

➤ Pregão/Concorrência Eletrônica

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

CONTRARRAZÃO :

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO(A) DA COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARÁ - COSANPA.

REFERENTE: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 017/2023

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, com o devido respeito e acato, VEM respeitosamente, à presença de V.Sa., REQUERER tempestivamente, por meio da presente peça de CONTRARRAZÕES, que V.Sa. se digne em negar provimento aos recursos das recorrentes LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA EPP (LIVPAY), M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA, MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA e VÓLUS INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, conseqüentemente, INDEFERIR os RECURSOS ADMINISTRATIVOS impetrados, porque apresentam-se DESPROVIDOS de CONSISTÊNCIA JURÍDICA e repletos de ALEGAÇÕES HIPOTÉTICAS que servem apenas para TUMULTUAR o andamento do PREGÃO em questão, o que demonstra a intenção das LICITANTES de CONFUNDIR V.Sa. para tentar JUSTIFICAR a sua INAPETÊNCIA, tudo de acordo com as RAZÕES de FATO e de DIREITO ora apresentado:

I. PRELIMINARMENTE

1.1. VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PRECLUSÃO DO DIREITO. IMPUGNAÇÃO INOPORTUNA E INTEMPESTIVA DE DISPOSITIVO DO EDITAL.

Não procede a alegação de que não é cabível o sorteio somente entre ME e EPP, quando não ocorrer o denominado empate ficto.

Ao se opor a decisão administrativa ora combatida, a(s) recorrente(s), justamente, se ergue(m) contra as regras previamente estabelecidas em primeiro plano na Lei 123/06 e no próprio instrumento convocatório.

Ora, Nobre Pregoeiro, sabe-se muito bem que o Edital é o instrumento precípua de regência e condução de qualquer licitação idônea, sem o qual não há como admitir sequer a existência, tampouco a validade, de qualquer processo licitatório.

A legislação federal regente do certame em comento, inclusive, prevê expressamente a importância da estrita vinculação às disposições editalícias, pelas quais devem todos os participantes de um processo licitatório pautar suas ações, sob pena de desclassificação/inabilitação e adoção das medidas sancionadoras cabíveis. É o que prevê o artigo 41, caput, da Lei de licitações, nº 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Aliado à expressa disposição da obrigação de obediência do certame às regras postas no Edital, traz-se à baila também o conteúdo do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, regente de todos os procedimentos de contratação pública, como é o caso deste em comento.

Nos termos desse princípio, como sabe o Nobre Pregoeiro, deve, por obrigação, o órgão licitante, obedecer estritamente às regras expressas na Lei 123/06 e no Edital, sob pena de nulidade.

A decisão de manter a empresa recorrida Verocheque como vencedora do certame é expressão da regra exata disposta na lei 123/06 e no Edital. Como este vincula a aplicação e produção de efeitos do certame, não poderia, o Douto Pregoeiro responsável, tomar outra atitude a não ser a referida decisão. Não o fazendo, estaria violando regra expressa no artigo 41 da Lei de licitações, bem como o princípio basilar da vinculação ao instrumento convocatório.

Desse modo, forçoso faz-se reconhecer que não há qualquer tipo de violação dos direitos da recorrente no caso em tela, o que há, a bem da verdade, é a tentativa espúria sua de macular processo licitatório idôneo, aplicado e conduzido nos exatos termos do edital e do diploma legal que o regem. Não ter sido a recorrente declarada vencedora no certame, não lhe gera direito subjetivo de subverter o certame.

Tendo sido disponibilizada a qualquer pessoa a oportunidade de impugnar o Edital nas disposições que entendessem descabíveis, não há como admitir que o mesmo seja feito de forma extemporânea, ao final de todo o processo, em forma de recurso.

É justamente isso o que determina o § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93. Vejamos:

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (grifo nosso)

Em vista disso, não resta alternativa a não ser o reconhecimento da preclusão do direito da recorrente de impugnar as disposições editalícias, vistos que não o fez a tempo e modo próprios.

Ante o exposto, e por tudo o que consta do processo licitatório em comento, não há como admitir a satisfação da pretensão da recorrente, sendo o indeferimento a única medida de direito cabível, em expressão da garantia da efetividade da malha normativa aplicável e da justiça.

II. DO MÉRITO.

Inicialmente, a recorrida Verocheque destaca que toda documentação carreada ao presente procedimento licitatório demonstra, de forma inequívoca, que a ora recorrida detém todas as condições jurídicas, econômicas e, principalmente técnicas, para desempenhar com esmero, eficácia e total eficiência o objeto ora licitado, haja vista que presta ou já executa os mesmos serviços a mais de uma década, em inúmeros órgãos públicos e empresas privadas em todo território brasileiro, comprovando, de forma inequívoca a expertise adquirida ao longo de todo esse tempo na gestão dos benefícios.

Nesse passo, sem razão as recorrentes, vejamos.

2.1. DA NECESSIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. IMPERATIVO LEGAL QUE SE IMPÕE E DEVE SER OBSERVADO SOB PENA DE ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME.

De plano, registra-se, que a empresa ora recorrida está enquadrada como Empresa de Pequeno Porte – EPP, conforme comprovam os documentos contidos no processo licitatório emitidos pela Junta Comercial do Estado de São

Paulo – JUCESP e a Receita Federal do Brasil.

Com efeito, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial junto à ordem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, o referido tratamento diferenciado encontra-se encartado como um dos princípios da ordem econômica, a saber:

"Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País."

(...)

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/2006. Dispõe o artigo 44 da referida lei:

"Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte."

Logo, pela aplicação do mandamento constitucional e da regra legal acima citada, é imprescindível que o desempate no certame seja realizado apenas entre as empresas que se enquadram na categoria de ME ou EPP, prescindindo-se de se tratar de empate real ou ficto.

A jurisprudência dominante é posicionada exatamente nesse sentido. Colacionam-se julgados exemplificativos e que se encaixam perfeitamente aos fatos tratados no caso em tela:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2015 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE VALE-ALIMENTAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LICITAÇÃO E QUALQUER ATO DELA DECORRENTE - APARENTE VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - DIREITO DE PREFERÊNCIA DA MICROEMPRESA - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/90 - DECISÃO SINGULAR MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 4ª Câmara Cível - AI - Santa Izabel do Ivaí - Rel.: DESEMBARGADORA REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES - J. 10.03.2016-AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1416396-7, NÚMERO UNIFICADO: 0032317-11.2015.8.16.0000).

"Agravado de Instrumento – Mandado de Segurança – Recurso contra decisão que indeferiu pleito pela concessão de tutela de urgência para suspensão do procedimento licitatório – Empresa impetrante-agravante que visa seu deferimento nesta Superior Instância argumentando ter havido inobservância das regras do Edital no que toca à oportunidade de realização de lances, batendo-se pelo reconhecimento de sua seleção como melhor oferta, afastando-se a classificação de outra empresa – Desprovisionamento de rigor. 1. Não assiste razão à empresa impetrante-agravante em seu pleito pela reforma da r. decisão que indeferiu o pedido liminar - Elementos reveladores da ausência dos requisitos legais para o deferimento da liminar, mormente a verossimilhança das alegações – Empresa agravada que restou selecionada em atenção ao critério de desempate expressamente previsto no Edital e na LC nº 123/2006 porque microempresa que goza de privilégio legal – Critério de desempate que somente se opera quando encerrada a fase de lances, tal como atestado no procedimento licitatório – Inexistência de mácula – Precedentes da Corte. 2. Por fim, as demais questões opostas pelas partes que dizem respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo sob pena de supressão de Instância e deverão ser detidamente apreciadas por ocasião do julgamento final da ação originária. Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2214241-92.2022.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 17/11/2022)

Mandado de segurança. Liminar concedida para suspensão de procedimento licitatório. Insurgência descabida. Inobservância do critério de desempate de licitantes microempresas e empresas de pequeno porte (LC nº 123/06, arts. 44 e 45). Presença de fumus boni juris et periculum in mora. Recurso desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2143339-80.2023.8.26.0000).

AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA Município de São José do Rio Preto Licitação Pregão Eletrônico Contratação de empresa para serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio-alimentação aos servidores públicos municipais ativos e inativos, por cartão magnético Critério de desempate Preferência às microempresas e empresas de pequeno porte. Não é possível, com convicção, compreender-se que as regras previstas pela Lei n.º 8.666/1993 e pela Lei Complementar n.º 123/2006 não possam também ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas. Nem é tão cristalina a diferença apontada pela recorrente entre os dois tipos de empate Exegese dos artigos 3.º da Lei n.º 14.442/2022 e 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 Indeferimento do pedido liminar do writ, consistente na suspensão do procedimento licitatório Ausentes os requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009 Confirmação da decisão agravada Recurso não provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2056289-16.2023.8.26.0000).

Agravado de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2300081-70.2022.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis 2.ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023).

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga 4.ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que

preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 30-05-2018). Data de Julgamento: 30-05-2018 Publicação: 06-06-2018 – destacado ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013 – destacado

O entendimento dos Tribunais consolidou-se nesse sentido porque o critério de desempate assegurando direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte tem expressa previsão constitucional (CF, art. 170, IX) e legal (art. 44, Lei Complementar 123), devendo prevalecer o interesse do ente público em detrimento do particular, evitando assim o desnecessário comprometimento do erário.

2.2. DO CORRETO ENQUADRAMENTO DA EMPRESA VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA COMO EPP. LEGALIDADE NO USO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI Nº 123/06.

Ademais, afirma-se que a recorrida Verocheque cumpriu com todas as obrigações editalícias que lhe dizem respeito, inclusive quanto a comprovação de ser beneficiária da lei 123/06, sendo que o (a) Ilmo (a). Pregoeiro (a) quando da análise dos documentos procedeu de forma legal e correta a sua habilitação como EPP.

Neste diapasão da análise do recurso apresentado pela licitante há que se salientar, mais uma vez, que o seu intuito é tão somente o de tumultuar o certame, posto que o recurso está totalmente desprovido de razão.

Da mesma feita, evidente o caráter manifestamente protelatório, eis que faz uso de teorias e teses infundadas, sem atrelar as mesmas qualquer cunho probatório que possa vir a alterar o rumo do certame.

Esclarece-se, ainda, que a empresa tem o PLENO DIREITO de interpor o recurso, sendo um exercício do direito de ampla defesa e contraditório, ao qual utiliza-se da garantia constitucional para afastar ato que julga como inapropriado, todavia, não pode ser aceito como legítimo interesse ao direito de recorrer, quando, na verdade, a empresa LE CARD possui apenas o interesse em frustrar o bom trâmite do procedimento licitatório, trazendo no recurso apenas alegações INCABÍVEIS, sem nenhum lastro probatório, razões meramente fantasiosas e já decididas pelo órgão, com o propósito tão-somente de atrasar a conclusão de certame licitatório.

Desse modo, é totalmente improcedente o(s) recurso(s) impetrado(s) questionando o seu enquadramento como EPP, pois de acordo com os órgãos públicos encarregados pela fiscalização e reconhecimento jurídico dos pedidos de enquadramento das sociedades empresariais como micro e/ou pequenas empresas, a Verocheque Refeições Ltda, PREENCHE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS, por isso lhe foi concedido o enquadramento como empresa de pequeno porte, tal como comprovam os documentos constantes do processo e os abaixo colacionados.

Pois bem, equivocou-se a recorrente, ao alegar que a Verocheque não poderia estar enquadrada como EPP por ter faturamento superior a R\$4.800.000,00 e ser sócia de outra empresa.

Nesse passo, para o correto atendimento das normas contábeis atualmente vigentes, bem como em respeito a definição e enquadramento da empresa como EPP (Empresa de pequeno porte), conforme Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Art. 3º, §1º, foram atualizadas as informações na estrutura de apresentação da D.R.E (Demonstração do Resultado do Exercício) desta empresa em relação aos demonstrativos dos anos de 2021 e 2022, além do mais, na contabilização do lucro líquido existem receitas não operacionais, como exemplo das receitas financeiras, o que torna possível o lucro líquido ser maior que o lucro bruto, tudo dentro das normas contábeis.

Melhor explicando: No exercício de 2021 a empresa recorrida havia evidenciado uma Receita Bruta de R\$ 150.083.272,50, contudo sobre este valor não estavam sendo deduzidos os valores de "Descontos Incondicionais Concedidos" por estes estarem demonstrados em outro grupo como "Deduções da Receita Bruta". Frente a esta situação e para a correta divulgação conforme exposto no parágrafo anterior, houve a necessidade da atualização da estrutura de apresentação e consequentemente a retificação da ECD - Escrituração Contábil Digital deste mesmo exercício.

Desta forma, ou seja, após as atualizações necessárias, a Receita Bruta da empresa neste ano foi de R\$ 17.122.558,10. Este mesmo procedimento foi devidamente adotado para a divulgação das informações relativas ao exercício de 2022.

Neste ano a empresa obteve uma Receita Bruta no montante de R\$ 4.250.380,13, a conferir:

Um dos pontos levantados pela recorrente é o de que a receita bruta não poderia ser maior que lucro líquido, porém, entre outras razões, este argumento não pode ser válido para descaracterizar a empresa Verocheque como EPP, visto que para determinação do enquadramento como EPP a lei condiciona a Receita Bruta e não o Lucro Líquido. Em termos operacionais o lucro só foi maior que a Receita Bruta evidenciada pela Verocheque em vista das Receitas Financeiras por ela obtida.

Além disso, como se sabe, a receita bruta consiste no valor total gerado por uma empresa através da venda de seus produtos e/ou serviços, oriundos exclusivamente da exploração das atividades previstas no objeto social da empresa, no caso concreto, uma de suas principais fontes de receita da Verocheque é a receita financeira, derivada de investimentos no mercado financeiro, e as receitas provenientes dessas operações financeiras não são e não podem ser contabilizadas na conta receita bruta, o que contabilmente resulta em ter demonstrado no balanço um lucro líquido maior que a receita bruta, portanto, o balanço está totalmente dentro dos parâmetros legais e contábeis permitidos, escoimando a falaciosa alegação de que jamais seria possível uma empresa ter lucro líquido maior que a receita bruta.

Outro item questionado pela recorrente, menciona que o valor apresentado pela conta inversa de ISS, sendo ele pela alíquota de 2% ou de 5%, foi devidamente contabilizado nas contas "Receitas com Credenciados e Receita com Conveniados", ocorre que este argumento, por si só, não pode ser válido para descaracterizar a empresa como EPP, uma vez que sobre tais valores reconhecidos e devidamente contabilizados, há que se deduzir os "Descontos incondicionais concedidos". Vejamos o que diz a lei:

Art. 3º - Lei 123/2006

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Em outras palavras, a base de cálculo do ISS, por si só, não traduz necessariamente a Receita Bruta para fins de enquadramento da EPP, visto que sobre estas, e como já dito, deverão ser abatidos/deduzidos, os descontos incondicionais concedidos procedentes da operação da empresa.

Ademais, não é nenhuma novidade não ser competência do órgão fazer esse tipo de julgamento, haja vista que compete exclusivamente à autoridade administrativa fiscal o dever de exercer o poder de fiscalização visando ratificar os procedimentos realizados pelo contribuinte, sendo inadmissível, senão ilegal, a empresa recorrente querer se valer de prerrogativas exclusivas da autoridade fiscal para revisar e questionar o balanço da recorrida, especialmente por se tratar de um processo licitatório.

Veja, que para justificar suas ilações em relação a falsa acusação de não enquadramento da recorrida como EPP, a recorrente busca informações no balanço apresentado em ano anterior, ora, o passado é apenas um dado histórico, muito pode ser mudado em minutos, quiçá em 01 (um) ano, portanto, as acusações da recorrente não passam de meras suposições, são apenas hipóteses desprovidas de qualquer substrato jurídico ou fático apto a alterar a realidade demonstrada pela recorrida em seu balanço vigente, o qual, indubitavelmente, lhe assegura o direito de enquadramento como EPP.

Ademais, o enquadramento da empresa recorrida foi objeto de verificação na Receita Federal e na Junta Comercial, que são os órgãos competentes para realização dessa análise, e não houve nenhum apontamento contrário ao enquadramento, não cabendo ao órgão licitante e muito menos à empresa concorrente/recorrente, querer julgar se o enquadramento da recorrida está correto ou não, sendo clara a intenção da recorrente de usurpar funções de fiscalização afetas a órgãos públicos específicos, tumultuando o certame para tentar anular o sorteio que sagrou a recorrida como vencedora, de forma inescrupulosa e temerária, usurpando atribuições dos órgãos competentes de fiscalização acima mencionados, em detrimento do interesse público, da ampla concorrência e da isonomia.

Não bastasse isso, como é de amplo conhecimento, nos últimos anos em razão da vedação de apresentação de taxas negativas nos certames licitatórios, retirando a competitividade das licitações deste seguimento, a esmagadora maioria foi decidida no sorteio ou com preferência para micro e pequenas empresa, automaticamente houve uma queda brutal na receita da empresa recorrida, permitindo seu novo enquadramento.

Pois bem, no escopo de suas atividades a recorrida celebra contratos com a Administração Pública e com empresas privadas, visando a prestação de serviços de implantação, intermediação do fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos, magnéticos oriundos de tecnologia adequada) com a finalidade de aquisição de refeições em restaurantes ou estabelecimentos similares (refeição - convênio) e aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais (alimentação - convênio), prestação de serviços de implantação de sistema e/ou convênios de qualquer natureza junto a estabelecimentos, especialmente relativos a refeições e gêneros alimentícios em geral e prestação de serviços de campanhas de incentivos; para tanto, também firma contratos de adesão com estabelecimentos comerciais (restaurantes, supermercados, mercearias etc.), nos quais são utilizados tais cartões/vales na compra de gêneros alimentícios e refeições prontas.

Ou seja, é operadora do Sistema de Refeição/Alimentação-Convênio que realiza a mera intermediação entre os "clientes" (públicos e privados) e os estabelecimentos "conveniados", mediante o repasse a estes dos valores, previamente creditados pelos primeiros, para as compras efetuadas pelos usuários dos cartões.

Assim, as importâncias pagas pelos "clientes" contratados não se destinam a remunerar os serviços da recorrida, visto que tão-somente transitam, temporariamente, em suas contas correntes para serem repassadas aos estabelecimentos comerciais "conveniados" em razão das compras realizadas com os cartões Verocheque.

Os contratos vigentes, em razão da grande concorrência existente neste mercado, na maioria dos casos, estão vinculados a concessão de descontos na contratação com as empregadoras públicas e privadas, as quais, em consequência, acabam por lhe creditar importâncias inferiores ao valor de face total dos cartões fornecidos. Por conta disso, suas efetivas receitas ficam praticamente limitadas às taxas cobradas dos estabelecimentos credenciados, que são descontadas quando do repasse dos valores das vendas realizadas aos portadores do cartão.

Nesse sentido, o conceito técnico-jurídico de receita pressupõe o recebimento de numerários que tenham um reflexo efetivamente positivo na variação patrimonial, isto é, valores que se incorporem ao ativo da pessoa jurídica de modo a incrementá-lo. Assim, não podem ser consideradas como receitas as quantias que meramente transitam pelo caixa ou circulam nos registros contábeis da empresa, mas que não lhe integram o patrimônio, já que pertencem a terceiros. É cediço que simples ingressos de valores no caixa não caracterizam necessariamente receita própria da empresa. O festejado jurista Bernardo Ribeiro leciona com inteira propriedade:

"O conceito de receita acha-se relacionado ao patrimônio da pessoa. Quem auferir recebe um valor que altera o seu patrimônio, a sua riqueza. Receita do latim 'recepta' é um vocábulo que designa o conjunto ou a soma de valores que ingressam no patrimônio de determinada pessoa. Podemos definir receita como toda entrada de valores que integrando-se ao patrimônio da pessoa (física ou jurídica, pública ou privada), sem quaisquer reservas ou condições, venha acrescer o seu vulto como elemento novo e positivo". ("In" RDDT nº 60, pag. 26).

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. Tal assertiva é confirmada pelo saudoso e insuperável mestre Geraldo Ataliba:

"O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de determinada entidade. Nem toda entrada é receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha integrar o patrimônio da entidade que a recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas não pertencem à entidade que as recebe. Tem caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório para saírem com destinação certa, em breve lapso de tempo". (ISS, Base Imponível; Estudos e Pareceres de Direito Tributário, v. 1, Revista dos Tribunais 1978, p. 88).

Segundo J. Teixeira Machado Jr., receita consiste num: "(...) conjunto de ingressos financeiros com fontes e fatos geradores próprios e permanentes, oriundos da ação de tributos inerentes à instituição, e que, integrando patrimônio na qualidade de elemento novo, produz-lhe acréscimos, sem, contudo, gerar obrigações, reservas e reivindicações de terceiros".

À vista desse entendimento doutrinário, dúvidas não restam de que receita representa um "plus" que se integra ao conjunto de bens de titularidade de uma determinada pessoa (seja ela física ou jurídica, pública ou privada), de modo a incrementá-lo, sem um compromisso de devolução posterior.

As cortes judiciais têm manifestado igual posição, como se pode notar do voto proferido pela ilustre Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região Ana Scartezini no julgamento da Apelação Civil 90.03.000915-5/ SP:

"Faturamento, nesse sentido, partilha conceito semelhante ao de 'receita' vale dizer, acréscimo patrimonial que adere definitivamente ao patrimônio do alienante. A ele, portanto, não se pode considerar integradas importâncias que apenas 'transitam' em mãos do alienante, sem que em verdade lhes pertençam em caráter definitivo".

No caso concreto, portanto, totalmente despropositado que sejam equiparadas a receitas as quantias creditadas pelos "clientes" com o fim específico de disponibilizar o benefício nos cartões alimentação/refeição, as quais circulam de modo precário e transitório nas contas e registros contábeis da empresa recorrida, sem integrar seu patrimônio, já que pertencentes e transferidas a terceiros.

Não se trata de valores faturados a título de reembolso de despesas ou de custos (incorridos na prestação dos serviços contratados), mas, sim, de recursos alheios que ingressam em sua contabilidade tendo como contrapartida a saída dos mesmos montantes, o que lhes afasta do conceito legal de "receita bruta".

As atividades das operadoras de cartões de alimentação/refeição possuem um intenso fluxo de entrada de recursos em virtude da intermediação que realizam, mas cuja receita própria, aquela que é realmente tributável, resume-se a uma quantia bem menor, que correspondente aos efetivos serviços por elas prestados.

Ademais, para melhor elucidação dos fatos, estamos anexando a presente petição cinco recentes decisões proferidas pelos seguintes órgãos públicos: Consórcio Intermunicipal da Microrregião de Penápolis -CIMPE; ITAURB – Empresa de Desenvolvimento de Itabira Ltda; Câmara Municipal de Getulina, Prefeitura Municipal Salto de Jacuí, Trabiçu, etc, NEGANDO PROVIMENTO A RECURSOS QUE PEDIAM O DESENQUADRAMENTO DA EMPRESA VEROCHECKE COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE - EPP.

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso, a não ser a improcedência do(s) recurso(s) ora impugnado(s).

2.3. DA ABSURDA E INFUNDADA ACUSAÇÃO DE INCONSISTÊNCIA NOS ATESTADOS APRESENTADOS PELA RECORRIDA VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA:

A Verocheque apresentou atestados comprovando de forma objetiva e inequívoca o pleno atendimento do objeto ora licitado.

Sendo assim, não resta nenhuma sombra de dúvida de que a recorrida cumpriu com folga o exigido no edital, haja vista que os atestados comprovam fornecimento bem maior do que o exigido no edital.

Ora, Senhora Pregoeira, repisando um velho jargão muito usado em licitações, "se uma empresa faz uma igreja também pode fazer uma ponte", o mesmo se aplica ao nosso caso em concreto, já que a recorrida atua há mais de 18 anos seguimento de benefício de cartão alimentação e refeição, lembrando ainda, que a melhor condição é item de julgamento e a própria administração pode a qualquer momento interromper o contrato se a licitante não estiver cumprindo a contento, inclusive com penalidades.

Nesse sentido, todos os processos licitatórios estão subordinados a princípios jurídicos rígidos, como o da isonomia, da executividade das leis sem discricionariedade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da proposta mais vantajosa para administração e notadamente o da universalidade da concorrência.

A licitação, como se sabe, consiste num instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na escolha dos contratantes e a isonomia entre eles, a priori, significa tratamento igual para situações iguais.

Isso porque, se a decisão se der no sentido de NÃO aceitar os atestados de capacidade técnica apresentados pela Verocheque, servirá apenas para gerar um resultado antagônico à finalidade da Licitação, que é a universalidade da concorrência.

Observa-se que, in casu, a prevalecer a tese recursal, a Administração Pública perde a possibilidade de escolher entre alternativas que lhe poderiam trazer melhores benefícios financeiros e técnicos.

Deve-se analisar, portanto, se a empresa licitante, como um todo organizado, tem aptidão técnica e operacional para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da licitação, afastando-se, deste modo, discriminações que acarretem a obstacularização da competitividade.

E a empresa Verocheque demonstrou ter ampla, total e irrestrita capacidade para executar o objeto licitado.

O que deve importar na licitação pública, data venia, "é a substância das coisas e não o rigorismo dos atos".

Assim, no caso em tela, restou amplamente demonstrada que a recorrida Verocheque comprovou sua capacitação técnica, jurídica e econômica para execução do objeto licitado e mereceu sagrar-se vencedora do certame, portanto, qualquer outro argumento, constitui mero vício formal, sem qualquer repercussão na esfera de direito dos participantes, devendo ser julgado improcedente os recursos que questionam os atestados apresentados pela recorrida Verocheque Refeições Ltda.

2.4. DO CORRETO CUMPRIMENTO À NORMA DE RESERVA DE VAGAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A recorrida Verocheque é uma licitante séria, reconhecida por seus trabalhos na área de fornecimento de benefício alimentação e refeição, tanto no que se refere à qualidade dos seus produtos e serviços, quanto pela sua competitividade comercial, patente neste segmento de mercado, portanto, é uma concorrente desejada pela Administração Pública em todas as licitações.

Nesse passo, lembramos que de acordo o princípio da Legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988: "II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Com efeito, é importante ressaltar que a recorrida possui menos de 100 (cem) funcionários em seu quadro de pessoal, razão pela qual não possui a obrigatoriedade legal de reservar cotas para preenchimento de cargos por pessoa com deficiência ou reabilitados da previdência social.

Sendo assim, se houver provimento a este ponto do recurso, estaremos diante de uma decisão ilegal de conceder preferência de contratação às empresas que comprovassem reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, independentemente de verificação sobre a exigência legal de tal reserva pelas desclassificadas.

É de rigor, portanto, a manutenção da decisão que declarou a recorrida como vencedora do certame, pois de outro modo, estar-se-ia aplicando incorretamente o benefício previsto pelo art. 3º, § 2º, inciso V, da Lei nº 8.666/93, por ignorar o fato de que o critério de desempate não deve prejudicar empresas que não tenham a obrigatoriedade legal de promover a reserva de cargos a pessoas com deficiência e reabilitadas da Previdência Social.

A exigência prevista em lei para reserva de cargos está positivada no art. 93, da Lei nº 8.213/1991:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- | | |
|-------------------------------|-----|
| I - até 200 empregados..... | 2%; |
| II - de 201 a 500..... | 3%; |
| III - de 501 a 1.000..... | 4%; |
| IV - de 1.001 em diante. | 5%. |

Veja-se:

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:

(...)

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. (grifo nosso)

A lei, portanto, é clara ao afirmar que o critério de desempate a ser utilizado é o de cotas por obrigatoriedade legal. Se não houver obrigatoriedade oriunda de lei para a reserva de cargos, não pode a empresa licitante ser prejudicada. Se fossem verdadeiras as alegações das recorrentes, o próprio Pregoeiro decidiria de plano pela desclassificação da recorrida Verocheque – se assim não procederam – certamente foi porque a vencedora Verocheque atendeu plenamente as condições de participação e habilitação estabelecidas no instrumento convocatório, sagrando-se vencedora por seus próprios méritos.

2.5. DA CORRETA INCLUSÃO DA PROPOSTA NO SITE COMPRASNET

Em breve síntese do necessário, algumas empresas recorrentes alegam que a recorrida Verocheque, apresentou sua proposta em desacordo com o edital.

Contudo, sem razão as recorrentes, eis que os recursos manejados não passam de meras tentativas de procrastinar o desfecho do certame, causando enorme prejuízo ao ente licitante, mas principalmente, aos usuários dos benefícios, em detrimento da lei e do próprio edital.

Sendo assim, ao contrário do que alegam as recorrentes, ao inserir sua proposta no sistema ComprasNet, a recorrente seguia especificadamente o contido no subitem 6.22. do edital, o qual prescreve que "para julgamento e classificação das propostas será adotado o critério de MENOR PERCENTUAL DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO (Taxa de Administração), portanto, o item acima é bastante claro quanto a necessidade de inclusão da proposta baseado na taxa e não em valores, desse modo, foi correta a forma a proposta apresentada pela recorrida, sendo improcedente os recursos.

Sendo assim, em realidade as propostas das recorrentes é que estão em total desacordo com as exigências e regras previstas no edital.

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Com a Lei n. 10.520/2002, mais uma modalidade licitatória (pregão) foi introduzida no modelo brasileiro, ao qual se aplicam subsidiariamente as regras da Lei n. 8.666/1993.

Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

O edital é a lei da licitação e vincula as licitantes e a própria Administração Pública. O princípio da vinculação ao edital está positivado no artigo 30, da Lei de Licitações e ressaltado em seu artigo 41, que dispõe que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, garantindo, assim, a isonomia entre os participantes.

E a disposição vale, igualmente, para as licitantes, que devem cumprir todas as cláusulas edilícias, sem exceção.

Evocando o princípio da vinculação ao Edital, em que o instrumento convocatório preceitua detalhadamente como será o critério de desempate, ou seja, por atingimento de maior pontuação.

Cumpre-nos, lembrar, no prazo previsto em lei, em momento anterior ao da abertura do certame, nenhuma das empresas exerceu o direito de impugnar este critério de desempate, fazendo-o somente agora, de forma totalmente extemporânea, com a clara intenção de tumultuar e de atrasar a solução do procedimento.

Outrossim, o ente licitante fez exigências bem específicas no edital, que são ligadas diretamente ao atendimento do objeto e estas sim deverão ser bem analisadas e embasarem as decisões para a contratação da empresa.

Desse modo, resta evidenciado que as recorrentes estão buscando um direcionamento antecipado, com parcialidade na interpretação do edital e nos esclarecimentos, com o único fim de confundir os julgadores e levar a uma decisão onde sejam beneficiadas graças a critérios que não são os especificados no Edital.

Sendo assim, outro não poderá ser o resultado do julgamento, senão o de total improcedência dos recursos ora impugnados, especialmente, ante a constatação de que, na verdade, foram as recorrentes que não cumpriram o edital, e buscam com os recursos apresentados a correção de sua própria inapetência na interpretação do edital, tumultuando e retardando o desfecho do certame, o que está causando enormes prejuízos aos beneficiários do vale alimentação.

III. DOS PEDIDOS

Ante aos fatos narrados e as razões de direito acima aduzidas a signatária requer ao Nobre Pregoeira, que seja reconhecida e declarada a TOTAL IMPROCEDÊNCIA DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELAS RECORRENTES, ora impugnados, com a consequente manutenção integral da decisão sob exame, devendo ser mantido o desfecho do sorteio que culminou com a empresa Verocheque como vencedora do certame.

Por fim, REQUER autorização para a recorrente providenciar a juntada ao procedimento licitatório em tela dos documentos comprobatórios mencionados no corpo desse recurso, através de e-mail ou, alternativamente, o órgão poderá simplesmente acessá-los por meio do link abaixo, a fim de assegurar o direito de ampla defesa e de contraditório.

<https://drive.google.com/drive/folders/1F56E5n8o0skEiyRjOIwX2NjyVcafO9ci?usp=sharing>

Outrossim, caso o recurso ora impugnado seja remetido para a Autoridade Superior, a recorrida requer a apreciação das razões acima expostas, a fim de que seja confirmado o julgamento preferido originalmente pela N. Comissão.

Nestes termos, pede deferimento.

Ribeirão Preto/SP, 11 de dezembro de 2023.

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA

Voltar