

ILUSTRÍSSIMA SENHOR PREGOEIRO DO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE AGRONÔMICA 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; juridico@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 31/07/2023 (**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 31/07/2023 às 08h30, a abertura do Pregão Eletrônico nº 03/2023, para o seguinte objeto:

SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO DE SISTEMAS, OPERADOS ATRAVÉS DE CARTÃO MAGNÉTICO, FORNECIMENTO DOS CARTÕES PERSONALIZADOS COM SENHA E LOGOTIPO EXCLUSIVO 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, de acordo com as especificações, quantidades e valores máximos previstos neste edital.

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.

Considerando que o objeto deste instrumento foi impugnado em 11/07/2023, porém houve a **retificação** apenas de um dos itens, se faz necessário a utilização do presente instrumento para cessar as ilegalidades constadas conforme será exposto a seguir

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, saliente 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 - TRANSAÇÕES DO OBJETO SEMELHANTE DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Em que pese o edital determinar que os cartões terão o caráter de “cartão de crédito e 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 recebedor⁶: (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, consequentemente, 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 solicita funções de créditos e débito nos cartões.

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, 24 de julho de 2023.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

MATEUS BARBOSA COUTO OAB/SP. 463.494