



VEROCARD

o verdadeiro benefício

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITÚ – ESTADO DE SÃO PAULO.

CÂMARA DE VEREADORES DE ITU

Correspondência Recebida Nº 166/2023

**PROTOCOLO GERAL
NÚMERO: 01402/2023**

DATA: 24/05/2023

HORA: 16:02

Referência: PREGÃO PRESENCIAL Nº 02/2023 – PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 63/2023

Objeto: “contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de Vale Alimentação, na forma de cartão eletrônico com chip, para aproximadamente 85 (oitenta e cinco) servidores / detentores de função comissionada da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itú, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados e localizados no município de Itú e outros, conforme quantidades estimadas, valores e demais critérios definidos no Termo de Referência – Anexo I deste Edital”.

A empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**, empresa com sede na Avenida Presidente Vargas nº 2001, conjunto 174 - 17º andar, Cep. 14020-260, na cidade e comarca de Ribeirão Preto-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 06.344.497/0001-41, vem respeitosamente, à presença de V.Sa., apresentar RECURSO contra as decisões deste ilustre Pregoeiro, tomadas no bojo do presente certame licitatório em total desconhecimento com as leis de regências das licitações, recurso este interposto com supedâneo no



VEROCARD

o verdadeiro benefício

artigo 4º, inciso XVIII da Lei Federal n.º 10.520/2002, fazendo-o como segue, ao final formulando pedidos.

I. DA TEMPESTIVIDADE.

O presente Recurso é tempestivo, nos termos a seguir articulados. A Lei Federal 10.520/2002 – Lei do Pregão dá direito aos concorrentes em processo licitatório de apresentarem recurso em qualquer fase do certame da seguinte forma:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XVIII - declarado o vencedor, **qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso**, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

(...)

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” (destacamos)



Ainda a lei de licitações (8.666/93) fala que os prazos devem começar a correr no primeiro dia útil subsequente:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (destaquei)

Deste modo, a licitante Recorrente tem 03 (três) dias úteis para apresentação de RECURSO, considerando que sessão pública ocorreu no dia 23 de maio de 2023 (terça-feira), começando o prazo a ser contando no dia seguinte 24 de maio de 2023 (quarta-feira) demonstrado está que o presente RECURSO é oferecido no prazo legal sendo, pois, apresentado até o 3º (terceiro) dia útil subsequente, qual seja sexta-feira, até o dia 26 de maio de 2023, sendo assim tempestivo.

Rogamos de pronto que o Sr. Pregoeiro reveja sua decisão, caso contrário, que o recurso suba a autoridade superior, para que em grau de recurso sejam levados em conta os fundamentos dos pedidos e que seja revista a decisão em relação ao fato de que o sorteio deveria ser realizado entre todas as empresas empatadas com taxa zero, devido ao empate ser real e não ficto, assim como quanto ao enquadramento da proponente MEGA VALE como EPP, uma vez que é notório que a empresa já ultrapassou o limite da receita bruta permitida para tal enquadramento, ou no limite que



esse certame seja anulado e feito uma nova licitação respeitando os princípios da legalidade, igualdade, **isonomia e ampla concorrência**, é o que se requer de pronto.

II. DO DESENQUADRAMENTO DA EMPRESA MEGA VALE DA CONDIÇÃO DE ME/EPP.

Senhor Pregoeiro, como sabemos as empresas que almejam participar das licitações com os benefícios da LC nº 123/2006 deverão comprovar que se enquadram nos limites de faturamento, sob pena macular a finalidade da lei e causar desequilíbrio nos certames em detrimento das demais empresas concorrentes, causando prejuízo ao interesse público.

Portanto, se determinada empresa que sabidamente não poderia mais estar enquadrada como ME/EPP, se arvora a participar do certame, tentando se beneficiar de determinadas prerrogativas e benefícios concedidos às reais empresas de pequeno porte, é dever da Administração licitante tomar providências visando impedir atos de deslealdade no certame licitatório, sob pena de responsabilização pessoal do gestor.

Desse modo, é obrigatória a promoção do desenquadramento da condição de beneficiária da Lei Complementar nº 123/2006, se extrapolado o limite de faturamento.

No caso em apreço, se levarmos em consideração as licitações vencidas pela empresa Mega Vale, mesmo se não considerarmos o faturamento e sim a receita haveria o desenquadramento ficto, isso porque, atualmente, sendo conservador, a taxa média dos estabelecimentos está no percentual em torno de 4,00%.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Porém, conforme PLANILHA DE RENTABILIDADE FINANCEIRA ECONÔMICA apresentada pela MEGA VALE, nos autos do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 007/2023**, realizado pela municipalidade de Rio Verde – Goiás, ela **CONFESSA** expressamente ter rentabilidade superior a 10%, potencializando ainda mais os números da projeção de faturamento/receita, confirmando a necessidade de desenquadramento da sua condição de EPP, sob pena de caracterizar o desvirtuamento da finalidade da LC 123/06, vejamos:



A
PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO VERDE/GOIÁS

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 007/2023
PROCESSO NÚMERO 114234/2022

OBJETO: Pregão Eletrônico para Contratação de empresa especializada para prestação de serviço de fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, por meio de cartão magnético com senha individual, para recarga mensal, destinado a aquisição de gêneros alimentícios para os servidores ativos do Município de Rio Verde-GO, conforme especificações do termo de referência anexo do Edital.

PLANILHA DE RENTABILIDADE FINANCEIRA ECONÔMICA

Município de Rio Verde/GO		
Premissas Contratuais		
Pregão Eletrônico:		007/2023
Data		15/02/2023
Prazo do Contrato		12 Meses
Quantidade de Cartões		3.450
Valor total do Contrato		R\$ 6.867.432,00
RECEITA TECNOLOGIA / REDE CREDENCIADA		Valor Total
Receita de Mensalidade Tecnologia 12 meses		R\$ 17.500,00
Valor de Adesão/Implantação		R\$ 20.000,00
RECEITA TAXA DE ADM. DIRETA DE REDE		
Receita Média Fornecedores/Lojistas (12 Meses)	7,00%	R\$ 480.720,24
OUTRAS RECEITAS DE REDE		
Outras Receitas (taxa de manutenção de tecnologia das redes) 12 meses		R\$ 13.200,00
Receita Adicional Sob Antecipação (média 30% da rede) 12 meses		R\$ 309.034,44
CUSTOS/DESPESAS DIRETAS MENSALIDADES/CARTÕES		
Custos/Processamentos Cartões (12 meses)		R\$ 240,00
Confecção de Cartões e Outros (R\$)		R\$ 1.800,00
CUSTOS/DESPESAS DIRETAS DA REDE		
Impostos (ISS 2%, IRPJ 7,30%, PIS 0,65%, COFINS 3,00% CSLL 2,88%)	15,83%	R\$ 133.043,98
Custos Transações/Tecnologia		R\$ 2.340,00
Custo Operação/Disp. Adm.		R\$ 3.250,00
TAXA DE ADMINISTRAÇÃO/ DESCONTO (%/R\$)	0,00%	R\$ 0,00
Valor Total Desconto sobre as Recargas (12 meses)		R\$ 0,00
RESULTADO LÍQUIDO		
Total Receitas		R\$ 840.454,68
Desconto		R\$ 0,00
Total Despesas/Custos		R\$ 140.673,98
TOTAL LÍQUIDO (12 MESES)		R\$ 699.780,70
Rentabilidade em relação ao valor global já considerando o desconto de taxa de administração (%)		10,19%

Barueri-SP, 14 de fevereiro de 2023.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

De outro lado, bastaria uma simples conta aritmética para ser constatado o extrapolemanto da receita máxima permitida para enquadramento como EPP da MEGA VALE, pois considerando que o valor da receita bruta declarada em 2022 era de R\$4.731.972,76, bastaria adicionar o valor obtido com no máximo um ou dois dos contratos vencidos por ela em 2023 para comprovar que a receita ultrapassou o limite de R\$4.800.000,00, tornando obrigatório o seu compulsório desenquadramento.

DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADO DO EXERCÍCIO			
Entidade: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA			
Período da Escrituração: 01/01/2022 a 31/12/2022		CNPJ: 21.922.507/0001-72	
Número de Ordem do Livro: 5			
Período Selecionado: 01 de Janeiro de 2022 a 31 de Dezembro de 2022			
Descrição	Nota	Saldo anterior	Saldo atual
RECEITA		R\$ 2.463.954,36	R\$ 3.097.826,67
RECEITA BRUTA		R\$ 2.899.379,66	R\$ 4.731.972,76
RECEITA DE PRESTACAO DE SERVICOS		R\$ 2.899.379,66	R\$ 4.731.972,76
(-) DEDUÇÕES DA RECEITA BRUTA		R\$ (447.466,13)	R\$ (734.199,76)
(1) - IRPS		R\$ (18.774,46)	R\$ (30.767,81)
(11) - IOF/IRIS		R\$ (86.657,31)	R\$ (147.866,19)
(11) - IRIS		R\$ (81.788,07)	R\$ (94.841,04)
(11) - MPJ		R\$ (287.076,12)	R\$ (264.957,81)
(11) - CSLL		R\$ (80.136,19)	R\$ (136.205,87)
RECEITAS FINANCEIRAS		R\$ 73.099,09	R\$ 24.949,56
RECEITAS APLICACOES FINANCEIRAS		R\$ 73.099,09	R\$ 1.576,57
DESCONTOS OBTIDOS		R\$ 74,04	R\$ 1.370,29
VENDA DE VEICULOS		R\$ 0,00	R\$ 20.802,70
(-) DESPESAS		R\$ (2.440.553,08)	R\$ (3.369.874,81)

Com efeito, veja que é imensa a obscuridade que cerca os números apresentados no balanço/balancete da empresa Mega Vale, assim, merecem ser mais bem investigada todas essas dúvidas que pairam sobre o referido balanço/balancete, prestigiando o princípio da legalidade, do interesse público, da integridade dos atos administrativos, da ampla concorrência e da isonomia, entre outros.

Isso porque, é notório que a empresa que se passar por microempresa ou empresa de pequeno porte para se sagrar vencedora em determinado procedimento licitatório, sem fazer jus ao referido tratamento diferenciado, comete fraude, passível de aplicação de penalidade, tal como ocorre com a empresa Mega Vale.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Nesse caso, embora caiba a própria empresa comunicar ao fisco e às entidades e órgãos da Administração Pública, ao participar de outras licitações, que deixou de operar nas condições de ME e EPP, isso não exime o Poder Público licitante de averiguar se não houve o cometimento de fraude à licitação e se confirmado adotar as medidas legais cabíveis.

Pois bem, sendo assim, a prestação de declaração falsa em licitação, com o fim de obter indevidamente benefícios previstos pela Lei Complementar nº 123/2006, constitui ilícito de caráter formal e afirma que, a mera habilitação como empresa de pequeno porte para participação do certame como ME e ou EPP, sem possuir os pressupostos legais para tal enquadramento, evidencia a tentativa de beneficiar-se do tratamento diferenciado que as ME e EPP recebem nas contratações públicas e configura fraude punível.

Ainda no entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2578/2010, adotou-se o posicionamento no sentido de que esta forma de comprovação da qualificação da licitante como ME ou EPP, instrumentalizada numa simples declaração, não exime a empresa licitante de responder por qualquer conduta que implique em falsidade da declaração, (artigo 299 do Código Penal), conluio ou qualquer prática danosa à competitividade no certame.

Ou seja, nesse contexto caberia à empresa MEGA VALE, após ter extrapolado o faturamento permitido, dirigir-se à competente Junta Comercial e demais órgãos competentes para declarar seu desenquadramento da condição de ME/EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, o que não aconteceu, pelo contrário,



participou do certame apresentando declaração de Empresa de Pequeno Porte em desconformidade com sua condição real.

Assim sendo, não seria razoável e nem cabível aceitar que a empresa MEGA VALE continue participando do certame, pois a cautela nas licitações públicas é também essencial para evitar situações antijurídicas e é inadmissível a aceitação de documento com conteúdo falso, portanto, não há que se falar que manter a empresa declarada vencedora no certame estar-se-ia fazendo valer o Princípio da Eficiência, Celeridade e Economia Processual.

O tratamento diferenciado da LC 123/2006 muda parcialmente com a NLLC (2021), quando determina que os artigos 42 a 49 da LC nº 123/2006 relativos ao tratamento favorecido não são aplicados:

1. no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior a R\$ 4,8 milhões;
2. no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior R\$ 4,8 milhões.

De acordo com os novos parâmetros, em licitações cujo valor for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, as ME/EPP'S não poderão se beneficiar do prazo de até cinco dias úteis, no mínimo, para regularizarem a documentação fiscal ou trabalhista e/ou não terão preferência de contratação nos casos de empate ficto.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

O Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a matéria, estando a mesma pacificada no âmbito das Cortes de Contas, cita-se o Acórdão nº 970/2011 – Plenário, Relatoria do Ministro Augusto Sherman, paradigma:

"Enunciado

Constitui fraude à licitação a participação de empresa na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica envolvida. A perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ser ato declaratório, é de responsabilidade da sociedade empresarial.

(...)

*12. Ressalte-se que a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era de responsabilidade da empresa [omissis] que, por não tê-la prestado e por ter auferido indevidamente os benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações na administração pública federal."*¹

Ainda, no âmbito do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 745/2014 – Plenário, Relatoria Ministro Marcos Bemquerer Costa, decidiu-

¹ Na mesma linha: Acórdão n.g. 1028/2010-Plenário TCU, TC-005.928/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.05.2010; Acórdão n2 3.381/2010-Plenário TCU, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/2010.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

se que o momento do desenquadramento deve ser pautado pelo excesso ou não dos 20% de faturamento, vejamos:

"21. Independentemente da periodicidade da escrituração contábil, a empresa pretendente a usufruir do regime favorecido de participação nas licitações de que trata a Lei Complementar n. 123/2006 tem o ônus de manter o controle constante do seu faturamento e atualizar com fidedignidade seus dados constantes em sistemas informatizados da administração pública.

22. Dizer que a escrituração do balanço, de periodicidade anual, seria o marco para a constatação do excesso de receita e da perda da condição de empresa de pequeno porte significaria tornar letra morta o § 9º do art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006, que impõe o desenquadramento da empresa no mês seguinte àquele em que houver excesso de faturamento, e também ao § 9ºA, que condiciona a prorrogação da perda da condição de ME ou EPP para o ano-calendário posterior apenas na hipótese de o excesso de receita bruta situar-se na faixa de 20%."

Portanto, é obrigatória a promoção do desenquadramento da condição de beneficiária da Lei Complementar nº 123/2006 se extrapolado o limite de faturamento, tal como ocorre no certame em apreço.

Ademais, IMPORTANTE é AFASTAR os benefícios para fins de gozar de benefícios para participar de licitações. Eventual responsabilidade – e uso



abusivo sem comunicação à Receita de exasperação do faturamento máximo – não MITIGA a responsabilidade da Administração Pública em conhecer que uma empresa está se valendo ilegalmente dos benefícios vantajosos em licitações.

A falta de comunicação de desenquadramento pode ser tida como um **ato de má-fé passível** de instauração de procedimento de inidoneidade, aqui incidindo-se a inteligência do art. 13, § 1º, do Decreto Federal nº 8.538, de 06 de outubro de 2015 que muito bem serve para uma melhor hermenêutica:

Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como: I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, **caput**, incisos I e II , e § 4º da Lei Complementar nº 123, de 2006 ; § 1º **O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto.**

Caberia, portanto, à recorrida após ter extrapolado o faturamento permitido, dirigir-se à competente Junta Comercial e demais órgãos



VEROCARD

o verdadeiro benefício

competentes para **declarar seu desenquadramento da condição** de ME/EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, o que não aconteceu (ou ao menos, sem comprovação nestes autos); ao contrário, a recorrida participou do certame apresentando declaração de Empresa de Pequeno Porte em desconformidade com sua condição real. A declaração de ME ou EPP não bastaria para suprir a falta, ao contrário, poder-se-ia investigar a própria lisura do uso do documento (se falso, sujeito às penalidades do art. 299 do Código Penal), conforme encaminhado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2578/2010, ao considerar faltosa conduta que possa atrair dano à competitividade no certame.

A interpretação adequada da participação favorecida de ME e EPP em licitações públicas é completada pela vigente Lei n. 14.133/21, que é a Nova Lei de Licitações. Veja que aqui se busca socorro na Nova Lei não como regência deste certame, mas para atingir a melhor interpretação sobre o uso da condição benéfica de ME/EPP.

Fica limitada a obtenção de benefícios às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação que mantenham contratos ativos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como EPP (art. 4º, § 2º, Lei n. 14.133/21, atualmente em R\$ 4,8 mi), considerando-se o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos (art. 4º, § 3º, NLCC).

Portanto, a empresa recorrida NÃO poderia ter se valido do benefício da LC 123 como EPP pois extrapolou o limite legal de faturamento de EPP conforme demonstrativo documentado.



II.1. DA INEXISTÊNCIA NA LEI DE DIREITO DE EXCLUSIVIDADE DE CONTRATAÇÃO DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. ILEGALIDADE NA CRIAÇÃO DE NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO COM EXCLUSIVIDADE PARA CONTRATAÇÃO DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

Inicialmente, vale destacar que o Edital ao vetar propostas com taxa de administração negativa (desconto), acaba por impor que a participação no certame se dê unicamente com taxa de administração de 0% (zero por cento), não sendo admitido valor diverso, o que naturalmente conduziu ao empate sobre o objeto da contratação.

Ato contínuo, como houve empate de propostas comerciais apresentadas por ME e EPP com as demais licitantes constituídas por outras formas societárias, **NÃO É CORRETO ESCOLHER A VENCEDORA SOMENTE ENTRE AS ME/EPP PARTICIPANTES, O CORRETO É PROMOVER UM sorteio ENTRE TODAS AS EMPRESAS PROPONENTES**, assim como fez o Pregoeiro, agindo escorreitamente na forma da lei.

A definição de empate está prevista no art. 44, § 1º. 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.

Isso porque, a finalidade na adoção desse procedimento é a de beneficiar 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 esta



VEROCARD

o verdadeiro benefício

perspectiva, ocorre que em razão da vedação de ofertas de taxas negativas, não possível melhorar as propostas.

Portanto, a vitória no certame por parte da EPP/ME não é uma consequência automática, mas depende da apresentação de uma proposta mais vantajosa para fins de desempate, o que, frisa-se, novamente, não é permitido, ante a vedação de taxa negativa (desconto).

Desta forma, resta claro porque ainda inobstante o artigo 44 prever que nos casos de empate (ficto ou real) *"será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte"*, **o artigo 45 ESTIPULA DE FORMA EXPRESSA**, o seguinte procedimento a ser adotado em caso de empate: **"Para efeito do disposto no artigo 44 desta lei complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: "I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço INFERIOR àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;"**.

E, nos termos do seu parágrafo 1º: *"Na hipótese de não contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame artigo."* (art. 45, § 1º LC 123/06).

Logo, a preferência de contratação igualdade de condições (empate ficto ou real), se dará mediante convocação da ME e EPP mais bem classificada para apresentar o **NOVO LANCE** com preço **INFERIOR** àquele considerado vencedor do certame e se não houver lance da empresa ME e



VEROCARD

o verdadeiro benefício

EPP, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora de empresa que não se enquadra como ME e EPP.

Assim, conclui-se que o procedimento previsto de forma expressa na lei para conceder a preferência às ME e EPP **se dá com a possibilidade de oportunizar às tais empresas a formularem NOVOS LANCES INFERIORES a proposta vencedora**, após o encerramento da fase de propostas, gerando, assim, uma possibilidade das mesmas "cobrirem" a oferta vencedora.

Diante de tal impossibilidade **não pode a Administração Pública inovar nos procedimentos de preferência previstos no artigo 44 e 45**, pois tal ato geraria um frontal ofensa ao artigo 45 § 2º da Lei nº 8666/93 que determina que, após análise dos critérios de desempate previstos no artigo 3º § 2º da Lei nº 8666/93, o desempate deve ser feito "**POR SORTEIO**, em ato público, **para o qual TODOS OS LICITANTES SERÃO CONVOCADOS, VEDADO QUALQUER OUTRO PROCESSO**".

A adoção de qualquer outro procedimento que não seja a participação de todas as empresas empatadas no sorteio gera uma INOVAÇÃO totalmente ilegal nas hipóteses de **modalidade de EXCLUSIVIDADE de licitações para empresas ME e EPP**, totalmente incompatível com a legislação vigente.

Sendo assim, não é o caso de declarar preferência incondicional e automática para ME e EPP, haja vista que a preferência está condicionada a uma proposta mais vantajosa para o erário, o que de forma alguma poderia ocorrer no certame em apreço.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

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. 3, da Lei Geral de Licitações, prestigiando a participação de todas as licitantes, independentemente de sua constituição societária.

III. DA POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DOS MEMBROS DOS AGENTES PÚBLICOS POR EVENTUAL OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DESENQUADRAMENTE DA EMPRESA MEGA VALE DA CONDIÇÃO DE EPP.

Assim como os demais agentes públicos, também os MEMBROS DESSA COMISSÃO DE LICITAÇÃO TÊM RESPONSABILIDADE DIRETA NA ACEITAÇÃO OU NÃO DE EMPRESAS QUE TENTAM SE BENEFICIAR DA CONDIÇÃO DE EPP SEM QUE TENHAM DIREITO A TAL BENEFÍCIO. Essa responsabilidade e suas possíveis sanções decorrem, em regra, da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente administrativo. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão de Licitação?

A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão.

Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da



VEROCARD

o verdadeiro benefício

entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame. VALE LEMBRAR AINDA QUE O ART. 82 DA LEI 8.666/93, PREVÊ QUE OS AGENTES ADMINISTRATIVOS QUE PRATICAREM ATOS EM DESACORDO COM OS PRECEITOS DA LEI DE LICITAÇÕES OU QUE ATUEM VISANDO A FRUSTRAR OS OBJETIVOS DO CERTAME ESTÃO SUJEITOS ÀS SANÇÕES PREVISTAS NA PRÓPRIA LEI "E NOS REGULAMENTOS PRÓPRIOS, SEM PREJUÍZO DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E CRIMINAL QUE SEU ATO ENSEJAR, vejamos:

Artigo 82 Lei 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

CONFORME DETERMINA A LEGISLAÇÃO, O AGENTE ADMINISTRATIVO, NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MEMBRO DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO, RESPONDE DIRETAMENTE POR ATOS PRATICADOS EM DESACORDO COM A LEI, E COM O OBJETIVO DE FRUSTRAR OS OBJETIVOS DA LICITAÇÃO, QUE ENTRE OUTRAS, VISA PROPORCIONAR A ISONOMIA ENTRE AS CONCORRENTES ANTE A OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Nesse sentido o TCU vem se posicionando:

Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário

Trecho do Voto:



VEROCARD

o verdadeiro benefício

"27. De fato, restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção.

Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

"Conforme relatado, foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo. Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:

(...)

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

"5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor; 'Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado. No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação. Foi ele, também, quem



VEROCARD

o verdadeiro benefício

elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva”.

Pois bem, no caso em apreço, em que pese a suposta comprovação do enquadramento possa se dar tanto por mera declaração quanto por certidão simplificada da Junta, nenhuma delas garante eficácia real se a licitante é mesmo ME ou EPP, tanto que o TCU aprovou a seguinte recomendação aos gestores:

Contratações públicas: 9 – Quando da habilitação de microempresa e de empresa de pequeno porte que tenha utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, deve ser verificado se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício. Noutro procedimento levado a efeito na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – (MPOG), **com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica buscou verificar ocorrências de**



VEROCARD

o verdadeiro benefício

microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) que utilizaram o benefício previsto no § 2º do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 (lance de desempate), mas foram beneficiárias de ordens bancárias em somatório superior ao limite estabelecido pelo art. 3º, inciso II, da mesma LC, no ano anterior (ordens bancárias provenientes do sistema Siafi em montante superior a R\$ 2,4 milhões). **Os resultados indicaram casos em que, por exemplo, empresas que faturaram mais de 10 milhões reais em 2008 continuaram a usufruir, indevidamente, do benefício da LC 123/2006.** Por conseguinte, a unidade instrutiva propôs que o Tribunal determinasse à SLTI/MP a inserção no Comprasnet de controle capaz de identificar, por meio de consultas ao Siafi, empresas em situação fiscal incompatível com o seu real faturamento e que tentem utilizar o benefício previsto no art. 44, § 2º, da LC 123/2006, de forma a impossibilitar a emissão de seu lance de desempate nos certames licitatórios. Além disso, **sugeriu a unidade técnica que o TCU recomendasse aos gestores de sistemas de pregão eletrônico (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) que orientassem seus usuários a verificar no Portal da Transparência, quando da habilitação de microempresas e de empresas de pequeno porte que tenham utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, se o**



VEROCARD

o verdadeiro benefício

somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício. As propostas, encampadas pelo relator, foram aprovadas pelo Plenário. Precedentes citados: **Acórdão nº 1028/2010, do Plenário. Acórdão n.º 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.**

Pois bem, em relação aos apontamentos de ilegalidade do enquadramento da empresa MEGA VALE como EPP, compreende-se a dificuldade para o Pregoeiro ou Comissão analisar durante a sessão pública todas as nuances que envolvem a situação do enquadramento.

Entretanto, é dever do pregoeiro analisar minuciosamente as denúncias e informações que possam surgir durante todo o processo e realizar diligências para que os questionamentos e dúvidas levantadas sejam trazidas à luz da verdade. Não cabe somente à Recorrente a apresentação de provas, a "Comissão" deverá também colher indícios para que sejam esclarecidos os pontos obscuros e que possam trazer vícios ao certame.

Em sendo assim, diante da incerteza de que a empresa MEGA VALE tenha ou não o direito de usufruir das benesses da LC 123/06, por estar se autodeclarando como EPP nos certames, essa Comissão, para que não tenha seu nome maculado no futuro, deve diligenciar com o máximo rigor os balanços, razões e extratos bancários da referida empresa, visando auferir a legalidade do seu enquadramento como EPP.

IV. DO PEDIDO



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Diante de todo o exposto, certa da sabedoria e senso de justiça, espera-se que o presente recurso seja recebido com efeito suspensivo e provido para

(i) INABILITAR a licitante **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES**, que apresentou ilegal enquadramento como EPP, já que não pode se valer desse regime jurídico diferenciado o do direito de preferência, por ter ultrapassado e muito o limite de faturamento/receita para continuar se valendo de tal benefício, pelos fatos motivos elencados neste recurso;

(ii) Retornar ao sorteio para permitir que todas as empresas empatadas participem em respeito ao princípio da isonomia e do interesse público;

(iii) ser instaurado processo administrativo investigatório, ou, no mínimo que se promovam diligências, a fim de ser aferida a prática de **fraude à licitação da empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação**, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação, ao menos em tese, que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica infratora.

(iv) ante o forte indício de que o balanço/balancete da empresa MEGA VALE está manipulado contabilmente para manter a receita da empresa no limite do enquadramento como EPP, requer-se que a Comissão promova diligências com o máximo rigor nos balanços, razões de todas as contas contábeis e extratos bancários da referida empresa, visando auferir a legalidade do seu enquadramento como EPP.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Caso não seja esse o entendimento de Vossa Senhoria, requer a Recorrente que o presente recurso seja submetido à autoridade que lhe é hierarquicamente superior para que, em análise ao mérito do presente recurso, lhe seja dado provimento.

Termos em que pede e aguarda deferimento.

Ribeirão Preto/SP, 24 de maio de 2023.

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA

Adriana Aparecida Pereira de Lima Seignemartin

R.G. 24.459.466-1

Consultora Comercial