

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE GOIÂNIA

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 13/2023 - SAÚDE

VALLOO BENEFICIOS LTDA, CNPJ nº 13.562.076/0001-52, com sede no SHCS CR Quadra 502, Bloco C, Loja 37, SN, Parte 1741, CEP 70.330-530, Asa Sul, Brasília-DF, vem a Vossa Senhoria, respeitosa e tempestivamente, formular IMPUGNAÇÃO em face do edital em referência, pelas razões adiante detalhadas.

=====

01. DA TEMPESTIVIDADE

=====

Esta impugnação observa o disposto no artigo 24 do Decreto nº 10.024/2019, ou seja, o prazo de 3 (três) dias antes da sessão pública, bem como o prazo das 23 horas e 59 minutos (contagem até final do dia, inclusive, conforme jurisprudência do TCU - Acórdão 969/2022 - Plenário), sendo tempestiva e devendo ser analisada em mérito.

=====

02. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

=====

Máxima vênia, quando dispositivos do texto do edital precisam ser modificados, em razão de seus impactos para formulação das propostas, pedidos de esclarecimentos são insuficientes.

Conforme se verá adiante, para evitar a insegurança jurídica, divergências de entendimentos e eventuais litígios, faz-se essencial impugnar o edital para alterações de texto aqui tratadas.

***** NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO PARA O MODO PRÉ-PAGO *****

A respeito desse aspecto, consta da do edital o seguinte: *“14.1. Os pagamentos serão efetuados em até 30 (trinta) dias após a protocolização e aceitação pela contratante das Notas Fiscais e/ou Faturas devidamente atestadas pelo setor eventuais multas que tenham sido impostas à licitante vencedora.”*. Regra no mesmo sentido estão no item 19.9.2, do termo de referência e, por fim, essas regras vinculam os pagamentos, conforme o item 5.5 da Cláusula Quinta da minuta de contrato.

Isso não fica conciliável da forma como está a lei e o dever de repasse do benefício aos usuários.

Está parecendo que todos os valores são mesma natureza jurídica de orçamento e contratação (como se fossem de um serviço prestado), quando existem duas verbas distintas: aquela do pagamento dos serviços de gestão do sistema de cartões e aquela que, simplesmente, é do montante dos benefícios de usuários e, portanto, deve antes ter sido repassada pelo órgão à contratada, para que sejam feitos os tempestivos créditos nos cartões dos usuários. Ressalte-se que isso que se tem nessa verba não é antecipação de pagamento de serviço da contratada, mas um repasse de valor que é do orçamento para custeio de servidor público (repasse de direito de cada servidor).

Vincular as duas coisas irá inviabilizar o futuro contrato, porque, considerando as consequências práticas (artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) desse formato do edital, não há tempo hábil de se aguardar fatura ser atestada para que os créditos dos benefícios sejam lançados nos cartões dos usuários.

Observe-se, de outro lado, que a empresa contratada para a gestão dos cartões, máxima vênia, estará sendo obrigada a firmar um tipo de contrato adicional, oculto e gratuito, de financiamento de capital de giro para o órgão, para ANTECIPAR OS PRÓPRIOS VALORES DOS BENEFÍCIOS QUE SÃO DE OBRIGAÇÃO DO ÓRGÃO PARA COM SEUS SERVIDORES.

Com profunda vênia, é necessário separar a remuneração pela gestão dos cartões do que é valor do benefício em si, porque este precisa ser antecipadamente repassado à empresa para que ela inclua os créditos nos cartões dos trabalhadores.

Não pode a empresa ser forçada, de forma acessória, mas severamente pesada, a ser um tipo de banco que adiante, inclusive sem remuneração, orçamento de benefício que receita / valor que nem sequer lhe pertence, mas é um montante que deve ser arcado pelo contratante, o órgão, por se tratar de benefício de servidores / funcionários públicos.

Note-se que pagamento pelo serviço próprio da contratada, sim, pode ser pago “a posteriori”, mas adiantamento de fluxo de caixa, o que tem custo financeiro, como se fosse um contrato de crédito bancário gratuito, isso não pode ocorrer. Os valores dos créditos precisam estar com a empresa contratada em prazo razoável, de 5 (cinco) dias, antes do prazo para crédito nos cartões, para que se viabilize agendamento das operações bancárias em larga escala com segurança.

Cabe lembrar que a natureza do serviço de cartões de vale alimentação ou refeição é pré-paga, por lei específica, como será tratado adiante, de modo que é essencial separar o que é verba de remuneração da empresa contratada e o que é o montante de crédito de benefício do quadro de pessoal do órgão, que não pode ter atribuída espécie de financiamento gratuito pela empresa contratada.

Considerando que proposta é vinculante para a futura execução contratual a começar pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é preciso sanar, desde logo, incompatibilidades do edital em relação a normas legais, até para observância do dever de segurança jurídica, do artigo 2º da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal), não se permitindo, no caso, as situações conflituosas na licitação e na execução do contrato.

Lembre-se que com o artigo 175 do Decreto nº 10.854/2021 já proibia descaracterizações do modo “pré-pago” dos cartões, ou seja, podendo haver em edital prazo de pagamento em 30 dias, se a obrigação precisa ser antecipada pela empresa, para crédito nos cartões.

Descompasso na regra de pagamento, que em termos práticos acabará sendo posterior, porque dependerá de trâmite de fatura para depois ocorrer pagamento, o que irá deixar a descoberto o que se precisa para creditar, antecipadamente, nos cartões, até porque a legislação determina pagamentos em modo “pré-pago”, nesse tipo de específico objeto, as regras do edital criam uma incompatibilidade de execução e isso precisa ser resolvido para que se possa formular adequada proposta, que seja viável para a execução contratual.

Adite-se, agora, que nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 14.442, de 02 de setembro de 2022, novamente se refirmou que nesse objeto não pode haver prazos “a posteriori”:

“Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, NÃO PODERÁ EXIGIR OU RECEBER:

(...)

II – PRAZOS DE REPASSE OU PAGAMENTO QUE DESCARACTERIZEM A NATUREZA PRÉ-PAGA DOS VALORES A SEREM DISPONIBILIZADOS AOS EMPREGADOS...”.

Isso significa que o modo pré-pago é o único modo legalmente autorizado de se obter os vales de alimentação ou refeição, pelo que se pede seja considerado que é essencial estabelecer o pagamento antecipado, para que em seguida, em tempo hábil, a empresa possa fazer o repasse para os cartões dos usuários.

Não há na legislação outro formato.

Mas vincular isso a posterior atestação de fatura não fica viável, porque, como alertado, o crédito para os cartões é benefício para usuários, ou seja, algo até de natureza jurídica distinta.

Lembre-se, por oportuno, que o caso em concreto é respaldado em uma lei federal específica que impõe que seja observada a natureza do pagamento, que ocorre antecipadamente, para que se viabilize repasse seguinte para os cartões dos usuários.

E vale repetir, mais uma vez: o valor do benefício é de verba de natureza diferenciada, que não deve se misturar com assunto de pagamento de fatura pelos serviços prestados pela empresa.

Se a questão passa pela observância de ato normativo editado pelo Congresso Nacional, em sua competência legislativa, o edital precisa ser ajustado à regra legal específica, não apenas em respeito ao princípio da legalidade, do artigo 37 da Constituição Federal, mas ainda pelo princípio da especialidade, segundo o qual, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na superação de um aparente conflito de normas, a *“legislação específica prevalece em detrimento da norma geral”* (STJ - REsp n. 1.629.090/PE, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 19/11/2021).

Cabe ponderar, que para fins do disposto no artigo 50, “caput” e parágrafo primeiro, da Lei nº 9.784/99 (Processo Administrativo Federal) a motivação do ato será clara e congruente, baseada em fatos e norma de lei, sendo oportuno repetir quem no caso, há uma lei expressa a impor a natureza pré-paga da obrigação a viabilizar, depois, o repasse de valores aos trabalhadores.

E a natureza obrigacional pré-paga também precisa ser avaliada em face do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pelo qual devem ser consideradas as consequências práticas do ato administrativo, no caso, observância do modelo expressamente previsto em lei para repasse antecipado dos valores.

Por isso, com profunda vênua, ao concluir esse tópico, para que não se repita o que verificado em versão do edital, da sessão que acabou inviabilizada, não cabe ao órgão emitir opinião sobre uma eventual inconstitucionalidade da lei que gere, agora, os vales de benefícios de alimentação e refeição, não podendo o agente público se recusar a aplicar lei vigente, ao argumento de que o assunto é proibido por leis sobre pagamento dos serviços, porque, legalmente, o assunto é muito distinto: serviços de gestão pela empresa não podem se misturar com crédito de benefício que é de direito de servidor público usuário de cartão.

***** NECESSIDADE DE PROIBIR DESCONTOS *****

O edital possui cláusulas que dão margem à coexistência de preço e preço negativo ou desconto em percentual sobre o benefício que deve ser creditado nos cartões, montante que não pertence à empresa contratada e não pode ser alterado, logo, não pode estar como percentual de taxa de administração aberta, como está. É PRECISO PROIBIR, EXPRESSAMENTE, O DESCONTO, COMO É DA REGRA DE LEI FEDERAL, GERAL, MAIS RECENTE E VIGENTE.

Nesse contexto, verifica-se que o edital em seu preâmbulo menciona que a licitação é por *“MENOR PREÇO GLOBAL – obtido através do desconto da Taxa Negativa de Administração ao*

valor estimado anual (a taxa de administração deverá ser inferior a zero) que será descontada mensalmente da Nota Fiscal, sem prejuízo para os beneficiários”.

Regra no mesmo sentido consta do itens 1.2 e 7.2.1.5 do edital.

Antes de maiores considerações, é importante pedir vênia para alertar que não cabe em parecer de órgão licitante opinião sobre ser ou não ser inconstitucional a lei que modificou o cenário dos vales de alimentação e refeição (e que está vigente, não suspensa pelo Judiciário), com menção a PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

Nenhuma decisão citada comenta o que motivou a mudança, exatamente, a FRAUDE TRIBUTÁRIA E NOS VALORES DOS CONTRATOS PÚBLICOS BASEADOS EM INVERÍDICO DESCONTO, POR ANOS E ANOS, NA VERDADE, ERA “COMPENSADO” COM ACORDOS EM ESTABELECIMENTOS QUE, DE OUTRO LADO, FORA DA VISÃO DO FISCAL DE CONTRATO, ELEVAVAM VALORES QUE OS USUÁRIOS PAGAVAM AO FINAL, DE MODO QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO APURAVA O QUE OCORRIA DE FATO NAQUELE CONTRATO.

Agora mais grave ainda, que uma cortina de fumaça está sendo levantada sobre a nova legislação sem a cautela de entender a razão de ter sido modificada a norma legal desse tipo de serviço de gestão dos valores e saber, efetivamente, PORQUE O DESCONTO ACABOU NA NOVA LEI.

Copiar e colar precedentes criados com simples argumento de que a lei seria específica para o PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador é desconsiderar o que levou a isso. E nota-se que nenhuma das decisões que tratam da nova lei adentram nas fraudes que estavam em curso nos contratos administrativos com o INVERÍDICO DESCONTO (NADA É GRATUITO E NÃO SE OFERTA DESCONTO EM RECEITA CONTÁBIL E TRIBUTÁRIA DE TERCEIRO, ALIÁS, PORQUE SE ASSIM FOR ISSO IMPLICA EM ALTERAR BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTOS DE UMA EMPRESA ESTRANHA OU VÁRIAS EMPRESAS ESTRANHAS AO CONTRATO).

As decisões citadas não adentram nos verdadeiros aspectos tributários, concorrenciais e da real contabilidade que está por trás do que se convencionou chamar de desconto e que, agora, com a nova lei, acabou. É preciso alertar que o assunto é mais grave do que parece e, efetivamente, nenhuma das decisões, repita-se, entra a fundo no que ocorreu por anos nesses benefícios dos cartões.

Lembre-se que alegações antigas sobre “taxa negativa” (mesmo repetidas em casos sobre a lei nova), estão totalmente superadas pela LEI FEDERAL MAIS RECENTE que trata, de modo próprio e específico dos vales de alimentação e de refeição e PROIBINDO DESCONTO, inclusive, para que haja legalidade e isonomia, do artigo 37 da Constituição Federal, com todos os licitantes

formulando propostas baseadas em mesmas premissas, até para comparação objetiva e igualitária na disputa.

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a propósito, determina que na tomada de decisão sejam consideradas as consequências práticas do que está decidindo, como, no caso, fazer de conta que desconto em uma receita da contabilidade e da tributação de uma outra empresa é transparente e em conformidade com as regras de tributação vigentes.

A propósito, pergunta-se como se vai fazer desconto em uma nota fiscal da gestão dos cartões, se de outro lado está um montante de valor de benefícios repassados a servidores públicos, de valores que não ficam na contabilidade da empresa de gestão dos cartões, mas sim nas contas e informações tributárias das outras empresas, dos estabelecimentos nos quais os cartões são utilizados.

É importante lembrar que nem mesmo jurisprudência com antigos entendimentos se sustenta, nem mesmo quando com roupagem de novos, deixam de enfrentar de forma realista e efetiva o que tem ocorrido com esses cartões, inclusive, repita-se, sobre desconto em algo que não está na contabilidade do serviço de gestão de cartão, mas de outras empresas. Um “faz de conta”.

Nunca houve na Lei nº 8.666/93 autorização para que determinados licitantes ofertassem um PREÇO dissimulando TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA OU DESCONTO.

Não bastava, pois, tratar do que a jurisprudência travada, ou seja, se mera discussão de ser ou não ser uma proposta exequível e de se buscar, a todo custo, economicidade (artigo 70 da Constituição Federal) e vantajosidade (artigo 3º da Lei nº 8.666/93).

Note-se que além de não haver permissão legal em norma alguma da Lei nº 8.666/93 para haver a coexistência de duas regras de compor custos e formar preços para propostas em uma mesma licitação, o que sempre foi uma grave violação da isonomia, princípio assegurado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, observe-se que, após tantos conflitos no mercado, a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos), tornou expressa uma separação:

“Art. 33.

O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

I – MENOR PREÇO;

II – MAIOR DESCONTO;”.

Mas ainda que não fosse isso, o mercado concorrencial dos cartões de vale alimentação e vale refeição, finalmente, teve uma regra a colocar respeito em preservação do julgamento por um único e objetivo critério, PROIBINDO DESCONTOS.

Isso adveio da Medida Provisória nº 1.108/2022, que restou convertida na Lei nº 14.442/2022, norma que tem o seguinte dispositivo em seu artigo 3º, inciso I:

*“Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, NÃO PODERÁ EXIGIR OU RECEBER:
I – QUALQUER TIPO DE DESÁGIO OU IMPISICÃO DE DESCONTOS sobre o valor contratado;”.*

Essa mudança de normas foi motivada por dissimulação de custos que estavam ocultos e não se verificava no momento da proposta que parecia ser a mais vantajosa, mas nunca era.

No fundo, empresas alegavam possuir outras receitas de terceiros e que viabilizariam o preço negativo, o alegado desconto, mas, posteriormente, isso era repassado em custos ocultos para o valor final dos usuários dos cartões, nas transações em restaurantes e outros estabelecimentos.

Foi por isso que se resolveu moralizar o mercado, porque os usuários finais dos cartões pagavam uma conta com peso financeiro que somente se percebia em prejuízos posteriormente, inclusive, sem que a Administração pudesse ter qualquer meio de aferição do que, realmente, estava ocorrendo nos contratos.

Essa matéria foi objeto de recente publicação de artigo de leitura livre no Portal Sollicita, o maior do gênero para pregoeiros e outros agentes de contratação, em texto no qual o Professor Jonas Lima faz oportunas considerações sobre a Lei nº 14.442/2022, aqui, com destaque em algumas:

https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=20109&n=preg%C3%A3o,-vale-alimenta%C3%A7%C3%A3o-e-a-anticoncorrencial-taxa-negativa

“Pregão, vale alimentação e a anticoncorrencial taxa negativa

O tema da taxa negativa ou do desconto vai muito além da exequibilidade....

(...)

No fundo, algo impossível de ser verdadeiramente comprovado, documentalmente, até para ser objeto de crivo de devido contraditório e ampla defesa ainda na licitação, pelos outros concorrentes, ou seja, com consequência prática de uma competição desigual e com sua face danosa: fraudes mais adiante, nos contratos, impossíveis de serem fiscalizados sobre essas “receitas de terceiros”, nos quais, na verdade, ocorreriam repasses de “custos sombra”(aqueles que explicariam os alegados descontos na licitação), ao final, para os usuários dos cartões de vale alimentação.

(...)

O tempo mostrou que isso não era realista, porque aqueles licitantes da linha do desconto sempre alegavam possuírem outros contratos com preços similares em outros órgãos públicos,

com valores negativos, inclusive, porque sustentavam os contratos com recebimento de receitas de terceiros, que nem faziam parte do contrato, mas confessando que cada contrato não se pagava em si mesmo, mas com supostas receitas que, na prática, eram meras afirmações de cunho subjetivo, sem possibilidade de aferição documental, vindo provas disso durante a execução dos contratos.

(...)

NÃO PODE HAVER COMPETIÇÃO COM DUAS REGRAS.

Assim como em uma via de trânsito todos seguem a mesma direção, proibida a contramão, o ambiente concorrencial nas contratações públicas assim deveria ter sido por anos, mas não foi.

(...)

E uma prova adicional de que aquela situação estava errada se confirma com o artigo 33, incisos I e II, da Lei nº14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos), que confirmou o que está aqui sendo tratado:

“Art. 33.

O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

I – MENOR PREÇO;

II – MAIOR DESCONTO;”

(grifos nossos).

Assim, enquanto a lei antiga não autorizava duplo critério para propostas nas licitações, a nova lei confirmou que existem critérios distintos para se ter a decisão da licitação, ou seja, corrigindo erros históricos de anos nos quais se aceitava, ao mesmo tempo, uns licitantes com PREÇO e outros com TAXA NEGATIVA ou DESCONTO.

Resta aos agentes públicos e aos atores do mercado concorrencial seguir com novas bases.

Mas ainda cabe lembrar, quanto ao objeto das licitações e contratos de vale alimentação ou refeição: pelo PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE (lei específica prevalece sobre lei geral), PARA ESSE TIPO DE OBJETO, em face do artigo 3º, inciso I, da LEI nº 14.442/2022, NENHUM TIPO DE DESCONTO PODE EXISTIR NESSE MERCADO DOS CARTÕES AQUI TRATADOS.”.

Assim, máxima vênua, diante da demonstração de que as NORMAS LEGAIS ESPECÍFICAS SOBRE A MATÉRIA MUDARAM, DE FORMA EXPRESSA, NÃO PODE HAVER DESCONTO NESSA LICITAÇÃO.

******* NECESSIDADE DE REGRAS CLARAS E SOBRE CRITÉRIO DE DESEMPATE *******

O edital trata do desempate ficto (ME/EPP) nos itens 6.8 e 9.6.7, mas não trata de um empate real entre TODOS OS LICITANTES, em situação bastante plausível: se vários ou todos atingirem desde a proposta já o patamar de taxa de administração zero, o que torna impossível que haja aplicação de regra de desempate de ME/EPP, porque não se pode passar ao preço negativo.

Assim, em evidência, SERÁ IMPOSSÍVEL APLICAR DESEMPATE FICTO, PARA BAIXO DO ZERO, DE MODO QUE AQUELA REGRA DO DESEMPATE DE ME/EPP, DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006, PRECISA TER UMA RESSAVLA DE QUE O MESMO NÃO SE APLICARÁ DE AS EMPRESAS JÁ

ESTIVEREM EMPARADAS DESDE A ORIGEM (PROPOSTA INICIAL), QUE TORNE IMPOSSÍVEL LANCE.

Em inviabilidade de cadastramento de qualquer lance, desde origem e com a ciência de que os sistemas, em geral, não permitem que se lance zero, teoricamente, várias licitantes já podem estar empatadas desde a origem e não será possível ofertar lance algum, a depender desse patamar de empate desde início.

Assim, é preciso que, para preservar a legalidade e a igualdade de tratamento entre licitantes, do artigo 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, bem como a isonomia que é também exigida pelo artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que o edital tenha adicionada uma ressalva, ao final da lista dos dois subitens citados, do edital, que o desempate de ME/EPP, em situação de chamado “empate ficto”, não será aplicado se licitantes já estiverem empatados no menor patamar possível no sistema, desde a inclusão das propostas, DEVENDO HAVER O SORTEIO AMPLO E IRRESTRITO, COM TODAS AS LICITANTES, INDEPENDENTEMENTE DE PORTE.

=====

03. DOS PEDIDOS

=====

Ante o exposto, requer seja acolhida a presente petição e suas considerações de mérito para que o edital seja modificado, de modo que:

- 1) haja alteração dos itens questionados, para que o pagamento dos créditos para os cartões seja pré-pago (efetivamente antecipado) e em tempo hábil para que a empresa contratada possa repassar aqueles créditos para os cartões dos usuários (não se pede antecipação de pagamento da empresa, mas de valor que não lhe pertence, mas sim aos servidores públicos);
- 2) o edital proíba, expressamente, desconto e, também em observância à legislação mais atual, que considere para julgamento apenas a taxa de administração positiva ou no máximo zero (situação em que a empresa executa contrato com sua atual estrutura), mas não negativa ou desconto (situação ilícita na qual a empresa promete suposto desconto em receita contábil e tributária de terceiras empresas estranhas ao contrato); e
- 3) por fim, que o edital tenha incluída ressalva de que no caso de empate já nas propostas, no mínimo patamar possível no sistema de pregão, que não será aplicada a regra de desempate de ME/EPP, mas sim realizado sorteio com todas as licitantes que estiverem empatadas naquele mínimo valor possível no sistema.

Termos em que requer deferimento.

Brasília, 20 de março de 2023.



Documento assinado digitalmente
CLESIO ADRIANO NUNES DE ASSIS
Data: 20/03/2023 15:18:42-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Clésio Adriano Nunes de Assis
Gerente de Licitações e Contratos