

**ILUSTRÍSSIMA SENHOR PREGOEIRO DO FUNDO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL,
ESTADO DE SANTA CATARINA.**

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no artigo 24 do Decreto n° 10.024/2019

PREGÃO ELETRÔNICO N° 03/2023

PROCESSO N° 05/2023

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
inscrita no CNPJ n.º 05.340.639/0001-30, com sede na Rua Calçada Canopo, 11 - 2º
Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba/SP - CEP:
06541-078, e-mail: yan.elias@primebeneficios.com.br;
licitacao@primebeneficios.com.br; por intermédio de sua procuradora inscrita *in fine*,
vem, respeitosamente, com base no artigo 24 do Decreto n° 10.024/2019, **IMPUGNAR**
o Instrumento Convocatório, consoante motivos a seguir de terminados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 3º dia útil da data fixada para abertura da sessão pública, conforme o Art. 24 Decreto nº 10.024 de 2019:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública; (Grifamos)

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (Grifo nosso)

Sendo assim, é de se assinalar que a presente insurreição se encontra TEMPESTIVA, uma vez que protocolada dentro do prazo, haja vista que a abertura da licitação está prevista para ocorrer no dia **14/07/2023** (**não se considera horas na contagem do prazo, mas sim o dia de expediente no órgão**).

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o § 1º do Decreto nº. 10.024 de 2019:**

*§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, **decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis**, contado da data de recebimento da impugnação. (Grifamos)*

Dessa forma, o pregoeiro deverá apresentar resposta dentro do prazo legal, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas.

III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 14/07/2023 às 08h29, a abertura do Pregão Eletrônico nº 022/2023, para o seguinte objeto:

“Contratação de Empresa para Gerenciamento, implementação e administração de cartões magnéticos ou eletrônicos, do tipo vale alimentação, aos servidores do Município de Agronômica/SC.”

Em detida análise ao edital constatou-se ilegalidade que afronta o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, estando em desacordo com o que determina a legislação sobre o tema, contendo cláusula exorbitante e item que não condiz com os princípios administrativos presentes na Constituição Federal.

PONTO 1 - DO LIMITE DA TAXA DA REDE CREDENCIADA

O edital, conforme se depreende do excerto abaixo, é possuidor de exigência ilegal. Observe:

7.4 No julgamento das propostas, será considerado vencedor o licitante que oferecer MENOR TAXA de administração para os estabelecimentos credenciados, desde que atendidos os requisitos deste edital:

c) A taxa máxima a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados, será de 3,4% (três vírgula quatro por cento), sobre o valor da compra.

A relação jurídica contratual entre Contratada e sua Rede Credenciada é regulada pelo Direito Civil, por se tratar de uma relação privada entre particulares. Deste

modo, o contrato firmado entre as partes particulares e suas cláusulas **NÃO SÃO e NEM PODERÃO SER** objeto de fiscalização por parte da Contratante.

Ainda que se tente invocar o princípio da publicidade e da transparência, não é objeto de divulgação os valores negociados com a Rede Credenciada a título de taxa, por ser informação privada entre as partes particulares que firmaram o contrato de natureza civil.

Exigir a divulgação de tal informação seria o mesmo que exigir que, para **TODOS** os contratos públicos, as contratadas informem o valor do custo de cada um de seus produtos. Intolerável!

O único contrato que poderá ser objeto de fiscalização pela Contratante é o contrato oriundo da licitação.

Deve ficar claro que a Administração se beneficia dos serviços de terceiros alheios ao contrato administrativo, sendo que, para isso, **a Gestora estabelece contratos comerciais de natureza civil com estabelecimentos credenciados** aptos a atender as demandas da Administração. Portanto, além da prestação do serviço de gestão propriamente dito, trata-se da disponibilização de um **meio de pagamento**, o qual é colocado à disposição da Contratante para que essa adquira produtos e realize serviços, conforme sua necessidade.

Neste viés, não cabe à Administração interferir na relação comercial entre os particulares, principalmente no tocante aos preços e prazos de pagamento, que, no caso da presente contratação, opera na chamada quarteirização (Contratada x Rede Credenciada).

Sendo assim, resta clara a **ilegalidade da cláusula do edital que extrapola as competências administrativas conferidas pela lei**, ou seja, exigir que a taxa cobrada da Rede Credenciada se torne pública para a concorrência, além de **limitar um valor não superior a 3,4 % (três vírgula quatro por cento)** para a taxa de credenciamento.

Repita-se, **é uma interferência que extrapola os limites da licitação**, por interferir em relações jurídicas do direito privado, cujo conteúdo obrigacional (pagamento, prazos etc.) é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre

concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal).

Nessa vertente, a Constituição Federal elenca, dentre outros, a livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil. Os artigos 170 a 181, da Constituição Federal trazem as diretrizes que o Estado deve observar para desenvolver sua atividade de intervenção na ordem econômica, com fundamento nos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, pela busca do pleno emprego e pelo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ainda que o objeto seja a taxa da Rede Credenciada, restou comprovado que a Administração Pública não pode invadir o campo do direito civil pactuado entre particulares.

Isso sem contar que, o contrato comercial e privado possui **segredos comerciais**, sendo que **para cada credenciado são negociadas taxas e condições diferentes**. Para o credenciado “A” é negociado uma taxa “x”, para o estabelecimento “B” a taxa negociada é “y”, sendo que o mesmo ocorre com os prazos de pagamentos.

Além disso, existem casos em que, por exemplo, o Credenciado “A” já era credenciado antes do contrato com a Contratante, ou seja, na execução do contrato público serão utilizados diversos credenciados que já prestam serviços para outros clientes da Contratada e que já possuem taxa negociada.

Não existe uma regra, muito menos fixa, para que as taxas sejam iguais para todos os estabelecimentos conveniados.

Não obstante, a revelação dos segredos comerciais pela disponibilização das taxas diferenciadas entre credenciados poderá ser obtida tanto pelas licitantes concorrentes (gerenciadoras), quanto pelas credenciadas, no intuito de verificar justamente preços e prazos, o que levaria à quebra de sigilo comercial.

Sendo assim, a cláusula em discussão no presente edital, deve ser extirpada, tendo em vista a ilegalidade e interferência na relação comercial e privada entre Gerenciadora e Rede Credenciada.

Não custa lembrar que o TCM/BA já se manifestou sobre a taxa do Credenciado. Consta na conhecida decisão que “...que “a fixação de taxa máxima total deve ser suprimida, cabendo, o Município, discriminar a fiscalização da execução do objeto, tanto no edital, como no termo de referência e na minuta do contrato, ressaltando **que a identificação de irregularidades implicará na apelação da empresa**”.

Em abril/2021, a empresa PRIME Impetrou Mandado de Segurança contra o edital da Prefeitura de Monteiro/PB, **o qual limitava cobrança da taxa da Rede em 8%, obtendo liminar, a qual se extraiu o seguinte:**

Igualmente, alega a impetrante que a Administração, ao impor aos licitantes, no edital do Pregão Eletrônico, a obrigatoriedade de observar o limite máximo de 8% (oito por cento) do valor das aquisições de peças e/ou serviços realizados nos veículos da frota a título de “Taxa de Credenciamento”, acaba interferindo indevidamente na relação comercial de direito privado estabelecida entre a empresa gestora e seus estabelecimentos credenciados que compõem a sua rede.

De fato, o art. 170, IV, da CF/88, elenca como um dos princípios da ordem econômica nacional a “livre concorrência”, não cabendo ao Estado, no caso em disceptação, interferir nas relações entre o futuro contratado e seus credenciados, o que certamente extrapola os limites da licitação.

Destarte, vislumbro por agora hialinos, pois, em primeira impressão, os requisitos ensejadores da concessão do efeito suspensivo pretendido, quais sejam, o fumus boni iuris, que resta evidenciado pela violação aos preceitos legais de vedação de preços mínimos e pela interferência da Administração na livre concorrência, e o periculum in mora, uma vez que na hipótese da não concessão, com a realização do Pregão Eletrônico, a impetrante certamente terá seu direito prejudicado.

*Perante todo o exposto, princípios de direito aplicáveis a espécie, a látere ainda no poder geral de cautela e plasmado ainda no art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, **defiro a liminar para determinar a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 0.10.32/2021, na fase em que se encontrar, promovido pela Prefeitura de Monteiro/PB, bem como de todo ato***

administrativo posterior à propositura do presente mandamus. (processo n.º 0801605-75.2021.8.15.0241).

A Corte de Contas de São Paulo, não está só em seu posicionamento, no mesmo diapasão o E. **Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul**, em julgamento de caso análogo, onde a Prefeitura de Três Lagoas/MS limitou a taxa de administração a ser aplicada aos credenciados, prolatou a seguinte decisão:

11. – Destarte, CONCEDO PARCIALMENTE A LIMINAR pleiteada, com fulcro no art. 56 e art. 57, inciso I, da Lei 160/2012, pela empresa-denunciante, saliento que a decisão poderá ser revista após a apresentação da defesa da denunciada (art. 148, § 1o, inciso III, do RITC/MS), nas seguintes condições:

a) decretar a suspensão do procedimento licitatório do Pregão Presencial no 079/2017 realizado pela Prefeitura Municipal de Três Lagoas – MS, em razão de supostas irregularidades no edital;

*b) Determinar a que no prazo de 15 (quinze dias) corridos a denunciada corrija o edital de licitação nos seguintes termos: b1) **exclua a exigência contida no item “7.1”, alínea “c.7”, do edital de licitação que estabeleceu um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, porquanto, referida disposição é conflitante com as disposições do art. 3o, § 1o, inciso I, da Lei no 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil;**(g.n) (TCE-MS - DENÚNCIA : DEN 143202017 MS 1.829.995)*

Além disso, a referida limitação fatalmente frustrará o caráter competitivo do certame, vez que nas condições constante no edital é possível que nenhuma licitante compareça na sessão pública, fazendo com o que mesmo seja fracassado.

Se a intenção é que a licitante informe a taxa no certame para depois conferir se está sendo praticada, cumpre evidenciar que não se trata da mesma coisa que “fiscalizar”, mas sim, preparar uma armadilha para a Contratada.

Como já explicado acima, cada credenciado tem suas regras definidas na negociação legal, tanto da taxa quanto do prazo de pagamento, de modo que não se pode aplicar uma regra.

Sendo assim, a citada cláusula deve ser retirada do edital e anexos, tendo em vista a ilegal interferência na relação comercial e privada entre Gerenciadora e Rede Credenciada.

PONTO 2 - DA AUSÊNCIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA

Antes de qualquer outra argumentação, impende já registrar que o **art. 32, da Lei nº 8.666/93** determinou que os documentos de habilitação, previstos nos artigos 28 a 31 da mesma lei, somente podem ser dispensados, no todo ou em parte, nos casos especiais, o que não é o caso da presente licitação.

De acordo com os termos do edital, a exigência de habilitação, quanto à qualificação econômico-financeira se refere tão somente à apresentação da certidão negativa de falência.

10.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

a) Certidão negativa de Pedido de Concordata ou de Falência, ou de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, expedida há menos de 60 (sessenta) dias.

A lei de licitação não delimitou quais tipos de empresas ou grupos/consórcio devem apresentar os documentos elencados nos Arts. 28 a 31.

De acordo com o princípio da isonomia, a exigência de um documento deve-se estender a todas as licitantes, exceto aqueles que a LEI assim exija. Ocorre que, este não é o caso dos presentes autos.

Conforme se constata, não está sendo exigida a qualificação econômico-financeira completa, como determina a legislação e jurisprudência do TCU.

Em que pese a Constituição Federal determinar a inclusão de exigência de qualificação econômica, não se vislumbra qualquer cláusula efetiva neste sentido.

Para dar azo a obrigatoriedade de se incluir nos editais de licitação exigência de qualificação econômico-financeira, é necessário indicar os comandos legais aplicáveis:

CF/88

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

[...]

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações **serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Neste sentido, a Lei Geral de Licitações, a qual regulou este dispositivo constitucional, estabeleceu, em seus artigos 27 a 31, quais documentos atenderiam ao termo “indispensáveis”, *in verbis*:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal;

[...]

*Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **limitar-se-á a:***

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

[...]

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.

Do mesmo modo, o Decreto n.º 10.024/2019 também determinou como obrigatório exigir a qualificação técnica da licitante (entende-se na forma da Lei n.º 8.666/93):

CAPÍTULO X

DA HABILITAÇÃO

Documentação obrigatória

Art. 40. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:

I - à habilitação jurídica;

II - à qualificação técnica;

III - à qualificação econômico-financeira;

IV - à regularidade fiscal e trabalhista;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição e no inciso XVIII do caput do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Portanto, a legislação prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA)**, deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, os índices econômicos e a certidão negativa de falência, pois, são documentos idôneos para demonstrar, de fato, a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Desta forma, os Legisladores determinaram que a Administração Pública, na fase de habilitação, **deverá** exigir das licitantes a apresentação de todos os documentos elencados em seus incisos, dentre os quais se destaca a necessidade da comprovação da qualificação econômico-financeira (inciso II do art. 40), que foi omitida pelo presente edital.

A Administração Pública que não exige todas as comprovações de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista)

deixa de cumprir os termos da legislação, e, conseqüentemente, viola o princípio constitucional da legalidade consignado no *caput* do artigo 37, da Carta Magna, ora transcrito:

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

Da soma dos artigos da Lei de Licitações, do Decreto Federal e da Constituição Federal, conclui-se que a Administração **tem o dever e não a faculdade** de exigir das licitantes a comprovação da qualificação econômico-financeira através de:

1. *Balanço Patrimonial; e*
2. *Certidão negativa de falência.*

Claro está que a **disposição legal do art. 31, da Lei nº 8.666/1993 é OBRIGATÓRIA**, por força do § 7º do art. 32 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

[...]

§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea "a" do inciso II do caput do art. 23. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Ora, não sendo aquisição de produto para pesquisa e desenvolvimento, **a exigência de tais documentos se torna obrigatória**, conforme bem alinhado pelo TCU, antes mesmo do parágrafo acima colacionado ser incluído na Lei de licitação, no ano de 2016.

Portanto, a exigência de se comprovar, obrigatoriamente, a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela Administração**, possuindo o nobre objetivo de fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que sequer detêm condições mínimas para executar a contratação.

Ocorre que o Edital atacado não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Uma simples certidão atestando que inexistente processo judicial de falência não tem o condão de sozinha, comprovar a capacidade econômica de uma empresa. Aliás, pelo contrário, quando existir esse registro, significa que, em tese, a empresa já foi à bancarrota, de modo que a “Inês é morta”.

Ressalta-se que a Administração Pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação. Dentre eles, é de extrema importância ressaltar o princípio da legalidade, disposto tanto no art. 37º, da Constituição Federal, como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira, ora seja, a Administração Pública deve agir senão em virtude de lei.

Assim, a expedição de edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

Enunciado

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:

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

- 9.2. *revogar a medida cautelar adotada no processo, autorizando o TRE/ES, excepcionalmente, a dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 7/2018;*
- 9.3. *dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;*
- 9.4. *arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO*

A questão é de suma importância, ainda mais no ramo de gerenciamento de frota. Para exemplificar, se a Contratante eventualmente não realizar o pagamento à Contratada Gerenciadora, esta deverá cumprir com os prazos de pagamentos acordados com a Rede Credenciada, mediante contrato privado, para que não haja recusa de prestação de serviços por partes destes.

A gerenciadora, futura contratada, deve comprovar que tem uma boa saúde financeira para suportar o contrato. Entretanto, algumas empresas, para fazer prova desta condição, fazem alterações no Balanço Patrimonial, de forma a maquiá-lo e poder se sagrar vencedora do certame. Portanto, além de ser obrigatório, a exigência de qualificação econômico-financeira tem o cunho de evitar que se contrate com empresa inidônea, o que pode, futuramente, resultar em problemas na execução do contrato.

Sendo assim, **busca-se a inclusão da exigência de qualificação econômico-financeira, nos moldes estabelecidos pelos artigos 27, 31 e 32 da Lei 8.666/93 para todas as empresas.**

PONTO 3 - DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA ILEGAL

A Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu em seu art. 37, inciso XXI que somente poderão ser exigidas **qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei.**

De acordo com os termos do edital a exigência de habilitação, quanto à **qualificação técnica** se refere à: habilita

b) Certidão de Registro junto ao Programa de Alimentação ao Trabalhador, PAT do Ministério do Trabalho;

A Lei de Licitação estabeleceu uma um **ROL TAXATIVO** referente à documentação que pode ser exigida para comprovação da qualificação técnica. Desse modo, não pode a Administração criar hipóteses nele não previstas, sob pena de incidir na vedação legal do art. 3º da lei em comento, já mencionado alhures. O dispositivo legal determina que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á

a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Verifica-se que toda exigência de profissional técnico constante no artigo 30, da Lei n.º 8.666/93 está voltada para o profissional de engenharia civil, pois está ligado a Obras e Serviços de Engenharia.

O presente instrumento licitatório impõe como requisito de habilitação a apresentação de documento não previsto em lei, que demanda a realização de custos anteriores ao Edital e claramente restringe o caráter competitivo do processo.

Para além dos mencionados atestados de capacidade técnica, nenhum outro documento pode ser exigido da licitante em termos de qualificação técnica e operacional, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Sendo assim, resta incontroverso que a exigência do Edital quanto a apresentação de Certidão de Registro junto ao Programa de Alimentação ao Trabalhador, PAT do Ministério do Trabalho.

PONTO 4 - TRANSAÇÕES DO OBJETO SEMELHANTE DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Em que pese o edital determinar que os cartões terão o caráter de “cartão de débito”, este entendimento está totalmente equivocado. Observe excerto do edital:

OBJETO: SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO DE SISTEMAS, OPERADOS ATRAVÉS DE CARTÃO MAGNÉTICO, FORNECIMENTO DOS CARTÕES PERSONALIZADOS COM SENHA E LOGOTIPIA **EXCLUSIVA E COM FUNÇÕES DE CRÉDITOS E DÉBITOS**, DENOMINADOS CARTÃO CIDADANIA DESTINADO ÀS FAMÍLIAS COM DIREITO A BENEFÍCIOS SOCIAIS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE AGRONÔMICA/SC

Desta forma, cumpre esclarecer que a atividade que se pretende licitar é a gestão de frota por meio de sistema informatizado. Tal negócio consiste na **viabilização de um sistema informatizado de controle operacional e de custos**, cominado com a **disponibilização de um meio de pagamento**, para o qual serão credenciados tantos estabelecimentos quantos forem exigidos pela Administração.

Trata-se de um serviço de **intermediação** entre a Administração Pública Contratante e os estabelecimentos credenciados, **agindo como a gestão de um serviço já terceirizado**, modelo esse que a doutrina tem denominado como *quarteirização*, bastante recorrente no mercado privado, por exemplo, nos benefícios de vale-refeição que as empresas

disponibilizam para seus funcionários. Neste modelo, é garantida a *modernização de métodos arcaicos, ineficientes e burocráticos de gestão e, com isso, melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicos*¹.

Dado o fato que parte da atividade de gestão de frota consiste na disponibilização de um meio de pagamento, ou seja, do serviço denominado **Arranjo de Pagamento**, as empresas gerenciadoras encontram-se regulamentadas pela Lei Federal nº 12.865/2013², em conjunto com a Resolução CMN nº 4.282/2013³, bem como diversas Circulares⁴ exaradas pelo Banco Central do Brasil.

O Banco Central do Brasil (BCB) define⁵ Arranjo de Pagamento da seguinte forma:

Um arranjo de pagamento é o conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público. Já o serviço de pagamento disciplinado no âmbito do arranjo é o conjunto de atividades que pode envolver aporte e saque de recursos, emissão de instrumento de pagamento, gestão de uma conta que sirva para realizar pagamento, credenciamento para aceitação de um instrumento de pagamento, remessa de fundos, dentre outras listadas no inciso III do art. 6º da Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013.

São exemplos de arranjos de pagamento os procedimentos utilizados para realizar compras com cartões de crédito, débito e pré-pago, seja em moeda nacional ou em moeda estrangeira. Os serviços de transferência e remessas de recursos também são arranjos de pagamentos.

Nessa mesma definição, o BCB atrela à Representante e às demais empresas do seu segmento a condição de **instituição de pagamento**, nestes termos:

Por outro lado, instituições de pagamento são pessoas jurídicas não financeiras que executam os serviços de pagamento no âmbito do arranjo e que são responsáveis pelo relacionamento com os usuários finais do serviço de pagamento.

São exemplos de instituições de pagamento os credenciadores de estabelecimentos comerciais para a aceitação de cartões e as instituições não financeiras que acolhem recursos do público para fazerem pagamentos ou transferências.

Dessa forma, tem-se que a gestão de frota consiste no que a doutrina de Direito Civil considera um **contrato complexo**, pois dispõe de uma permissão de uso de *software* (ou *site*) em concomitância com obrigações inerentes a um **Arranjo de Pagamento** regulamentadas pelo BCB, não obstante o regramento de Direito Público imposto em razão da natureza jurídica do Contratante em comento.

Feitas essas ressalvas é imperioso tratar da classificação do **Arranjo de Pagamento**, posto que esse instituto comporta, em simplificação didática, duas naturezas:

1. **Arranjo de Pagamento Aberto** - que, por sua vez, subdivide-se em arranjos abertos com conta de pagamento de depósito à vista (ou pré-paga) e arranjos abertos com conta de pagamento pós-paga;
2. **Arranjo de Pagamento Fechado** - procedimento que envolve menos intermediários do que o Arranjo Aberto, e que está sujeito a um regramento e limitação de valor (20 bilhões/ano) específica no sistema normativo.

O Arranjo Aberto é a forma mais corriqueira utilizada por grande parte da população por meio dos cartões de crédito/débito, em que **figuram ainda na transação de pagamento entre o pagador e o recebedor**⁶: **(i)** uma instituição financeira; **(ii)** uma instituição de pagamento; e **(iii)** um adquirente (e/ou subadquirente).

Nessa dinâmica o **pagador**, munido do crédito concedido pela **instituição financeira**, autoriza a **transação de pagamento**, a qual será processada e executada pela **instituição de pagamento** que, por sua vez, se comunica com o **adquirente** (e/ou subadquirente) responsável pelo repasse ao **recebedor**.

A operação de **Arranjo de Pagamento Aberto** toma, então, a seguinte forma:



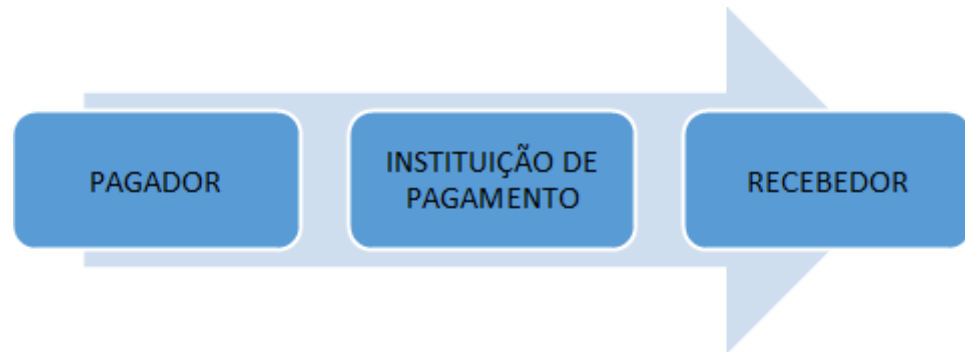
Conforme já mencionado, essa é a operação padrão, **aplicada para cartões de débito e crédito pessoais e corporativos**, emitidos, por exemplo, por instituições financeiras comerciais (bancos). Nessa dinâmica, cada um dos indivíduos envolvidos na operação cobra uma porcentagem, uma “comissão”, a qual é naturalmente refletida no preço final do produto/serviço.

Já o **Arranjo de Pagamento Fechado** funciona de maneira um tanto diferente. Com a finalidade de se aumentar a competitividade no mercado de serviços de pagamento e, tendo em vista que a Lei Federal nº 12.865/2013 não outorga às instituições financeiras qualquer exclusividade na exploração da atividade de arranjos de pagamento, permite-se que empresas privadas obtenham a qualificação de Instituição de Pagamento, para que, observados os preceitos normativos, também ofertem esses serviços à pessoas físicas e jurídicas.

Em conformidade com o que já foi narrado acima, em um **Arranjo de Pagamento Fechado** as atividades da Instituição Financeira, do Adquirente e Subadquirente são todas realizadas somente pela Instituição de Pagamento, em substituição à todas as demais, a qual será incumbida de gerir o recurso do pagador e a autorização de seu dispêndio (observados os limites legais), emitir e implementar o instrumento de pagamento (ex. Cartão),

disponibilizar e manter a máquina de captura de transações (P.O.S.), bem como providenciar o repasse do valor do produto/serviço ao recebedor.

É dizer, em um **Arranjo de Pagamento Fechado**, a operação passa a ter a seguinte forma:



Como se pode deduzir, a inexistência de concessão de crédito e outras operações de exploração exclusiva de instituições financeiras, cominada com a redução dos intermediários na cadeia de transação de pagamento, faz com que o volume e, conseqüentemente, o valor de porcentagens cobradas a título de comissão seja, equitativamente, abatido.

Isso faz com que o **Arranjo de Pagamento Fechado**, muito embora não tenha tanta aplicabilidade para determinados produtos financeiros, tais como um cartão de débito/crédito pessoal ou corporativo (pois nesses se presume atividades que são exclusivas de instituições financeiras) seja o instrumento perfeito para contratos como o de gerenciamento de frota, no qual a gerenciadora recebe valores da Administração pública, provenientes de uma dotação orçamentária específica e a título de empenho, para remunerar serviços prestados diretamente ao Estado, nos termos do Edital, proporcionando uma considerável redução de custos operacionais.

Exatamente por esse motivo que praticamente todas as grandes gerenciadoras de frota atuantes no mercado Brasileiro prestam seus serviços desta maneira, atuando como **Instituições de Pagamento**, cujo **Arranjo** é realizado na modalidade **Fechada**, para remuneração de produtos/serviços determinados em Edital de licitação, que serão adquiridos apenas naqueles estabelecimentos credenciados que foram identificados pela Administração Pública em sede de Processo Administrativo Interno.

É o instrumento ideal, difundido no mercado, para um contrato de gestão, que presume controle e economicidade para com o erário.

E aqui jaz a essência da irregularidade consubstanciada na determinação da função débito para o cartão, uma vez que o repasse não ocorre imediatamente.

Vale lembrar que a Contratada não é instituição bancária, mas tão somente empresa gerenciadora e intermediadora entre Contratante e Rede Credenciada.

Portanto, inviável a manutenção da cláusula que permite o saque da quantia, porque tal função é exclusiva de instituições financeiras, conforme as Resoluções do Banco Central já citadas, além de que fica impossível verificar se os recursos do auxílio serão de fato utilizados pelos beneficiários nos termos da Lei Municipal nº 314/2022, conforme próprio objeto da licitação, devendo o edital excluir tal cláusula por ser **totalmente ilegal**.

VI - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer se digne o i. pregoeiro a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO** a proceder as seguintes modificações:

- i. Alterar o edital para conter itens que estejam de acordo com a jurisprudência e lei de licitações
- ii. Excluir a cláusula que determina o fornecimento de cartão debito e crédito, uma vez que trará fragilidade a execução do contrato
- iii. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais.

Termos em que pede deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 11 de julho de 2023.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

YAN ELIAS - OAB/SP 478.626