

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA TRENTO/SC

PREGÃO ELETRÔNICO 027/2020

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:

1.1. - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES DE VALE REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO ELETRÔNICO/MAGNÉTICO OU COM CHIP, COM SENHA PESSOAL, PARA RECARGAS MENSAIS, SOLICITADOS CONFORME DEMANDA, DESTINADO AOS SERVIDORES DA PREFEITURA DE NOVA TRENTO, conforme características, especificações e quantidades constantes neste edital.

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, qual seja, determinação da taxa máxima de administração imposta aos estabelecimentos credenciados além da exigência de apresentação da rede credenciada para o dia do certame.

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 RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE ESTABELECIMENTO E CONTRATADA - *PACTA SUNT SERVANDA*

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

8.2.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

e) Comprovante de ter no município de NOVA TRENTO, no mínimo 05 (cinco) estabelecimentos credenciados no ramo previsto na Lei Municipal nº 2.748/2019, qual seja, SUPERMERCADOS, MERCEARIAS, RESTAURANTES, PADARIAS E AÇOUGUES, cuja taxa de administração para estes, não seja superior a três por cento. Deverá a empresa licitante apresentar cópia do contrato de credenciamento onde taxa de administração não seja superior a três por cento.

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, ou seja, o órgão seria apenas um terceiro da relação contratual. Além disso, seria um terceiro não interessado, haja vista que, após contrato fechado entre os licitantes, as taxas acordadas com os estabelecimentos credenciados não interferirão nos valores estabelecidos do contrato com a Administração Pública.

7. Partindo desse princípio, começamos a explicar os motivos pelos quais não cabe à Administração Pública interferir na relação contratual existente entre a contratada e os estabelecimentos credenciados em sua rede.

8. Em suma, por se tratar de uma negociação comercial, a empresa depende da aceitação do estabelecimento para credenciar. Ambas as partes exercem nesse momento sua autonomia de vontade, não cabendo à Administração interferir em tal vontade.

9. Se o negócio jurídico é lícito, possível e determinado e surge de uma vontade livre das partes, não há razão que justifique a interferência da Administração, a qual não sofrerá nenhum prejuízo com tais acordos.

10. A relação existente entre os estabelecimentos e a contratada, ao pé que não interfere na realidade da Administração Pública, encontra-se inserida na esfera do Direito Privado e deve ser regida pelos princípios que a tal diz respeito. Ao querer interferir nas relações entre estabelecimentos e licitantes, a Administração ofende de morte o Princípio Constitucional da Liberdade.

11. Autonomia da vontade é a liberdade de agir que a pessoa exerce para satisfazer seus anseios. Cada indivíduo manifesta sua vontade real, a fim de ter o objeto da sua vontade alcançado.

12. Sendo assim, caso não haja coerência entre a vontade real (interna) e a vontade manifestada/expressada (declaração de vontade), fala-se em um vício da vontade, ou, para alguns, vício no consentimento (erro, dolo, coação, etc.), que pode invalidar o ato ou negócio jurídico feito sob àquela manifestação viciada.

13. Autonomia privada é um princípio mais recente no direito privado, que decorre do princípio da autonomia da vontade, divergindo dele na medida em que as pessoas criam normas a partir da vontade (particular), com o intuito de que elas mesmas cumpram e respeitem.

14. A autonomia privada é fonte normativa, ou melhor, fonte do direito obrigacional, livre da ingerência do Estado, livre da interferência daqueles que não contrataram. Ou seja, se a relação não for viciada e se não descumprir os preceitos da função social do contrato e da boa-fé, **não existe motivação para a interferência estatal na presente relação.**

15. Assim é disposto no Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (grifo nosso)

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

16. Assim sendo, resta comprovado a possibilidade de a contratada estipular livremente suas taxas com os estabelecimentos credenciados, sendo impossibilitada a intervenção estatal nos termos ora contratados entre eles.

17. ***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 intervir.***

18. 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”.

19. 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.

20. 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.)

21. 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.)

22. 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 passíveis 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 n. 8.884/94. (Processo n. 08012.009557/98-66)

23. Um dos insumos para o negócio da Impugnante, por certo, é sua rede credenciada. Assim, não é permitido ao Órgão licitante intervir na contratação dos estabelecimentos a serem credenciados.

24. Ou seja, a exigência editalícia é capaz, sim, de remeter a competição a determinadas empresas que possuem uma rede de credenciamento específica, determinada no

Instrumento de Convocação, em prejuízo ao princípio da isonomia, destacado no art. 3º da Lei 8666/93.

25. A sua ilegalidade 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.

26. 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.¹

27. 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).

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

29. 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!

30. Desta forma, o Edital deve ser alterado para modificar totalmente o item que faz referência à taxa de 3% previsto no Edital, visto o direcionamento de credenciamento dos estabelecimentos ser ato ilícito, restringindo o caráter competitivo do certame, posto ainda que, configura compromisso de terceiro a obrigação de obedecer a taxa de administração imposta aos estabelecimentos credenciados.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 3ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1994, p. 35, g.n.

II.1 - DA EXIGÊNCIA DE REDE PRÉVIA

31. Além do já apontado, a exigência da qual é levantada a presente impugnação traz também necessidade de **comprovação da rede de estabelecimentos credenciados, sem concessão de prazo razoável, devendo apresentar a rede credenciada juntamente com a proposta no dia do certame**, conforme é exposto também no item 8.2.2 do presente edital:

8.2.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

e) Comprovante de ter no município de NOVA TRENTO, **no mínimo 05 (cinco) estabelecimentos credenciados** no ramo previsto na Lei Municipal nº 2.748/2019, qual seja, SUPERMERCADOS, MERCEARIAS, RESTAURANTES, PADARIAS E AÇOUGUES, cuja taxa de administração para estes, não seja superior a três por cento. Deverá a empresa licitante apresentar cópia do contrato de credenciamento onde taxa de administração não seja superior a três por cento.

32. E a razão é simples: **da forma como consta no Edital convocatório, a comprovação de estabelecimentos credenciados antes da assinatura do contrato, impede a participação de diversas licitantes que ainda não atuam na região onde será prestado o serviço licitado.**

33. Por óbvio, tais exigências, não podem ser cumpridas por aquela empresa que não atua nas localidades ali dispostas, ficando clara a exigência de **rede prévia** de profissionais credenciados.

34. É clarividente que da forma como consta do Edital, resta proibida a participação de empresas que atuam em outras regiões do Brasil, uma ilegalidade absurda aos princípios licitatórios e à legislação de proteção à concorrência (Lei nº 12.846/13)!

35. De fato, o que uma empresa com fortíssima atuação, por exemplo, no Sul do Brasil faria com uma rede de estabelecimentos credenciados em um determinado município da região Norte? A que serviria esta rede? A nada, a ninguém!

36. Somente tem rede em um determinado local quem precisa ter rede neste local. É o óbvio; é o lógico! **É restrição por via oblíqua ou indireta pelo local da atuação da empresa.**

37. Por esta razão a referida exigência afronta os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da competitividade, uma vez que limita a participação de diversas empresas que tem condições de honrar a execução, mas que não atuam previamente nas localidades acima citadas.

38. **Nestes casos, o justo e costumeiramente praticado pelos demais órgãos e entidades da Administração em todos os seus níveis é sempre exigir da licitante que vier a se consagrar como vencedora a apresentação da rede em prazo razoável, após a conclusão do processo administrativo licitatório, ou seja após a assinatura do contrato, quando efetivamente a vencedora se torna operacional.**

39. Nesse sentido, elucida Marçal Justen Filho:

O ato convocatório pode exigir que o licitante comprove dispor de equipamentos e pessoal técnico indispensáveis à execução do contrato. A Lei autoriza a inserção de cláusula dessa ordem, mas determina que a exigência será satisfeita através de relação de bens e de pessoal que satisfaçam às necessidades da Administração e de declaração expressa acerca de sua disponibilidade. **Não se pode exigir, portanto, que as máquinas ou o pessoal estejam localizados em certos pontos geográficos nem que o licitante seja proprietário, na data da abertura da licitação, dos equipamentos necessários.** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, 2005, Dialética, p.337.)

40. Neste sentido é ainda o entendimento do Tribunal de Contas da União, no qual já foi amplamente discutida a temática, sendo consolidado e homogêneo o entendimento de que a exigência quanto à apresentação da rede credenciada, deve ocorrer na fase de contratação e não de habilitação do certame:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL DO TIPO MENOR PREÇO (MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO). CONTRATAÇÃO DE EMPRESA: ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO COLETIVA (REFEIÇÃO-CONVÊNIO). CLÁUSULA EDITALÍCIA EXCESSIVAMENTE RESTRITIVA. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. [...] Segundo ele, não seria razoável "a exigência de que todas as empresas interessadas em

contratar com a Administração sejam obrigadas, ainda na fase de habilitação do pregão, de manter estabelecimentos comerciais credenciados em todas as capitais dos estados brasileiros e em todos os municípios com mais de cem mil habitantes”, em linha com a jurisprudência do Tribunal. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, “levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão”. **Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que “a , sendo permitido um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição”.** Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. Acórdão n.º 307/2011-Plenário, TC-032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011.

EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REDE CREDENCIADA APENAS NA FASE DE CONTRATAÇÃO E NÃO PARA FIM DE HABILITAÇÃO NO CERTAME [...]. A representante alegou que a exigência de qualificação técnica contida no item 4.1.1.5.1.1 do edital constitui restrição ao caráter competitivo do certame, na medida em que deles exige prévia comprovação de rede de estabelecimentos credenciados no Estado do Amazonas, mediante relação escrita, com indicação de razão social, CNPJ e endereço. Além de contrária à jurisprudência do TCU, a exigência afasta a participação de empresas que atuam em outras regiões do Brasil, pois “somente as da localidade têm como provar, até a data da sessão pública, que possuem rede de estabelecimentos credenciados nos locais indicados”. [...] Assim sendo, nos termos do voto do relator, decidiu o Plenário revogar a medida cautelar e, já com vistas ao novo certame, **determinar à entidade que faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora da licitação credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os empregados da estatal estejam lotados. Acórdão n.º 3156/2010-Plenário, TC-028.280/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 24.11.2010.**

Ata 46/2010 - Plenário

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.3. determinar à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que adote as providências que se fizerem necessárias para restabelecer a competitividade no Pregão Eletrônico nº 387/2010, podendo ser levadas em consideração, para tanto, as sugestões feitas pela unidade técnica deste Tribunal na segunda instrução dos autos, reproduzidas nos subitens abaixo, atentando que **as exigências de rede credenciada não podem feitas como critério de habilitação na licitação, devendo ser dirigidas somente à futura contratada**:

9.3.1. excluir o subitem 4.1.1.5.1.3 do edital do Pregão Eletrônico nº 387/2010, consistente na exigência de os interessados apresentarem relação de estabelecimentos comerciais credenciados junto à licitante, informando a razão social, CNPJ e endereço, a fim de possibilitar o reinício do certame, com abertura de novo prazo legal para que os interessados prepararem suas propostas;

9.3.2. fazer constar a exigência de comprovação de rede credenciada **apenas na fase de contratação, com estabelecimento de um prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais das localidades onde os funcionários da estatal estejam lotados**;

41. Necessário estabelecer um prazo que se mostre razoável à sua consecução, a ponto de permitir a participação daquelas licitantes que AINDA não possuam a rede credenciada exigida antes da finalização do procedimento licitatório. Isto porque **o credenciamento requer um período razoável**, tendo em vista que envolve tanto a vontade das partes (as licitantes com os profissionais e estabelecimentos a serem credenciados), como também as providências de ordem burocrática necessárias à sua realização.

42. Diante todo o exposto, o Edital deve ser alterado no respectivo item, uma vez que, como já exposto, apresenta grande limitação sobre a participação de várias empresas que poderiam honrar o contrato, uma vez que exige também a apresentação de rede credenciada de forma prévia. Exigência essa repudiada pelos Tribunais Pátrios e pela legislação vigente, devendo ser ainda remarcada a data de realização do certame por se tratar de alteração significativa que modifica a formulação das propostas, concedendo **prazo hábil de no mínimo 30 (trinta) dias úteis para apresentação integral da rede de estabelecimentos credenciados, após a assinatura do contrato.**

III. PEDIDOS

43. Requer que o Edital seja alterado, especificamente no item impugnado a cima, posto que configura exigência quanto à fato de terceiros, repudiada pelos Tribunais Pátrios e pela legislação vigente, devendo ser ainda remarcada a data de realização do certame por se tratar de alteração significativa que modifica a formulação das propostas.

44. Requer também que sejam readequadas as informações quanto ao item 8.2.2, alínea “e”, do presente Edital, visto que a exigência de apresentação de rede prévia constitui ato lesivo aos princípios da Administração Pública, concedendo **prazo hábil de no mínimo 30 (trinta) dias úteis para apresentação da rede genérica de estabelecimentos credenciados, após a assinatura do contrato**, reestabelecendo assim a competitividade hoje prejudicada.

45. 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 Nova Trento/SC, 17 de junho de 2020.

TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA.