

PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO E PREFEITO MUNICIPAL DE FORMOSA DO SUL

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N. 14/2022 (PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 45/2022) APRESENTADA PELA BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.

1. SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Trata-se de impugnação ao edital interposta pela empresa BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, protocolada junto ao Município de Formosa do Sul no dia 02/06/2022.

A impugnação foi encaminhada à assessoria jurídica para análise e orientação quanto à decisão a ser tomada pela Administração.

A empresa apresenta impugnação alegando que o edital contém cláusula que proíbe a apresentação de proposta com Taxa Negativa, com fundamento na Medida Provisória n°. 1.108/2021 e Decreto n°. 10.854/2021, o que deveria ser permitido, sob pena de ilegalidade.

Defende que com a proibição da Taxa Negativa, TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com Taxa 0%, o que frustrará a competitividade do certame eis que eventual desempate correrá através de sorteio, impedindo a aferição de economia aos cofres públicos, em afronta ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º da Lei 8666/93).

Sustenta também a impugnante que a MP 1.108/2022 não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, na medida em que a finalidade da proibição contida no art. 3º da MP 1108/2022 é alcançar as empresas beneficiárias do PAT, que "supostamente" estaria se beneficiando duplamente, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas fornecedoras de Cartão Alimentação/Refeição.

Por fim, aduz que a MP 1.108/2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada, já que impõe restrições às relações comerciais e econômicas, fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, e ainda o art. 173, §4º, que dispõe que a lei reprimirá a eliminação da concorrência.

Em síntese são essas as razões da impugnação apresentada, requerendo a impugnante a revisão e exclusão dos itens que vedam a apresentação de taxa de administração negativa.

2. ANÁLISE E PARECER

2.1. Da tempestividade:

A abertura da licitação está marcada para o dia 08/06/2022, sendo que a impugnação da empresa BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, foi protocolada no dia 02/06/2022.

Pois bem, de acordo com o item 3.2 do edital o prazo para os licitantes o impugnarem é de até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, senão vejamos:

"3.2. As impugnações, pelos licitantes, deverão ser dirigidas ao Pregoeiro exclusivamente por meio eletrônico, através do site <https://bnc.org.br>, no prazo de até 3 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, em observância às determinações contidas no § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93."

Ante o exposto, não há dúvida quanto à tempestividade da impugnação ora apresentada.

2.2. Parecer:

No tocante ao mérito da impugnação, alega em síntese a impugnante que o edital veda a apresentação de taxa de administração negativa o que deveria ser permitido, sob pena de ilegalidade.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não há óbice legal para que a Administração formule, nos editais de licitação, determinadas exigências, desde que as mesmas se afigurem relevantes para o interesse público.

O questionamento quanto ao limite das exigências advém do texto da Carta Magna, que assim estabelece:

"Art. 37. ...

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifou-se)

Assim, a previsão constitucional que trata das limitações quanto às exigências possíveis nas licitações públicas não implica dizer que a Administração não pode fazer exigências restritivas.

O que a Lei veda é a formulação de exigências impertinentes ou incompatíveis com os fins da licitação e com os demais dispositivos, como se observa na previsão do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 3º ...

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;" (grifou-se)

A propósito, veja-se a lição de Marçal Justen Filho, quando trata da matéria:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ("... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada da necessidade de Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração." ¹

Nesse contexto, destaca-se ainda o Enunciado de Decisão nº 351, do Tribunal de Contas da União que assevera: *"A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados*

¹ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição, Dialética Editora. Pág. 80

necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal: art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93)."

Estabelecida tal premissa, passa-se à análise do questionamento, qual seja, permissão da taxa de administração negativa para o objeto licitado.

De pronto, verifica-se que são totalmente relevantes os apontamentos realizados pela impugnante, não só quanto a possível ausência de competitividade ao não se permitir taxa negativa, mas, principalmente, quanto à inaplicabilidade da MP 1108/2022 aos entes públicos que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como no caso do Município de Formosa do Sul-SC.

Conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, **"no âmbito dos contratos firmados com a Administração Pública, o Plenário do Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da taxa de administração negativa 'por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital"**.

Ou seja, a admissão de ofertas de taxas negativas, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, já que, como bem disse a impugnante, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro.

A remuneração dessas empresas advém também da 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 (POS), Tarifa (TED) sobre transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de Serviços de Valores Agregados (SVA), como seguros em gerais, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexecutável, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 -plenário.

E isso também sem mencionar, como bem disse a impugnante, que a MP 1.108/2022 não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como no caso de Formosa do Sul-SC que possui regime estatutário.

Nesse sentido, essa Assessoria reconhece que num primeiro momento deixou de fazer uma análise mais acurada quanto à complexidade do objeto ora pretendido, pelo que deve a Administração promover o imediato cancelamento do certame, a fim de permitir o recebimento de propostas com taxa negativa ou deságio.

Em outros termos, sugere-se o acolhimento da impugnação apresentada pela empresa BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, devendo a municipalidade promover a novo estudo para licitar a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO MAGNÉTICO OU DE SIMILAR TECNOLOGIA, AOS SERVIDORES ATIVOS ESTATUTÁRIOS, CARGOS EM COMISSÃO, CONTRATADOS TEMPORÁRIOS, ESTAGIÁRIOS E MEMBROS DO CONSELHO TUTELAR, NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE FORMOSA DO SUL - SC, PARA USO DO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO, de forma a viabilizar a taxa de administração negativa para o objeto licitado, sempre atentando para a preservação do interesse público.

3. CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, uma vez que se apresentam fundamentos para se promover mudanças no edital, opina-se pelo cancelamento do certame, recomendando-se a realização de novo estudo por parte da municipalidade para a aquisição do objeto ora pretendido, de forma a viabilizar a obtenção da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, garantir a preservação do interesse público.

É o parecer.

Formosa do Sul, SC, 06 de junho de 2022.

Anderson Tissiani Vedana
Advogado - OAB/SC 24.031