



Estado de Santa Catarina

Município de Descanso

PARECER JURÍDICO

SOLICITANTE: Departamento de Compras e Licitações.

OBJETO: Apresentar parecer acerca de impugnação ao Edital de Licitação, processo 111/2022, pregão eletrônico 014/2022, efetuado pela empresa BF Instituição de pagamento Ltda, CNPJ n. 16.814.330/0001-50.

PARECER

O setor de compras e licitações do município manifesta sua intenção obter parecer acerca de impugnação ao Edital de Licitação, processo 111/2022, pregão eletrônico 014/2022, efetuado pela empresa BF Instituição de pagamento Ltda, CNPJ n. 16.814.330/0001-50.

Alega a impugnante que é empresa do ramo de cartões de alimentação e refeição, com ampla experiência na prestação de serviços a órgãos públicos, participando de processos licitatórios.

Argumenta que o edital proíbe a apresentação de taxa negativa na oferta que no seu entender deveria ser ofertado pela administração, visto ser praxe a oferta da taxa nessa modalidade, ou seja, negativa, tecendo que as empresas de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como a taxa de administração sobre as operações dos estabelecimentos; taxa de antecipação, taxa de operação do sistema portal Web, tarifa de locação de equipamento de captura, tarifa sobre a transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de serviços de valores agregados, como seguros em geral, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc...

Conclui que com a proibição da taxa negativa, todas as empresas ofertarão proposta com taxa 0%, implicando que o órgão público não terá desconto no valor do crédito e não aferirá a economia aos cofres públicos, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, pela ocorrência do empate que gerará o necessário sorteio como critério de desempate, que no caso seria aplicado como critério de julgamento ao sentir da impugnante, frustrando a competitividade.

Noutro vértice, argumenta que nesse sentido, não seria aplicado o benefício para ME e EPP, elencado na Lei Complementar 123/2006, ferindo o princípio da legalidade.



Descanso, lugar bom de viver!



Estado de Santa Catarina

Município de Descanso

Em arremate, alega que a MP 1108/2022 não é aplicável ao cenário público, visto que apenas alterou a CLT, regime que não se aplica aos servidores estatutários.

Conclui referindo que existe aparente conflito entre a MP 1108/2022 e as Leis 8.666/93 e 10.520/2002, pois a limitação da taxa vai contra os princípios basilares da licitação, segregando a competitividade, a seleção da proposta mais vantajosa e especialmente, na modalidade de pregão, que prevê etapa de disputa, mediante a oferta melhores lances, sendo que as leis são especiais e pela reserva do princípio da especialidade, seriam aplicadas com preponderância sobre as demais.

Alega a inconstitucionalidade da MP 1108/2022 que segundo seu entendimento impõe restrições às relações comerciais e econômicas, ferindo o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, constantes no art. 170 da CF e art. 173, §4º.

Elenca em seguida os fundamentos jurídicos que entende pertinentes ao caso, listando locais onde ocorreram decisões que lhe socorrem.

Era o relato acerca do pedido.

Como já dito anteriormente em parecer exarado por essa assessoria, o criterioso trabalho de confecção do edital para a finalidade posta merece atenção especial, em vista das incertezas jurídicas que podem permear eventual contratação, caso não ocorram já na fase licitatória, o que pode gerar atrasos e até discussões judiciais sobre o tema.

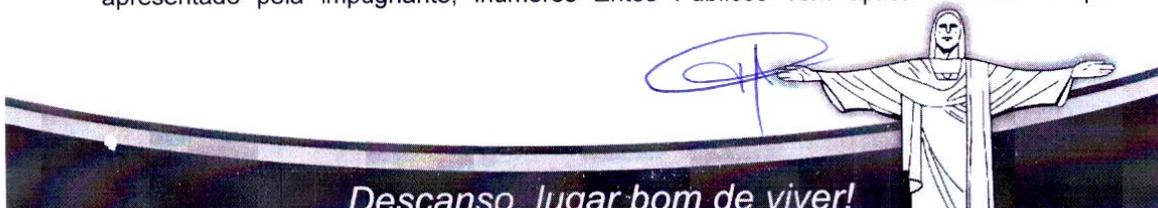
Evidencia-se a situação por todo ângulo que se olhe a questão, em especial pela impugnação apresentada e em análise.

Notadamente, os pontos atacados pela impugnante foram objeto do parecer para a confecção do edital, à exceção do pagamento antecipado.

Não obstante as orientações emanadas do parecer anterior, o que não ser retira do cenário de legalidade, a administração pode rever seus atos (art. 53, da Lei Federal 9487/1999), restabelecer critérios e ajustar os instrumentos para melhor atingir seu objetivo.

Pois bem, nesse sentido é o parecer infra, para que se possa respeitando a legalidade e todos os demais princípios atrelados à administração, especialmente as compras públicas, equilibrar as relações ao ponto de gerar a melhor aquisição.

Consoante já explanado em parecer anterior nessa seara, como também trazido e apresentado pela impugnante, inúmeros Entes Públicos vem aplicando critérios que





Estado de Santa Catarina

Município de Descanso

permitem o desconto negativo na taxa de oferta por parte dos licitantes, tudo com lastro na prática, sem, contudo, estar calcado em legislação específica.

Pertinente o alegado pela impugnante acerca da aplicabilidade da MP 1.108/2022 no âmbito público, todavia, diante da ausência legislação nesse último setor, a atração analógica no edital representaria faculdade do gestor e não uma aplicação direta da legislação privada.

Diante disso, a vedação da taxa negativa não nos parece inaplicável no edital, já que cabe à administração gerir o processo da forma como melhor atender ao objetivo, vedando ou não, independentemente da redação da MP 1.108/22.

Por outra, com a vedação da taxa negativa, mesmo que em hipótese, verte da situação a possibilidade de todas as concorrentes chegarem à oferta de taxa 0%, o que também em hipótese poderia causar a ausência de concorrência caso materializado no certame.

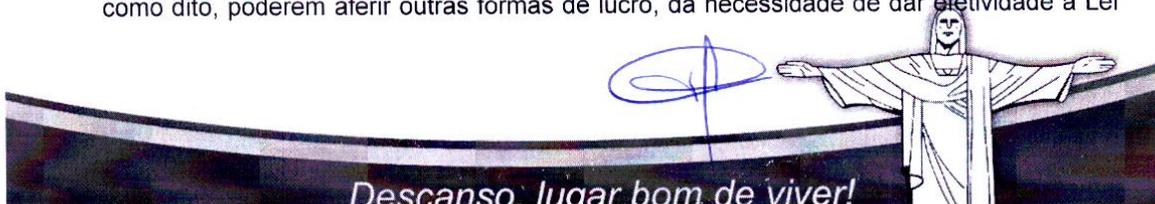
Veja-se que a problemática cinge-se meramente nas hipóteses de ocorrência, não ficando comprovado que de fato se daria uma violação do princípio da concorrência, sendo essa uma completa imprevisão.

É insigne observar que justamente a preocupação emanada do parecer base para a licitação vem textualmente reconhecido na impugnação apresentada quando a empresa relata que: *“as empresas de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como a taxa de administração sobre as operações dos estabelecimentos; taxa de antecipação, taxa de operação do sistema portal Web, tarifa de locação de equipamento de captura, tarifa sobre a transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de serviços de valores agregados, como seguros em geral, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc...”*

Tal assertiva deixa claro que a taxa negativa não é nenhuma benesse das empresas que participam de certames dessa natureza e que tais descontos implicam em aumento dos custos para credenciados e no fornecimento final aos beneficiados, no caso os servidores do município.

Não se olvida da possibilidade de lançar edital permitindo a taxa negativa, até mesmo porque essa situação eliminaria três problemas em apenas um ato, mas persiste a preocupação acima, que geraria um encarecimento para os beneficiados que já estão recebendo ajuda de custo para alimentação, ou seja, seu mínimo existencial.

Diante desse drástico cenário de discussão, visando preservar os interesses de todos os envolvidos, considerando a possibilidade da taxa negativa, o fato das empresas, como dito, poderem aferir outras formas de lucro, da necessidade de dar efetividade à Lei





Estado de Santa Catarina

Município de Descanso

Complementar 123/2006 e, mais, para a eficiência do processo licitatório sem que parem situações que podem gerar discussão judicial infundável e tomada de decisões provisórias, importa sugerir a mudança para acolher em parte a impugnação apresentada.

Todavia, nessa linha de acolhimento, para permitir a taxa negativa, necessário, no entanto, que seja instrumentalizado sistema capaz de garantir que não haja encarecimento que provoque despesas extras para os assistidos pelo benefício, pois, não se pode olvidar que as empresas não estão fazendo caridade ofertando taxas negativas.

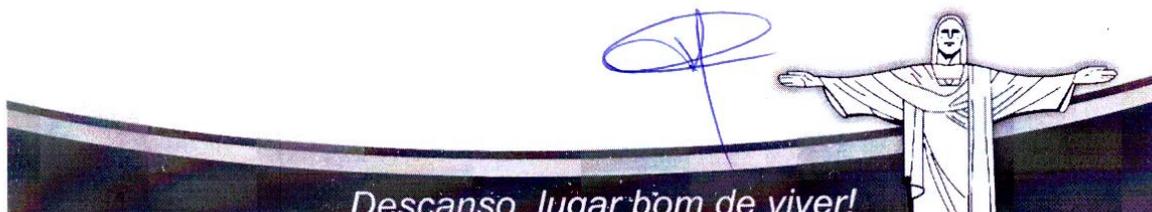
Nessa linha sugere-se, com texto ao final do parecer, que haja fixação de vedação no edital para o repasse do desconto aos credenciados e para o consumidor final, de modo a proporcionar com que a empresa assuma o risco da sua livre iniciativa em oferecer taxa negativa, fazendo com que exerça seu pleno direito de ofertar outros produtos relatados na impugnação, ressalvada a venda casada, para atender sua demanda de lucro.

Com tal vedação não estaria o município ocasionando limitação na concorrência ou mesmo causando empecilho para a livre iniciativa, já que apenas define premissa em edital que não tem óbice legal.

Ademias, frente aos diálogos administrativos mantidos para encontrar a melhor solução ao problema, dos fundamentos já elencados, dispensa-se nova fundamentação, visto que tudo já está exaustivamente debatido em todos os documentos, sejam eles de base ou confeccionados para a finalidade.

Diante do exposto, o presente parecer é no sentido de sugerir as seguintes medidas, todas legalmente cabíveis:

1. Não acolher a impugnação ofertada, mantendo-se a vedação da taxa negativa e, no entanto, realizar o sorteio apenas entre as ME e EPPs, com fundamento na Lei Complementar 123/2006;
 2. Acolher a impugnação ofertada para permitir a taxa negativa no certame, caso em que seja colocada no edital vedação de repasse do desconto na forma de sobrepreço de credenciados ou consumidores finais: *"fica vedado o repasse sob qualquer forma a credenciados, consumidores finais ou quaisquer terceiros envolvidos na cadeia de fornecimento do item licitado, dos descontos nas taxas ofertadas no presente certame, sob pena de rescisão contratual"*.
- 2.1. Em caso de empate em taxa negativa, permitir a aplicação do privilégio às MEs EPPs, com fulcro na Lei Complementar 123/2006;





Estado de Santa Catarina

Município de Descanso

3. Como solução sugerida, efetivada ou não qualquer uma das acima, seja modificada a legislação para permitir o pagamento do vale-alimentação diretamente em folha de pagamento, caso em que a licitação deve ser revogada;
4. Sugere-se sob qualquer prisma a alteração da legislação para permitir a forma de pagamento do vale-alimentação diretamente em folha para os servidores, inclusive, como ato preventivo em caso de eventual litígio que suspenda o certame ou mesmo até sua operacionalização.

Descanso/SC, 20 de julho de 2022.



Rogério de Lemes
OAB/SC – 21.018
Assessor Jurídico

