



AO SR. DANIEL VIEIRA DO CARMO, PREGOEIRO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE PARA GERENCIAMENTO DA REDE DE URGÊNCIA DA MACRO SUDESTE - CISDESTE

**PREGÃO ELETRÔNICO N° 032/2022
PROCESSO N° 040/2022**

SWILE DO BRASIL S/A, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Funchal, nº 583, 13º andar, Bairro Vila Olímpia, na cidade de São Paulo/SP, CEP 04551-060, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 26.401.688/0001-05, na condição de empresa interessada em participar do Pregão em referência, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

na forma da Cláusula 21 do Edital de Pregão Eletrônico, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.



I – DA TEMPESTIVIDADE

1. Nos termos do item 21 do Edital, qualquer pessoa poderá protocolar, por e-mail, impugnação aos seus termos até 03 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública.

21 DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

21.1 Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

21.2 A impugnação poderá ser realizada por forma eletrônica, por e-mail ou por petição dirigida ou protocolada no endereço na Rua Coronel Vidal, 800, São Dimas – Juiz de Fora – MG.

2. Tendo em vista que a abertura de propostas está marcada para o dia 30 de maio de 2022, não há dúvidas que o protocolo realizado na presente data é tempestivo.

II – SÍNTESE DO NECESSÁRIO

3. Como se sabe, o edital de licitação é a “pedra fundamental” de todo o processo licitatório, devendo garantir, a todos os licitantes, condições igualitárias de concorrência, sob pena de se afrontarem os princípios basilares da ordem administrativa, tais como o princípio da isonomia, da **competitividade**, da legalidade, da impessoalidade, entre outros.

4. Neste sentido, veja-se o entendimento do Excelso Superior Tribunal de Justiça:

“O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público”. (RMS nº 10.847/MA, 2ª T, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27.11.2001, DJ de 18.02.2002, p. 279).

5. Ademais, devem constar no edital exigências relativas somente ao que seja útil ao objeto licitado, devendo ser afastados quaisquer formalismos desnecessários e/ou excessivos, sob pena de dificultar o acesso dos interessados aos certames licitatórios.



6. Neste sentido, confirmam-se as palavras do Prof. Marçal Justen Filho¹:

“Isso significa, em primeiro lugar, que o edital deve conter apenas os requisitos necessários e úteis. Formalismos excessivos devem ser eliminados, na medida em que não produzam algum benefício para a seleção da proposta mais vantajosa”.

7. Portanto, embasado nos ditames expostos, a Impugnante passa a expor suas razões para o pedido de reforma do edital, no intuito de afastar exigências que possam macular todo o processo licitatório.

III – DO DIREITO

III.1 - DO ITEM 3 DO TERMO DE REFERÊNCIA – DO DETALHAMENTO EXCESSIVO NA DESCRIÇÃO DO OBJETO – LIMITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

8. O presente pregão eletrônico tem como objeto a contratação de *“empresa especializada na prestação dos serviços em gerenciamento e fornecimento de vale alimentação, na forma de créditos em cartão eletrônico para os funcionários do CISDESTE”*.

9. O Termo de Referência, que integra o Edital e regula o presente certame, ao descrever o objeto a ser contratado, contém a seguinte disposição em seu item 3:

1 - O benefício será disponibilizado nas modalidades alimentação: utilizado para pagamento de gêneros alimentícios em hipermercados, supermercados, mercados, empórios e assemelhados;

(...)

e) Os cartões eletrônicos com o benefício de vale-alimentação, deverão ser entregues personalizados com nome do usuário/empregado do CISDESTE, razão social deste Consórcio e numeração de identificação sequencial e data de validade, conforme disposto na legislação aplicável, dentro de envelope lacrado, individualizado, com manual básico de utilização;

f) Os cartões eletrônicos com o benefício de vale-alimentação, deverão ser entregues bloqueados e o desbloqueio deverá ser realizado pelo empregado público através de Central de Atendimento;

(...)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. Dialética. São Paulo : 2005, p. 384-385.



2 - Sistema via web deverá possuir um sistema de informática acessível ao CISDESTE e aos beneficiários através da Internet e que possibilite a execução das seguintes funcionalidades:

*a) Inclusão / exclusão/ consulta de beneficiários e seus dados, alteração de cadastro da empresa; solicitação de cartões; bloqueio de cartões; solicitação de reemissão de cartão; envio de arquivo de pedidos de créditos, em formato.txt; solicitação de pedidos individualmente, para funcionário específico e em determinado valor; acompanhamento do status das solicitações; **consulta e emissão de relação atualizada da rede de estabelecimentos conveniados e emissão de notas fiscais e boletos para pagamento**; b) Inclusão, alteração, consulta do cadastro dos empregados públicos, com os seguintes campos: Nome CPF Tipo e valor dos benefícios Número do cartão*

10. A leitura do Termo de Referência deixa claro, portanto, que se exige, para a execução de serviço de gerenciamento e fornecimento de vale alimentação, que seja disponibilizado cartão com nome do usuário, opção de desbloqueio por Central de Atendimento e sistema que permita a consulta e emissão de relação atualizada de rede conveniada.

11. Tais exigências, contudo, limitam o caráter competitivo do certame e se mostram excessivas, chegando a minúcias que em nada influenciam na qualidade do serviço prestado.

12. Esta Impugnante, por exemplo, assim como diversas outras empresas do ramo, emite cartões de vale alimentação sem o nome do usuário. Contudo, a sua ativação é realizada mediante vinculação de CPF, de modo que seu uso se torna pessoal e intransferível.

13. Além disso, o desbloqueio dos cartões por esta Impugnante é feito mediante uso de aplicativo, o que torna ainda mais simples e seguro o procedimento, em relação à disponibilização de Central de Atendimento.

14. Por fim, exigir a disponibilização de sistema que permita a consulta e emissão de relação atualizada de rede conveniada impede que empresas que possuam cartões bandeirados, como é o caso da Impugnante, participem do certame.



15. Ora, há empresas que dispõem de rede credenciada em sistema aberto. Esta Impugnante, por exemplo, possui cartão bandeirado pela MasterCard. Trata-se de opção tecnologicamente mais avançada e que permite que o cartão seja utilizado em praticamente qualquer estabelecimento que aceite cartões de crédito como pagamento. A alternativa, evidentemente, favorece o usuário e atende diretamente o interesse público.

16. Como se sabe, as exigências do edital devem ser formuladas com o objetivo de manter a competitividade, sob pena de frustrar o objetivo e a própria natureza do processo licitatório, qual seja, a contratação de proposta mais vantajosa.

17. Neste ponto, é preciso ter em mente que o processo licitatório não pode ser um fim em si mesmo, cabendo ao administrador elaborar o instrumento convocatório de forma a alcançar o maior benefício possível, afastando procedimentos e/ou exigências que venham a dificultar a seleção da proposta mais vantajosa.

18. Desta forma, para assegurar a capacidade técnica do licitante, a Administração Pública deve descrever o objeto a ser contratado de maneira que atenda às suas necessidades, mas sem restringir a competitividade do certame. **Nesse sentido, detalhar excessivamente o objeto e realizar exigências restritivas, como ocorre no presente caso, limita a competitividade da disputa, maculando o procedimento de flagrante ilegalidade, o que não pode ser admitido.**

19. Em verdade, o detalhamento excessivo da especificação técnica pode indicar, de certa forma, o direcionamento da licitação e, acreditando-se na idoneidade do presente pregão, acredita-se não ser esta a intenção da Administração Pública.

20. Outrossim, importa pontuar que a discricionariedade da Administração Pública, inclusive na fixação de exigências licitatórias, encontra limites. Nesse cenário, é certo que o ato convocatório de qualquer certame deverá descrever de maneira detalhada e suficiente o objeto do certame, **o que evidentemente não autoriza a imposição de exigências arbitrárias e excessivas a esse respeito.**



21. Desse modo, não ficam dúvidas de que a competitividade é a alma da licitação, sendo evidente que, quanto mais licitantes permaneçam no certame, mais fácil será contratar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Deve, portanto, ser evitada qualquer exigência destituída de interesse público e que restrinja a competição, sob pena de violação dos princípios da legalidade e da impessoalidade. Sobre o tema, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*“Processo MS 7814 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0096245-6 Relator (a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 28/08/2002 Data da Publicação/Fonte DJ 21/10/2002 p. 267 Ementa ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. HABILITAÇÃO. DOCUMENTOS. INTERPRETAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO. MANUTENÇÃO. - A impetrante alega que a comissão de licitação, ao habilitar a proposta da concorrente que teria deixado de apresentar documentos exigidos no edital ou fazê-los de forma irregular, acabou por violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. - Os documentos exigidos pelo edital foram apresentados com teor válido e interpretados equivocadamente pelo concorrente, ou foram supridos por outros com mesma finalidade e mesmo valor probatório, razão pela qual inexistiu a alegada violação. - **"O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação."**”(Resp. 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo). - Mandado de segurança denegado*

22. Desse modo, a imposição de qualquer limite à participação de empresas no processo deve ser o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado, evitando o direcionamento do certame. A decisão pela imposição de qualquer exigência que limite a participação de uma pluralidade de empresas deve ser, portanto, **motivada**, o que não ocorreu na presente hipótese.

23. Pelo contrário, não é razoável as exigências editalícias relativas à necessidade de nome no cartão, à obrigatoriedade de desbloqueio via Central de Atendimento e à disponibilização de sistema que permita a consulta e emissão da rede credenciada. O serviço ora licitado pode ser prestado com igual ou melhor qualidade sem que referidas exigências sejam necessariamente atendidas.



III.II – DA IMPOSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE TAXA NEGATIVA E PÓS-PAGAMENTO CONFORME PREVISÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 1.108

24. Em resposta à impugnação apresentada pela empresa UP Brasil, apontou a CIDESTE que a Medida Provisória nº. 1.108/2022 não lhe seria aplicável, dado que o consórcio não seria beneficiário do Programa de Alimentação ao Trabalhador (“PAT”), reafirmando a possibilidade da prática de taxa de administração negativa, por ser condição benéfica ao interesse da administração pública.

25. Todavia, *data vênia*, o entendimento referido acima não guarda correta interpretação do disposto na Medida Provisória (“MP”), cuja aplicabilidade não se limite àqueles inscritos no Programa de Alimentação ao Trabalhador, mas também e toda e qualquer empresa que forneça alimentação aos seus empregados.

26. Apenas o art. 5º da MP altera a redação da Lei nº. 6.321/76, que trata do PAT. Os demais dispositivos impõem regras gerais sobre o pagamento de auxílio-alimentação, este benefício regido pelo art. 457, da CLT, e, portanto, também aplicável à CIDESTE.

27. Assim sendo, desde a entrada em vigor da Medida Provisória, em 28 de março de 2022, é totalmente vedada a qualquer empresa, inscrita ou não no PAT, a imposição de qualquer deságio ou desconto.

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º, não poderá exigir ou receber:
I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;
II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou
III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

28. Ademais, não guarda fundamento a alegação de que os princípios estabelecidos pela Lei nº 8.666/93 prevaleceriam sobre o regulado na Medida Provisória nº. 1.108, dado que este instrumento normativo, tal qual aquele, é dotado de força de lei federal e, assim, havendo antinomia aparente entre duas normas de mesma hierarquia, prevalece a norma mais nova, isto é, a MP 1.108.



29. Acrescente-se que a prática de taxas negativas (deságios/descontos) na contratação de auxílio-alimentação é, na verdade uma prática comercial criada ao argumento de trazer maior “economia” aos cofres públicos, mas que, em verdade, tem como escopo:

- a. Exercer domínio de mercado excluindo a livre concorrência à competitividade entre empresas, em flagrante prática de formação de monopólio econômico;
- b. Fraudar ao conceder “desconto”, quando é razoável prever que a licitante que pratica taxas negativas jamais entregará mais do que foi cobrado, isto é, o abatimento será repassado aos estabelecimentos credenciados que, por sua vez, acabam também repassando a dedução ao consumidor final. O próprio usuário, então, será o prejudicado ao ter cerceado seu poder de compra.

30. É no ímpeto de evitar tais práticas que o Decreto nº. 10.854/21 proibiu a prática de descontos/deságios no âmbito do Programa de Alimentação ao Trabalhador e, mais recentemente, a Medida Provisória ampliou a vedação a toda e qualquer empresa que conceda auxílio-alimentação aos seus empregados, repita-se, benefício previsto na CLT.

31. Diante do exposto, caso a CISDESTE prossiga com o edital tal qual publicado, permitindo a prática de taxas negativas, certamente estará em desacordo com a Lei nº. 8.249/92, praticando ato atentatório à administração pública. O artigo 11 da mencionada Lei, assim define o ato de improbidade administrativa:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

32. Em complemento, dispõem os §§ 4º e 6º do art. 37 da Constituição Federal, in *verbis*:

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:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.



§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

33. Para a manutenção das atividades de qualquer empresa de administração/gestão de benefícios, dentre os quais os de auxílio-alimentação, compulsório o atendimento e observância das determinações legais, dentre elas a vedação a descontos/taxas negativas.

34. Qualquer ente público da administração direta ou indireta ao admitir em suas licitações e contratos a prática de taxa negativa pode ser configurada como improbidade administrativa, pois estará em total desacordo com a Medida Provisória e mesmo que a CIDESTE não esteja inscrita no PAT, contratante e contratada estarão expostos à penalização prevista naquela norma.

IV – DO PEDIDO

35. Ante o exposto, a Impugnante requer seja acolhida a presente impugnação a fim de que sejam corrigidas as irregularidades acima apontadas, alterando expressamente as disposições editalícias atacadas, deixando de se exigir que (i) os cartões sejam entregues personalizados com nome do usuário/empregado do CISDESTE; (ii) o desbloqueio deva ser realizado através de Central de Atendimento; e (iii) o sistema via *web* possibilite a consulta e emissão de relação atualizada da rede de estabelecimentos conveniados; (iv) seja ainda excluída a previsão de aceitação de Taxa Negativa devido aos seus desdobramentos prejudiciais não só ao erário mas também à sociedade.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento

São Paulo (SP), 24 de maio de 2022.

SWILE DO BRASIL S/A
CNPJ nº. 26.401.688/0001-05