

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA FARMÁCIA DO IPAM LTDA

Pregão Presencial 003/2019

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF nº 00.604.122/0001-97, com sede à Rua Machado de Assis, nº 904, Centro, na cidade de Uberlândia-MG, vem, por seu Procurador abaixo assinado, não se conformando com parte do Edital em epígrafe, oferecer sua **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I. FATOS

1. A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de gerenciamento de cartões alimentação, refeição, gestão de frota, convênios e manutenção veicular, fazendo sempre uso de sua marca Valecard®, muito conhecida e respeitada no meio em que atua.

2. Nesta condição, deseja participar da licitação na modalidade Pregão Presencial, cujo objeto é a:

O objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada em administração e fornecimento de vales alimentação à Farmácia do IPAM Ltda., através de cartões magnéticos numerados, personalizados e com senha individualizada, nos quais será creditado mensalmente o valor de R\$ 25,90 (Vinte e cinco reais e noventa centavos) para cada dia útil trabalhado no mês, a serem utilizados, atualmente, por 51 (Cinquenta e um) funcionários, conforme determinam este Edital, seus anexos e a Minuta de Contrato.

3. Ocorre que, ao analisar o edital do certame verificou-se a existência de cláusulas que injustificadamente restringem a competitividade do certame, impondo condições

desajustadas e que extrapolam o poder de interferência da Administração, a qual seja, obriga a contratada a garantir a manutenção de valores à vista dos produtos caso sejam utilizados os cartões vale-alimentação no momento do pagamento nos estabelecimentos credenciados.

4. Como tal proceder pode comprometer o alcance da finalidade precípua do presente procedimento licitatório – a seleção da proposta mais vantajosa –, busca esta Impugnação a retificação do instrumento convocatório.

II. DIREITO

II. 1. LIBERDADE CONTRATUAL – DA LIBERDADE DE ESTIPULAÇÃO DE PREÇOS - DA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE ESTABELECIMENTO E CONTRATADA

5. O Termo de Referência do Edital em comento traz a seguinte exigência, contra a qual é levantada a presente impugnação:

2.1.2. O cartão magnético alimentação deverá ser aceito como meio de pagamento nos estabelecimentos credenciados pela CONTRATADA, em relação ao pagamento à vista.

6. Antes de iniciar-se a análise técnica jurídica que será feita sobre as irregularidades do presente item, cabe ressaltar que a presente temática NÃO DIZ RESPEITO à relação contratual que existirá entre a empresa contratada e o órgão licitante. Além disso, seria um terceiro não interessado, haja vista que, após contrato fechado entre os licitantes, os valores cobrados nos estabelecimentos credenciados não interferirão nos valores estabelecidos do contrato com a Administração Pública.

7. Partindo desse princípio, começamos a explanar os motivos pelos quais não cabe à Administração Pública exigir que a empresa contratada se responsabilize pelos valores cobrados pelos estabelecimentos em caso de pagamento através do Vale Combustível.

8. Em suma, por se tratar de uma negociação comercial entre o estabelecimento e o consumidor, a empresa contratada não tem como determinar qualquer prática realizada pelo estabelecimento credenciado.

9. Data máxima vênia, da forma como está posto o ato convocatório, inegavelmente há exigência de compromisso de terceiro, já que a exigência da rede credenciada elencada está entrelaçada como uma condição comercial que não cabe à Administração Pública ou a contratada intervir.

10. Noutro ponto, a obrigação de apresentação de rede deve ser lida como inserida em um contexto das assim chamadas "obrigações de meio", e não, como "obrigações de resultado".

11. Essa distinção é essencial porque a ideia de que o credenciamento de terceiros construiria obrigação de resultado implicaria na existência no corpo do contrato de verdadeira "obrigação impossível", sob o aspecto estritamente jurídico (CC, art. 166, inc. II: "impossível"), eis que dependeria do concurso de vontade de um terceiro, situação que não pode ser prevista em contrato.

12. Já em sentido análogo, temos a Súmula nº 15, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP, que assim disciplina:

SÚMULA N. 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa. (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Súmula nº 15. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: São Paulo, 14 de dezembro de 2016.)

13. Ressalva, que o e. Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de solicitações irrelevantes, descabidas, veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE - SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA No processo licitatório (Lei n. 8.666/93), o princípio do procedimento formal "não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes" (Hely Lopes Meirelles).(TJ-SC - MS: 263546 SC 2002.026354-6, Relator: Newton Trisotto, Data de Julgamento: 29/09/2003, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. de São José.)

14. **A presente cláusula é eivada de clara ilegalidade por contrariar abertamente o texto legal contido na Lei 13.455/17, que nos diz:**

Art. 1o Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput deste artigo.

15. É determinação expressa no ordenamento jurídico brasileiro que o estabelecimento comercial tem plena liberdade para alterar os preços de seus produtos em função do modo de pagamento a ser utilizado pelo consumidor. Contrariar tal entendimento é ato ilegal por parte do instrumento convocatório.

16. Corroborando com tal entendimento, diversos tribunais do Poder Judiciário e também o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, decidiram neste sentido:

ADMINISTRATIVO. DECLARATÓRIA C/C NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. PROCON NATAL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS EM RAZÃO DA FORMA DE PAGAMENTO. OFENSA AO ART. 6º, III, ART. 30, ART. 31, E ART. 39, V, DO CDC. ART. 2º E ART. 9º, VII, DO DECRETO FEDERAL Nº 5.903/2006. NORMAS DE NATUREZA SANCIONATÓRIA. PRÁTICA CONSIDERADA ABUSIVA NO PRETÉRITO. **INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE TORNA VÁLIDA A PRÁTICA APONTADA COMO INFRAÇÃO. LEI Nº 13.455/2017.** APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO INFRATOR. VIABILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESCONSTITUIÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO E AFASTAMENTO DA RESPECTIVA MULTA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. PRECEDENTES. (TJ-RN - AC: 20180080546 RN, Relator: Juiz convocado Eduardo Pinheiro., Data de Julgamento: 05/02/2019, 3ª Câmara Cível)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL OFENSA ÀS REGRAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS EM RAZÃO DA FORMA DE PAGAMENTO TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DE CUSTO INERENTE AO RISCO DO NEGÓCIO AUTUAÇÃO CORRETA POSTERIOR **ALTERAÇÃO DO**

CONTEXTO NORMATIVO LEI Nº 13.455/2017 COMPORTAMENTO AUTORIZADO PELA LEI AUSÊNCIA DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

NORMA MAIS BENÉFICA RETROAÇÃO POSSIBILIDADE CF, ART. 5º, INC. XL RECURSO PROVIDO. 1) Em setembro de 2014, ocasião na qual a apelante foi autuada, realmente a diferenciação do preço dos produtos em consequência da forma de pagamento eleita pelo consumidor era um comportamento proscrito pelo ordenamento jurídico vigente, por contrair às disposições contidas no art. 39, incisos V e X, do Código de Defesa do Consumidor. 2) Segundo entendimento então corrente, decantada abusividade consistiria na imputação ao consumidor de um custo inerente ao próprio risco do negócio, de responsabilidade exclusiva do empresário, justificando a autuação, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3) Todavia, o contexto normativo que amparou referida autuação modificou-se **com o advento da Lei nº 13.455/2017 autorizando, em seu art. 1º, a diferenciação de preços de bens e serviços ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado**, de sorte que a conduta qualificada como infração no momento em que a apelante foi autuada, deixou de ser definida como tal antes do julgamento definitivo deste processo. 4) Embora vigore, em nosso ordenamento jurídico, o princípio da irretroatividade das leis, segundo o qual a força da lei antiga projeta-se no futuro, involucrando as relações constituídas sob sua égide, em se tratando de norma de natureza sancionatória, a exceção veio hospedada na própria Constituição da República, que em seu art. 5º, inc. XL, proclama solenemente que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. 5) Quando uma lei superveniente deixa de considerar como infração (penal ou administrativa) um fato assim considerado no pretérito, ou reduz a penalidade acoimada aos que incorram em determinada conduta infracional, ela deve retroagir para beneficiar o infrator. Precedente do STJ. 6) Na situação em apreço, como a conduta infracional que motivou a autuação da apelante deixou de ser censurada pelo ordenamento jurídico, não há como deixar de aplicar-lhe a norma mais benéfica, para anular o Auto de Infração nº 0187/2014 e, em consequência, o título executivo extrajudicial que paramenta a execução fiscal proposta em face dela. 7) Recurso conhecido e provido. (TJ-ES - APL: 00081422820158080047, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 06/03/2018, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/03/2018)

“...O segundo questionamento se refere à vedação da cobrança de preços diferenciados nos estabelecimentos para pagamento por meio de cartão de vale alimentação / refeição, contida no item 5.13 do Anexo I do edital:

ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA (...)

5.13. Os estabelecimentos credenciados não poderão estabelecer preços diferenciados para pagamento no cartão de vale alimentação/refeição. (...)

Assiste razão à representante nesse ponto, na medida em que a disposição do edital contraria o mandamento legal contido no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 13.455/2017, conforme também consignado pelos auditores. Segundo a norma, **é nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.** À primeira vista, tais situações conflitam com

disposições da Lei de Licitações e da Lei n. 13.455/2017, estando presente o requisito do fumus boni juris. Vale registrar, contudo, que não se trata de um juízo definitivo quanto ao mérito dos apontamentos efetuados pela Diretoria Técnica, demandando-se a abertura de contraditório para aprofundamento da instrução processual, após o que poderão ser avaliados cada um dos pontos suscitados pela DLC. Por fim, embora conste do edital que a abertura do certame estava prevista para às 9h30 do dia 13.12.2019, a consulta ao sítio eletrônico do Município de Gaspar evidencia que ainda não houve homologação, razão pela qual urge a adoção de medida para sustar o procedimento licitatório, diante dos termos consignados, dada a existência ou a possibilidade de ocorrer um dano ao direito de obter uma tutela eficaz editada pela Corte de Contas, o que corrobora a existência do periculum in mora. Ante o exposto, decido: 1. Conhecer da representação formulada nos termos do art. 66 da Lei Complementar estadual n. 202/2000, c/c o art. 113, §1º, da Lei federal n. 8.666/93. 2. Considerando o disposto no art. 24 da Instrução Normativa n. TC 21/2015 e o preenchimento dos requisitos periculum in mora e fumus boni juris, determinar, cautelarmente, a sustação do Pregão Presencial n. 141/2019, lançado pela Prefeitura Municipal de Gaspar visando a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de cartões de vale refeição/alimentação eletrônico/magnético ou com chip e senha, para recargas mensais, destinado aos servidores, com abertura prevista para às 9h30 do dia 13.12.2019, até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou

até deliberação do Tribunal Pleno, visando a assegurar a eficácia de decisão de mérito deste Tribunal. 3. Determinar que seja realizada a audiência nos termos do item 3.3 do Relatório DLC n. 884/2019, bem como sejam adotadas todas as providências, inclusive auditoria, inspeção ou diligências que se fizerem necessárias perante a unidade, objetivando a apuração do fato apontado como irregular. 4. Determinar a Secretaria Geral que dê ciência imediata desta decisão à representante e à Prefeitura Municipal de Gaspar. À Secretaria Geral para cumprimento do art. 36, § 3º, da Resolução TC n. 09/2002 e para audiência do responsável. Publique-se. Gabinete, em 12 de dezembro de 2019. (Cleber Muniz Gavi Conselheiro Substituto Relator Itajaí PROCESSO Nº:@LCC 19/00822242 UNIDADE GESTORA:Prefeitura Municipal de Itajaí)

17. Não somente frente ao texto legal, mas a sua ilegalidade também reside no fato de que tal exigência limita e até mesmo proíbe a participação de empresas, acarretando assim prejuízo ao erário público, por não poder contar com proposta mais vantajosa para a contratação.

18. Tomando a lição do eminente MARÇAL JUSTEN FILHO:

19) Vedação a cláusulas discriminatórias Através do § 1º., a Lei expressamente reprovava alguns defeitos usuais nas praxes administrativas. Em vez de apenas declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. É uma tentativa de evitar a concretização do vício, antes de reprimir, em momento posterior, sua ocorrência.

19. A esse respeito o próprio e. Supremo Tribunal Federal já decidiu:

razão da origem. Imposto sobre Circulação de Mercadorias ou Imposto Sobre Serviços (dedução). Princípio da não discriminação. Constituição Federal/67, art. 9º, I (EC nº 1/69). Lei estadual nº 7.741/78-PB, art. 104 (inconstitucionalidade).

20. Resta, pois, evidente a intenção do Legislador de coibir qualquer atitude por parte da Administração Pública que restrinja o caráter competitivo do processo licitatório.

21. Neste sentido, o Instrumento Convocatório restringe sobremaneira o caráter competitivo do certame, reduzindo injustificadamente e significativamente o universo de participantes, bem como, violando a isonomia, a regra editalícia deve ser modificada!

22. Desta forma, o Edital deve ser alterado para modificar totalmente o item 2.1.2 do Termo de Referência do Edital, visto o condicionamento de práticas comerciais dos estabelecimentos ser ato ilícito, restringindo o caráter competitivo do certame, posto ainda que, configura compromisso de terceiro a obrigação se obedecer a tais práticas.

III. PEDIDOS

23. Requer o Edital deve ser alterado, para modificar totalmente o item 2.1.2 do Termo de Referência do Edital, visto o condicionamento de práticas comerciais dos estabelecimentos ser ato ilícito, restringindo o caráter competitivo do certame, posto ainda que, configura compromisso de terceiro a obrigação se obedecer a tais práticas.

24. Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail mercadopublico@romanodonadel.com.br, com cópia para o e-mail licitacoes@valecard.com.br, e, caso encaminhadas em meio físico, sejam direcionadas ao endereço Avenida dos Vinhedos, 200, conj. 02, Gávea Office, Morada da Colina, Uberlândia – MG, CEP 38411-159.

Nestes termos, aguarda deferimento.

De Uberlândia/MG para Caxias do Sul/RS, 08 de maio de 2020.

Fernando Tammús Narduchi

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA.