

ILUSTRE(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAIPABA - ESTADO DO CEARÁ

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 062.2022 - SRP

NEO CONSULTORIA E ADMINISTRACAO DE BENEFICIOS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, com Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, CNPJ, nº 25.165.749/0001-10, Alameda Rio Negro, nº 503, sala 1803, Alphaville, Barueri – SP, *felipe.veronez@neofacilidades.com.br* e telefone (11) 3631-7730, vem, muito respeitosamente, por intermédio de seu representante legal, apresentar

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

em face das veementes irregularidades contidas no procedimento licitatório em epígrafe, que culminaram na indevida habilitação da empresa **7SERV GESTÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI**, o que o faz consoante motivos fáticos e jurídicos a seguir expostos.

I. EXPOSIÇÃO DOS FATOS

O Município realizou a sessão pública do Pregão Eletrônico, que tem por objeto o “registro de preços para contratação de empresa especializada na prestação de serviço de gerenciamento de frota através de sistema informatizado e integrado com utilização de cartões magnéticos microprocessados e/ou com chip, para aquisição de combustíveis (gasolina, etanol e diesel), na rede de estabelecimentos credenciados da contratada para atender a frota de veículos pertencentes as secretarias da prefeitura Municipal de Paraipaba.”, conforme especificações contidas no Instrumento Convocatório.

Ao final da disputa sagrou-se vencedora a empresa **7SERV GESTÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI**, com a oferta de taxa de administração de -6,00% (seis inteiros por cento negativo).

Com a apresentação dos documentos concernentes à fase de habilitação, pela convocada, a ora recorrente manifestou o interesse de recorrer, por constatar a existência de irregularidades quanto a (i) comprovação da exequibilidade da proposta, (ii) qualificação econômica apresentada e (iii) a subcontratação do objeto do certame, razão pela qual restou deferido o prazo para apresentação das competentes razões.

Esta, a síntese do necessário.

II - DAS RAZÕES

II.1 – DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA

A Proposta de Preços é o documento pela qual a licitante apresenta o valor dos seus serviços, observando-se o objeto da licitação, suas especificidades e as condições de mercado, sendo, umbilicalmente, ligada ao Edital e a legislação.

Na disputa em questão, a empresa vencedora 7SERV apresentou Proposta de Preços em desacordo com as práticas do mercado, sem, contudo, ter demonstrado a sua exequibilidade, ensejando sua desclassificação. Veja a disposição da Lei nº 8.666/93:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.”

A incoerência da oferta em relação as práticas do mercado se demonstram na própria sessão pública, em que **as maiores empresas do ramo, como a Neo e a Trivale, ofertaram taxas muito inferiores**, ensejando a sua desclassificação.

Uma oferta tão expressiva vinda de uma empresa de módico porte, aponta para uma possível inexecução contratual, visto que provavelmente não possuirá caixa para girar um contrato com vultos muito superiores ao próprio valor de mercado da empresa¹.

Ainda que não seja uma exigência do Edital, visando resguardar o erário de futuros descumprimentos contratuais e em apreço ao princípio da proporcionalidade, antes de sua sumária desclassificação, deve a equipe de licitação realizar diligência a fim de **comprovar a exequibilidade proposta apresentada pela arrematante.**

Vale dizer que, conforme ensina Marçal Justen Filho, é **dever** da administração realizar providências a fim de esclarecer os fatos suscitados:

“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes”

¹ Veja que o valor estimado da contratação é consideravelmente maior do que o capital social da arrematante.

para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, **é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos.** Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

A comprovação de exequibilidade pode ser feita por meio de planilha de composição de lucro, mostra de sua rede credenciada, a taxa de credenciamento praticada, sem prejuízo das demais disposições da Instrução Normativa nº 5/2017:

“9.4. **Se houver indícios de inexecuibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, para efeito de comprovação de sua exequibilidade, podendo ser adotado, dentre outros, os seguintes procedimentos:**

- a) questionamentos junto à proponente para a apresentação de justificativas e comprovações em relação aos custos com indícios de inexecuibilidade;
- b) verificação de Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho;
- c) levantamento de informações junto ao Ministério do Trabalho;
- d) consultas a entidades ou conselhos de classe, sindicatos ou similares;
- e) pesquisas em órgãos públicos ou empresas privadas;
- f) verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada;
- g) pesquisa de preço com fornecedores dos insumos utilizados, tais como: atacadistas, lojas de suprimentos, supermercados e fabricantes;
- h) verificação de notas fiscais dos produtos adquiridos pelo proponente;
- i) levantamento de indicadores salariais ou trabalhistas publicados por órgãos de pesquisa;

- j) estudos setoriais;
- k) consultas às Fazendas Federal, Distrital, Estadual ou Municipal; e
- l) análise de soluções técnicas escolhidas e/ou condições excepcionalmente favoráveis que o proponente disponha para a prestação dos serviços.”

Nesse sentido, requer-se que seja demonstrada a exequibilidade da proposta de preços apresentada pela arrematante, de modo a resguardar a municipalidade de futuros descumprimentos contratuais e prejuízos.

Caso nada seja feito, o que não se espera e acredita, restará claro a possibilidade de direcionamento do certame para a empresa arrematante, além do descaso com o erário e com o interesse público.

II.2 – DO SISTEMA SUBCONTRADADO DA EMPRESA 7SERV E SUA VEDAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO CEARÁ

A subcontratação é uma ferramenta utilizada no mundo administrativo, em que empresas contratadas utilizam-se de terceiros para a execução do objeto licitado, e é disciplinada na Lei n.º 8.666/93:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”

Da leitura, extrai-se que a Administração, por meio do Instrumento Convocatório, deve prever, claramente, a possibilidade da subcontratação e definir seus limites. No Instrumento Convocatório há previsão da subcontratação, desde que devidamente autorizada. Como inexistente a autorização, resta **vedada** a subcontratação.

Consoante com o objeto licitado, trata-se de “registro de preços para contratação de empresa especializada na prestação de serviço de gerenciamento de frota

através de sistema informatizado e integrado com utilização de cartões magnéticos microprocessados e/ou com chip, para aquisição de combustíveis (gasolina, etanol e diesel), na rede de estabelecimentos credenciados da contratada para atender a frota de veículos pertencentes as secretarias da prefeitura Municipal de Paraipaba.” O Termo de Referência, por sua vez, assim justifica a contratação:

“A contratada atuará na intermediação do abastecimento, gerindo e tendo a plena responsabilidade, ainda, pelas atividades de gestão e controle de frota. Portanto, o presente sistema busca promover a eficiência, padronização e racionalização da utilização dos combustíveis por parte da frota de veículos e equipamentos a combustão do Município de Paraipaba, com sistema informatizado e em caráter contínuo e ininterrupto no abastecimento de combustíveis em rede especializada.”

Da leitura conjunta do objeto e do Termo de Referência, nota-se que o que se objetiva contratar é um software de gestão dos abastecimentos da frota da contratante, por meio de rede de estabelecimentos credenciados fornecidos pela contratada.

Ou seja, o software de gestão é instrumento meio e fim da contratação. Meio, porque realiza a cotação e anotações referentes ao serviço (fornecimento de combustível) e fim, pois a finalidade da contratação é justamente a gestão dos gastos públicos.

O software é o cerne da contratação, caso em que, se for “retirado” do objeto, não há a efetiva prestação do serviço, sendo ele meio (ordenamento dos serviços via software) cu fim (gestão propriamente dita).

Sendo assim, entende-se pela subcontratação no caso concreto o fornecimento do software de gestão por terceiro estranho e alheio ao processo licitatório. Ocorre que a empresa arrematante, 7Serv, não possui sistema próprio para a prestação do serviço, fornecendo o objeto por meio da empresa “Wowlet”, caso em que resta claro tratar-se de uma subcontratação, o que é vedado pelo Instrumento Convocatório.

Aliás, a matéria da subcontratação do software utilizado pela 7Serv já é reconhecida pelo Tribunal de Contas deste Estado do Ceará, por meio da Diretoria de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo, em diversas ocasiões, dentre as quais, nos autos do processo 15428/2020-6, a Diretoria analisa, por meio do Relatório de Instrução nº 171/2022:

“12. A Defendente afirma que adquirira, em 23.09.2019, ou seja, antes do certame, uma unidade da franquia do Sistema de Software WOLWLET CARTEIRA DIGITAL, passando a ser titular do direito de uso da marca, bem como do software para fins de gerenciamento, monitoramento de serviços de gestão e controle de frota, através de cartões de abastecimento e manutenção, bem como administrar clientes e estabelecimentos credenciados.

13. Para tanto, apresenta o art. 1º, da Lei nº 8.955/1994, que traz o conceito de franquia, assim como o Defendente também relata que o termo franquia trata-se de um contrato entre as partes onde o franqueador concede ao franqueado o direito de uso de sua marca, patente e know-how ou produtos para que o franqueado preste pessoalmente os serviços contratados.

[...]

43. Esta unidade técnica verificou que o contratado, 7Serv Gestão de Veículos Eireli, não possui sistema próprio, e, para tanto realizou a franquia do sistema, ou seja, o serviço relativo ao desenvolvimento e manutenção do software é terceirizado, configurando, assim, a irregularidade da subcontratação, haja vista a ausência de previsão desta subcontratação no edital ou no contrato.

[...]

46. Ademais, é imperioso registrar que a subcontratação do sistema, nos termos destacados no presente instrumento, impõe álea administrativa indevida, conforme entendimento do Parecer nº

00127/2021, da 3ª Procuradoria de Contas, deste TCE, constante no Processo nº 20849/2020-0:

[...]

47. É oportuno registrar, ainda, que os Processos nº 20849/2020-0 e 20624/2020-9 tratam da subcontratação de serviços que necessitam de um software para a prestação de serviço para aquisição de combustível e reposição de peças, os quais tiveram como contratado a empresa 7Serv Gestão de Veículos Eireli. **A unidade técnica identificou, através dos Certificados nº 118/2022 e 117/2022, a irregularidade na subcontratação**, em virtude da inexistência de previsão editalícia para a subcontratação e da **ausência de sistema próprio por parte da empresa 7Serv Gestão de Veículos Eireli**.

48. Portanto, **resta comprovada a subcontratação irregular, uma vez que não há previsão no edital e nem no contrato da possibilidade de parte da execução contratual decorrer da relação de terceiros com a empresa contratada pelo município, em descumprimento ao previsto no art. 72, da Lei nº 8.666/1993.**

Como se vê, **o conteúdo do Relatório acima posto, exarado pela equipe técnica do Tribunal de Contas do Ceará reconheceu a irregularidade da utilização de sistema subcontratado pela empresa 7SERV, vez que não há previsão no Edital da "possibilidade de parte da execução contratual decorrer da relação de terceiros"**, restando comprovada a subcontratação irregular, pela empresa 7Serv.

Aliás, no **processo n. 20849/2020-0**, referente ao município de Caucaia, **em que se também discute a subcontratação do sistema utilizado pela 7Serv, a Excelentíssima Senhora Conselheira Patrícia Saboya proferiu o seguinte voto:**

"[...]

*Com efeito, conforme exposto pela unidade técnica e pelo MPC, **restou***

caracterizada nos autos a subcontratação indevida, visto que a disponibilização do software por parte de terceiro (empresa Portal Card) à empresa 7Serv Gestão de Veículos Eireli é elemento essencial na execução do contrato.

A empresa contratada 7Serv Gestão de Veículos Eireli não possui sistema próprio para execução do serviço, necessitando do software de terceiro, sendo o objeto principal do contrato, e não objeto secundário, contrariando o art. 72 da Lei nº 8.666/93, que admite a subcontratação, mas com limitações:

[...]

“Ante o exposto, VOTO, no sentido de:

- a) CONHECER da presente Representação, porque atendidos os requisitos legais;
- b) no mérito, JULGAR PROCEDENTE a Representação, por restar configurada subcontratação irregular no Pregão Eletrônico nº 2020.07.28.001, junto à empresa 7Serv Gestão de Veículos Eireli, em afronta ao art. 72 da Lei nº 8.666/93;
- c) APLICAR MULTA de R\$ 3.000,00 (três mil reais) à Sra. Camila Bezerra Costa da Silva (ordenadora de despesas), com fundamento no art. 62, III da Lei nº 12.509/95 (LOTCE), em razão da subcontratação irregular, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento das mesmas ao Tesouro Estadual ou para que apresente recurso;
- d) AFASTAR a responsabilidade da Sra. Thaisa Maria Silva (Pregoeira), por não restar configurado nos autos a sua participação na ocorrência;
- e) DETERMINAR à Prefeitura Municipal/Secretaria de Educação de Caucaia que se abstenha de realizar renovação contratual decorrente do Pregão Eletrônico nº 2020.07.28.001 junto à empresa 7Serv Gestão de Veículos Eireli e, no caso de realização de nova licitação com os serviços contratados, observe os dispositivos da Lei nº 8.666/93, notadamente o art. 72, evitando-se subcontratações indevidas;”

Veja na decisão acima que houve a cominação de punição pecuniária para a ordenadora de despesas do município de Caucaia e determinado que a Prefeitura de Caucaia se abstinhasse de renovar o contrato com a empresa, razão pela qual esta Administração deve ter muita cautela antes de prosseguir com esta contratação para que não reincida no mesmo erro.

Principalmente levando em consideração o acórdão recente, acima transcrito, que reconhece que a 7Serv se utiliza de sistema subcontratado para prestação dos serviços de gerenciamento, prática não autorizada pelo Ato Convocatório em epígrafe.

Por sua vez, a Diretoria de Fiscalização de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará em Exame de Regularidade do pregão eletrônico nº 0022711.2019, realizado pela Prefeitura Municipal de Uruoca, nos autos do processo nº 15428/2020-6, anotou:

“23. Registre-se que, no caso concreto, para os serviços de instalação e fornecimento dos equipamentos de rede de dados e do software a contratada poderia subcontratar empresas especializadas, desde que houvesse cláusula editalícia de permissividade. Na espécie, verifica-se que não consta no edital e no contrato previsão da subcontratação e do seu limite, razão pela qual entende-se pela irregularidade.

24. Posto isso, no caso em análise, restou configurada a irregularidade pelo descumprimento do artigo 72 da Lei nº. 8.666/1993 no edital do Pregão Eletrônico nº. 0022711.2019, uma vez que não se vislumbrou previsão no instrumento convocatório – edital – acerca da possibilidade de subcontratação.”

A mesma Diretoria, em nova oportunidade, demonstrou a existência da subcontratação do sistema objeto de contratação do Pregão Presencial 05/2020-FG-SRP, da Prefeitura Municipal de Campos Sales, por meio do Certificado 0274/2020²:

² Processo nº 15427/2020-4

“16. Infere-se, com base no exposto, que a disponibilização e operacionalização do sistema de gestão se configura como parte substancial do objeto do certame licitatório em questão. Tanto o é que, se houver o comprometimento técnico do sistema, ocorrerá o prejuízo da finalidade da contratação, que é a promoção de uma gestão eficiente, mediante a utilização de um sistema informatizado, de serviços de manutenção preventiva e corretiva, em rede credenciada, para os veículos de várias secretarias do Município de Campos Sales.

17. Ocorre que, como se verifica das contrarrazões apresentada pela empresa vencedora do certame, 7Serv Gestão de Veículos Eireli, ao recurso administrativo interposto pela Representante no seio do processo licitatório em comento, a licitante vencedora admitiu que não possui um sistema próprio, mas que possui contrato de licença com a empresa Portal Card. No entanto, afirmou a empresa, na ocasião, que é de sua exclusiva responsabilidade a operação do sistema e que os contratos com os estabelecimentos credenciados são firmados diretamente com a 7Serv Gestão de Veículos Eireli.

18. Ainda que reste demonstrado, a posteriori, que a 7Serv Gestão de Veículos Eireli é quem de fato opera o sistema e que é a responsável pela contratação dos estabelecimentos credenciados, como os serviços objeto do Pregão Presencial nº 05/2020-FG-SRP estão necessariamente vinculados a eficiência do sistema, vez que qualquer falha no software prejudica o propósito da contratação, a circunstância do sistema não ser de propriedade da 7Serv Gestão de Veículos Eireli configura-se caso de subcontratação.”

Repare, I. Pregoeiro(a), que inúmeras são as análises do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que apontam para a existência da subcontratação do sistema de gestão da licitante 7Serv, sendo inquestionável o objeto da presente licitação não ser de sua propriedade.

Em verdade, a própria licitante admite não ser proprietária do sistema que oferece a administração. Veja pedido de esclarecimentos dado pela própria em outro processo licitatório, cujo objeto era similar:

Razão Social: 7SERV GESTÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI
CNPJ Nº: 13.858.769/0001-97
Marca: Wowlet
Inscrição Municipal ou estadual: 1805323 / 065711882
Dados Bancários: Banco do Brasil/ Agência: 3474-6/ Conta: 40551-5
Endereço: Avenida I (c) Jereissati I), nº 57, sala 809 Torre 01, Bairro Jereissati I – Maracanaú/Ce - Fone/Fax: 85.992772566.

A empresa 7SERV GESTÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI, CNPJ Nº: 13.858.769/0001-97, Inscrição Municipal ou estadual: 199660 / 065711882, Endereço: Avenida I (c) Jereissati I), nº 57, sala 809 Torre 01, Bairro Jereissati I – Maracanaú/Ce, Fone/Fax: 85.992772566, neste ato representada pelo seu sócio, abaixo assinado, vem através deste, encaminhar o pedido de esclarecimento conforme exposto abaixo:

Questionamos: O sistema informatizado, mais precisamente, a plataforma WEB de controle, a ser disponibilizado pela CONTRATADA deverá ser:

1. Obrigatoriamente, de sua propriedade (desenvolvido pela empresa) OU
2. Será aceita a disponibilização de sistema, por meio de licença de uso, onde, nesse caso, a empresa CONTRATADA possui licença para utilizar software desenvolvido por terceiro, para executar o gerenciamento de frota?

Contudo, em suas contrarrazões, a arrematante discutirá incansavelmente que o uso de software de gestão, é proveniente de um contrato de franquia, fato já superado por diversas áreas técnicas do Tribunal de Contas, assim como por seus Conselheiros, além do Ministério Público de Contas³, transcrito abaixo, não devendo prosperar tal argumentação.

“Assim, acompanhando o entendimento consignado no referido voto, conclui-se que a utilização de software licenciado em contratação desta natureza, sem previsão editalícia (15.1 do Termo de Referência: “Não será admitida a subcontratação do objeto licitatório”) ou autorização contratual (10.6 da Minuta de Contrato: “A CONTRATADA, na execução do Contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, não poderá subcontratar partes do Contrato sem a expressa autorização da Administração”), impõe álea administrativa

³ PARECER Nº 01346/2022 – 3ª PROCURADORIA DE CONTAS - PROCESSO Nº: 11219/2022-2

indevida, dado que qualquer comprometimento técnico do sistema prejudicará a execução contratual, desvirtuando a finalidade da contratação (aumentar a eficácia do gerenciamento de frota para aquisição de combustíveis, peças e manutenção de veículos)."

E ainda que, de fato, haja o franqueamento, para fins de licitação e contrato administrativo, a transferência da execução para terceiro, é subcontratar o objeto licitado, posto que subcontratação é gênero da qual franqueamento é espécie, sendo este entendimento extraído da jurisprudência do **Tribunal de Contas da União**, bem como da doutrina especializada:

"[...] subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado. (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª ed. Brasília: TCU, 2010).

"A subcontratação consiste num contrato por meio do qual o sujeito já contratado para executar uma prestação avença um novo contrato com um terceiro, atribuindo-lhe a execução parcial do objeto do contrato principal." (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

Da leitura, extrai-se que a mera transferência da execução de uma obrigação administrativa para terceiro, seja em sede de franquia, cessão, aluguel, sub-rogação etc., é subcontratação.

No caso em apreço, sendo o gerenciamento o objeto contratado, e este sendo feito, de fato, por meio de outra pessoa jurídica, resta configurado a subcontratação.

Isso porque, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, são características da franquia no direito privado:

“a) A franquia é concedida por meio de contrato, como modalidade de concessão entre empresas.

b) Pelo contrato, o franqueador (franchisor) ou concedente outorga ao franqueado (franchisee) ou concessionário a licença de uso de marca para que este produza ou distribua determinados bens ou preste serviços específicos, segundo os métodos do concedente; normalmente, o contrato vem acompanhado de prestação de assistência técnica.”

Nesse sentido, a autora, citando Nelson Abraão⁵, explica que, além da cessão de uso da marca, o franqueador propicia meios para a comercialização do produto, sendo classificados como *engineering*, *management*, e *marketing*, sendo o primeiro o projeto básico do negócio jurídico cedido, sendo seu uso determinado segundo as especificações designadas pelo franqueador.

Aplicando a leitura para o caso em tela, tem-se que o franqueado somente e tão somente poderá utilizar do software dentro dos padrões predeterminados pelo franqueador. Ou seja, “o franqueado fica sujeito a controle por parte do franqueador no que diz respeito à corrente aplicação dos seus métodos”, diz o autor explicando o *marketing*.

Nota-se, portanto, que não existe autonomia jurídica entre o franqueado e o franqueador, visto que o franqueador impõe seus métodos de trabalho e organização ao franqueado, ficando claro a subordinação jurídica deste em relação a aquele.

Nesse sentido, continua Di Pietro:

“[...] na franquia, o franqueado atua sob o nome do franqueador,

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Da Franquia na Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 199:59-70, jan./mar., 1995.

⁵ Da Franquia Comercial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 9.

utilizando a sua marca e suas técnicas de atuação; o franqueado submete-se às regras do franqueador, desde as referentes às instalações e localização, passando pelo adestramento do pessoal e montagem de uma organização contábil e administrativa, até a utilização dos métodos e técnicas de prestação de serviço, publicidade, inovações etc.”

Ora, se a contratada atua sob nome do franqueador, utilizando a sua marca, suas técnicas, suas regras, organização contábil e administrativa, resta mais do que evidente que a execução contratual, no fim, é executada pela franqueadora, real detentora do software, configurando, assim, a subcontratação.

A subordinação jurídica e a ausência de autonomia, por outro lado, demonstram a fragilidade da execução de contrato administrativo por terceiro, posto que, em qualquer descumprimento contratual do pacto privado entre o franqueador e a franqueada, impactará a execução contratual do franqueado com a administração, pondo esta em álea permanente.

Outra hipótese de insegurança jurídica para a administração reside no fato de o franqueador reformular o seu produto, de modo que o franqueado fica impossibilitado de atender as exigências do contrato administrativo, sendo essa ingerência e subordinação prova cabal de que, no caso concreto, a execução da gestão de manutenções e abastecimentos por terceiro detentor do software é subcontratação ilegal do objeto licitado.

Exatamente nesse sentido, Marçal Justen Filho aduz que *“existe o risco de receber uma prestação mal executada. Isso conduz a Administração a exigir que o próprio licitante desempenhe as tarefas necessárias ao cumprimento contratual.”* (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

Caso ocorra uma prestação mal executada, no caso *sub judice*, pelo software da franqueadora, como a arrematante poderá desempenhar as tarefas necessárias ao cumprimento contratual, sendo que não é detentora e não possui qualquer software para

adimplemento das obrigações?

Essa umbilical dependência da franqueada para com a franqueadora que caracteriza a subcontratação do objeto, visto que a execução, em concreto, fica estritamente vinculada ao software de pessoa jurídica estranha ao processo licitatório e contratual.

Tudo isso acerca do caráter instrumental do software. Ao analisar o objeto finalístico, qual seja, a execução do serviço de manutenção ou abastecimento, por meio de rede credenciada, também se percebe a transferência de execução para terceiro.

Basta notar que o contrato de credenciamento utilizado pela arrematante 7Serv dispõe em seus termos que, ao credenciado aderir, passará a integrar a rede credenciada da WOWLET. Ou seja, por qualquer prisma que se olhe, a arrematante não presta, efetivamente, nenhum dos serviços cuja licitação objetiva contratar, apoiando-se em terceiros para entrega das obrigações contratuais.

Portanto, fazendo-se valer das mais diversas análises do Tribunal de Contas do Ceará, bem como do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e do mais exposto, requer-se que seja declarada a **INABILITAÇÃO** da licitante, por descumprir com a vedações explícitas do Edital quanto à impossibilidade de subcontratação do objeto do certame.

II.3 – DAS IRREGULARIDADES CONTIDAS NO BALANÇO PATRIMONIAL E DEMAIS DOCUMENTOS FISCAIS – CONTÁBEIS

Em análise ao Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis da licitante, verificou-se irregularidades de natureza fiscal e trabalhista, além de nova demonstração de inexistência de propriedade do software de gestão.

Em todas as entrelinhas do Balanço, nada de verifica como despesas de intangível, que, em termos contábeis, se entende como um bem ou direito que uma empresa possui juridicamente, mas não existe fisicamente.

Caso a licitante fosse proprietária de um software, deveria constar em seu balanço. A ausência dessa anotação leva a possivelmente dois caminhos: ou (i) a empresa, de forme irregular, altera seus valores contábeis ao não demonstrar custos com software, com intuito de majorar seus índices ou (ii) a empresa, de fato, não possui propriedade de sistema de gerenciamento.

Por outro lado, notou-se que a empresa possui, a título de despesas com salário, o montante anual de R\$ 16.278,00. Há também, o custo com viagens e ajuda de custos, no valor de R\$ 41.899,91 Veja:

Demonstração do Resultado do Exercício

Empresa: 7SERV GESTAO DE BENEFICIOS EIRELI - CNPJ: 13.958.769/0001-97

Estabelecimentos: Todos; Centros de Resultado: Todos

Pág.: 3
Fortes Contábil

Conta	Descrição	01/01/2021 a 31/12/2021
(+) 010	Receita Bruta Operacional	526.993,26
010.01	Faturamento Prod. Merc. e Serviços	526.993,26
010.01.03	Vendas de Serviços	526.993,26
3.01.01.01 01	Receita Bruta	526.993,26
3.01.01.01 01.0001	Receita de Vendas de Serviços	526.993,26
(-) 020	Deduções da Receita	45.096,50
020.01	Impostos Faturados	45.096,50
020.01.05	Simples	45.096,50
3.01.01.01 03.0007	Simples Nacional	45.096,50
(=) 030	Receita Líquida	481.896,76
(=) 060	Lucro Bruto	481.896,76
(-) 070	Despesas Operacionais	84.604,32
070 01	Despesas Administrativas	84.604,32
3.01.01.07	Despesas Operacionais	84.604,32
3.01.01.07.01	Despesas Operacionais das Atividades em Geral	82.295,46
3.01.01.07.01.0003	Ordenados, Salários, Gratif e Outras Remuner a Empregados	16.278,00
3.01.01.07.01.0012	INSS - Previdência Social	1.418,41
3.01.01.07.01.0013	FGTS	1.361,39
3.01.01.07.01.0024	Aluguéis	7.440,00
3.01.01.07.01.0029	Multas	1.173,88
3.01.01.07.01.0041	Despesa com Viagens, Diárias e Ajuda de Custos	41.899,91

Tomando como base o salário-mínimo vigente no país, no valor de R\$ 1.212,00, parece que a licitante possui em seu quadro de funcionários apenas 01 empregado, sendo sabidamente insuficiente para gerir um contrato administrativo. Ou então, a empresa realiza pagamento de salário a mais de 01 funcionário por meio de “ajuda de custos”, driblando a legislação trabalhista.

Todas essas irregularidades maculam os índices contábeis, pois conferem um valor indevido muito menor ao passivo da empresa, fato que não espelha a realidade.

A indevida demonstração dos componentes do passivo, interfere diretamente no cálculo dos índices, em especial: Índice de Liquidez Geral, Corrente e Solvência Geral.

A estruturação do cálculo do ILG, se dá por (Ativo Circulante + Ativo Realizável a Longo Prazo) / (Passivo Circulante + Passivo Exigível a Longo Prazo).

Por sua vez, o ILC se dá por (Ativo Circulante) / (Passivo Circulante).

Já o ISG se estrutura por (Ativo Total) / (Passivo Circulante + Passivo Exigível a Longo Prazo).

Os valores descritos como salário, software, viagens, benefícios, etc, se somam aos valores que compõe o passivo. Nesse sentido, um indevido valor das demonstrações com custos e gastos minora o valor do Passivo Circulante e Passivo Exigível Longo Prazo, o que implica numa mudança benéfica dos índices.

Nas operações matemáticas fracionárias, quando ocorre uma minoração do valor do denominador, mas se mantém o valor do numerador, ocorre o aumento do valor resultado:

$$\frac{\text{Numerador}}{\text{Denominador}} = \text{resultado} \rightarrow \frac{\text{Numerador (}=)}{\text{Denominador} \downarrow} = \text{resultado} \uparrow$$

Para melhor visualizar, exemplifique-se:

$$\frac{100}{10} = 10 \rightarrow \frac{100}{5} = 20$$

Portanto, um valor fictício dos gastos, minora os passivos que, por sua vez, aumenta o valor dos índices, representando assim valores contábeis não verdadeiros, devendo a municipalidade realizar diligência para averiguar a veracidade dos fatos e documentos arrolados.

Outra irregularidade fiscal reside na classificação tributária da licitante, enquanto enquadramento de seu porte empresarial. Consoante com a sua situação cadastral perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, a 7Serv é uma Microempresa (ME), optante pelo Simples Nacional, de acordo com a Receita Federal.

A situação fiscal de uma Microempresa permanece até o montante do faturamento anual ultrapassar o valor de R\$ 360.000, devendo fazer o desenquadramento, de acordo com a Lei Complementar nº 123/2011 acrescida da Resolução nº 140/2018, do Comitê Gestor do Simples Nacional:

“Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

I - microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada ou 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, e a sociedade de advogados registrada na forma prevista no art. 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, desde que: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, caput; art. 18, § 5º-C, VII)

a) no caso da ME, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso I)

b) no caso da EPP, 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); (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso II)”

Ou seja, ao auferir receita bruta superior a R\$ 360.000,00, a empresa é considerada de pequeno porte, e não mais micro, devendo realizar o desenquadramento, de acordo com interpretação extensiva do artigo 115 da mesma resolução.

Ao não recolher as obrigações tributárias devidas, mais uma vez minora seu passivo, interferindo nos índices contábeis, de forma a majorá-los, com intuito de ludibriar a administração e fazê-los “cabem” nos requisitos do Edital.

Aqui, vale esclarecer, que não se irressigna sobre as relações trabalhistas da arrematante, mas sim sobre o reflexo no certame, através da mácula dos índices contábeis.

Exatamente por isso não convém dizer que inexistem débitos trabalhistas calcado na Certidão Negativa apresentada, posto que apenas atesta para a inexistência de sentenças transitadas em julgado, ou acordos realizados em desfavor da pessoa jurídica, constantes no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, conforme trecho da própria certidão:

INFORMAÇÃO IMPORTANTE

Do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas constam os dados necessários à identificação das pessoas naturais e jurídicas inadimplentes perante a Justiça do Trabalho quanto às obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho, Comissão de Conciliação Prévia ou demais títulos que, por disposição legal, contiver força executiva.

Ou seja, para que a certidão seja negativa, é necessário a existência de condenações irrecorríveis e, primeiramente, de processos trabalhistas. Notadamente, não é isso que se aponta, que se resume em: no balanço patrimonial referente ao exercício de 2021, constam despesas compatíveis com apenas 1 vínculo empregatício, sendo de conhecimento público a impossibilidade de um contrato administrativo ser gerido exclusivamente por uma única pessoa.

De mesmo modo, não convence dizer que as anotações do Balanço Patrimonial estão em completa lisura em razão do registro na junta comercial, e por isso estaria dentro a lei.

Basta simples leitura da Leis nº 8.934/94 e 8.935/94 para notar que, dentre outros, a Junta Comercial e o registro são responsáveis a dar publicidade dos atos, e não veracidade. Veja a respectiva transcrição:

“Art. 1º O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, observado o disposto nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais, estaduais e distrital, com as seguintes finalidades:

*I - dar garantia, **publicidade**, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei;*

[...]”

*“Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a **publicidade**, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”*

Fica evidente, portanto, que irregularidades numerosas e de diversas naturezas residem sobre a empresa 7Serv, devendo esta administração realizar diligência para verificar a veracidade dos documentos arrolados a este processo licitatório, sob pena de a licitante incorrer em uso de documento falso, disposto nas diversas legislações administrativas.

Lembrando que, sendo dúvida sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização, conforme mostra Marçal Justen Filho. Caso nada seja feito, o que não se espera e acredita, restará claro a possibilidade de direcionamento do certame para a empresa arrematante, além do descaso com o erário e com o interesse público.

Pelo mais exposto, requer-se que seja a arrematante **INABILITADA**, por não atender os requisitos mínimos de qualificação econômico-financeira, vez que seus documentos contábeis encontram-se com diversas inconsistências e irregularidades.

III. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto e o que mais consta dos autos deste processo licitatório, requer-se que seja conhecido o presente recurso, conferindo ao certame o efeito suspensivo previsto pelo artigo 109, parágrafo segundo, da Lei Federal n. 8.666/93 e, no mérito, **JULGUE-O PROCEDENTE**, declarando-se:

- a) **DESCLASSIFICADA/INABILITADA** a licitante **7SERV GESTÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI**.
- b) seja, via de consequência, dado prosseguimento ao certame, promovendo-se a convocação das demais licitantes, por ordem de classificação, para análise dos documentos de habilitação;

Na remota e absurda hipótese de não provimento do recurso apresentado pela Recorrente, requer-se a produção de cópia integral dos autos do processo licitatório, para que possam ser adotadas as medidas judiciais cabíveis, em especial o ajuizamento de ação mandamental e a comunicação do ocorrido aos órgãos de fiscalização e controle externo (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que pede deferimento.

Barueri, Estado de São Paulo, 04 de novembro de 2022.

Neo Consultoria e Administração de Benefícios EIRELI

Rodrigo Ribeiro Marinho – OAB/SP 385.843 – Procurador

João Luís de Castro - OAB/SP 248.871

**RODRIGO
RIBEIRO
MARINHO**

Assinado de
forma digital por
RODRIGO RIBEIRO
MARINHO
Dados: 2022.11.07
14:48:05 -03'00'