



**JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO  
DECISÃO DO PREGOEIRO**

**Pregão Eletrônico nº 01/2023**

**Processo Administrativo nº 14/2023**

**Recorrente: Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A.**

Trata-se de apreciação de recurso administrativo imposto pela licitante Sodexo 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 insurgência da licitante contra o ato de julgamento das propostas se deu contra dois pontos principais: o critério utilizado pela Administração para o desempate por meio da aplicação do art. 60, III, da Lei 14.133/21 e o direito de preferência a MEs e EPPs como critério de desempate.

Inicialmente a recorrente questiona a fórmula utilizada pela Administração para realizar o desempate na forma do art. 60, III, da Lei 14.133/21, tendo em vista



## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

que a fórmula utilizada para ponderação e julgamento das propostas foi apresentada por informativo no dia 30/10/23, portanto não havendo prazo suficiente para impugnação do edital (até o 3º dia útil anterior).

Destaca que além do vício formal a pregoeira inovou no ordenamento, sendo que o tema ainda não foi regulamentado, não podendo a Administração criar suas próprias regras.

Alega que foi estabelecida pontuação de forma arbitrária, sendo impossível saber qual cálculo foi realizado, o que resultou em violação à legalidade, à vinculação ao instrumento convocatório e à transparência.

Em suma, defende que assim como o TCE-SP determinou ser inviável o desempate pela aplicação do inciso II do art. 60 por falta de regulamentação, também deve ser considerado inviável o desempate pela aplicação do inciso III pelo mesmo motivo.

Em relação ao direito de preferência a MEs e EPPs como critério de desempate, argumentou que tal disposição se aplica apenas nos casos em que ocorre empate ficto. No caso em tela, ocorrendo empate real entre todas as licitantes (em virtude de vedação de taxas negativas pela legislação federal), deveria se proceder ao desempate na forma do art. 60 da Lei 14.133/21.

Juntou ao recurso extrato de decisão de primeira instância que esposou do mesmo entendimento. Posicionou-se que o entendimento adotado representa uma violação do princípio da seleção da proposta mais vantajosa.

Ante o exposto, requereu a revogação do certame, pela aplicação do poder de autotutela da Administração, a fim que seja retificado e republicado o edital, alterando-se os critérios de desempate das propostas.

### ***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



## *Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis*

peça, rebateu em conjunto 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 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 as despesas incondicionais concedidas (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.



## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

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 “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.



## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

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.

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



## *Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis*

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.

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 vantajosidade 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.”





## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

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.

Também, se considerando tratar de matéria legal, inviável a oposição de cláusula editalícia *contra legem*, o que afasta a argumentação da vinculação ao edital.

### ***Do critério de desempate***

Superada a questão do direito de preferência para MEs e EPPs como critério de desempate, também surge a problemática do desempate entre as licitantes na sistemática do art. 60 da Lei 14.133/21.

Inicialmente se destaque que a Lei 8.666/93 previa como critério de desempate o sorteio (após a aplicação de regras de preferência nacional). A nova Lei Geral de Licitações e Contratos, no entanto, considerando que o sorteio não é uma sistemática que leva à seleção da melhor proposta pela Administração, deixou de prevê-lo, dispondo que a desempate deverá se dar na forma prevista em seu art. 60.

Com a promulgação da Lei 14.442/22 ficou vedada a contratação pelos empregadores de serviços de administração de benefícios de vale-alimentação com taxas negativas (art. 3º, I). Considerando as taxas de juros atualmente elevadas, todas as empresas do setor possuem interesse em realizar contratações com taxas zero, uma vez que podem obter retornos financeiros elevados com a flutuação dos recursos no período entre o pagamento do benefício pelo empregador e o pagamento final à rede de estabelecimentos credenciados. Desta forma, o resultado natural é que todas as licitantes acabam empatando com taxa zero, o que efetivamente ocorreu no presente certame, com nove empresas empatadas.

Pela sistemática do art. 60 da Lei 14.133/21, devem ser utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:





## *Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis*

- I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;
- II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;
- III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;
- IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

No caso em tela, tendo em vista a vedação de taxas negativas pela Lei Federal, é impossível que se proceda a nova disputa final, o que afasta a aplicabilidade do critério previsto no inciso I.

Passando para o critério do inciso II, a Administração havia estabelecido no edital um critério objetivo para permitir o desempate, consistente no maior tempo de experiência das licitantes como fornecedoras do serviço público, tendo em vista que naturalmente há uma correlação nas empresas deste mercado entre o tempo de atuação e confiabilidade dos serviços prestados.

No entanto, em exame prévio do edital o TCE-SP considerou que, por ainda não existir os registros cadastrais prévios e por não ser esse o critério previsto na lei, a Câmara Municipal de Joanópolis não poderia inovar, considerando não ser possível a aplicação do inciso II como critério de desempate (TC 17781.989.23).

Tendo em vista a decisão da Corte de Contas, o próximo inciso a ser aplicado é o III, o “desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento”. Este inciso foi regulamentado pelo Decreto nº 11.430, de 08 de março de 2023, que em seu art. 5º prevê:

Art. 5º O desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios, nos termos do disposto no inciso III do caput do art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021.



## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

§ 1º Para fins do disposto no caput, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

**I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;**

II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;

III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;

IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;

V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e

VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

**§ 2º Ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos disporá sobre a forma de aferição, pela administração, e sobre a forma de comprovação, pelo licitante, do desenvolvimento das ações de que trata o § 1º.**

Observe-se que até o momento não há notícia do Ato referido no § 2º, ou seja, a Administração se encontra obrigada a utilizar como critério de desempate o Art. 5º, §1º, I do Decreto 11.430/23, mas ainda não há o ato que dispõe sobre a forma de aferição e comprovação pelos licitantes dos desenvolvimentos das ações.

O edital da presente licitação, em seu item 8.28.4, I, prevê como critério de desempate o previsto no art. 60, III, da Lei 14.133/21 e dispõe expressamente sobre a aplicação do art. 5º Decreto nº 11.430/23, reproduzindo a legislação vigente.

No entanto, não há como se proceder ao desempate sem a eleição de critério objetivo, ou seja, na inexistência do ato previsto no Art. 5º, §2º do Decreto 11.430/23, a Administração se viu forçada a estabelecer algum critério para estipular as medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens.



## *Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis*

Disto resultou a publicação do informativo na data de 30 de outubro, anteriormente à abertura da sessão do pregão eletrônico e antes de que a Administração soubesse quais eram os licitantes que participariam do certame.

Estabeleceu-se como critério a proporção de homens e mulheres no quadro de funcionários (como critério amplo de inserção e participação) e a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante, este último critério expressamente indicado pelo dispositivo infralegal.

Destaque-se que a simples utilização da proporção entre homens e mulheres no quadro de direção seria pouco producente, uma vez que ainda permaneceria o risco de manutenção do desempate após a aplicação do critério.

Como forma de ponderação, dentro da discricionariedade administrativa, se optou por dar peso dois à variável mais ampla e peso três à variável específica eleita pelo Decreto 11.430/23. Ao se proceder dessa forma, deu-se importância maior ao critério eleito no próprio decreto, além de se permitir uma maior dispersão dos resultados, o que facilita a adoção do critério objetivo de seleção.

Para a comprovação do quadro de funcionários, optou a Administração por exigir a GFIP, de forma a poder verificar a composição do quadro de funcionários das licitantes com maior segurança jurídica. No entanto, após questionamentos das licitantes, esta obrigatoriedade foi retirada, bastando declarações das concorrentes e presumindo-se a boa-fé, sob as penas da lei em caso de falsidade.

É verdade que o mais correto seria que este critério de desempate já constasse do edital, e não do informativo, mas não há sentido em se repetir todo o procedimento licitatório só para se colocar a referida fórmula no edital e se obter ao final o mesmo resultado.

Se destaque que há menção expressa no edital ao art. 5º do Decreto 11.430/21, sendo que apenas buscou-se uma forma de se dar aplicação fiel ao dispositivo infralegal existente, dentro das limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico, dando tratamento isonômico a todas as participantes do pregão e evitando-se a subjetividade.



## *Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis*

Destaque-se que, caso se considere que a Administração não possa utilizar o Art. 60, inciso III, da Lei 14.133/21, como critério de desempate por ausência do Ato disposto no Art. 5º, §2º do Decreto nº 11.430/23, então deveria ser aplicado o art. 60, IV, que também falha em indicar qualquer critério objetivo, uma vez que cita apenas “orientação dos órgãos de controle”, de forma genérica.

Chegaríamos ao final com nove licitantes ainda empatadas, com o art. 60, §1º então prevendo o favorecimento às empresas que estiverem sediadas no Estado de São Paulo e posteriormente empresas brasileiras.

Em seguida, permanecendo o empate entre as empresas paulistas, deveria ser dado a prioridade “a empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País” e a “empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.” Também não se visualiza qualquer critério objetivo para se proceder ao desempate, nesses incisos.

Tendo que a Lei 14.133/21 expressamente deixou de prever o sorteio como forma de desempate, não há como se realizar uma seleção aleatória por violação à regra constitucional da legalidade.

**A realidade é que há o dever de se licitar, a Administração possui a necessidade de contratar os serviços e há a necessidade de se realizar o desempate de alguma forma, utilizando-se algum critério objetivo,** sendo que a aplicação minuciosa de cada critério, visto de forma isolada frente as suas limitações, levará à conclusão de que atualmente não é possível se desempatar uma licitação de serviços de administração de cartões de vale-alimentação, o que é uma conclusão absurda.

Também se deve rejeitar o argumento de que a pontuação foi dada de forma arbitrária, sendo “impossível” saber qual cálculo foi feito. A licitante Sodexo declarou qual o percentual de mulheres possui em seu quadro de funcionários, mas deixou de apresentar qualquer declaração a respeito da composição do seu quadro de direção (exatamente o critério indicado no art. 5º, §1º, I, do Decreto 11.430/23), razão pela qual obteve pontuação muito baixa no desempate.



## **Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis**

Todas as empresas podem verificar com facilidade se a pontuação que lhes foi conferida está em concordância com a fórmula utilizada, bem como foi dada publicidade à declaração da licitante classificada em primeiro lugar entre as MEs e EPPs.

Ante o exposto, em se pesem as críticas procedentes que possa se fazer ao procedimento adotado pela Administração, na inexistência de qualquer outra alternativa viável no ordenamento jurídico, necessário que se mantenha o critério objetivo eleito, reconhecendo-se algum grau de discricionariedade administrativa para se estabelecer algum parâmetro para julgamento, até que melhor se regulamente a matéria.

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 mantenho o critério de desempate utilizado, frente a total inexistência de qualquer outro critério objetivo disponível no ordenamento pátrio.

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**