade com a legislação trabalhista, com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (Lei n.º 6.321/1976) com o Decreto n.º 10.854 de 10 de novembro de 2021, com a MP-1108/2022, com as disposições expressas em convenção coletiva aplicável aos empregados do CRO/MG e conforme condições e especificações estabelecidas neste instrumento, no Edital e demais anexos integrantes deste.

Pedido de Impugnação interposto pela Empresa Le Card Administradora de Cartões LTDA, Pessoa Jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ sob o n.º 19.207.352/0001-40, por intermédio das representantes Senhora Karla Martins de Oliveira, OAB/RS 118.977B e Senhora Flávia Rodrigues do Nascimento OAB/ES 37.594, ao edital em epígrafe, na qual questionam sobre a regularidade das exigências contidas no instrumento convocatório.

1. Das razões de impugnação e do pedido:

A empresa argumenta que em consonância com o Edital n.º 007/2022, verificou-se suposta ilegalidade quanto a exigência disposta no item 6.1.8 do edital que dispõe sobre a comprovação de convênio com empresas de intermediação de entrega de alimentos “in natura” (Aceitação do cartão em plataformas e app de delivery) prontos para serem consumidos, por meio de aplicativo.

Alegou que:

Em outros termos, as empresas estão obrigadas a possuir convênio com empresas de aplicativo de delivery. Verifica-se que esta exigência não é legal, tão pouco razoável, uma vez que ultrapassa os limites da livre competição. A necessidade demonstrada no edital, na comprovação de aceitação de empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas é uma condição excessiva para execução contratual, além de demandar desmedidos encargos para viabilização do objeto, o que pode restringir o caráter competitivo da disputa.

Além disso, afirmou que em relação aos itens 6.1.1.1 e seguintes do termo de referência, referente ao quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, quais sejam:

6.1.1.1 VALE REFEIÇÃO E VALE ALIMENTAÇÃO:



a) Possuir no mínimo 5 (cinco) estabelecimentos credenciados e ativos para aceitação do cartão, na modalidade refeição, em um raio de até 500 (quinhentos) metros do endereço abaixo:

(...)

b) 04 hipermercados credenciados na região metropolitana de Belo Horizonte;

c) 500 estabelecimentos entre supermercados, padarias, açougues e hortifrúteis na cidade de Belo Horizonte;

d) Com relação ao cartão refeição, a contratada deve apresentar a listagem contendo, no mínimo, 700 estabelecimentos credenciados na região metropolitana de Belo Horizonte (Restaurantes, bares, padarias, lanchonetes, confeitarias, etc).

e) A Contratada deve apresentar ao menos 02 hipermercados credenciados em cada cidade sede das Delegacias Regionais do CRO-MG ou 02 supermercados onde inexistem hipermercados a serem credenciados.

f) Possuir no mínimo 2 (dois) estabelecimentos credenciados e ativos para a aceitação do cartão, na modalidade refeição, em um raio de até 300 (trezentos) metros dos endereços abaixo:

Segundo a empresa, tal exigência deve ser revista. Por considerar que quantidade de mais de 1.000 estabelecimentos credenciados exigida no Edital n.º 007/2022 *não é razoável, muito menos proporcional ao valor do contrato, uma vez que acarreta na exclusão de interessadas do certame e prejuízo à obtenção pelo órgão licitante da proposta mais favorável, ante a parcialidade deste em prol de empresas.*

Dentre os pedidos, segue colacionado os seguintes itens:

- a. Seja retificado o item 6.1.8 do TERMO DE REFERÊNCIA DO EDITAL, a fim de que seja excluída a obrigatoriedade da aceitação de empresas de aplicativo de entrega (delivery);
- b. Retificar no edital os itens 6.1.1.1 e seguintes do Termo de Referência para estabelecer número razoável/proporcional de redes credenciadas, sem violar a competitividade e impessoalidade do certame;
- c. 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 a chegar nos limites dispostos nos Itens 6.1.1.1 e seguintes do Termo de Referência.
- d. 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;
- e. Assim, na hipótese de não serem modificados os dispositivos editalícios impugnados, seja remetido a presente impugnação ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para manifestação, sob as penas da lei.

Resumidamente, esses são os pontos alegados na solicitação de Impugnação, os quais não serão inteiramente transcritos, haja vista que podem ser consultados o inteiro teor no documento acostado no referido Processo.



2. Da análise do mérito e da fundamentação:

Trata-se de contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do CRO/MG, em conformidade com a legislação trabalhista, com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, e que deve estar em sintonia com as novidades tecnológicas e costumes que vão sendo transformados ao longo do tempo.

I - O advento da pandemia de COVID-19 fez com que a população de modo geral mudasse seus hábitos alimentares e por praticidade e segurança, ampliou-se o uso de delivery.

Nesse sentido, já existem decisões do TCU sobre o tema relacionado a exigência de delivery, *in verbis*:

“(…), sua razoabilidade parece existir, tendo em vista o momento de pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19) que estamos atravessando há mais de um ano e a consequente necessidade de se reduzir as interações sociais, como é sabido por todos. Além disso, a prática de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios (delivery) já era comum na nossa vida cotidiana mesmo antes da pandemia, e **foi ampliada após o advento da doença, cabendo às empresas que prestam serviços de fornecimento de vale refeição e vale alimentação buscar atender às necessidades de seus usuários**. Portanto, tal exigência só seria ilegal se não fosse justificável tecnicamente, o que não se verifica no caso em questão. Além disso, conforme já informado nesta instrução, ao menos seis empresas participaram de disputas com a exigência questionada que, inclusive, será exigida apenas para a contratação e não como critério de habilitação. Dessa forma, entendemos pela improcedência da representação.” TCU (TC 012.827/2021-5) (*grifo nosso*)

Na citada decisão, o i. relator faz referência a recente decisão do Tribunal de Contas do Estado – SP, o que demonstra que o assunto já está pacificado entre nossos Tribunais de Controle:

“ Ainda, na resposta do órgão à impugnação (peça 20, p. 4-5), consta trecho de decisão do TCE-SP, de 4/2/2021 (Processo 00001661.989.21-0), que corroborou com a exigência em questão, conforme excertos abaixo:

De igual sorte, nota-se que muitas empresas administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do benefício pelo usuário – inclusive a própria representante. (...) Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega. (...) As informações obtidas por esta autoridade julgadora, que estão mais acima condensadas, indicam que o mercado de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em condições de atender ao comando do edital. **13. Ademais, a inclusão dessa exigência já é comum também na administração pública, posto que a própria representante cita, em sua peça, sete editais recentes que contém a exigência, somente no estado de São Paulo**. Em rápida pesquisa na internet é possível encontrar outros, em todo o país, como o



Pregão 4/2020 da Terracap ou o 2/2020 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - Cofeci. Ressalte-se que não foram encontradas na jurisprudência desse TCU decisões condenando a referida exigência. (grifo nosso)

Nota-se a adoção de novos hábitos, inclusive, em razão da pandemia COVID-19 e seus reflexos. Os anos de 2019 e 2020 foram marcos de transformação para a humanidade. Dentre as medidas de combate à pandemia, o isolamento social foi excepcional, obrigando um contingente da população a trabalhar em suas residências, utilizando principalmente o computador e o celular.

Pontua-se que como reflexo da Pandemia COVID, atualmente, o Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais mantém regime de trabalho híbrido, que combina o trabalho presencial e o remoto. O que corrobora com a necessidade de incluir aceitação de empresas de aplicativo de entrega (delivery) na presente contratação.

II - A atual Contratada para prestação dos serviços de gerenciamento do Vale-Alimentação e Vale-Refeição para os funcionários do CRO/MG, Alelo S.A, possui só no município de Belo Horizonte mais de 3.000 (três mil) estabelecimentos credenciados para o Cartão Refeição apenas na região central e 300 (trezentos) estabelecimentos próximo à Sede do CRO/MG. Para o Cartão Alimentação mais de 1.615 (um mil seiscentos e quinze) estabelecimentos credenciados e nas proximidades da sede do CRO/MG possui 300 estabelecimentos.

O quantitativo da rede credenciada estabelecido no Edital CRO/MG n.º007/2022 foi definido com base na análise dos estabelecimentos utilizados pelos servidores e membros do CRO/MG no ano de 2021 e 2022.

Portanto, a exigência da quantidade registrada no edital, é o mínimo solicitado pelo CRO/MG.

Diante do exposto, CONHEÇO do questionamento/impugnação, mas no mérito INDEFIRO o requerimento formulado, em razão dos argumentos lançados nesta manifestação, mantendo-se as regras dispostas no Edital CRO/MG n.º 007/2022 e a data da sessão pública de disputa.

Belo Horizonte, 13 de outubro de 2022.

Natália Soares Mendes
Pregoeira



Natalia Soares <natalia.soares@cromg.org.br>

IMPUGNAÇÃO EDITAL 7/2022.

Bruna Jesus <bruna.jesus@bkbank.com.br>
Para: "licitacao@cromg.org.br" <licitacao@cromg.org.br>

11 de outubro de 2022 10:22

Prezados, bom dia!

Segue anexo, tempestivamente, a impugnação referente ao Pregão eletrônico 7/2022.

Favor acusar o recebimento deste e-mail.

Atenciosamente,

Bruna Jesus
Assistente de Licitação

bruna.jesus@bkbank.com.br









www.bkbank.com.br



Esta mensagem eletrônica pode conter informações privilegiadas e/ou confidenciais, portanto fica o seu receptor notificado de que qualquer disseminação, distribuição ou cópia não autorizada é estritamente proibida. Se você recebeu esta mensagem indevidamente ou por engano, por favor, informe este fato ao remetente e a apague de seu computador imediatamente.

This e-mail message may contain legally privileged and/or confidential information, therefore, the recipient is hereby notified that any unauthorized dissemination, distribution or copying is strictly prohibited. If you have received this e-mail message inappropriately or accidentally, please notify the sender and delete it from your computer immediately.

15 anexos

-  **Impugnação ao Edital CROMG.pdf**
743K
-  **DOC 2 - Ata - Prefeitura de Curiúva - PR.pdf**
5K
-  **DOC 3 - Ata - Prefeitura de Paulínia-SP.pdf**
434K
-  **DOC 4 - decisão Curitibaanos - SC.pdf**
185K
-  **DOC 4.2- decisão tce sc.pdf**
248K
-  **doc 5 - TJSP.pdf**
46K
-  **DOC 6 - TCE-PR.pdf**
634K
-  **doc 7 - TCE-MG.pdf**
416K



Doc. 4.1 - Decisão Dionísio Cerqueira.pdf
548K



doc. 6.1 - TCEPR.pdf
490K



Doc. 6.2 - TCE PR.pdf
487K



6 ALTERAÇÃO CONTRATUAL - BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA.pdf
5144K



acordao tce pr - flor da serra.pdf
626K



Decisão TCE-SC - taxa negativa, limitação taxa e rede antecipada.pdf
289K



DOC 1- Ata - Prefeitura Municipal de Paula de Freitas - PR.pdf
6K

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MINAS GERAIS – CROMG.

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE MINAS GERAIS
PREGÃO Nº. 007/2022
PROCESSO Nº. 102/2022

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteadado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, com fundamento no §1º e §3º, do art. 41 da Lei 8.666/93, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.**

1- DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 17/10/2022.

As impugnações podem ser apresentadas até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para realização da sessão pública do pregão, nos termos do item 3 do edital.

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 11/10/2022, é tempestiva.

2- DOS FATOS

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que o CROMG publicou Edital com objeto de *“Contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais.”*

Contudo, referido Edital contém cláusula que proíbe a apresentação de proposta com Taxa Negativa, com fundamento na Medida Provisória nº. 1.108/2022¹ e Decreto nº. 10.854/2021².

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

Expliquemos.

No mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, é praxe que TODAS as empresas que participam de licitações, ofertem Taxa Administrativa Negativa, ou seja, conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões.

Registra-se que a Taxa Negativa não implica em proposta inexequível, 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.

¹ **Lei 1.108/2022: Art. 3º** **O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º, 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 trabalhadores; ou III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de 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.

² **Decreto nº. 10.854/2021: Art. 175.** *As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador.*

Com a proibição da Taxa Negativa, TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com Taxa 0%, como já vem ocorrendo em diversas licitações.

Com isso, os órgãos públicos não terão o desconto no valor do crédito e não aferirão a economia aos cofres públicos, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, como preceitua art. 3º da Lei 8666/93.

Por conseguinte, na medida em que TODAS as empresas ofertam proposta com Taxa 0%, ocorrerá o empate, e a administração se socorrerá do sorteio, como critério de desempate.

Neste cenário, TODAS as licitações que objetivarem o fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, serão julgadas mediante “sorteio”, o que não se pode admitir, haja vista que “sorteio” é critério de desempate, e não critério de julgamento, havendo claro descumprimento ao art. 45, §1º da Lei 8666/93.

Além disso, estará o órgão público frustrando a competitividade do certame, bem como suprimindo a etapa de lances do pregão, pois na medida em que proíbe a Taxa Negativa, não haverá a disputa de melhor oferta, já que não conseguem ofertar proposta menor que Taxa 0%, havendo claro descumprimento do art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93 e art. 4º da Lei 10.520/2002.

Outro ponto relevante, é que se aplicar o benefício de preferência à ME e EPP, o empate será caracterizado somente entres as empresas que comprovarem esta condição, pois as demais empresas não terão possibilidade de ofertar taxa menor que zero para cobrir a proposta e se classificar para os sorteios. Neste passo, as licitantes não conseguirão participar em condições de igualdade, ferindo o princípio da isonomia, insculpido no art. 3º da Lei 8666/93.

Por outro lado, se a administração pública não aplicar o benefício de preferência da ME e EPP, estará negando vigência à determinação da Lei Complementar 123/2006, o que fere o princípio da legalidade.

Apenas por estas premissas, já é possível afirmar que no mercado de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, **o regular processo licitatório**, que se pauta na isonomia, na competitividade e na seleção da proposta mais vantajosa, **simplesmente deixará de existir**.

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.

Verifica-se ainda, aparente conflito de normas entre a MP 1.108/2022 e as Leis 8666/93 e 10.520/2002, pois a limitação da taxa imposta pela MP vai contra os princípios basilares da licitação, quais sejam, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa, especialmente, na modalidade Pregão, que prevê a etapa de disputa, mediante a oferta melhores lances. E neste ponto, cabe asseverar que as leis que regulamentam as contratações públicas são especiais, e segundo critério da especialidade previsto no art. 2º da LICC, as normas especiais prevalecem sobre as gerais.

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.

Como se observa, há uma série de fatores que conduzem à inaplicabilidade do art. 3º da MP 1.108/2018 aos órgãos públicos. No entanto, para melhor elucidar o Íncrito Conselheiro, analisaremos cada tema individualmente, à luz do ordenamento jurídico vigente.

3- DO DIREITO

3.1- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.666/93

Como se sabe, a Lei 8666/93, que disciplina as contratações públicas, estabelece que o processo licitatório se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Vejamos:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Na lição de Marçal Justen Filho, “a maior vantagem se caracteriza quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obriga-se a realizar a melhor e mais completa prestação”³

³ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ª ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 66.

Pois bem.

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 a outras políticas públicas.

A título de exemplo, colacionamos as atas das licitações da Prefeitura de Paula Freitas-PR, Prefeitura de Curiúva-PR e Prefeitura de Paulínia-SP, em que TODAS as licitantes ofertaram Taxa Negativa, e as vencedoras contrataram com Taxa de -16%, -9,05% e -6,30%, respectivamente. Vejamos:

Prefeitura de Paula Freitas – PR (Doc. 01):

PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULA FREITAS - PR
PAULA FREITAS-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2022
Processo Administrativo Nº 38/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: TADEU RAFAEL CORDEIRO
Data de Publicação: 24/03/2022 16:29:25

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 06/05/2022 09:16:41
VALE ALIMENTAÇÃO na forma de Cartão Eletrônico com chip e Senha,

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1 Unidade: UN Marca: propria Modelo: propria
Descrição: Gerenciamento e confecção e fornecimento de cartão eletrônico equipado com chip eletrônico ou tarja magnética, que realize captura, roteamento, transmissão e processamento de transações financeiras na função débito, com recargas mensais, sistema de controle de saldos e senha pessoal e intransferível, para validação das transações pelo usuário. Obrigatório rede de no mínimo 05 (seis) estabelecimentos comerciais credenciados dentro do município de Paula Freitas.
Quantidade: 1 Valor Unit.: -16,00 Valor Total: -16,00

Razão Social	CLASSIFICAÇÃO				ME
	Num	Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	
1 BPF CARTÕES LTDA	073	02.030.078/0001-84	-0,01	-16,00	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	017	16.814.330/0001-50	-0,10	-15,15	Não
3 MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E	065	21.922.507/0001-72	-0,01	-8,97	Sim
4 VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA	002	06.344.497/0001-41	-1,00	-7,80	Não
5 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	021	19.207.352/0001-40	-1,00	-6,50	Não
6 BIQ BENEFICIOS LTDA	062	07.878.237/0001-19	0,01	-5,99	Não
7 PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMACAO	029	09.687.900/0002-04	1,00	-0,05	Não
8 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA	054	28.099.189/0001-62	0,01	0,00	Não
9 GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E	048	92.559.830/0001-71	0,01	0,01	Não
10 MEUVALE GESTAO ADMINISTRATIVA LTDA	092	18.678.159/0001-25	0,01	0,01	Não
11 MH ADMINISTRADORA DE CARTOES	044	34.190.727/0001-10	1,00	1,00	Não

Prefeitura de Curiúva – PR (Doc. 02):

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURIÚVA - PR
CURIÚVA-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 14/2022
Processo Administrativo Nº 27/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: LUCIANA MÁRILIA DA COSTA
Data de Publicação: 14/03/2022 16:12:28

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 29/03/2022 09:48:46
Lote 001

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1	Unidade: MENSAL	Marca: FABRICAÇÃO PRÓPRIA	Modelo: FABRICANTE PRÓPRIO.
Descrição: ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO VALE ALIMENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO; PROCESSAMENTO E CARGA DE CRÉDITOS ELETRÔNICOS, REALIZADA MENSALMENTE, NOS CARTÕES MAGNÉTICOS OU ELETRÔNICOS, COM TECNOLOGIA DE CHIP ELETRÔNICO DE SEGURANÇA OU TECNOLOGIA EQUIVALENTE OU SUPERIOR, DESTINADOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.			
Quantidade: 1	Valor Unit.: -0,05		Valor Total: -0,05

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA-	085 21.936.856/0001-00	-1,25	-0,05	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	048 16.814.330/0001-50	-0,10	-0,03	Não
3 VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA	083 06.344.497/0001-41	-1,00	-8,87	Não
4 GIMAVE MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES	045 05.989.476/0003-82	-0,10	-7,11	Não
5 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	075 07.878.237/0001-19	0,01	-5,81	Não
6 VOLUS TECNOLOGIA E GESTAO DE BENEFICIOS	086 03.817.702/0001-50	0,01	0,01	Não

Prefeitura de Paulínia-SP (Doc. 03):



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2022

PROTOCOLO Nº 186/2022

SC Nº 02/2022 – SECRETARIA MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE AUXÍLIO REFEIÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO E/OU MAGNÉTICO OU DE SIMILAR TECNOLOGIA

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE PREGÃO ELETRÔNICO

Às nove horas do dia 16 de março do ano de 2022, reuniram-se a Pregoeira Sra. Luciana Regina da Silva de Oliveira e a Equipe de Apoio, para condução dos trabalhos pertinentes ao Pregão Eletrônico nº 01/2022, do tipo menor preço global realizado através do endereço WEB www.licitacoes.caixa.gov.br. Credenciaram-se para o certame as seguintes empresas:

16.814.330/0001-50 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA
92.559.830/0001-71 GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS
19.207.352/0001-40 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
26.069.189/0001-62 M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
69.034.668/0001-56 SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A.
02.535.864/0001-33 VR BENEFICIOS E SERVICOS DE PROCESSAMENTO S.A

Após a consulta, as propostas de todas as empresas foram passadas para avaliação da Equipe de Apoio, pois não se encontravam apenadas. A Equipe de Apoio e a Sra. Pregoeira verificaram as condições de apresentação das propostas, descritas no Edital, considerando os arquivos das propostas comerciais e consideraram todas classificadas, por atenderem integralmente ao solicitado no edital. Na data e hora marcadas para realização dos lances, no intervalo das 10h30min às 10h45min o sistema liberou o acesso tanto aos licitantes no sítio da CAIXA, quanto para a Pregoeira, para acompanhamento. Encerrada a etapa de lances, apresentou a proposta de menor valor a licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A., com valor global

1 / 2



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

de R\$ 25.861.200,00, equivalente a taxa de administração de -6,30%. Passou-se à análise da documentação de habilitação, bem como a verificação da autenticidade das Certidões emitidas via internet. Satisfeita as exigências relativas à habilitação, fica declarada vencedora do certame. Finalizada a avaliação dos documentos de habilitação, as licitantes foram comunicadas através do sistema da Caixa no dia 16/03/2022 para manifestação de recursos. No decurso desse prazo não houve manifestação de intenção de recurso quanto ao resultado do certame. O resultado será encaminhado à autoridade superior para a adjudicação e homologação. Nada mais havendo a tratar, a Sra. Pregoeira declarou encerrados os trabalhos, lavrando-se a presente Ata. Eu, Vitor Rodrigues Junior, secretariei a sessão e digitei a presente ata.

Contudo, com a proibição da Taxa Negativa, a proposta ficará limitada à Taxa 0%, impedindo que o órgão público seja beneficiado com o desconto sobre o valor do crédito.

Ou seja, tal medida restritiva, **vai contra à finalidade almejada pelas licitações públicas, que é justamente selecionar a proposta mais vantajosa para a administração**, violando o disposto no art. 3º, caput da Lei 8666/93.

Mas não é só isso.

Na medida em que a Taxa Negativa é proibida, TODAS as licitantes irão ofertar proposta com Taxa 0%, ocorrendo o empate entre elas.

Em decorrência, a proposta será selecionada mediante “SORTEIO”, nos termos do art. 45, §2º da Lei 8666/93:

§ 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.

Isto é o que já vem acontecendo, em razão desta proibição. A título de amostragem, citamos a Ata da Prefeitura Municipal de Uru-SP:

REGISTRO E CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA ESCRITA

Ato contínuo foram abertos os Envelopes contendo as Propostas e, com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro procedeu à análise das propostas escritas, quando foi verificado se cada proposta atendia aos requisitos do edital, passou então ao exame da compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento. Constatada a regularidade das propostas, passou a selecionar os licitantes que participarão da etapa de sorteio em razão da taxa ser 0,0%, conforme lista de classificação da proposta escrita apresentada a seguir:

Item 1	Classif	Código	Descrição Proposta para todos os itens Proponente / Fornecedor	Valor Total	Status Lance
1	7296		CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA	1.056.000	Classificad ,00e S
	6582		MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	6583		VEROCHEQUE REFEICOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	7295		ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	7297		LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	7298		M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio

Contudo, Nobre Conselheiro, o “sorteio” é critério de desempate, não podendo ser utilizado como critério de julgamento de proposta, especialmente, porque os critérios de julgamento das propostas são previstos expressamente em rol taxativo no art. 43 da Lei 8666/93, sendo eles: “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”.

Ao limitar a proposta em Taxa 0%, a administração pública estará induzindo o empate entre as licitantes, deixando de aplicar os critérios de julgamento previstos em lei, e passando a utilizar o “sorteio” como critério de seleção.

Atente-se, MM^º. Conselheiro, que agindo desta forma, **a administração pública está criando um novo critério de julgamento da proposta, violando o disposto no art. 43 da Lei 8666/93.**

Necessário destacar ainda, que antes de convocar as licitantes para o fatídico “sorteio”, o órgão licitante irá aplicar o benefício de preferência às empresas que comprovem a condição de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), por força do art. 3º, §14 da Lei 8666/93 combinado com o artigo 44 da Lei Complementar 123/2006:

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

Neste caso, se aplicado o benefício de preferência à ME e EPP, somente as empresas que comprovarem esta condição, participarão do “sorteio”, pois os demais licitantes não conseguirão cobrir a proposta da ME e EPP, haja vista a impossibilidade de ofertar Taxa menor que 0%.

Logo, sempre que houver empresa ME e EPP participando das licitações deste segmento de serviço, não haverá chances das demais empresas vencerem, **o que fere diretamente o princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei 8666/93.**

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.**

Impende ressaltar que este cenário que vem se desenhando é extremamente nocivo à administração pública, pois na medida em que a seleção se dará mediante “sorteio”, possibilitará a formação de conluio entre as empresas, que poderão ingressar no certame com empresas distintas, para aumentar a chance de obter a contratação, dando margem à formação de um verdadeiro “cartel” no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição.

Por consequência, essa praxe colocará em risco a efetividade da execução dos contratos públicos, pois ao dar margem à formação de cartel ou conluio entre empresas, a administração pública estará sujeita a contratar com empresas aventureiras ou inexperientes, podendo causar sérios danos à administração pública, especialmente, no ramo do fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, que lida com custódia de valores a serem destinados aos servidores e repasses aos estabelecimentos do mercado local.

Necessário consignar ainda, que se não houver a intervenção das autoridades dos órgãos públicos, do Tribunal de Contas e do Judiciário, os processos licitatórios que objetivarem a contratação de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição terá como PRAXE a realização de “SORTEIO”, extirpando definitivamente o caráter competitivo neste segmento.

Contudo, a competitividade compõe um dos pilares do processo licitatório, tanto que a Lei 8666/93 dispõe expressamente que aos agentes públicos, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o seu caráter competitivo. Vejamos:

Art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93:

*§ 1º **É vedado aos agentes públicos:***

*I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;***

Ou seja, ao proibir a Taxa Negativa e induzir o empate entre às licitantes, **estará a administração violando o disposto no art. 3º, §1º, inciso da Lei 8666/93, por frustrar o caráter competitivo do certame.**

Além do mais, a Lei 8666/93, veda expressamente a fixação de preços mínimos, conforme art. 40, inciso X, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá 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;*

Cabe destacar que em recente decisão, **o Tribunal de Contas de Santa Catarina reconheceu que a proibição da Taxa Negativa viola disposição do art. 40, inciso X da Lei 8666/93 (Doc. 04).** Vejamos:

Analisando os fundamentos, concluo pela verossimilhança das razões apresentadas pela DLC e pela presença do periculum in mora, aptos a sustentar a concessão de cautelar para determinar a suspensão do Pregão Eletrônico n. 52/2022, lançado pela Prefeitura Municipal de Curitibaanos.

Atestou o corpo instrutivo a presença do fumus boni iuris consistente na vedação da apresentação de taxa de administração negativa, prevista no item 4.8.2, alínea "d", do edital, em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei federal n. 8.666/1993, inclusive citando o entendimento firmado por esta Corte de Contas em processos similares.

De fato, a matéria não é novidade neste Tribunal. Como bem observou a DLC, podem ser citados os processos @PAP 22/80009557 (Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst), @PAP 22/80010482 e @PAP 22/80009204 (deste relator). Acrescento, ainda, os autos @REP 19/00058151 (Rel. Cons. Gerson dos Santos Sicca), @REP 19/00021401 (Rel. Cons. Wilson Rogério Wan-Dall), @REP 19/00038126 (Rel. Cons. Herneus De Nadal), @REP 19/00635566 (Rel. Cons. José Nei Ascari) e @REP 19/01001501 (Rel. Cons.

César Filomeno Fontes), nos quais a proibição de apresentação de taxa de administração negativa foi considerada irregular.

Ademais, como pontuado no processo @REP 19/00381017, de relatoria deste signatário, tendo em vista a ampla concorrência presente no mercado, é comum que os competidores, ao invés de cobrarem para executar o serviço, ofereçam descontos ao ente público diante das vantagens econômicas indiretas decorrentes da celebração do contrato.

Assim, cabe reconhecer a plausibilidade nas alegações da representante.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a MP não se aplica aos contratos públicos (**Doc 5**). Vejamos:

“Nessas circunstâncias, até em razão do princípio da especialidade, não cabe aplicação da MP nº 1.108/22, art. 3º, inciso I, §§ 1º e 2º, porque confronta com o objetivo da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa que, no caso, se traduz no menor desconto oferecido (taxa negativa)

Nessas circunstâncias, presente a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo (dada a proximidade do termo final do contrato firmado entre as partes), concedo a tutela antecipada para declarar que, na eventualidade de ser prorrogado o contrato nº 026/2017, a prorrogação não se submeterá ao disposto no art. 3º, I, da MP nº 1.108/22.”

Há, portanto, clara violação aos preceitos da Lei 8666/93, sendo imperioso que haja a intervenção deste Tribunal de Contas, a fim de coibir tamanha ilegalidade.

3.2- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.520/2002

A proibição da Taxa Negativa, no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, também resulta em descumprimento à Lei 10.520/2002, que institui e regulamenta a modalidade Pregão.

Expliquemos.

A Lei 10.520/2002, no artigo 4º é claro ao estabelecer que os autores das ofertas mais baixas poderão ofertar lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Vejamos:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

*VIII - no curso da sessão, **o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;***

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Referido dispositivo trata da etapa competitiva do Pregão, denominada “etapa de lances”, obrigatória nesta modalidade.

Contudo, como mencionado anteriormente, todos os licitantes irão ofertar a Taxa 0%, configurando empate, que muito provavelmente, será solucionado através da aplicação do benefício de preferência às empresas que comprovem a condição de ME e EPP, e posteriormente por “sorteio”.

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

Veja, Nobre conselheiro, que a proibição da Taxa Negativa **resultará na SUPRESSÃO DA ETAPA DE LANCES, prevista no art. 4º, inciso VIII da Lei 10.520/2002**, extirpando a etapa competitiva, a qual é obrigatória na modalidade Pregão.

Além disso, **a administração pública não poderá negociar a proposta para obter um melhor preço, como preceitua o art. 4º, inciso XVII da mesma lei**, haja vista a limitação à Taxa 0% não dá margem para negociação.

E neste ponto, cabe asseverar que a negociação para obter melhor proposta, é poder-dever da administração, conforme entendimento dos Tribunais. Vejamos:

“No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa”.
(Acórdão 694/2014-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)

“Nas licitações realizadas mediante pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005)”.

(Acórdão 2637/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Assim, considerando que a proibição da Taxa Negativa implicará na supressão da etapa de lances, obrigatória na modalidade Pregão, e impedirá a administração de cumprir o dever de negociar o preço para obter proposta mais vantajosa, evidente se tora a violação à Lei 10.520/2002.

3.3- DA INAPLICABILIDADE DA MP Nº. 1.108/2022 AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

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 nutricional 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.

É o que dispõe o art. 1º da Lei 6.321/1976, que instituiu o PAT:

Art 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.

No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº. 5/1991, que regulamenta o PAT:

Art. 1º A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.

Como se observa, a pessoa jurídica beneficiária do PAT, é aquela que possui tributação sobre o lucro real, não sendo compatível com empresas de lucro presumido ou optante do Simples, tampouco com os órgãos públicos.

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.

Atente-se, Nobre Conselheiro, que a finalidade da proibição contida no art. 3º da MP 1108/2022 é alcançar as empresas beneficiárias do PAT, que “supostamente” estaria se beneficiando duplamente, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas fornecedoras de Cartão Alimentação/Refeição.

Trata-se de assertiva expressa constante na Exposição de Motivos que justificou a edição da MP 1.108/2022, extraída diretamente do site oficial do Planalto, através do link:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm

Para melhor elucidar, transcrevemos parte da Exposição de Motivos que fundamentou a edição da MP pelo Presidente da República:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

[...]

19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.”

Assim, considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da MP 1.108/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT,

referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Impende destacar que em representação proposta por essa petionante, o Tribunal de Contas do Paraná reconheceu a inaplicabilidade da MP 1.108/2022 aos órgãos públicos, e a irregularidade da proibição da Taxa Negativa (Doc. 06). Vejamos:

“Em relação ao primeiro item, a representante alega que a vedação a proposta com taxa administrativa negativa viola os princípios da legalidade e ampla competitividade, uma vez que as normas que a proibem seriam restritas às empresas que aderem ao Programa de Amparo ao Trabalhador, com os respectivos benefícios fiscais, o que não é cabível a órgãos públicos, sendo ilegal a vedação prevista no Edital.

A análise do tema demonstra assistir razão à representante. O item 10.1.1 do Edital prevê que a taxa de administração deve ser de no mínimo 0,00% e no máximo 0,33%, com a seguinte redação:

10.1.1. Em função do sistema eletrônico Licitações - e não operacionalizar método de critério de julgamento de menor taxa de administração, o lance deverá ser ofertado com desconto em cima do valor global, devendo o desconto corresponder com a taxa de administração ofertada, não podendo a taxa ser inferior a 0% nem superior a 0,33%.

Ocorre que inexistente previsão nas normas de licitação pública que vede a apresentação de taxa de administração negativa. No âmbito privado, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.321/1976, é permitido às empresas que participem e programas de incentivo à alimentação do trabalhadores “deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base” e, o Decreto nº 10.854/21 e a MP nº 1.108/2022, respectivamente nos art. 175 e 3º, vedam a previsão de deságio ou desconto, com a finalidade de evitar que o benefício tenha desvio de finalidade.

Ocorre que o Consórcio Municipal não é beneficiário do incentivo fiscal em questão e há previsão expressa no objeto do item licitado que o benefício não está vinculado ao PAT, sendo assim incabível a restrição.

Há precedentes nesta Corte no sentido de ser irregular a vedação de apresentação de taxa da administração negativa no fornecimento de sistema de gerenciamento de pagamento de vale alimentação.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Contas de Minas Gerais (Doc. 07):

“Tendo em vista os precedentes citados, não há dúvida de que a proibição, por parte da Administração, de apresentação de propostas de taxas negativas, em licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição ou alimentação, é, de há muito, considerada irregular tanto por este Tribunal de Contas quanto pelo Tribunal de Contas da União.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a publicação da MP 1.108/2022, haja vista que esta norma dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da CLT e da Lei 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Conforme já decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade de cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

Para a Administração Pública, a aceitação de taxa de administração negativa está diretamente relacionada à obtenção da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, a menores preços nos processos licitatórios para fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição. Tal prática não implica, necessariamente, na inexequibilidade da proposta, pois, conforme já estabelecido em julgados deste Tribunal, a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios concedidos durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada.

Sendo assim, num primeiro momento, considerando a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, os quais, conforme mencionado acima, posicionam-se pela aceitação da taxa de administração negativa, uma vez que aparenta ser mais benéfica para obtenção de melhores condições de contratação, entendo que assiste razão à denunciante.”

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.**

3.4- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MP Nº. 1.108/2022

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

Preliminarmente, cabe ressaltar que a MP 1.108/2022 foi editada ao arripio da norma constitucional, uma vez que nos termos do art. 62 da Constituição Federal, as Medidas Provisórias são cabíveis, apenas, em caso de **URGÊNCIA ou RELEVÂNCIA**:

*Art. 62. **Em caso de relevância e urgência**, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

Como se infere da Exposição de Motivos da MP 1108/2022, transcrita inicialmente, não restou devidamente demonstrado o caráter de urgência e/ou relevância da matéria, que justificasse a edição de uma medida provisória.

Segundo o jurista Bandeira de Mello, de acordo com a nova redação do artigo 62 dada pela [Emenda Constitucional 32/2001](#), medidas provisórias são "providências (como o próprio nome diz, provisórias) que o Presidente da República poderá expedir, com ressalva de certas matérias nas quais não são admitidas, em caso de relevância e urgência, e que terão força de lei, cuja eficácia, entretanto, será eliminada desde o início se o Congresso Nacional, a quem serão imediatamente submetidas, não as converter em lei dentro do prazo - que não correrá durante o recesso parlamentar - de 60 dias contados a partir de sua publicação prorrogável por igual período nos termos do Art.62 §7º CRFB"

Não obstante, ao analisar o direito material em si, verifica-se que a norma contida na MP 1.108/2022 afronta a Constituição Federal.

Como se observa, a citada MP traz disposições no sentido de restringir o auxílio-alimentação exclusivamente à aquisição de produtos de gênero alimentício e utilização em restaurantes; e proibir a negociação de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, e outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, sob pena de aplicação de penalidades.

Ocorre que a Taxa Administrativa é condição comercial, decorrente de acordo entre empresas, **não havendo legalidade na imposição de restrições na negociação entre as fornecedoras e as contratantes do serviço de vale-alimentação ou refeição, notadamente, por configurar ingerência indevida na liberdade econômica dos particulares**, o que recebeu maior proteção por meio do reconhecimento dos direitos e princípios da liberdade econômica, conforme constante na Lei 13.874/2020.

A proibição trazida no referido texto legal fere o princípio da liberdade entre as partes ao vedar o direito à livre negociação entre contratada e contratante, o que pode gerar prejuízos a todos os envolvidos.

Notadamente, a redação da MP 1.108/2022 prejudica as relações comerciais por ferir, de pronto, **princípios básicos do liberalismo moderno previstos em nossa Constituição Federal, como a livre iniciativa e concorrência, previstos em seu art. 170, caput e inciso IV.**

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

*IV - **livre concorrência;***

Ademais disso, a **Constituição Federal veda a eliminação da concorrência na leitura do art. 173, § 4º.**

*§ 4º **A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.***

A livre concorrência é garantida constitucionalmente, por sua notável relevância, pois o comércio é muito competitivo e a concorrência permite que o mercado se mantenha ativo e pulsante com os players que são mais capacitados de fornecer os melhores produtos ou serviços diferenciados em valores adequados.

Notadamente, a vedação de descontos ou de prazos entre o empregador e a fornecedora do auxílio, conforme previsto pela Medida Provisória, é uma forma de eliminação da concorrência, pois a parte fornecedora não se implicará a fornecer o seu melhor no serviço contratado, violando assim a garantia constitucional.

Sem falar, ainda, que a MP impõe um excesso de penalidades pelo mesmo fato gerador (multas exorbitantes, cancelamento da inscrição e perda de incentivo fiscal).

Evidente, portanto, que a MP afronta os direitos e princípios da liberdade econômica, ressaltando-se, entre outras garantias constantes na Lei 13.874/2020, especialmente os princípios da liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas, e da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, I e III), o direito de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica para preservação da autonomia privada, salvo expressa previsão em sentido oposto em disposição legal (art. 3º, V); e as garantias de livre iniciativa econômica (art. 4º, caput e incisos).

3.5- Exigência de convênio com plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery).

Conforme se verifica no edital, é exigido que a empresa contratada possua convênio com aplicativos de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery). Vejamos:

18.3.4.7. A CONTRATADA deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery), devendo fornecer a declaração deste serviço na fase de habilitação.

Contudo, esta exigência constitui vício capaz de comprometer a lisura do certame, uma vez que viola o princípio da isonomia e o princípio da competitividade, conduzindo ainda à evidência de direcionamento da licitação.

Expliquemos.

O objeto que se pretende contratar, é serviço de fornecimento, administração e gerenciamento de cartões de Auxílio Alimentação, para serem utilizados pelos servidores públicos do GoiásFomento.

Na execução do serviço objeto da licitação, a empresa contratada dispõe de sistema voltado à administração e gerenciamento dos valores destinados ao crédito de Auxílio Alimentação, com a emissão de cartão eletrônico/magnético, por meio do qual os beneficiários poderão efetuar o pagamento das refeições e/ou adquirir alimentos, perante os estabelecimentos credenciados (lanchonetes, restaurantes, etc.)

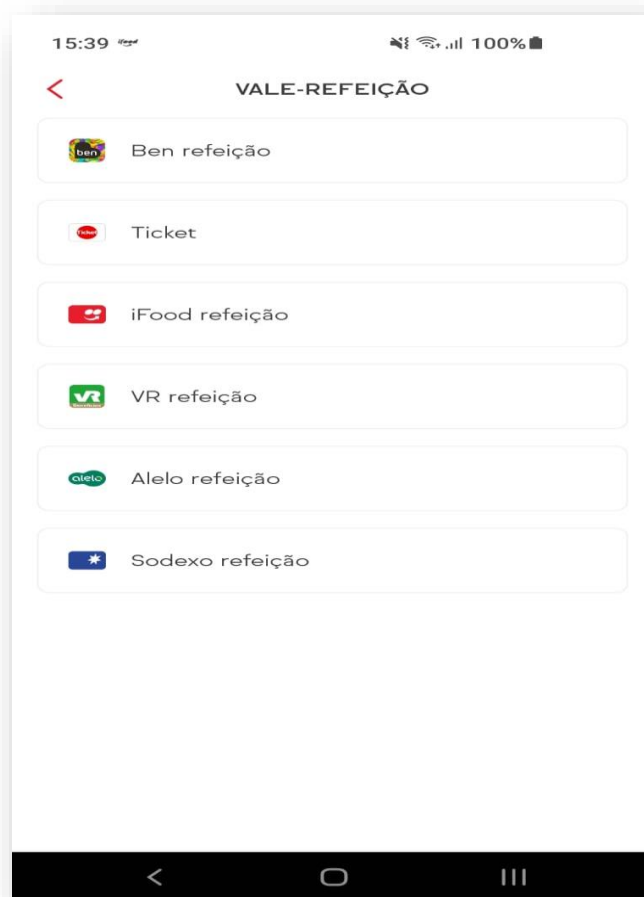
Logo, as muitas empresas que fornecem Auxílio Alimentação, tratam-se, na verdade, de instituição de pagamento, e não dispõem de plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas e/ou adquirir alimentos, sendo que a única empresa do ramo que, atualmente, possui aplicativo próprio de entrega de refeições prontas, é a empresa *I FOOD*.

Todas as outras empresas não possuem esta ferramenta, sendo que, para atender à exigência do órgão licitante, necessário celebrar convênio com aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery).

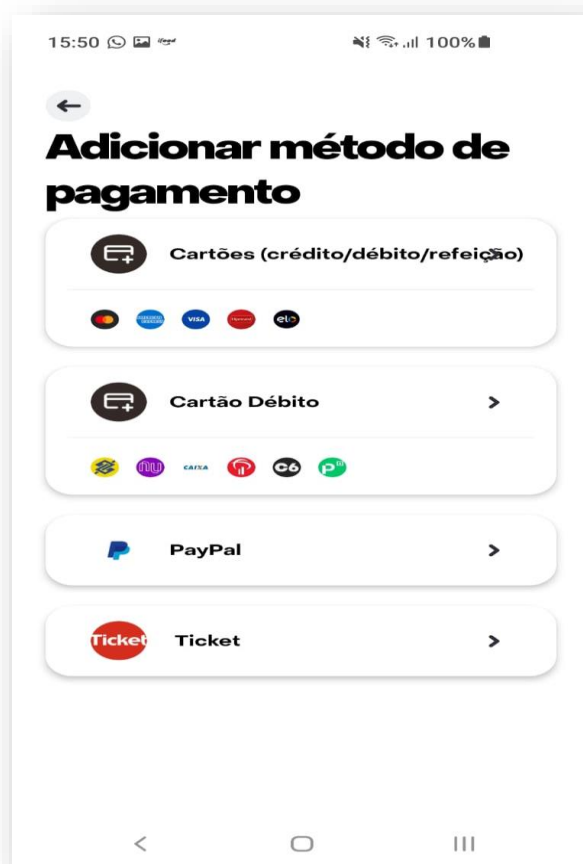
Contudo, sabe-se que das inúmeras empresas que fornecem o Auxílio Alimentação, poucas são as que efetivamente possuem convênio com o aplicativo de entrega.

A título de amostragem, citamos os aplicativos de entrega mais populares:

VR aceitos no aplicativo IFOOD:



VR aceitos no aplicativo RAPPi:



Evidente, portanto, que ao incluir esta exigência, a administração pública está direcionando a licitação para as grandes e poucas empresas que possuem o aplicativo, impedindo que as demais empresas do ramo participem da licitação, em notória restrição de certame.

Por consequência, ao restringir a participação das inúmeras empresas do ramo no certame, a administração pública estará indo contra o princípio da busca da proposta mais vantajosa, que norteia os processos licitatórios, uma vez que está obstando a participação de empresas que tem condições de ofertar propostas mais econômicas sem perder a qualidades.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do processo de Exame Prévio do Edital da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, TC 026763.989.20-9:

“No tocante às insurgências apresentadas por Sindplus contra a exigência de aplicativo de smartphone que contenha “programa de fidelidade para obtenção de refeições grátis, com cupons de desconto e agenda de festivais promocionais”, além de acesso a aplicativos de delivery, as críticas procedem em parte. [...] Acompanho, nesse ponto, as manifestações de MPC e SDG e adoto como razões de decidir a abordagem efetuada por ATJ,

cujo excerto de interesse reproduzo, como forma de preservar seu fiel conteúdo:

“[...] O problema, contudo, está em verificar se esse tipo de relacionamento entre fornecedores de alimentos e administradoras de vale-alimentação é passível de ser estabelecido por qualquer empresa do ramo do objeto licitado. No caso do delivery do Pão de Açúcar e do Clube Extra, por exemplo, atualmente, só é possível realizar pagamentos com os cartões das seguintes empresas: Ticket Alimentação (Edenred), Sodexo e Alelo. No caso do site do Carrefour, não fomos capazes de identificar a possibilidade de pagamentos com vale-alimentação. Assim, nos parece claro que a exigência feita no item XVII do Memorial Descritivo – Acesso a Aplicativos de Delivery – tem elevado poder restritivo, na medida que tal possibilidade parece estar disponível apenas a algumas empresas do ramo, sendo que os fornecedores de alimentos podem não ter interesse de estabelecer esse tipo de relacionamento com administradoras de cartões de porte médio ou pequeno. Situação similar é passível de ocorrer com a funcionalidade do aplicativo de smartphone que está sendo questionada, pois a dificuldade não está em desenvolver a funcionalidade requerida, mas em estabelecer a parceria necessária com os grandes estabelecimentos que fornecem alimentação. A Representada informou ter apurado que quatro administradoras de cartão teriam tal funcionalidade em seu app, o que, por óbvio, indica que elas possuem a necessária parceria com alguns fornecedores de alimentação. A questão é saber quais outras administradoras têm esse nível de relacionamento com os fornecedores e se este é passível de ser estabelecido com qualquer administradora, inclusive com aquelas de médio e pequeno porte. Assim, em que pese não tenhamos conhecimento do nível de parceria estabelecido entre as variadas administradoras de vale-alimentação e os diversos fornecedores de alimentação e nem dos requisitos fixados entre as partes, para que tal relação seja firmada, nos parece evidente que as exigências ora analisadas têm elevado potencial restritivo, razão pela qual devem ser excluídas, em favor da ampliação da competitividade do certame.”

Ainda na esteira da manifestação de ATJ, considero improcedentes as críticas à demonstração do sistema, prática comum em objetos da espécie.” (TC 026763.989.20-9.)

Corroboram ainda, os Acórdão proferidos pelo Tribunal de Contas do Estado, que instruem a presente Impugnação.

Importante destacar que o órgão licitante não apresentou justificativa que caracterize a imprescindibilidade da empresa contratada possuir convênio com aplicativo de entrega, como condição para execução do serviço de fornecimento do Auxílio Alimentação, o que por si só, conduz à ilegalidade da exigência

E ainda que se alegue que o modelo de entrega delivery se tornou comum na rotina das pessoas, ou que se tornou necessário em razão da pandemia, em que muitas pessoas permanecem em isolamento, o fato é que, justamente por estes fatores, muitos estabelecimentos comerciais de refeição pronta, como bares, restaurantes e lanchonetes, se adequaram ao modelo delivery, aceitando pedidos e realizando entregas, sem que haja a necessidade de se vincularem a um aplicativo de entrega.

Assim, inexistindo justificativa real da imprescindibilidade do aplicativo, evidente que a exigência é irrelevante e impertinente.

Mas não é só.

A possibilidade de compra de refeições prontas mediante aplicativo de entrega (delivery), **envolve uma relação trilateral**, onde a empresa fornecedora do cartão (instituição de pagamento), o estabelecimento comercial e o aplicativo de entrega possuem relação jurídica entre si.

Quer dizer, que a empresa fornecedora do Auxílio Alimentação, embora possa ofertar a rede de estabelecimentos, bem como possuir convênio com o aplicativo de entrega, **somente conseguirá efetuar o pagamento para o estabelecimento credenciado, para entrega delivery mediante aplicativo, se entre eles (estabelecimento e aplicativo) também tiver sido firmado contrato de afiliação/parceria.**

Lembrando que a relação firmada entre o estabelecimento e o aplicativo de entrega, não diverge de uma relação comercial, já que em face dos serviços de oferta dos produtos no aplicativo, há a cobrança de taxas.

Ou seja, não há como a empresa fornecedora do cartão auxílio alimentação obrigue os estabelecimentos credenciados em sua rede, a filiarem ao aplicativo em que a fornecedora de pagamento possui convênio, por se tratar de relação comercial entre terceiros.

Sabe-se, porém, que em processo licitatório, não se admite impor obrigação que dependa de compromisso entre terceiros, conforme entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

SÚMULA Nº 15

Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Importante ressaltar que os princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa, estão previstos expressamente no art. 3º, caput, da Lei 8666/93, do qual a administração pública deve observância obrigatória, em respeito ao princípio da estrita legalidade:

*Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Ainda, no §1º, inciso I do mesmo dispositivo, consta expressamente a vedação ao agente público, incluir no instrumento convocatório, condições que restrinjam o caráter competitivo do certame.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#);

Portanto, uma vez que a exigência é injustificada, caracterizando a restrição do certame e o direcionamento para grandes empresas do ramo, excluindo a participação de inúmeras empresas, e obstando a busca da proposta mais vantajosa, é imperioso que a administração pública reconheça o vício e, imediatamente, suspenda o certame para que proceda a correção do Instrumento Convocatório, a fim de que excluir a exigência de convênio com plataforma web ou aplicativo delivery para entrega de refeições prontas, através do Auxílio Alimentação objeto do contrato.

4- DO PEDIDO

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 18/10/2022, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.



Barueri/SP, 11 de outubro de 2022.

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
CNPJ nº 16.814.330/0001-50

Resposta à Impugnação de Edital**Referência: Pregão Eletrônico n.º 007/2022 - Processo Nº 102/2022.**

Objeto: A presente licitação tem por finalidade a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do CRO/MG, em conformidade com a legislação trabalhista, com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (Lei n.º 6.321/1976) com o Decreto n.º 10.854 de 10 de novembro de 2021, com a MP-1108/2022, com as disposições expressas em convenção coletiva aplicável aos empregados do CRO/MG e conforme condições e especificações estabelecidas neste instrumento, no Edital e demais anexos integrantes deste.

Pedido de Impugnação interposto pela Empresa BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, pessoa Jurídica de Direito Privado inscrita no CNPJ sob o nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Uilhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, por intermédio de representante, ao edital em epígrafe, na qual questiona sobre a regularidade das exigências contidas no instrumento convocatório.

1. Das razões de impugnação e do pedido:

1.1 - Em breve resumo, a impugnante alega que há “ilegalidades” no Edital CRO/MG n.º 007/2022, quanto à previsão e observância dos dispositivos da Medida Provisória n.º 1.108/2021, especialmente quanto à vedação de apresentação de taxas negativas como proposta, conforme disposto no item 10.1.1 do Edital.

A empresa afirma que a Administração Pública deve permitir a Taxa Negativa, pois caso contrário, estará incorrendo em flagrante ilegalidade. De acordo com a representante, inexistente previsão nas normas de licitação pública que vede a apresentação de taxa de administração negativa, ou seja, que conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões.

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. (...)



Como se observa, há uma série de fatores que conduzem à inaplicabilidade do art. 3º da MP 1.108/2018 aos órgãos públicos.

1.2 - Ainda em impugnação ao edital, a empresa afirma que a exigência de convênio com aplicativos de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery), restringe a concorrência.

Em relação ao que se pede, segue colacionado:

- Requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 18/10/2022, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Resumidamente, esses são os pontos alegados na solicitação de Impugnação, os quais não serão inteiramente transcritos, haja vista que podem ser consultados o inteiro teor no documento acostado no referido Processo.

2. Da análise do mérito e da fundamentação:

Trata-se o presente Edital CRO/MG nº 007/2022 de contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartões eletrônicos com chip de vale refeição e vale alimentação, com recargas mensais, para os funcionários do CRO/MG, em conformidade com a legislação trabalhista, com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, e que deve estar em sintonia com as novidades tecnológicas e costumes que vão sendo transformados ao longo do tempo.

Inicialmente destacamos que o Conselho Regional de Odontologia - CRO/MG é uma autarquia federal, pessoa jurídica de direito público criada pela Lei n.º 4.324, de 14 de abril de 1.964, motivo pelo qual deve observância aos normativos e leis federais.

Apesar da natureza de pessoa jurídica de direito público, o CRO/MG contrata seus funcionários sob regime de trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, e fazem jus aos direitos, às vantagens e às obrigações previstas em lei, reguladas em acordo coletivo e em normas administrativas internas de cada Conselho. Assim, registra-se que os funcionários do CRO/MG são empregados públicos e não estatutários.



I - Acerca do argumento da impetrante quanto à legalidade da exigência de taxa negativa conforme prática anterior do mercado, para a contratação em tela, o CRO/MG observou as recentes atualizações legislativas, em que o Governo Federal vedou tal prática.

O artigo 3º da Medida Provisória n.º 1.108/2022 definiu que o empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-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 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.

A MP também proíbe, em contratos futuros de empresas com fornecedores de auxílio-alimentação, a chamada "taxa negativa", em que a empresa fornecedora oferece desconto à empresa contratante para obter o contrato. Esse desconto é compensado cobrando-se taxas mais altas dos restaurantes e supermercados nos pagamentos com auxílio-alimentação, o que por sua vez leva esses estabelecimentos a repassar esse custo no preço final para o consumidor. (Fonte: Agência Senado)

Sobre a alegação da empresa BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA que a taxa negativa "se revela vantajoso para os órgãos públicos", bem como "se revela vantajoso para empresa", ressalta-se conforme exposto acima, que a intenção do Governo Federal em vedar tal prática foi a conclusão de que acaba por onerar o consumidor final, ou seja, o beneficiário, haja vista que o estabelecimento credenciado, para suportar as altas taxas cobradas das emissoras, eleva seu preço final. No fim, quem suporta o custo deste desconto é o consumidor.

Por este motivo, a referida Medida Provisória traz previsão expressa e firme acerca do cabimento de multas aos fornecedores que descumprirem as normativas. Cita-se o texto da MP:

Art. 4º A execução inadequada, o desvio ou o desvirtuamento das finalidades do auxílio-alimentação, de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, pelos empregadores ou pelas empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação, acarretará a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), aplicada em dobro em caso de reincidência ou embaraço à fiscalização, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades cabíveis pelos órgãos competentes.



Quanto à “possibilidade de a Medida Provisória ser declarada inconstitucional futuramente”, importa-nos dizer que não é competência do CRO/MG tal análise, tão pouco julgamento. Neste caso, devemos aguardar se haverá qualquer manifestação, revisão ou julgamento do Poder Judiciário quanto a aplicabilidade da norma em referência.

Nesse sentido, destaca-se que o Decreto nº 10.024/2019, regulamentador do pregão eletrônico, prevê dois critérios de julgamento: menor preço e maior desconto.

O CRO/MG, neste caso, se encontra impossibilitado de prever o critério de “maior desconto” no certame em comento pela vedação expressa da MP, corroborada em matérias veiculadas pelas duas casas do Congresso Nacional, supramencionadas. Dessa forma, resta o critério “menor preço” e este, ao ser selecionado no *Sistema Comprasnet*, acarretará na impossibilidade de envio de lances negativos por parte dos licitantes, ou seja, os fornecedores não conseguirão incluir valores negativos nem mesmo se o edital autorizasse.

Considerando que o CRO é uma autarquia federal, esta não se enquadra no conceito de órgão público. Posto isso, deve observância à referida MP:

Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da **Consolidação das Leis do Trabalho**, aprovada pelo **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, **aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943**.

Oportunamente ressalta-se que o CRO/MG não almeja restringir a participação de quaisquer interessados no certame, em respeito ao princípio da competitividade aplicável às licitações públicas.

II - O advento da pandemia de COVID-19 fez com que a população de modo geral mudasse seus hábitos alimentares e por praticidade e segurança, ampliou-se o uso de delivery.

Nesse sentido, já existem decisões do TCU sobre o tema relacionado a exigência de delivery, *in verbis*:

“(…), sua razoabilidade parece existir, tendo em vista o momento de pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19) que estamos atravessando há mais de um ano e a consequente necessidade de se reduzir as interações sociais, como é sabido por todos. Além disso, a prática de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios (delivery) já era comum na nossa vida cotidiana mesmo antes da pandemia, e **foi ampliada após o advento da doença, cabendo às empresas que prestam serviços de fornecimento de vale refeição e vale alimentação buscar atender às necessidades de seus usuários**. Portanto, tal exigência só seria ilegal se não fosse justificável tecnicamente, o que não se verifica no caso em questão. Além disso, conforme já informado nesta instrução, ao menos seis empresas participaram de disputas com a exigência questionada que, inclusive, será exigida apenas



para a contratação e não como critério de habilitação. Dessa forma, entendemos pela improcedência da representação.” TCU (TC 012.827/2021-5) (*grifo nosso*)

Na citada decisão, o i. relator faz referência a recente decisão do Tribunal de Contas do Estado – SP, o que demonstra que o assunto já está pacificado entre nossos Tribunais de Controle:

“ Ainda, na resposta do órgão à impugnação (peça 20, p. 4-5), consta trecho de decisão do TCE-SP, de 4/2/2021 (Processo 00001661.989.21-0), que corroborou com a exigência em questão, conforme excertos abaixo:

De igual sorte, nota-se que muitas empresas administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do benefício pelo usuário – inclusive a própria representante. (...) Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega. (...) As informações obtidas por esta autoridade julgadora, que estão mais acima condensadas, indicam que o mercado de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em condições de atender ao comando do edital.**13. Ademais, a inclusão dessa exigência já é comum também na administração pública, posto que a própria representante cita, em sua peça, sete editais recentes que contém a exigência, somente no estado de São Paulo.** Em rápida pesquisa na internet é possível encontrar outros, em todo o país, como o Pregão 4/2020 da Terracap ou o 2/2020 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - Cofeci. Ressalte-se que não foram encontradas na jurisprudência desse TCU decisões condenando a referida exigência. (*grifo nosso*)

Nota-se a adoção de novos hábitos, inclusive, em razão da pandemia COVID-19 e seus reflexos. Os anos de 2019 e 2020 foram marcos de transformação para a humanidade. Dentre as medidas de combate à pandemia, o isolamento social foi excepcional, obrigando um contingente da população a trabalhar em suas residências, utilizando principalmente o computador e o celular.

Pontua-se que como reflexo da Pandemia COVID, atualmente, o Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais mantém regime de trabalho híbrido, que combina o trabalho presencial e o remoto, o que corrobora com a necessidade de incluir aceitação de empresas de aplicativo de entrega (delivery) na presente contratação.

Diante do exposto, CONHEÇO do questionamento/impugnação, mas DECIDO por improcedente o requerimento formulado, em razão dos motivos e fundamentação lançados nesta manifestação, mantendo-se as regras dispostas no Edital CRO/MG n.º 007/2022 e a data da sessão pública de disputa.

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2022.

Natália Soares Mendes
Pregoeira