

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA AGÊNCIA GOIANA DE HABITAÇÃO S/A – AGEHAB
– ESTADO DE GOIAS.**

REFERÊNCIA: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PROCESSO Nº. 202200031002238

PREGÃO Nº 012/2022

A BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede Av Plínio de Castro Prado, nº 288, sala 105, Jd. Palma Travassos, Ribeirão Preto/SP por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** na forma do §1º e § 3º, do art.41 da Lei 8.666/93, por descumprimento às normas e condições a que a Administração está estritamente vinculada, conforme abaixo passa a expor:

1- DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 11/05/2022.

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 12 do Edital.

Deste modo, a apresentação da Impugnação nesta data 05/05/2022 é tempestiva.

2- DOS FATOS

O processo licitatório em epígrafe, tem por objeto a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, emissão e entrega de cartões eletrônicos

com senha numérica individual, dotado de microprocessador com chip para validação de transação nas modalidades alimentação e/ou refeição junto à AGEHAB para atendimento de seus empregados/funcionários, possibilitando assim, a aquisição de gêneros alimentícios in natura e refeição prontas através de rede de estabelecimentos credenciados, na forma definida pela legislação pertinente e dispositivos normativos do ministério do trabalho e emprego, que regulamentam o PAT - programa de alimentação ao trabalhador.”.

Ao dispor sobre a proposta, no item 5.3 o Edital veda a apresentação de Taxa Negativa, conforme transcrevemos:

5.3. A Proposta inicial a ser anexada deverá corresponder, em reais, ao valor anual estimado do Vale Alimentação/Refeição (R\$ 4.424.510,00) acrescido do VALOR DA TAXA ADMINISTRATIVA (não será aceita taxa negativa).

Nota-se que a justificativa do órgão licitante em vedar Taxa de Administração Negativa, se pauta na proibição contida na MP 1.108/2022 e Decreto nº. 10854/2021, que assim dispõem:

MP 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.

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.

Contudo, restará demonstrado que a normativa invocada pela administração não têm aplicabilidade no âmbito da administração pública. Ademais, a norma invocada afronta princípios Constitucionais e princípios estabelecidos pela Lei 8666/93, fatos que justificam a apresentação da presente impugnação.

3- DA INAPLICABILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 1.108/2022 E DO DECRETO Nº. 10.854/2021 AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

3.1- Órgãos da administração pública não são beneficiários do incentivo fiscal decorrente do PAT.

Primeiramente, cumpre esclarecer que as restrições impostas pela MP 1.108/2022 e pelo Decreto nº. 10.854/2021, não se aplicam aos órgãos públicos, especialmente, pelo fato de que os órgãos públicos não são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

Explicamos:

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente 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.**

Em que pese a MP 1.108/2022 se refira ao auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43), **a proibição prevista na norma, tem como finalidade precípua impedir a deturpação da política pública, uma vez que estaria beneficiando duplamente os beneficiários do PAT, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas que atuam com arranjo de pagamento, através do Vale Alimentação e Vale 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:

Para melhor elucidar, transcrevemos parte da EM:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à sua apreciação, proposta que aborda dois importantes temas trabalhistas, o teletrabalho e o pagamento do auxílio alimentação ao trabalhador.

[...]

12. Quanto às normas relacionadas à alimentação do trabalhador, a proposição visa otimizar o pagamento do auxílio alimentação previsto na Consolidação das Leis do Trabalho e melhorar a execução do Programa de Alimentação do Trabalhador

13. O Programa de Alimentação do Trabalhador é uma política pública com 45 anos de existência. Ela foi formulada pelos Ministros do Trabalho, da Fazenda e da Saúde em 1976 com o objetivo de melhorar as condições nutricionais dos trabalhadores, principalmente das indústrias, como forma de impulsionar a produtividade e de tornar o Brasil mais competitivo no cenário internacional.

14. Inicialmente, se concebeu a política pública para incentivar as empresas, tributadas pelo lucro real, a implantarem serviços de alimentação para seus trabalhadores, oferecendo refeições com níveis nutricionais adequados. O incentivo foi feito por meio da dedução do dobro das despesas realizadas com a alimentação do trabalhador do lucro tributável para fins de imposto de renda, conforme o disposto no art. 1º da Lei 6.321, de 1976 e observado o limite legal de dedução.

15. Ao longo dos anos, no entanto, o programa foi sendo regulamentado por meio de normativos infralegais e hoje, além de oferecer alimentação por meio de serviços próprios, as empresas beneficiárias também podem contratar empresas que fornecem refeições ou cestas de alimentos em seu estabelecimento. Além disso, ainda há a possibilidade de as pessoas jurídicas beneficiárias contratarem empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios, que são organizadas na forma de arranjo de pagamento e emitem moeda eletrônica para viabilizar os pagamentos em estabelecimentos comerciais (restaurantes e supermercados) credenciados no Programa de Alimentação do Trabalhador, popularmente chamados de vale-refeição e valealimentação.

16. Assim, o programa passou a ter um funcionamento relacionado aos sistemas de pagamento, arranjos e instituições de pagamento, hoje bastante impactados com desenvolvimento

de tecnologias e inovações normativas, com abertura do mercado para gerar aumento de competitividade e eficiência. As transações comerciais por meio de dispositivos eletrônicos e pagamentos instantâneos tornou possível ao trabalhador realizar aquisições de qualquer natureza, não relacionadas à alimentação, de forma bastante facilitada. No entanto, a dedução de imposto de renda prevista nesta política pública tem a finalidade específica de promover alimentação adequada aos trabalhadores das pessoas jurídicas beneficiárias.

17. E mesmo fora do Programa de Alimentação do Trabalhador, o pagamento do auxílio alimentação, quando não realizado em dinheiro, não constitui salário e não é base de incidência para encargos trabalhistas e previdenciários, conforme estabelece o §2º do artigo 457 a Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, o fornecimento do auxílio-alimentação não pode ser utilizado para outros fins.

18. Com isso, tornou-se importante incluir na lei de referência que as despesas realizadas pelos trabalhadores beneficiários, inclusive quando viabilizadas por meio de empresas facilitadoras, devem ser utilizadas exclusivamente para o pagamento de refeições ou gêneros alimentícios.

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.”**

Notadamente, 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.

Do mesmo modo, inaplicável o Decreto Federal nº 10.854/2021, que altera exclusivamente as normas que regulamentam o PAT.

Necessário ressaltar, inclusive, que o Tribunal de Contas dos Estados, vêm reconhecendo a inaplicabilidade da vedação aos órgãos públicos, uma vez que estes não são beneficiários do incentivo fiscal decorrente do PAT.

Destacamos a decisão proferida recentemente pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em que esta empresa Recorrente alcançou êxito no reconhecimento de que é permitida a Taxa Negativa, vez que o citado Decreto que regulamenta normas do PAT, não se aplica aos órgãos públicos. Vejamos:

PROCESSO Nº: 777527/21

*ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993 ENTIDADE: MUNICÍPIO DE FLOR DA SERRA DO SUL INTERESSADO: **BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA***

RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

2. Preliminarmente, com fulcro nos arts. 282, § 1º, 400, § 1º-A, 401, V, e 403, II e III, do Regimento Interno, merece acolhimento o pedido de expedição de medida cautelar em face do Poder Executivo do Município de Flor da Serra do Sul, para o fim de determinar a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 59/2021, Processo Licitatório nº 89/2021, no estado em que se encontra, sob pena de responsabilização solidária do atual gestor, nos termos do art. 400, § 3º, do mesmo Regimento.

Transcreve-se, de início, o dispositivo impugnado, constante do Anexo I – Termo de Referência, da 2ª Retificação do Edital:

1.3 A proposta da Licitante deverá descrever de forma detalhada as características do objeto da licitação, especialmente com relação à Taxa de Administração, que deverá ser expressa em percentual (%) com no máximo 2 (duas) casas decimais, e será positiva ou 0% (zero) 1.3.1 . Deverá ser considerado a Taxa administrativa estimada de 0,00%, não sendo possível registro valor inferior a este.

Assim como o Tribunal de Contas da União (vide Acórdão nº 142/2019 – Plenário, citado pela Representante), esta Corte de Contas possui entendimento pela aceitação de taxa de administração negativa para o objeto a ser contratado, por considerar que a prática não ofende o art. 44, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 e não torna as propostas inexequíveis, vez que as empresas prestadoras desses serviços têm outras fontes de receita.

Pode-se citar, nesse sentido, as seguintes decisões (grifou-se):

EMENTA: Homologação de cautelar. Representação da Lei 8.666/93. Licitação para contratação de empresa para administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio alimentação. Concessão de suspensão do pregão em razão de inaceitabilidade de taxa de administração negativa e ausência de proporcionalidade e razoabilidade na rede credenciada exigida. Restrição à competitividade. Pela Homologação da cautelar. (...) Quanto ao fumus boni juris, em juízo preliminar, verifico a sua ocorrência, conforme passo a expor. O Edital veda a aceitação de taxa de administração negativa, nos seguintes termos: “5.6 – Será aceito taxa de administração zero, porém não será aceito taxa de administração negativa.” No entanto, conforme bem apontou o Representante, este Tribunal de Contas possui jurisprudência no sentido de aceitar tais taxas negativas neste tipo de contratação, não havendo qualquer ofensa ao 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que esta prática comercial não torna a proposta inexequível, uma vez que a empresa prestadora do serviço terá sua renda auferida de outras fontes, nos seguintes termos:

(...)

Desse modo, em juízo de cognição sumária, verifica-se a ausência de qualquer fundamento para a vedação à aceitação de taxas negativas dos licitantes quanto ao objeto do certame em questão, tratando-se de cláusula restritiva sem qualquer pertinência ou relevância, contrariando a Lei de Licitações e restringindo a competitividade, nos seguintes termos:

“Art. 3º [...] § 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; [...]” (grifo nosso)

(...)

(Acórdão nº 536/20 – Tribunal Pleno, Rel. Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães)

Representação da Lei nº 8.666/93. Pregão Presencial para licitação de serviços de administração de vale-alimentação. Pela procedência e emissão das seguintes recomendações: (i) Possibilidade de aceitação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero, visto que não ofendem ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93; (...). Aplicação de multa aos gestores responsáveis pela elaboração do edital e homologação do certame sem a devida observância das formalidades do processo licitatório. (Acórdão nº 2252/17 – Tribunal Pleno, de relatoria deste Conselheiro)

Por sua vez, em princípio, não se mostra aplicável às licitações promovidas pela Administração Pública Direta a vedação prevista no art. 175 do Decreto Federal nº 10.854/2021,3 tendo em vista que ela se dirige apenas às pessoas jurídicas que voluntariamente aderirem ao Programa de Alimentação do Trabalhador, o qual, nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 6.321/1976, lhes permite “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”.

Considerando que, ao menos nesta análise preliminar, não se vislumbra a possibilidade de o Município Representado ser beneficiário do

mencionado programa de incentivo fiscal, não aparenta se sus tentar o fundamento apresentado no certame em tela para a vedação à apresentação de propostas contendo taxa de administração negativa. **Desse modo, tendo em vista que, em sede cautelar, devem prevalecer os precedentes deste Tribunal acerca da matéria, que, em situações análogas, concluiu que a ausência de fundamento para a não aceitação de taxas negativas constitui restrição indevida à competitividade da licitação, vedada pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, deve ser reconhecida, neste exame preliminar,** a presença do elemento da verossimilhança da suposta irregularidade apontada, a justificar a expedição de medida cautelar. O perigo da demora, por sua vez, decorre do fato de o Edital impugnado prever a abertura do certame para o dia 19/01/2022, de modo que se mostra indispensável a imediata atuação deste Tribunal. 3. Face ao exposto, VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno, ratifique a decisão cautelar consubstanciada no Despacho nº 07/22-GCIZL (peça nº 08), nos termos do art. 400, §§ 1º e 1º-A, do Regimento Interno.

3.2- Violação ao princípio da legalidade estrita e da proposta mais vantajosa – conflito de norma – prevalência da norma especial.

A administração pública, ao vedar a apresentação de proposta com Taxa de Administração Negativa, está violando a disposição expressa do art. 3º Lei 8666/93, que define como princípios norteadores do processo licitatório, o princípio da legalidade e seleção da proposta mais vantajosa.

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.

No tocante ao princípio da legalidade estrita, é célebre a formulação segundo a qual, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba, o Poder Público só poderá fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei.

O princípio da legalidade, em matéria de licitação, é de suma relevância, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei.

Tal obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não poderão desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das licitações e contratos, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem, e do desencadeamento de sanções civil, penal e administrativa.

Pois bem.

Em que pese a vigência da MP 1.108/2022 e do Decreto 10.854/2021, os citados instrumentos normativos não dispõem, em nenhum momento, sobre a aplicabilidade da proibição, nas contratações realizadas pelos órgãos públicos.

Ao contrário, pela disposição das leis aplicáveis às contratações públicas, o processo licitatório destina-se a garantir a observância, dentre outros princípios, à **busca da proposta mais vantajosa para a administração.**

Em sede de julgamento do Tema Repetitivo 1038, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou a tese de que os Editais de licitação, não podem estabelecer o percentual mínimo da Taxa Administrativa. Vejamos:

Tema Repetitivo 1038

Situação: Trânsito em Julgado

Órgão julgador: PRIMEIRA SEÇÃO - STJ

Ramo do direito: DIREITO ADMINISTRATIVO

*Questão submetida a julgamento. Possibilidade de o ente público estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexequíveis. **Tese Firmada. "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo***

percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993."

Na mesma medida, ao limitar a proposta em 0,0% e vedar a taxa negativa, o órgão licitante está violando o princípio da proposta mais vantajosa, vez que todas as licitantes ofertarão taxa 0,0%, deixando a administração pública de se beneficiar com os descontos decorrentes da taxa negativa, que importam em significativa economia aos cofres públicos.

Notadamente, a proposta de Taxa Administrativa Negativa é mais vantajosa para a administração, pois importa em desconto sobre o valor do crédito a ser disponibilizado pela administração pública, gerando maior economia aos cofres públicos sem, contudo, reduzir qualquer direito garantido aos seus beneficiários.

Cabe ressaltar, inclusive, que o critério de julgamento de "maior desconto" é previsto expressamente na legislação que regula as licitações na modalidade Pregão Eletrônico. Vejamos:

Decreto 10.024/2019:

Critérios de julgamento das propostas

*Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração **serão os de menor preço ou maior desconto**, conforme dispuser o edital.*

E nem se argumente a impossibilidade da oferta de desconto para este serviço, em razão da Portaria 1287/2017, pois a mesma foi revogada pela portaria 213/2019. E mesmo antes desta revogação, o TCU já havia tornado a mesma sem efeito, conforme julgamento abaixo:

"Acórdão:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. *determinar ao Ministério do Trabalho que, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, promova, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, a anulação da Portaria MTb 1.287/2017;*

9.3. *dar ciência desta deliberação ao Ministério do Trabalho e ao representante;*

9.4. *autorizar o oportuno arquivamento dos autos.”*

O TCU ainda intercedeu de forma abrupta em uma contratação exigindo sua rescisão e a reabertura com a possibilidade de desconto:

Acórdão nº 142/2019 – TCU – Plenário

1. *Processo TC-033.998/2018-3 (REPRESENTAÇÃO)*

1.1. *Órgão/Entidade: Furnas Centrais Elétricas S.A.*

1.2. *Relator: Ministro Aroldo Cedraz*

(...)

1.6. *Determinações/Recomendações/Orientações:*

1.6.1 *determinar à Furnas Centrais Elétricas S.A., nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que adote providências quanto aos itens abaixo, e informe ao TCU, no prazo de sessenta dias, os encaminhamentos realizados:*

1.6.1.1. **rescindir unilateralmente o contrato 8000010519** *firmado junto à Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. nos termos da cláusula 18 do instrumento, face à anulação da Portaria 1.287/2017 do MTb em decorrência do Acórdão-TCU 2.619/2018-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler, e em conformidade com os princípios da economicidade e da competitividade dispostos no art. 31 da Lei 13.303/2016;*

1.6.1.2. *contratar emergencialmente, nos termos do art. 30, § 3º, da Lei 13.303/2016, a prestação de serviços de gestão do*

benefício alimentação (cartões refeição/alimentação) dos empregados de Furnas com cláusula resolutiva vinculada à conclusão de novo procedimento licitatório e admitindo-se propostas com ofertas de taxas negativas, conforme jurisprudência do TCU: Decisão 38/1996-Plenário do Ministro-relator Adhemar Paladin, Acórdãos-TCU 1.034/2012, 1.757/2010, 552/2008, todos do Plenário e relatadas pelo Ministro Raimundo Carreiro; e

*1.6.1.3. realizar novo certame para prestação de serviços de gestão do benefício alimentação (cartões refeição/alimentação) dos empregados de Furnas **com possibilidade de adoção de taxas negativas**, em conformidade com a jurisprudência do TCU: Decisão 38/1996-Plenário do Ministro-relator Adhemar Paladin, Acórdãos-TCU 1.034/2012, 1.757/2010, 552/2008, todos do Plenário e relatadas pelo Ministro Raimundo Carreiro;” (g.n)*

Ora, a proposta em Taxa Negativa, nada mais é do que o desconto concedido à administração pública, autorizado expressamente em lei.

Desta maneira, ao vedar a Taxa Negativa, o órgão público estará violando as disposições legais e princípios aplicáveis às contratações públicas.

E neste ponto, necessário tecer algumas considerações.

Em se tratando de antinomia (lacuna decorrente do conflito de normas), alguns critérios são aplicáveis:

1. **critério cronológico:** norma posterior prevalece sobre norma anterior;
2. **critério da especialidade:** norma especial prevalece sobre norma geral;
3. **critério hierárquico:** norma superior prevalece sobre norma inferior.

Dos três critérios acima, o cronológico, constante do art. 2º da LICC, é o mais fraco de todos, sucumbindo frente aos demais. O critério da especialidade é o intermediário e o da hierarquia o mais forte de todos, tendo em vista a importância do Texto Constitucional, em ambos os casos.

Na realidade, o critério da especialidade é de suma importância, pois também está previsto na Constituição Federal de 1988. O art. 5º do Texto Maior consagra o princípio da isonomia

ou igualdade *lato sensu*, reconhecido como cláusula pétrea, pelo qual *a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais*. Na parte destacada está o princípio da especialidade, que deverá sempre prevalecer sobre o cronológico, estando justificado esse domínio.

Segundo o ilustre jurista Francisco Amaral:

*“normas comuns ou gerais são as que se aplicam a um determinado sistema de relações, como as de direito civil. Normas especiais são as que se aplicam a certas relações jurídicas de direito comum, regulando-as diversamente, como ocorre com as de direito do consumidor, ou da previdência social. **O direito especial afasta-se das regras de direito comum e destina-se a classes especiais de pessoas, coisas e relações. Enquanto o direito comum destina-se a regular a realidade jurídica e social considerada em sua totalidade, o direito especial forma-se de normas que se destinam a determinadas relações.** (...) Direito comum e direito especial não são contrários. Este desenvolve os princípios daquele, sendo o direito comum supletivo do especial. O direito civil é o direito privado comum, supletivo da legislação civil complementar.”*^[7]

Sabe-se que as leis que dispõem sobre os processos licitatórios, são normas especiais, posto que regulamentam exclusivamente às contratações dos órgãos da administração pública.

Logo, o conflito de norma aparente da MP 1.108/2022 e o Decreto 10.854/2021 em face da Lei 8666/93 e demais leis aplicáveis às licitações, encontra solução no critério da especialidade, **pois as legislações que dispõem sobre as contratações públicas são normas especiais que tem prevalência sobre as normas gerais.**

Assim, por todos os lados que se analise a questão, verifica-se que inexistente fundamento legal que autorize os órgãos da administração pública incluir cláusula proibitiva de Taxa Negativa no Edital, com fundamento na MP 1.108/2022 e o Decreto 10.854/2021, em detrimento das normas aplicáveis aos processos licitatórios.

4- DA AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Sem prejuízo do exposto, cabe ressaltar 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 arrepio 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 em se tratando de acordo entre empresas, não há motivação para impedir a 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 nos referidos textos 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).**

5- EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO COM A PLATAFORMA WEB OU APLICATIVO DE ENTREGA DE REFEIÇÕES PRONTAS (DELIVERY).

Conforme se verifica, o Termo de Referência, ao especificar o objeto da contratação de Vale Refeição, exige que a empresa contratada possua convênio com plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas (delivery), tais como: Ifood, Rappi, Alfred ou Apptité (refeições) e Pão de Açúcar, Clube Extra, Sonda ou Tenda (alimentação).

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 Vale Refeição e Vale Alimentação, para serem utilizados pelos servidores da AGEHAB.

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

Logo, as muitas empresas que fornecem Vale Refeição e Vale Alimentação, tratam-se, na verdade, de instituição de pagamento, e não dispõem de plataforma web ou aplicativo de entrega de refeições prontas, 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 Vale Refeição, 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:

15:39

100%



VALE-REFEIÇÃO



Ben refeição



Ticket



iFood refeição



VR refeição



Alelo refeição



Sodexo refeição



VR aceitos no aplicativo RAPPI:



Adicionar método de pagamento



Cartões (crédito/débito/refeição)



Cartão Débito



PayPal



Ticket



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 do 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 Vale Refeição e Vale 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 Vale Refeição, 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 Vale Refeição e Vale 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 Vale Refeição e Vale Alimentação objeto do contrato.

6- 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 11/05/2022, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Ribeirão Preto/SP, 05 de maio de 2022.



BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA