



**JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO
DECISÃO DO PREGOEIRO**

Pregão Eletrônico nº 01/2023

Processo Administrativo nº 14/2023

Recorrente: Le Card Administradora de Cartões LTDA

Trata-se de apreciação de recurso administrativo oposto pela licitante LE CARD contra o ato de julgamento das propostas, na forma do artigo 165, I, da Lei 14.133/21.

A recorrente manifestou de imediato sua intenção recursal e apresentou as razões no prazo determinado pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos. Portanto, o recurso é tempestivo.

Das razões do recurso

A licitante apresentou recurso a respeito do julgamento das propostas, se insurgindo contra dois pontos que considera irregulares: a concessão de direito de preferência a ME/EPP como critério de desempate no processo licitatório e o enquadramento da licitante classificada em primeiro lugar (VEROCHEQUE) como EPP.



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

Em relação ao enquadramento da licitante vencedora alegou que a LC 123/06 prevê como teto para enquadramento como EPP a receita bruta de R\$ 4.800.000,00, devendo ser considerada como receita bruta o produto de venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações de conta alheia, excluindo as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Também argumenta que não pode ser beneficiado pelo tratamento diferenciado a pessoa jurídica de cujo capital social participe outra pessoa jurídica ou cujo titular ou sócio participe com mais de 10% de outra empresa não beneficiada pelas normas do Estatuto das MEs e EPPs (art. 3º, § 4º da LC 123/06).

Apresentou parecer de consultoria contábil que indicou que a receita bruta da concorrente deveria ser considerada em R\$ 174.587.810,18, destacando que o montante declarado de recolhimento do ISS aponta para uma receita muito superior ao limite legal. Argumenta que, em verdade, a Verocheque deveria se enquadrar como Sociedade de Grande Porte, nos termos da Lei 11.638/07.

Ressaltou o elevado resultado financeiro, capital social, patrimônio líquido e lucro líquido da licitante Verocheque no exercício de 2022, argumentando não ser possível que a empresa tenha uma receita bruta inferior a R\$ 4.800.000,00.

Por fim, alega que a Verocheque participou de outras sociedades no decorrer de 2022, sendo que a receita bruta global de todas as sociedades ultrapassaria o limite de R\$ 4,8 milhões.

Em decorrência, solicita que não seja reconhecido o direito de preferência à licitante declarada vencedora. Apresentou extratos de decisões recentes de outros entes da Administração Pública que proferiram decisões contrárias ao enquadramento da Verocheque como EPP.

Alega que o comportamento da licitante vencedora é inidôneo, incorrendo em fraude e solicita a aplicação de penalidade nos termos do Art. 155, VIII e X, da Lei 14.133/21.



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

O segundo aspecto contra o qual se insurge a licitante é o direito de preferência à MEs e EPPs, como critério de desempate. Em suma, alega que tal critério de desempate não se encontra no edital. Argumenta que em termos práticos, frente à vedação de taxas negativas, automaticamente restam excluídas do certame as empresas que não se enquadram como MEs ou EPPs, violando os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa à Administração. Defende que o tratamento dos arts. 43 e 44 da LC 123/06 deva ser aplicado apenas quando ocorrer empate ficto, havendo a necessidade de a ME/EPP cobrir a proposta ofertada pela primeira colocada.

Colacionou ao processo extratos de decisões em primeira instância e posicionamento da doutrina sobre o tema. Argumenta que, persistindo o empate real entre todas as licitantes, deveria ser realizado sorteio nos termos do art. 45, §3º, da Lei 8.666/93.

Ante o exposto requereu a reforma da decisão, declarando-se como vencedora a empresa LE CARD ADMINISTRATORA DE CARTÕES LTDA.

Das Contrarrazões

A principal interessada, VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA, apresentou contrarrazões dentro do prazo fixado pelo Art. 165, §4º da Lei 14.133/21. Em sua peça, rebateu os argumentos dos recursos opostos pelas licitantes SODEXO e LE CARD.

Em preliminar, defende que a impugnação é inoportuna, pois foram respeitadas as regras do edital. Nesse sentido, deveria ter sido impugnado o edital anteriormente à abertura da sessão, e não em fase recursal após o julgamento das propostas.

Quanto ao direito de preferência à MEs e EPPs como critério de desempate em procedimento licitatório, cita ser o tratamento preferencial norma prevista na Constituição Federal (art. 170, IX) e regra legal prevista no art. 44, “caput” da Lei Complementar nº 123/06. Apresentou jurisprudência recente do TJ-SP, bem como



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

dos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná, que reconhecem o direito de preferência de MEs e EPPs como critério de desempate em procedimentos licitatórios.

Com relação ao seu enquadramento como EPP, apresentou documentação comprobatória de que ela se encontra enquadrada como tal perante a JUCESP e perante a Receita Federal.

Apresentou o Demonstrativo de Resultados referente aos exercícios de 2021 e 2022. Defendeu que para a contabilização do lucro líquido são consideradas as receitas financeiras e não operacionais, que não podem ser consideradas na receita bruta. Afirmou que até o exercício de 2021 os descontos incondicionais concedidos (que a LC 123/06, em seu art. 3º, §1º, afirma não compor a receita bruta) estavam incorretamente contabilizadas como “deduções de receita bruta”, tendo sido a correção desta classificação contábil o motivo da redução da receita bruta no exercício de 2022.

A respeito do recolhimento do ISS, informou que a base de cálculo do ISS não traduz necessariamente a receita bruta para fins de enquadramento como EPP.

Defendeu não ser competência da Câmara Municipal auditar os demonstrativos contábeis das licitantes, sendo que esta competência pertenceria às autoridades fiscais e à junta comercial.

Posicionou-se que as licitantes recorrentes estão utilizando dados dos demonstrativos contábeis de exercícios anterior, que não correspondem à situação atual da empresa. Declarou que com a vedação de taxas negativas pela legislação federal a interessada perdeu vantagem competitiva, o que levou à queda de receita e posterior enquadramento como EPP.

Argumentou que as importâncias elevadas recebidas na intermediação de benefícios não representem variação patrimonial da empresa, não importando em remuneração dos serviços prestados. Sob tal ótica, suas receitas se limitam às taxas cobradas dos estabelecimentos conveniados, com as receitas obtidas com o



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

“floating” dos recursos intermediados resultando em resultado financeiro, que não pode ser classificado como receita bruta.

Nesse sentido, um ingresso financeiro que, ato contínuo, é por força de lei ou de contrato repassado a terceiro não se enquadra no conceito técnico jurídico de receita. Juntou posicionamento doutrinário e extrato de jurisprudência neste sentido.

Quanto aos questionamentos sobre sua participação societária, considerou-os improcedentes, informando que desde maio de 2023 a composição das empresas Verocheque e Verocard possuem apenas como sócios pessoas naturais, sendo que as empresas Verocheque Administradoras de Bens 1, 2 e 3 foram encerradas.

Também defendeu o afastamento da tese de grupo econômico, pois embora as empresas tenham os mesmos sócios tal argumento seria inócuo uma vez que a empresa Verocard não possuiria qualquer receita.

Destacou que a vedação de enquadramento ocorre apenas quando os sócios possuírem participação em outra empresa que receba tratamento jurídico diferente daquele da LC 123/06 (art. 3º, §4, III) ou quando a soma da receita global de todas as empresas do grupo for superior ao limite de enquadramento (art. 3º, §4º, V).

Apresentou decisões recentes de diversos Municípios que negaram provimento a recursos similares de suas concorrentes, em outros certames.

Refutou as acusações de fraude à licitação e acusou suas concorrentes de incorrerem em crime de difamação.

Ao final, atacou o parecer técnico contábil assinado pela empresa Russel Bedford Brasil por ter sido produzido de forma unilateral, sem contraditório e ampla defesa, por empresa contratada pela própria recorrente.

Em decorrência, requereu o indeferimento dos recursos interpostos pelas empresas LE CARD e SODEXO.

É o relatório.



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

De início, ressalta-se a tempestividade do recurso, tendo sido manifestada a intenção prévia de recorrer, na forma disciplinada no Art. 165 da Lei 14.133/21. Desta forma, imperioso o seu conhecimento. Da mesma forma, tempestiva as contrarrazões apresentadas.

Quanto à preliminar apresentada pela Verocheque, consideramos se tratar de matéria não adstrita aos termos editalícios, mas sim referente às disposições legais e quanto ao julgamento das propostas, razões pelas quais a preliminar da defesa deve ser afastada.

Da preferência à ME/EPP como critério de desempate

Em relação ao mérito, o argumento de que não caberia direito de preferência a MEs/EPPs como critério de desempate em processos licitatórios em que ocorra empate real não merece prosperar. Se observe que a própria Constituição Federal prevê o tratamento beneficiado a esta categoria de empresas, sendo que o art. 44, *caput*, da LC nº 123/06 é claro ao dispor que “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.”

A sistemática prevista para as hipóteses de empate ficto, previstos nos §§s 1º e 2º do art. 44 e nos artigos seguintes representam regras adicionais de proteção às MEs e EPPs, não afastando o direito de preferência previsto no *caput* nas hipóteses de empate real.

Observe-se que o art. 60, § 2º, da Lei 14.133/21, que trata da forma de desempate em processos licitatórios por ela regidos, informa expressamente que “As regras previstas no *caput* deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Desta forma, a interpretação literal dos dispositivos legais aplicáveis é que, havendo empate real entre MEs/EPPs e demais empresas que não se enquadrem nessa categoria, deve ser dado o tratamento preferencial.



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

É verdade que com a vedação de taxas negativas pela legislação federal, em termos práticos se inviabiliza a competição de empresas que não sejam ME ou EPP, o que naturalmente reduz a natureza competitiva do certame, mas isto decorre de uma vontade de tratamento diferenciado do próprio constituinte e do legislador. Tal situação fática indesejada não autoriza a Administração a descumprir as regras legais estabelecidas.

Este posicionamento é esposado pela jurisprudência recente do TCE-SP, sendo que nos autos do TC 7050.989.23-5 (Sessão Plenária de 19/4/2023, Relatora a eminente Conselheira Cristiana de Castro Moraes), a Corte decidiu:

[...] a experiência recente nos tem demonstrado que, **em licitações envolvendo a contratação de vale alimentação, é praticamente certo o empate de propostas, com todas as proponentes oferecendo uma taxa de administração igual a 0%**, uma vez que está vedada a apresentação de percentual negativo, consoante a previsão editalícia acima referida, sistemática que respeita as regras impostas pelo inciso I do artigo 3º da Lei nº 14.442/2022 e pelo artigo 1756 do Decreto Federal nº 10.854/2021, aplicável às contratações da espécie. Apesar de se tratar de um potencial empate real, e não um empate ficto, não há como desconsiderar a aplicabilidade do disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006. Embora as razões de defesa sustentem uma discricionariedade da Administração em conferir preferência à micro e pequenas empresas, desde que estabelecida uma condição de vantagem à Administração, **considerando a possibilidade certa de que todas as proponentes empatem numa situação real, não há como se afastar a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006, para se estabelecer o direito de preferência dessas sociedades.** Em outras palavras, no caso em questão, onde existe a grande probabilidade de que todas interessadas apresentem taxa de administração igual a 0%, o empate real se equipara ao empate ficto, previsto na referida norma. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal já se debruçou sobre questão análoga, entendendo que deve prevalecer o direito de preferência da Lei Complementar nº 123/2006 e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, como evidenciado na Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23- 5 9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard



Camargo Rodrigues, cujo excerto é de oportuna transcrição: Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos. De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes. Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06. Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, § 2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado. Nesse sentido, também foi a decisão proferido no Processo TC1648.989.23-4, de relatoria da eminente Conselheira Silvia Monteiro, julgado por este Plenário na Sessão de 01/03/2023. **Assim, se houver uma licitante nas condições albergadas pela Lei Complementar 123/2006, deve ser outorgado a ela do direito de preferência.** Contudo, havendo duas proponentes nessa mesma condição de ME ou EPP, haverá sorteio entre elas. Verificando-se, ainda, que não há micro e pequenas empresas na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, como já estabelece o subitem 5.210 e seguintes do instrumento.”

Ante ao exposto, por aplicação direta do Art. 44, caput, da LC nº 123/06 e de acordo com a jurisprudência do TCE-SP, deve ser dado direito de preferência às MEs e EPPs como critério de desempate nas hipóteses de empate real, sendo indiferente a impossibilidade de competição decorrente da limitação de taxa negativa.

Do enquadramento como EPP da licitante Verocheque

De início, os dados dos demonstrativos contábeis parecem apontar para que a empresa Verocheque possui um porte sensivelmente superior às demais MEs e EPPs que participaram do certame, especialmente quando considerados o lucro líquido e o montante de recursos de benefícios administrados.



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

No entanto, a licitante apresentou a documentação que comprova seu enquadramento como EPP junto à JUCESP e à Receita Federal, bem como a DRE do exercício de 2022, da qual consta receita bruta inferior ao teto para enquadramento como EPP.

É verdade que os recursos de terceiros administrados pela empresa são relativamente volumosos, mas ao nosso ver assiste razão à licitante vencedora de que tais entradas não correspondem ao conceito de receita, por não importar em mutação patrimonial (CPC 00, item 4.25. “a”).

Desta forma, embora a empresa se utilize da flutuação dos recursos de terceiros que administra para a obtenção de resultados financeiros consideráveis, importando em lucro líquido superior ao limite legal da receita bruta de R\$ 4,8 milhões, conceitualmente a apuração do resultado bruto da empresa não abrangerá tais valores.

Tendo em vista a taxa zero como prática comum aos contratos de gestão de benefícios de vale-alimentação (especialmente em momentos de taxas de juros elevadas), a receita bruta da empresa acaba se limitando às taxas cobradas da sua rede credenciada, que são efetivamente pagamentos pela prestação dos serviços.

Desta forma, embora aparentemente se observe uma situação contábil inusitada, é plausível que tecnicamente a empresa Verocheque se enquadre como EPP, mesmo possuindo um lucro líquido superior ao limite de receita bruta de R\$ 4,8 milhões. Em linhas gerais, o critério adotado pela LC 123/06, que observa apenas a receita bruta, é pouco adequado para empresas que realizam gestão de recursos de terceiros e que se remuneram principalmente pelo *float* financeiro, como é o caso de instituições financeiras, seguradoras ou, como no caso em tela, administradora de benefícios.

Também é procedente o argumento de que não cabe à Câmara Municipal realizar auditoria contábil nos demonstrativos financeiros da empresa.

Ante o exposto, apresentada a documentação que comprova o enquadramento como EPP na JUCESP e junto à Receita Federal, e frente à



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis

plausibilidade da argumentação apresentada para explicar a aparente distorção, deve se presumir a boa-fé, não havendo elementos suficientes para que a Administração considere a ocorrência de fraude no enquadramento.

Em relação à composição societária, a Verocheque provou por via documental que desde maio de 2023 realizou os ajustes necessários para o enquadramento como EPP, momento em que passou a integrar esta categoria. Desta forma, também não se visualiza motivo para o desenquadramento, sob tal aspecto.

Se destaque que não há que se falar de falsidade dos documentos apresentados (hipótese do Art. 155, VIII da Lei 14.133/21). Por sua vez, tendo sido aceitos os argumentos das contrarrazões, também não há que se falar de comportamento fraudulento ou inidôneo por parte da licitante classificada em primeiro lugar na licitação.

Ante o exposto, **conheço do recurso administrativo, mas nego-lhe provimento**, mantendo a decisão quanto ao julgamento das propostas, que reconheceu o direito de preferência à MEs/EPPs como critério de desempate, em concordância com a jurisprudência do TCE-SP, bem como considero não haver elementos suficientes para o desenquadramento da licitante Verocheque como EPP, acolhendo as contrarrazões apresentadas.

Encaminho a referida decisão à Presidente da Câmara, para proferir sua decisão final no prazo de até 10 dias úteis, em conformidade ao §2º, inciso II, art. 165 da Lei 14.133/21.

Joanópolis, 21 de novembro de 2023.

Mônica Aparecida Beliomini Pereira
Pregoeira