

PARECER JURÍDICO

Encaminhamento: Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê/SC

Interessado: **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.**

EMENTA: IMPUGNAÇÃO PARA ALTERAÇÃO EDITALÍCIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE VEDAÇÃO A APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA COM TAXA NEGATIVA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA TAXA COBRADA AOS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. APLICAÇÃO DE TAXA ZERO AO MUNICÍPIO E DE TAXA LIMITE AOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO DE MERCADO. INDEFERIMENTO.

RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê/SC solicitou parecer jurídico em razão da interposição de impugnação exarada pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.**, ao Edital do **Processo Licitatório nº 0183/2022, Pregão Eletrônico nº 0025/2022**, cujo objeto refere-se a *“Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gestão de sistemas, operados através de cartão magnético, com fornecimento do cartão personalizado, com senha e logotipo exclusivo e funções de débito e crédito, denominado cartão “Mais Cidadania”, destinados as famílias com direito a Benefícios eventuais da Secretaria Municipal de Assistência Social.”*

O impugnante insurge-se com relação a 2 (dois) pontos principais, quais sejam: **(i)** a vedação da oferta de taxas negativas, já que adotado taxa de administração zero para o Município; e **(ii)** a limitação de taxa máxima (3%) cobrada pela empresa contratada aos estabelecimentos credenciados.

Com relação ao item **(i)**, manifestou o impugnante que no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição é praxe as empresas ofertarem taxa administrativa negativa, não implicando em proposta inexequível, vez que as fornecedoras têm condições de auferir lucro na operação através de outras fontes, como Taxa de Antecipação, Taxa de operação

do sistema Portal Web, Tarifa de Locação de equipamento de captura, TED sobre transferência de valores da conta digital, entre outros. Ademais, que mantendo-se a proibição da taxa negativa, todas as empresas licitantes ofertarão taxa 0% (zero por cento), e haveria, por necessário, a seleção da proposta mais vantajosa através de sorteio, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, bem como a competitividade do certame. Por fim, que a Medida Provisória nº 1.108/2022 não teria aplicabilidade no âmbito das contratações públicas, *“pois a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT”*.

Referente ao item (ii), manifesta o impugnante que a limitação de taxa máxima a ser cobrada pelo contratado aos estabelecimentos credenciados (*in casu*, no importe de 3%), *“extrapola a autonomia e o poder da administração pública, vez que relacionados à relação jurídica estabelecida entre particulares – empresa e estabelecimentos – da qual a administração não pode interferir”*. Neste sentir, que por se tratar de uma negociação comercial não caberia à Administração interferir na autonomia de vontade dos particulares (empresa contratada e comércio). Pugnou, ao término, pela revisão e exclusão dos itens impugnados.

É o lacônico relatório.

PARECER

Antes de adentrar ao mérito da impugnação, oportuno ressaltar que o teor do presente parecer jurídico é apenas **opinativo-orientativo**, não se vinculando a decisão que será expedida pela autoridade competente. Mais a mais, por tratar-se de impugnação contendo 2 (duas) teses complexas, peço licença para dispô-las em 2 (dois) tópicos individualizados, ao fim da melhor visualização. Assim, pela ordem estabelecida em relatório:

I. Da ausência de ilegalidade na vedação da taxa negativa:

Como dito alhures, insurge-se o impugnante quanto a vedação da oferta de taxas negativas pelos proponentes, disposição que afrontaria a isonomia, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa ao certame. Pois bem!

Em um primeiro e raso olhar, permitir aos proponentes que ofertem taxas negativas no certame traduz-se na geração de ganhos aos cofres públicos do Município, pois a

conclusão lógica é a seguinte: ao oferecer “descontos” à Administração, esta pagará às administradoras do vale alimentação um valor menor do que a carga que será inserida nos cartões magnéticos. Ocorre, entretanto, que apesar do aparente benefício, os reflexos de médio e longo prazo desta prática ocasionarão desvantagens e prejuízos ao Município e aos usuários do cartão magnético. Explico melhor!

Por óbvio que, mesmo ofertando taxas negativas à Administração, as empresas licitantes não iriam aferir qualquer tipo de prejuízo. Pensar assim seria ilógico, vez que nenhuma empresa contrataria com o poder público para, ao final da avença, ter perdas de ordem financeira. Como bem esclarecido pelo impugnante, possuem as empresas fornecedoras de cartão outras formas de aferir lucros, como “*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)*”, além de outras fontes de renda.

Como visto, de forma a não restarem em prejuízo ao contratar com o poder público (através de taxas negativas e/ou “descontos” concedidos à Administração), as empresas administradoras do cartão magnético se obrigam a repassar o custo dos referidos “descontos” aos estabelecimentos credenciados, o que muitas das vezes é feito mediante a cobrança de taxas elevadas, que podem ultrapassar 10%, 15% ou 20%, por exemplo.

Na prática, e em razão da obrigação contratual, dirigem-se os representantes da empresa contratada até os estabelecimentos quais pretendem credenciar, oportunidade em que realizadas negociações a taxas muitíssimo elevadas. Aqui há que certamente observar que o poder de barganha de um pequeno comerciante jamais se equivalerá ao de empresa especializada e com vasto conhecimento técnico na área. Isso quando a negociação é exitosa, pois é público e notório o fato da dificuldade no credenciamento da licitante vencedora com os estabelecimentos comerciais.

De todo modo, mesmo considerando exitosas as negociações, quando forem estas efetuadas a taxas muito altas, será o próprio comerciante que, como consequência lógica, terá prejuízo no seu negócio. Não almejando aludido prejuízo, e visando manter margens sustentáveis de receita e lucro, o comerciante repassará os custos/taxas para os produtos do seu estabelecimento, de modo que seus clientes - inclusive os indivíduos beneficiários do objeto do presente Edital (usuários do cartão magnético) -, estarão adquirindo produtos a custos mais elevados.

Vê-se, por esta equação, que apesar do aparente ganho na forma de desconto à Administração, o usuário beneficiário do objeto da licitação¹ - indivíduo qual se pretende privilegiar -, não perceberá qualquer vantagem, vez que o (s) produto (s) do estabelecimento que utiliza para fazer suas compras estarão mais caros.

Diante deste cenário, e conhecendo esta realidade fática, tem os Tribunais de Contas adotado postura restritiva quanto a aplicação da taxa negativa nos certames públicos, justamente em razão do “prejuízo” que a empresa contratada buscará reverter na relação privada tida com os estabelecimentos credenciados. É julgado extraído do TCESP, Representação sob nº 00000253.989.18-0, datado de 07/03/2018, no seguinte sentir:

*A taxa negativa implica um pagamento que será realizado pela vencedora do certame à Administração e o percentual de referência vem se mostrando cada vez maior em razão do desejo das interessadas em angariar os contratos. **Mas esse pagamento, em tese, representa um “prejuízo” que a empresa certamente buscará reverter na sua relação com os estabelecimentos credenciados.** Isso é feito por meio da cobrança de taxas desses estabelecimentos sobre o valor das compras que são feitas pelos usuários do cartão de benefício. **O que se tem percebido é que essa taxa tem se mostrado cada vez mais elevada, pondo em xeque a própria natureza do benefício, até porque o estabelecimento credenciado irá repassar esse custo ao consumidor final, que é o usuário.** [...] E as críticas à possibilidade da taxa negativa externadas no presente voto não são inéditas no âmbito desta Corte, como demonstra a transcrição das notas taquigráficas referentes aos Exames Prévios de Edital tratados nos processos TC-002222.989.13-9 – TC-002226.989.13-5 e TC-002235.989.13-4 na sessão plenária de 6 de novembro de 2013. (Grifei)*

Ainda, no mesmo julgado, conforme entendimento do emérito Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues:

*[...] Apenas desejo consignar que essa questão da taxa zero ou negativa deveria começar a ser repensada pelo Tribunal, especialmente a taxa negativa, que me incomoda muito, que **transforma eventualmente a administração em sócia da empresa, porque ela vai se recompôr desse desconto buscando no mercado, evidentemente do comerciante ou do comprador, ou do beneficiário do cartão, a compensação por essa taxa negativa, que está sendo repassada para o poder público.** (Grifei)*

¹ Além de todos os demais indivíduos que adquirirem qualquer produto no estabelecimento.

O impugnante menciona, ainda, que “com a proibição da taxa negativa, todas as empresas licitantes ofertarão proposta com taxa 0%”, e que, nesta hipótese, far-se-ia necessário realizar sorteio para definir o vencedor do certame. Tal situação não ocorrerá no presente Processo, visto que o critério de julgamento das propostas é outro. Para que não haja dúvida, conforme “segunda alteração de edital”:

*“Item 1) “Fica alterado o Critério de Julgamento das propostas constante no preâmbulo e no item 9.1 do edital, passando a ser: [...] b. Leia-se: Para julgamento das propostas será adotado o critério de **MENOR PREÇO POR ITEM, considerando menor taxa de administração para os estabelecimentos credenciados** e taxa de administração zero para o município de Xanxerê-SC. **A taxa máxima a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados, será de 3% (três por cento), sobre o valor das compras.**”*

Vê-se, pela leitura atenta do dispositivo acima transcrito, que o critério de julgamento é o **MENOR PREÇO POR ITEM**, considerando a **MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PARA OS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS**, que poderá ser de, no máximo, **3% (três por cento)**. Noutras palavras, poderão os proponentes disputar preço, partindo do limite máximo de 3%, sendo consideradas válidas as propostas com até 2 (duas) casas após a vírgula (leia-se, 2,99%, 2,98%, 2,97%...). A licitante que apresentar o menor percentual será a vencedora do certame, e obrigatoriamente deverá repassar - o percentual -, ao comerciante credenciado, sob pena de aplicação das penalidades dispostas em Edital e contrato. Os licitantes que não apresentarem taxa 0% (zero por cento) à Administração, estarão automaticamente desclassificados.

Com relação a Medida Provisória nº 1.108/2022, destaca o impugnante que a norma dispõe sobre o auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT, alcançando apenas empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador -, não se aplicando no âmbito da Administração Pública. Ademais, que a Medida poderia ter sua inconstitucionalidade declarada, já que fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa.

De destacar, preliminarmente, que aludida Medida Provisória não foi declarada inconstitucional, e que, após tramitação, ganhou *status* de Lei Ordinária (Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022). Além do mais, apesar da limitação para as empresas beneficiárias do PAT, o fato da inteligência da norma dispor da vedação à oferta de taxa de administração negativa, certamente demonstra e reforça a inconveniência e a inviabilidade desta prática em qualquer âmbito, seja ele público ou privado.

A proibição da taxa negativa está, portanto, em conformidade com as disposições da Lei de Licitações, não havendo qualquer óbice pela sua vedação no Processo. Do contrário, estaríamos relativizando a finalidade precípua do fornecimento dos cartões magnéticos “*Mais Cidadania*”, que é a de viabilizar aos beneficiários (usuários do cartão), produtos alimentícios de qualidade e por um preço justo e razoável.

II. Da interferência nas relações de direito privado (contratada e estabelecimento comercial):

A impugnação trata de tópico acerca da suposta impossibilidade de limitação da taxa cobrada pelo vencedor do certame aos estabelecimentos credenciados. De acordo com o impugnante, estabelecer essa espécie de limitação “*extrapola a autonomia e o poder da administração pública, vez que relacionados à relação jurídica estabelecida entre particulares – empresa e estabelecimentos – da qual a administração não pode interferir*”.

Pois bem!

É de fundamental importância que a Administração Pública tenha conhecimento acerca dos valores que estão sendo pagos pelos estabelecimentos credenciados à empresa fornecedora do cartão (que será, ao máximo, no exato percentual definido na sessão pública), não importando se o mercado ou supermercado é de grande ou de pequeno/médio porte.

Caso o Município não estabeleça uma limitação as taxas de administração que serão negociadas entre os particulares, será possível e provável a existência de cobranças em valores percentuais elevados, e até mesmo exorbitantes. O impacto de uma cobrança no importe de 15% ou 20%, por exemplo, será capaz de desnaturalizar o objeto da licitação, pois, como dito, o comerciante não restará em prejuízo, já que, tão logo, este irá repassar o alto custo da taxa aos beneficiários do programa (através do aumento do preço dos produtos).

Não se desconhece que haverá inegável interferência na autonomia de vontade das partes; porém, faz-se necessário impor referida limitação percentual no importe de, ao máximo 3% (três por cento), montante viável que não impedirá a vinda de empresas licitantes interessadas no certame. Ao deixar a taxa ao critério exclusivo ou ao livre arbítrio da administradora do cartão, poderão ser geradas taxas abusivas que, aí sim, afrontariam princípios da Lei de Licitações e da Administração Pública.

Pelo exposto, considerando as disposições deste parecer jurídico, o **OPINATIVO** é pelo **INDEFERIMENTO** da impugnação apresentada pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA.**, pelas razões fundamentadas. Nestes termos, que seja o Edital mantido nos seus exatos termos, republicando-se a data para abertura da sessão pública.

É, portanto, o opinativo que submeto à apreciação superior.

Xanxerê/SC, 20 de janeiro de 2023.

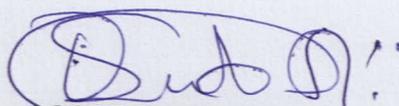
Pedro Piccini

PEDRO HENRIQUE PICCINI
Consultor Jurídico do Município de Xanxerê
OAB/SC 61.229

DECISÃO:

Considerando os termos do parecer jurídico retro, que passam a fazer parte integrante desta decisão, **ACATO o OPINATIVO na íntegra**, e **DECIDO** pelo **INDEFERIMENTO** da impugnação apresentada pela empresa **BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA.**, mantendo-se o Edital em seus ulteriores termos.

Xanxerê/SC, 20 de janeiro de 2023.



OSCAR MARTARELLO

Prefeito Municipal