

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CÉU
AZUL – ESTADO DO PARANÁ**

PREGÃO PRESENCIAL Nº. 109/2021

PROCESSO Nº. 319

A EMPRESA BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA, inscrita no CNPJ nº **16.814.330/0001-50**, com sede Av Jose Rocha Bomfim 214, Bloco C, Unidades 131 e 132, Loteamento Santa Genebra, Campinas - CEP 13080-650 por seu representante legal infra-assinado, 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:

DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 13/12/2021.

As impugnações podem ser apresentadas até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento da proposta, nos termos do item 11.1 do Edital.

Deste modo, a apresentação da Impugnação nesta data (08/12/2021) é tempestiva.

DOS FATOS

O processo licitatório em epígrafe, tem por objeto a "*Contratação de empresa especializada para fornecimento, administração e gerenciamento do auxílio alimentação e abono assiduidade, por meio de crédito em cartão magnético, em PVC,*

com CHIP de segurança ou tarja magnética, de caráter pessoal (com sistema de saldo e senha numérica e intransferível), destinado à aquisição diretamente pelos servidores/beneficiários, em estabelecimentos comerciais, credenciados, de gêneros alimentícios”.

Contudo, em análise do respectivo Edital, verifica-se que foram inseridas cláusulas e exigências que ferem o princípio da legalidade estrita, aplicável à administração pública, bem como extrapolam os limites de atuação do poder público, o que justifica a apresentação da presente impugnação, o que faz consubstanciado nos fundamentos a seguir expostos.

DA INAPLICABILIDADE DO DECRETO FEDERAL Nº. 10.854/2021

O Edital em referência, no item 8.2, alínea “g” e “h”, ao dispor sobre a proposta, estabelece que o percentual da taxa de administração não poderá ser superior a 0,00%, bem como que é vedada a taxa negativa, com fundamento no Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021.

Para melhor elucidar, transcrevemos o trecho do Edital:

g) o percentual da taxa de administração não poderá ser superior a 0,00% (zero por cento). Sendo desclassificada a proposta que apresentar taxa superior a 0,00%;

h) a proponente deverá apresentar sua proposta comercial adequada a todas as normas estabelecidas no Decreto Federal nº 10.854/2021 de 10 de novembro de 2021, Art. 175, que veda o deságio ou imposição de desconto sobre o valor contratado. Assim deve ser observada a vedação de taxa negativa.

Como se observa, o órgão licitante fundamentou a vedação à Taxa Negativa, em virtude das disposições do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, especificamente, o disposto no art. 175, *in verbis*:

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, invocar o referido dispositivo nas licitações dos órgãos públicos é um desatino jurídico.

O Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, tem por finalidade regulamentar as disposições relativas à legislação trabalhista, e trouxe em seu bojo, normas relativas ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

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 adotar 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.

Por conseguinte, **a regulamentação acerca do PAT, trazida pelo Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, não aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.**

Os atos administrativos devem ser pautados no princípio da legalidade estrita. Tal preceito está previsto, inclusive, na Lei 8666/93, que disciplina as

contratações públicas, e define os princípios norteadores do processo licitatório, dentre eles 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.

Uma vez que inexistente fundamento legal que justifique a vedação à taxa negativa, contida no item 8.2, alínea "h", a manutenção da referida cláusula editalícia constitui violação ao princípio da legalidade.

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.

Sem prejuízo do exposto, cabe ressaltar ainda que a disposição do art. 175 do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, é passível de ter sua legalidade questionada, vez que cria vedações e amplia o âmbito de aplicação, extrapolando os limites da lei, na qual está subordinado.

Expliquemos.

O "decreto" é o ato administrativo típico do Chefe do Poder Executivo, destinado a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas, de modo expresso ou implícito, na lei. O decreto regulamentador é ato normativo subordinado, ou seja, são normas secundárias que se destinam a desenvolver ou pormenorizar o conteúdo de uma lei.

Deste modo, o decreto regulamentador limita-se a explicitar o conteúdo da lei para que seja executada da maneira correta. É um ato normativo, mas não um ato normativo com valor legislativo.

Por esta razão, o decreto regulamentador não pode criar direitos ou obrigações novas, que a lei não criou; ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações constantes da lei; ordenar ou proibir o que a lei não ordena ou não proíbe; facultar ou vedar de modo diverso do estabelecido em lei; extinguir ou anular direitos ou obrigações que a lei conferiu; criar princípios novos, diversos, alterar a forma que, segundo a lei deve revestir um ato, atingindo por qualquer modo o espírito da lei.

No caso, muito embora o Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021 tenha por finalidade “regulamentar as disposições relativas à legislação trabalhista”, e especificamente, no Capítulo XVIII, regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador, nota-se que suas disposições criaram obrigações, vedações e ampliaram o âmbito de aplicação da lei originária.

A exemplo disso, citamos o próprio art. 175, que traz a vedação das pessoas jurídicas beneficiárias do PAT em exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou desconto sobre o valor contratado, sem que exista qualquer previsão legal, seja na legislações trabalhistas, seja na Lei 6321/76, que instituiu o PAT.

Ou seja, o art. 175 do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021 está criando uma vedação que somente poderia ser criada por lei, em verdadeira afronta aos preceitos da Constituição Federal.

Assim, de todos os lados que se analise a questão, nos deparamos com a impossibilidade de invocar a vedação do art. 175 do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021 nas licitações, razão pela qual, pugna pelo acolhimento da presente impugnação, a fim de excluir do Edital, o disposto no item 8.2, alínea “h”, bem como seja reformulada a disposição da alínea “g”, a fim de prever expressamente a possibilidade de ofertar proposta com Taxa Negativa.

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR A COMPROVAÇÃO DE REEMBOLSO À REDE CREDENCIADA

No item 5.5. do Termo de Referência, o órgão licitante preceitua que poderá exigir a comprovação do reembolso à rede credenciada, e que eventual descumprimento caracterizará descumprimento contratual, passível de penalização.

Vejamos:

5.5 - A contratante poderá exigir a comprovação de reembolso à rede credenciada a qualquer momento no curso da contratação e, não havendo atendimento por parte da contratada, será incurso nas penalidades contratuais consequentes à inexecução;

Contudo, em que pese os receios que possa afligir a administração pública, a exigência de comprovação de pagamento, pela contratada, aos estabelecimentos credenciados, extrapola a autonomia e o poder da administração pública, vez que relacionados à relação jurídica estabelecida entre particulares – empresa e estabelecimentos – da qual a administração não pode interferir.

Não se admite que a administração pública tenha ingerência nas relações jurídicas travadas entre particulares, pois foge do seu âmbito de poder e atuação, posicionamento este que vem sendo sedimentado pelo Tribunal de Contas.

A título de demonstração, citamos parte do Acórdão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em que rechaçou a exigência de limitação de taxa administrativa a ser negociada com o estabelecimento, **bem como a comprovação de quitação dos estabelecimentos, por caracterizar interferência na relação comercial entre particulares.** Vejamos:

"No mérito, a instrução dos autos converge para a procedência das impugnações.

*Conforme antecipado por ocasião da decisão que determinou a paralisação do certame, **os questionamentos relativos à taxa cobrada dos estabelecimentos credenciados não são inéditos no âmbito deste Tribunal, que tem considerado indevida sua limitação, por implicar em interferência na relação jurídica travada entre os particulares.** Deve a Administração, portanto, abster-se da sua fixação, seja ela de 5%, nos termos previstos no item 14 do Termo de Referência¹, ou qualquer outro percentual, uma vez que desprovidos de amparo legal.*

[...]

Pelas mesmas razões, os órgãos técnicos pugnaram pela supressão da previsão de entrega de declaração das quitações de débitos da contratada junto à rede credenciada.

De fato, a exigência da entrega mensal de declaração, de cada empresa credenciada, dando quitação dos valores devidos pela prestadora até o dia 30 do mês anterior², revela uma série de obstáculos, tanto do ponto de vista logístico quanto financeiro. Além do ônus na obtenção da documentação, diretamente proporcional ao número de credenciados, e dos embaraços causados por uma hipotética recusa, sequer é possível descartar eventual descompasso entre os prazos de pagamento estabelecidos pelo edital e aqueles comumente praticados pelo segmento, como bem recordou ATJ, aspectos que, a meu ver,

se mostram suficientes para determinar a exclusão proposta de forma unânime pela instrução.

Ante o exposto, voto pela procedência das representações formuladas por VS Card – Administradora de Cartões Ltda. e Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda, determinando à Prefeitura Municipal de Tejuπά que, caso queira prosseguir com o certame: (i) se abstenha da fixação de limite para a taxa de administração a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados; e (ii) suprima a previsão de entrega mensal de declaração das quitações de débitos da contratada junto à rede credenciada.

(Acórdão TCESP. 03.03.2021. TC-002116.989.21-1 e TC-004544.989.21-3)

Tão inadmissível quanto, é prever que a falta de comprovação caracteriza descumprimento contratual.

Francamente, a obrigação da empresa de efetuar o reembolso subsiste em face do estabelecimento credenciado, decorrente de um contrato bilateral firmado entre ambos, do qual a administração pública não faz parte. E na hipótese da empresa ficar inadimplente perante o estabelecimento, somente este terá legitimidade para exigir o pagamento e sua comprovação, não cabendo à administração pública postular em nome de terceiro.

Notadamente, eventual inadimplemento em face do estabelecimento, jamais poderá caracterizar descumprimento contratual entre a administração pública e a empresa contratada, se nesta relação contratual, a execução se cumprir de forma regular e satisfatória.

Assim, requer seja excluída a disposição do item 5.5 do Termo de Referência.

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 13/12/2021, para a revisão e exclusão dos itens acima mencionados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Ribeirão Preto, 08 de dezembro de 2021.

Berlin Finance Meios de Pagamentos