



EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº. 068/2023

EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL (REGISTRO DE PREÇOS) 046/2023

10 de agosto de 2023 – às 08h00h

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG nº. 44.116.702-0 e CPF sob o nº 350.882.968-51, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran – licitacao@megavalecard.com.br, (11) 93277-0546, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, a fim de:

IMPUGNAR COM MEDIDA DE URGÊNCIA

Os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

I – DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, quanto à tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 10/08/2023, a representante interpõe medida adequada dentro do prazo legal estampado pelo artigo 41, §1.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

II– DOS FATOS

A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de gerenciamento de cartões alimentação, refeição e benefícios. Deste modo, deseja participar da licitação na modalidade Pregão Presencial, cujo objeto é:

1.1. A PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACAS-MT, torna público, para conhecimento dos interessados, que o Pregoeiro Silvia Pierina Rozza Krizanowski e equipe de apoio: Suzana Aparecida de Souza, Thatiane de Carvalho Brito e Maiara Moretti Capistrano da Cunha designada pelo Decreto n.º. 136/2023, de 01 de Junho de 2023, reunir-se-ão no dia **10 de agosto de 2023, hora 08:00**, na SALA/SETOR DE LICITAÇÕES, situada na sede da Prefeitura Municipal, situada na Av. Brasil, n.º. 1059, Bairro Bom Jesus, Apicás/MT, onde será realizada licitação na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL**, do tipo **MENOR PREÇO POR ITEM “MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO”**.

Ocorre que ao analisar o edital do certame verificou a existência de cláusulas abusivas que direcionam o procedimento licitatório, especialmente no que diz respeito **a expressa vedação de cobrança de taxa de administração dos comerciantes.**

Referida previsão, constitui grave ilegalidade (Lei nº 8.666/93, art. 3º c/c art. 37, XX da CF/88), que acaba direcionando o objeto da licitação, e

impedindo a ampla participação, assim, busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a consequente correção do ato convocatório.

II – DA ILEGALIDADE – DA ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE – DA FALTA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – CONTRATO ENTRE PARTICULARES

Consta no ato convocatório não poderá ser cobrada taxa de administração, adesão, fidelização, cancelamento, dentre outros, dos estabelecimentos credenciados. Vejamos:

4.4. Não será permitido a cobrança de mensalidade, taxa de adesão, fidelização, ou cancelamento, dos estabelecimentos conveniados/credenciados, assim como tarifas por evento ou compra.

Entretanto, da forma como disposto no edital, a **Administração interfere diretamente** na relação comercial entre a contratada e os estabelecimentos credenciados, **afrontando a relação comercial**, a qual vai além do objeto licitado e **é rechaçado pelos Tribunais de Contas do País**.

O objeto licitado é o gerenciamento, implementação e administração de vale-alimentação aos servidores municipais da Prefeitura Municipal de Apicás/MT, oportunizada através de rede de estabelecimentos credenciados, **razão pela qual o contrato será firmado entre o órgão impugnado e a licitante vencedora**, não fazendo parte deste, a rede credenciada, **a qual será contratada diretamente pela licitante vencedora** para efetuar os serviços de GERENCIAR E ADMINISTRAR o benefício.

AO IMPOR BARREIRAS E/OU OBRIGAÇÕES AO RELACIONAMENTO ENTRE A CONTRATADA E OS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS, O ÓRGÃO IMPUGNADO ULTRAPASSA O OBJETO LICITADO, BEM COMO OS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA.

Tal procedimento é absolutamente intolerável.

Em situações semelhantes, já decidiu a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça:

“(…) considerada a existência de infração à ordem econômica decidido pela instauração de processo administrativo com o fim de ser apurada a existência de condutas anti-concorrenciais possíveis de enquadramento no art. 21, incs. II, IV, V, VI e XIV do citado dispositivo legal, relativas a atuação concertada das representadas, limitando ou dificultando o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresas concorrentes no mercado de atuação da representante **por meio de imposição de cláusulas comerciais injustificáveis, as quais, se não cumpridas, levariam ao rompimento das relações comerciais entre estas e aquelas, assim como por impedir à Representada o acesso a suas fontes de insumos.** Notifiquem-se as representadas obedecido o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 33, da Lei nº 8.884/94.”

Um dos insumos para o negócio da Impugnante, por certo, é sua rede credenciada. Assim, não é permitido ao órgão licitante intervir na negociação entre a Contratada e sua rede credenciada colocando limites para as negociações, tampouco na forma de contratação dos estabelecimentos a serem credenciados, onde por meio deste, disponibilizam os recursos a serem adquiridos pelos servidores.

No entanto, **PROIBIR** que a licitante vencedora faça negociações junto aos estabelecimentos credenciados – que também ganham com os cartões que serão usados em seus estabelecimentos -, **se mostra desarrazoada e impertinente**, tendo em vista a negociação comercial ser medida que compete apenas a contratante e os estabelecimentos que pretendem se credenciar, **não sendo a Administração Pública apta a intervir ou apurar tais procedimentos.**

Assim a intervenção do Órgão Impugnado constitui flagrante intervenção à rede credenciada, sendo este o entendimento consolidado no Tribunal de Contas de São Paulo e Santa Catarina, como exemplo, sobre a intervenção dos Órgãos em meio a rede de estabelecimentos credenciados:

“ (...) Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal

requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – **entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal). Grifo grosso. TC-000858/006/09.**

“No que se refere à fixação, pela Prefeitura, de taxas de serviços máxima a ser praticada pelas empresas junto aos estabelecimentos conveniados, tal como inclui a i.SDG, é assunto que excede os limites da competência administrativa. Deve, portanto, ser revista”. TC-000363/006/09”

Assim também entende o TCE de Santa Catarina no PCP - 17/00493296:

2. Determinar cautelarmente a sra. Neusa Klein Maraschini, Prefeita Municipal de Peritiba, inscrita no CPF/MF sob o nº XXX.056.329-XX, com base no art. 114-A da Resolução nº TC-06/2001 (Regimento Interno) c/c artigo 29 da Instrução Normativa nº TC-0021/2015, que promova a **SUSTAÇÃO do edital de Pregão Presencial nº 04/2018** (processo licitatório nº 07/2018), para contratação de empresa especializada para a operacionalização do fornecimento de vale-alimentação, através da exclusiva emissão, utilização e administração de cartões magnéticos, lançado pelo município de Peritiba, na fase em que se encontra, até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, devendo a medida ser comprovada em até 05 (cinco) dias, em face da seguinte irregularidade:

2.1. Tipo licitatório da menor taxa administrativa dos estabelecimentos credenciados, com limitação de 4%, no Pregão Presencial nº 04/2018, o que viola aos princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da competitividade, contrariando o art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei (federal) nº 8.666/93.

Data *máxima vênia*, da forma como posto no ato convocatório, inegavelmente a exigência de **compromisso de terceiros** já que o próprio edital limita a

competitividade nas condições de credenciamento com os estabelecimentos, visto que esta não tem o poder de determinar ou obrigar a relação entre os estabelecimentos credenciados.

A doutrina e a jurisprudência apontam tal exigência como sendo uma ilegalidade frente ao disposto na Lei nº 8.666/93, art. 3º., § 1º.

Esta solicitação é vedada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e de outros Estados.

Leia-se o art. 3º da Lei 8.666/93 e também da vedação a exigências não razoáveis:

“ 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.

§ 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. ”

Matéria **semelhante** a essa discutida, foi objeto de Representação apresentada pela empresa Trivale Administração Ltda no **Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul**, onde se buscou a apuração de ilegalidade ocorrida quanto ao pagamento dos estabelecimentos conveniados disposto no Pregão Eletrônico do Município de Alcinópolis.

A impugnante pede vênia para transcrever trechos da decisão, que em sede de liminar suspendeu o certame questionado:

“ I- RELATÓRIO

Trata-se de DENÚNCIA com pedido de medida liminar oferecida, com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, por Trivale Administração Ltda., pessoa jurídica de direito privado, devidamente representada e qualificada em documentação anexa ao expediente inicial; em desfavor do Município de Alcinópolis/MS, em razão de possível irregularidade contida no instrumento convocatório do procedimento licitatório Pregão Presencial –edital nº 016/2015 – Processo Administrativo nº 049/2015.

(...)

Os relatos feitos pela empresa denunciante informam que a Autoridade Promotora do Certame, ao produzir as regras da licitação, fez constar exigência restritiva ao caráter competitivo do certame, no momento em que determinou, na cláusula 16.2 dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pela contratante.

(...)

III – DO MÉRITO DA DENUNCIA

Inadvertidamente, é o que parece ter feito o Município de Alcinópolis no caso apresentado. A exigência relativa À fixação de prazo para empresa contratada realizar os pagamentos junto à sua rede de parceiros credenciados expressa conteúdo obrigacional nitidamente estranho ao objeto do contrato a ser celebrado entre a Administração Municipal e a empresa vencedora do certame, impondo cláusula que extrapola os limites de competência de atuação do Poder Público na adoção das regras de procedimento licitatório, na medida em que parece pretender interferir nas relações jurídicas, indubitavelmente de direito privado, existentes entre a licitante vencedora e terceiros a ela vinculados. Em situação semelhante já decidiu a Corte Estadual de Contas de São Paulo, no julgamento do Processo TC-

000858/006/09, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, cujo trecho transcrevo para fundamentar esta decisão:

(...)

No caso denunciado, a Autoridade Promotora do Certame violou a proibição do art. 3º, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, feita pelo legislador e dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. A regra vincula qualquer autoridade cuja gama de atribuições e competências se refiram à formalização do instrumento de convocação de interessados, e compreende quaisquer espécies de exigências que, direta ou indiretamente, possam afetar a seleção das propostas apresentadas, que sejam desnecessárias e inadequadas, e cuja previsão seja orientada a beneficiar certos particulares em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

(...)

IV – DA DECISÃO

(...)

DEFIRO LIMINARMENTE O PEDIDO, determinando ao Prefeito Municipal de Alcínópolis/MS, Sr. Ildomar Carneiro Fernandes; e ao servidor municipal responsável pela condução do procedimento licitatório, Sr. Leonam Miranda da Silva, que adotem com urgência as seguintes providências:

I – A SUSPENSÃO DO CERTAME até que seja feita a correção do Edital do Pregão Presencial n.º 016/2015, para excluir a exigência contida no item 16.2 do instrumento convocatório, referente à obrigação imposta à empresa contratada de realizar o pagamento dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pelo Município, por violação da disposição do art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em razão de absoluta impertinência e irrelevância ao específico objeto do contrato, falta de previsão legal, e por não se mostrar indispensável à garantia das obrigações a serem pactuadas e restringirem o caráter competitivo do certame;”

À Administração, não é lícito, querer dirigir o comportamento da empresa licitante com relação a seus parceiros comerciais, tampouco pode estipular limites nas negociações ou impor vedações que não lhe cabe, sendo imprescindível tal item do Edital ser excluído.

Diante de todo o exposto, requer seja excluída tal ilegalidade que consta no edital no que se refere a taxa de administração a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados, visto que não cabe ao órgão vedar ou impor barreiras em uma negociação particular, fugindo completamente da sua alçada.

**III- DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO -
RESPONSABILIDADE PELA INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS INDEVIDAS NO EDITAL**

A responsabilidade decorre em regra da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão Permanente de Licitação? A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão.

Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

Vale lembrar ainda que o art. 82 da Lei 8.666/93, prevê que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de

Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar, vejamos:

Artigo 82 Lei 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Conforme determina a legislação e a maciça Jurisprudência o Agente Administrativo, no exercício da função de membro de Comissão Permanente de Licitação, responde diretamente por atos praticados em desacordo com a Lei, e com o Objetivo de frustrar os objetivos da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa ao ente Público.

Nesse sentido o TCU vem se posicionando:

Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário

Trecho do Voto:

“27. De fato, **restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública** e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, **foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo.** Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, **ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências: (...)**

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor;

‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar **no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado.** No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, **ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação.** Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de

discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva'.

Assim, pelo todo acima exposto, a empresa impugnante esclarece, que nos termos da legislação e Jurisprudências acima, caso haja prejuízo ao erário Público, em razão das apontadas cláusulas e termos restritivos constantes do edital, adotará as devidas denúncias aos órgãos competentes para que os agentes administrativos sejam devidamente responsabilizados.

IV- DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Pelo exposto, requer seja a presente IMPUGNAÇÃO julgada procedente, com efeito para:

a) seja anulado as previsões ilegais contempladas no edital, especificamente no que se refere ao item 4.4 do Termo de Referência, **visto que tal vedação referente a cobrança da taxa de administração dos estabelecimentos credenciados interfere diretamente na relação entre particulares, não podendo assim permanecer.**

b) determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

c) seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cujo credenciamento das proponentes e sessão de recebimento dos envelopes encontra-se programada para às **08h00min do dia 10 de agosto de 2023**, e o acolhimento das impugnações com a determinação de revisão do instrumento convocatório.



Termos em que,
Pede deferimento.

São José do Rio Preto - SP, 04 de agosto de 2023.

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva

OAB/SP 288.403