

**AO SENHOR PREGOEIRO E EQUIPE TÉCNICA DE APOIO DA CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SÃO ROQUE**

**Ref.:**

**PREGÃO PRESENCIAL Nº 06/2023**

**PROCESSO Nº 16/2023**

A empresa **SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S.A.**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 69.034.668/0001-56, com sede na Av. Dra. Ruth Cardoso, 7.221, conj. 901, Bloco A, 9º andar, Edif. Birmann 21- Pinheiros/SP-CEP: 05425-902, por sua procuradora, vem, respeitosamente, à presença do Sr. Pregoeiro, **INTERPOR RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fulcro na alínea “a”, do inciso I, e do §4º, do art. 109, da Lei Federal nº 8.666/93, inciso XVIII, do art. 4º, da Lei Federal nº 10.520/2002, e do item 10, do Edital acima referendado, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas em face da decisão do Sr. Pregoeiro e equipe técnica de apoio que habilitou e declarou vencedora do certame a empresa **VEROCHEQUE REFEICOES LTDA (CNPJ: 06.344.497/0001-41)**, conforme consta em ata da sessão pública.

**I – BREVE RELATO DOS FATOS**

Trata-se de Pregão Presencial, do tipo menor preço, sob o nº 06/2023, promovido pela Câmara de São Roque, visando a *“contratação de empresa para prestação de serviço de vale alimentação na forma de cartões eletrônicos com chip de segurança, destinados a proporcionar poder de compra de alimentação em estabelecimentos comerciais credenciados para os servidores da Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque”*, cuja sessão pública ocorreu no dia 22 de junho de 2023 e contou com a participação de 02 empresas.

Como o edital vedava a oferta de taxas negativas (por conta de determinação legal), ambas as empresas apresentaram propostas no percentual de 0,00% (zero), sendo configurado o empate real, devendo, portanto, o ilustre pregoeiro ter promovido a aplicação dos critérios de desempate previstos no item 9.10 do Edital, os quais fazem alusão ao disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Contudo, deixando de observar as respectivas disposições legais para se operar o desempate entre as propostas idênticas através dos critérios arrolados no instrumento convocatório, o pregoeiro optou por dar direito de preferência à empresa VEROCHIQUE, que se autodeclarou indevidamente EMPRESA DE PEQUENO PORTE-EPP.

**Sodexo Benefícios e Incentivos**

Av. Dra. Ruth Cardoso, 7.221, bloco A, Conj. 901, 9º andar, Edif. Birmann, 21, Pinheiros  
05425-902 – São Paulo – SP  
[www.sodexo.com.br](http://www.sodexo.com.br)

Dando sequência ao certame, o Sr. Pregoeiro analisou os documentos apresentados pela VEROCHIQUE (enquadrada como EPP neste certame) e, ao arrepio da lei, foi considerada apta para ser declarada vencedora do certame.

Importante ressaltar que a análise documental das ME e EPP deve ser aferida com acentuado grau de zelo, para que certas empresas não utilizem dos benefícios nela advindos de modo indevido, prejudicando o caráter competitivo do certame ao utilizar de suposta roupagem jurídica inaplicável ao seu porte empresarial, o que deve ser combatido veementemente por influenciar na disputa saudável de mercado.

Na prática, o expediente patrocinado pela VEROCHIQUE interfere sobremaneira no caráter competitivo e pode ser considerado uma afronta aos bons costumes e princípios no *caput* do art. 37 da CF/88.

Voltando ao resumo fático, o Sr. Pregoeiro não incluiu na análise por ele desempenhada as instruções necessárias ao tratamento diferenciado às EPP conferido pela LC 123/06, sendo tal omissão uma das críticas que envolvem a presente razão recursal.

Por conta disso, e diante da inobservância às regras indicadas no inciso VII, do §4º, do art. 3º, da LC 123/06, esta Licitante apresenta as devidas razões recursais em face da habilitação da empresa VEROCHIQUE.

## **II – DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS**

Como é sabido, os pressupostos do recurso administrativo são divididos entre subjetivos (legitimidade e interesse) e objetivos (existência de ato administrativo de cunho decisório, tempestividade, fundamentação e pedido de nova decisão).

Presentes estes pressupostos, deve Administração Pública apreciar o mérito constante do apelo que lhe é submetido.

*In casu*, cumpre registrar que, em relação aos pressupostos acima ventilados, a SODEXO é participante do processo licitatório conduzido pela Câmara de São Roque e manifesta-se por meio deste recurso, tempestiva (prazo derradeiro finda em 27/06/23) e motivadamente, contra a decisão da Sr. Pregoeiro e equipe técnica de apoio que importou na habilitação da empresa VEROCHIQUE.

Desta forma, o presente recurso deve ser recebido em seus regulares efeitos, conforme preconiza o § 2º, do art. 109, da Lei Geral de Licitações.

### **III - DO MÉRITO**

#### **a) DA INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PARA DESEMPATE DAS PROPOSTAS E DA INCORRETA APLICAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA**

Em havendo identidade dos preços ofertados entre as proponentes, o **art. 3º da Lei nº 8.666/93** é expresso ao estabelecer que devem ser aplicados os critérios de desempate arrolados em seu **§2º** e permanecendo empatadas as propostas, o **art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93**, em previsão complementar, determina que seja promovido o sorteio entre todas as licitantes, conforme se verifica:

***Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

*(...)*

***§2º** Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:*

***I - (revogado)***

***II - produzidos no País;***

***III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.***

***IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.***

***V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.** (grifos nossos)*

***Art. 45.** O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

*(...)*

***§2º** No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. (grifos nossos)*

Fato é que, com relação à situação de empate, o Edital trata apenas do “empate ficto” criado pela Lei Complementar nº 123/06, em que se entende empatadas as

propostas apresentadas por microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas beneficiadas e favorecidas pelo regime diferenciado por tal legislação, cujos preços sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta de menor preço.

Sob pena de violação aos princípios da isonomia, legalidade e vinculação ao instrumento convocatório, o Sr. Pregoeiro não poderia ter agido além dos limites ali previstos. Isto porque, existem ressalvas para o exercício do direito de preferência, quais sejam: **i) que a proposta da ME/EPP seja igual ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada; ii) que esta oferta não tenha sido apresentada por ME/EPP e iii) para a caracterização do empate ficto, deve haver possibilidade de se ofertar novos lances por ME/EPP, condição esta que se torna prejudicada face a impossibilidade de taxa negativa.**

Ou seja, tendo em vista a vedação de taxa negativa, bem como a impossibilidade de se determinar pelo menos uma empresa que exerça a condição sobreposta (mais bem classificada) em detrimento às ME/EPP, não se pode haver direito de preferência, por ausência de fato gerador para aplicação da norma.

**Portanto, há evidente EMPATE REAL entre as propostas, de modo que, a única forma possível para o desempate é o previsto no art. 3º, §2º da Lei 8666/93.**

É salutar que este procedimento visa cumprir a finalidade precípua do processo licitatório, conforme previsto na legislação aplicável e persistindo o empate, caberia a aplicação do art. 45, §2º da mesma Lei.

Aliás, essa matéria já foi submetida à apreciação do Poder Judiciário no âmbito de mandado de segurança (***Prefeitura de Santa Ernestina-SP – Processo nº 1001089-27.2023.8.26.0619***) onde abordou idêntica situação fática da presente situação, no qual ficou incontroverso em não se admitir o direito de preferência para ME e EPP quando na disputa de lances não for mais possível ofertar preço inferior ao das propostas empatadas, sendo inquestionável que nessa hipótese não se aplicam os **art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06**, consoante se depreende:

***Processo nº 1001089-27.2023.8.26.0619***

***A definição de empate está prevista no art. 44, § 1º, suprareproduzido, sendo que o desempate, na forma do art. 45, inciso I, ocorre com o exercício do direito das microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentarem uma nova proposta com melhor oferta em relação à da vencedora do certame ou àquela que ensejou o empate.***

***Tal procedimento beneficia tanto a EPP/ME que possui condições de melhorar os preços ofertados e garantir a contratação, quanto a Administração que receberia***

*condições mais favoráveis para o serviço, devendo a regra ser interpretada sob a perspectiva da supremacia do interesse público.*

**Portanto, a vitória no certame por parte da EPP/ME não é uma consequência automática, como sugere o impetrante, mas dependeria da apresentação de uma proposta mais vantajosa para fins de desempate.**

*(...)*

**Ao adotar-se entendimento diverso, com preferência automática às empresas EPP e ME, bastaria a participação de tais pessoas jurídicas naquelas condições para que se eliminasse a possibilidade de disputa e vitória das demais empresas, restringindo-se ou eliminando indevidamente o caráter competitivo do certame. (g.n)**

Dessa forma, não há como atribuir preferência para as ME e EPP na presente situação, sendo inquestionável que o ilustre pregoeiro deveria ter observado a previsão legal para aplicar o disposto no art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93 justamente para promover a verificação sucessiva de todos os critérios de desempate previstos na norma ou, caso ainda fosse mantido o empate, realizar o SORTEIO entre as **TODAS** as propostas, com espeque no art. 45, §2º, da Lei nº 8.666/93, mas jamais conferir vitória com fulcro na vantagem advinda da **Lei Complementar nº 123/06**, se na sessão pública o preço mínimo já havia sido atingido (0,00%) sem possibilidade de novos lances.

Em linhas gerais, as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que **NÃO SÃO MAIS VANTAJOSAS**, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública em razão de seu mérito.

Deste modo, a correta aplicação do critério de desempate, a fim de conferir legalidade e, conseqüentemente, evitar qualquer restrição ao caráter competitivo do certame, deve seguir os critérios dispostos nos incisos do § 2º, do art. 3º, da Lei Geral de Licitações, prestigiando a participação de todas as licitantes, independentemente de sua constituição societária, como previu o edital.

## **b) DO USO INDEVIDO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO DA LC 123/06 PELA VEROCHEQUE**

O cerne da questão posta é justamente saber se empresa VEROCHEQUE preenche os requisitos legais para sub-rogar-se dos benefícios advindos da situação de Empresa de Pequeno Porte. Isto porque, as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 **NÃO SÃO APLICADAS** “no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo **valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte**” – leitura do inciso II, do art. 4º, da Lei 14.133/21.

De igual modo, a obtenção dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 *“fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, **ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação**”* – leitura do inciso I, do art. 4º, da Lei 14.133/21.

Certo de que as *“contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites”* aplicáveis à fruição dos benefícios das ME e EPP – leitura do §3º, do art. 4º da Lei 14.133/21.

Em que pese o presente certame não seja regido pela novel legislação de licitações e contratos, as instruções nela ventiladas servem de boas práticas e devem ser recepcionadas ao processo como averiguação mínima na concessão de tratamento diferenciado estabelecido pela LC 123/06 às ME e EPP, **o que demandaria uma análise da situação contábil da empresa diante das especificidades acima lançadas.**

Por óbvio, é necessária uma conferência ampla do status empresarial em que se pauta a VEROCHEQUE, sabedores de que no período de 01 ano foram firmados diversos contratos com a Administração Pública, como por exemplo, com a Prefeitura de OSASCO na monta global (12 meses) de R\$ 87.777.600,00.

Neste particular, aliás, é possível notar que a RECEITA LIQUIDA de apenas um MÊS apresentado no SPED da VEROCHEQUE chega na cifra de R\$ 5.311.519,72.

Isto é, num único mês a VEROCHEQUE obteve receita líquida superior ao limite anual de faturamento para enquadramento na situação de EPP, razão pela qual não deve ser considerada à fruição do tratamento diferenciado conferido pela LC 123/06.

Inobstante às evidências de faturamento acima indicadas, cujo ofício requer maior aprofundamento técnico-contábil e desde já reservamos espaço futuro para tal empreitada, existem regras delineadas na LC 123/06 que impõe a perda do tratamento diferenciado nela prevista, assim redigida:

*Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), devidamente*

registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o [art. 12 desta Lei Complementar](#), para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

(...)

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;

Pautado neste delimitador legal, é possível notar que existe uma identidade societária entre as empresas VEROCHIQUE e VEROCARD que as tornam únicas em relação ao quadro de sócios, conforme evidências extraídas na FICHA CADASTRAL SIMPLIFICADA emitida pela JUCESP através dos seguintes links:

- VEROCHIQUE REFEIÇÕES LTDA:

<https://www.jucesponline.sp.gov.br/VisualizaTicket.aspx?sc=UN8hF7dSlnSjl9OZWYnkF4NbqhMaRnZlOZFFsFPrahngagXe4hqTfzfybLWKQyIK>

- VEROCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA:

<https://www.jucesponline.sp.gov.br/VisualizaTicket.aspx?sc=UN8hF7dSlnRvE02ylgtGi6C%2bfp4IYCh8sXcKgn8uWRN7Zn7j4fJQ%2b24WHK1mQ81d>

Nota-se que ambas as empresas possuem os mesmos sócios, a saber: BARBARA TEIXEIRA VERONEZI GRANERO e NICOLAS TEIXEIRA VERONEZI, com as ações sendo distribuídas entre eles no percentual aproximado de 50% para cada, e tem nas últimas atualizações da base de dados da JUCESP o registro da “DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE – (EPP)”, tornando-as aptas a usufruírem do tratamento jurídico diferenciado conferido às ME e EPP.

Em outras palavras, a VEROCHIQUE possui pessoa física em seu quadro societário com participação no capital social da empresa que integra o mesmo quadro societário da VEROCARD, sendo ambas autodeclaradas EPP na JUCESP, e que detém apenas no balanço patrimonial (SPED) da VEROCARD a receita bruta global superior ao limite de que trata o inciso II do caput art. 3º, da LC 123/06, contrariando o disposto no art. 3º da Lei 123/06:

*Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:*

(...)

*§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:*

*I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;*

(...)

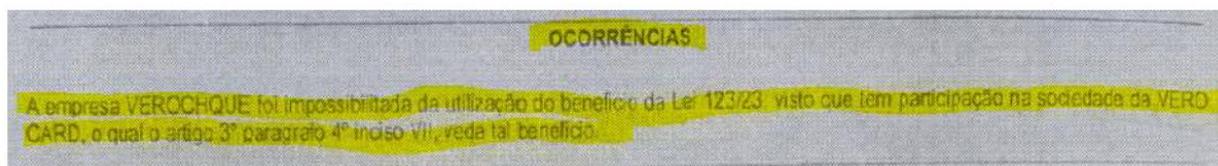
*VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; (g.n)*

Afinado às linhas acima tracejadas, é possível notar que existem regras claras quanto à perda dos benefícios conferidos pela LC 123/06, e que devem ser obedecidas fielmente pelo Sr. Pregoeiro e equipe apoio, sob pena de responsabilização administrativa ou omissão ao cumprimento de dever legal.

Não menos que a regra estampada, é o registro de que a regras em torno do tratamento diferenciado às ME e EPP constitui situação difundida em larga escala nas licitações de mesma natureza, tornando-se inadmissível qualquer alegação de desconhecimento de tal regra por parte da Recorrida.

E, ao compulsar os documentos atrelados pela Recorrida, resta evidente a falta de requisitos objetivos (receita líquida) para enquadrar-se como EPP. Situação esta que lhe permitiu usufruir, indevidamente, o direito ao empate ficto e, assim, sagrar-se vencedora do certame mesmo sem poder dar lance para cobrir a melhor proposta.

Com relação ao quanto trazido, cabe ressaltar que no Município de Santa Bárbara d'Oeste a empresa VEROCHQUE foi IMPOSSIBILITADA de fazer o uso dos benefícios da Lei 123/06. Vejamos:



A bem da verdade todos os procedimentos em torno de processo licitatório são regulados por leis (sentido amplo) e conhecidos pelas proponentes licitantes, previamente à publicação e data da sessão pública. De modo muito simplicista, as etapas estabelecidas numa contratação pública visam, ao cabo, o **suprimento da necessidade da Administração Pública**,

segundo os preceitos da equidade, moralidade e legalidade (ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto).

Nesta senda de trabalho, em que não se restringe apenas ao objeto licitado, e sim aos fins que se destina e devem ser alcançados no processo licitatório, nota-se que os atos praticados não levaram em consideração as situações peculiares da LC 123/06, prejudicando o caráter competitivo do certame.

Diante do exposto, e considerando que a VEROCHIQUE não preenche os requisitos basilares para enquadramento na situação de EPP, seja por obter receita bruta superior ao permitido ou por existir conflito societário entre empresas Veroqueque e Verocard, ambas registradas como EPP, conclui-se que o ato do Sr. Pregoeiro em habilitar a Recorrida sem antes promover as devidas diligências quanto aos direitos advindos da LC 123/06 contraria os princípios da segurança jurídica, legalidade, os bons costumes e o tratamento isonômico, devendo ser anulado pela Autoridade Competente, sob pena de adoção das medidas judiciais cabíveis e comunicação aos órgãos de controle das agências reguladoras.

Assim, consoante acima exarado, **requer-se a anulação do ato do Sr. Pregoeiro e equipe técnica de apoio em razão da Recorrida utilizar-se indevidamente o enquadramento na figura de EPP para se beneficiar das regras editalícias.**

Acerca da anulação, impende frisar que tal ato, juntamente com o da revogação, decorre do poder de autotutela de que goza a Administração em relação à possibilidade de corrigir os seus próprios atos, seja revogando os atos inoportunos e inconvenientes, seja anulando os ilegais.

Nesse contexto, convém destacar as Súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, que tratam da matéria:

*Súmula 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.*

*Súmula 473 - A administração pode **ANULAR OS SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EVIADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNEM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS**, ou revoqá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (g.n.)*

Ainda, destaca-se que a anulação do procedimento licitatório encontra guarida no art. 49, da Lei Federal nº 8.666/93, que assim dispõe:

**Sodexo Benefícios e Incentivos**

Av. Dra. Ruth Cardoso, 7.221, bloco A, Conj. 901, 9º andar, Edif. Birmann, 21, Pinheiros  
05425-902 – São Paulo – SP  
[www.sodexo.com.br](http://www.sodexo.com.br)

*Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.** (g.n.)*

Desta feita, é perfeitamente possível a anulação do ato administrativo eivado de ilegalidade, pela própria via administrativa, o que desde já se requer, como medida de justiça.

#### **IV - DO PEDIDO**

Por todo o exposto, requer-se (i) a anulação do ato do Sr. Pregoeiro e equipe técnica de apoio que conferiu a habilitação à empresa VEROICHEQUE sem antes aferir o atendimento do art. 3º, da LC 123/06; (ii) a “desclassificação” da proposta da VEROICHEQUE por falsa declaração de EPP; e (iii) a convocação da próxima colocada para análise de todos os documentos exigidos no edital.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Barueri/SP, 27 de junho de 2023.

**SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A.**  
**CNPJ nº 69.034.668/0001-56**  
**MARCELLA NOBRE DE AQUINO**  
**RG nº 34.653.325-9 SSP/SP**  
**CPF nº 400.705.698-60**

69.034.668/0001-56

SODEXO PASS DO BRASIL  
SERV. E COM. S/A

Av. Dra Ruth Cardoso, 7221  
Conj. 901 Bloco A Andar 9  
Edifício Birmann 21  
Pinheiros - CEP. 05425-902  
SÃO PAULO - SP