



**ILUSTRÍSSIMA SENHORA IVANETE COSTA DA SILVA – PRESIDENTE/PREGOEIRA DA CPL DO SESC/AP**

**Ref.: Pregão Eletrônico nº 18/0009-PG – Espécie: Eletrônico nº 18/008**

**TICKET SERVIÇOS S.A.**, com sede na Alameda Tocantins nº. 125, 21º ao 23º andares em Barueri – SP, inscrita no CNPJ sob nº. 47.866.934/0001-74, vem, por sua procuradora ao final assinada, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao edital supra mencionado, pelas razões de fato e de direito a seguir elencadas.

O edital em tela destina-se a contratar empresa prestadora de serviço de alimentação coletiva na modalidade; administradora de documentos de legitimação (vale alimentação) para aquisição, pelos empregados do SESC Amapá, de gêneros alimentícios *in natura* em estabelecimentos comerciais credenciados na forma definida pela legislação pertinente e dispositivos normativos do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamentam o PAT – programa de alimentação do trabalhador, para concessão do benefício de vale alimentação aos colaboradores do Regional do SESC/AP, visando cumprir os normativos estabelecidos.



Em seu item 9.4.3, prevê que, em caso de **empate** entre duas ou mais propostas e **não havendo lances**, prevalecerá como de menor valor a proposta que tiver sido primeiramente registrada no sistema.

Ocorre que, tal critério de desempate estabelecido no edital, **NÃO SE ENCONTRA** previsto na legislação de regência, a saber, Lei Federal 8.666/93 e Lei Federal 10.520/02.

Veja, em sede de esclarecimento, restou confirmado que, no presente certame, não será aceita taxa de administração negativa.

Assim, ocorrerá o que já se tornou praxe nas licitações para este objeto: todas as licitantes irão cadastrar suas propostas com a menor taxa possível, ou seja, taxa de administração igual a 0,00% (zero por cento), restando o certame, empatado, sem que haja sequer a possibilidade de ofertar lances.

Para essas situações, Lei Federal nº 8.666/93 prevê duas situações, a primeira por meio dos critérios do §2º, do art. 3º e, outro, através de sorteio presencial, conforme determina o §2º, do art. 45:

*“Art.3º (...)*

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

*I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; (Revogado pela Lei n 12.349, de 2010)*

*II - produzidos no País;*

*III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras;*

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

*V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para PESSOA COM DEFICIÊNCIA ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.*

*(...)*

*Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em*

*conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

*(...)*

*§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por SORTEIO, em ATO PÚBLICO, para o qual todos os licitantes serão CONVOCADOS, VEDADO QUALQUER OUTRO PROCESSO.” (g.n.)*

Ou seja, o critério estabelecido no edital, patentemente, não encontra respaldo na legislação de regência.

Desta forma, não observando o disposto na legislação, este respeitável órgão infringiu os **princípios da LEGALIDADE, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE, bem como acabou por direcionar** o edital, em detrimento do princípio da ampla concorrência na disputa do Pregão.

Amparados nas previsões legais supra e constantes no processo licitatório, faz necessário trazer à baila o art. 4º, V, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão). Vejamos:

- Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

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

*(...)*

*V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, **não será inferior a 8 (oito) dias úteis (grifos nosso).***

Ao especificar a necessidade de, no mínimo, oito dias da data da publicação do aviso até a data da realização do Pregão, **possibilita aos interessados apresentar suas propostas a qualquer momento dentro deste prazo**, providenciar os documentos de habilitação hábeis a sua participação no certame licitatório e providenciar, querendo, o credenciamento de representante na licitação. Tal medida visa **resguardar aos licitantes**

## os princípios legais da isonomia, competitividade, legalidade e do julgamento objetivo.

### 1. Princípio da Isonomia

No âmbito do Direito Administrativo, o *princípio da isonomia/igualdade* assegura a todos os interessados em contratar com a Administração Pública o direito de competir nos certames licitatórios públicos.

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, assegura a igualdade de condições entre todos os concorrentes: “ (...) **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes** ”.

Nesta esteira, o Ilustre Professor Marçal Justen Filho aduz que o **princípio da isonomia deve ser assegurado em todo processo licitatório**, a saber:

*A isonomia também se aplica no transcurso da licitação. Após editado o ato convocatório, o princípio da isonomia continua aplicável. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento idêntico. (Justen Filho, 2000, p. 59-61)*

O princípio da isonomia é mencionado em diversos pontos da Lei nº 8.666/93, a iniciar pelo art. 3º, § 1º, I. Referido inciso veda, nas convocações, a existência de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações e que estabeleçam preferências ou distinções irrelevantes para o fim do contrato.

No essencial, o princípio da isonomia significa que além de permitir a participação de todos os interessados, os concorrentes devem receber do administrador público o mesmo tratamento, sem diferenciação por privilégio ou perseguições.

### 2. Princípio da Legalidade

Na esfera da Administração Pública, a legalidade deve ser entendida como a impossibilidade de se praticar qualquer ato sem que haja expressa autorização legal.

Esse entendimento é dominante na doutrina, conforme os preveem os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 86):

*Na administração Pública não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto que a administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.*

O princípio da legalidade, quando aplicado aos procedimentos de licitação, vincula a Administração Pública e os licitantes às regras estabelecidas. A licitação é **um ato estritamente vinculado, vez que todas as suas fases e procedimentos são estabelecidos em lei. Não cabe nenhuma inovação.**

Importante destacar a correlação entre o princípio da legalidade e da isonomia, muito bem observado por Joel de Menezes Niebuhr, em *Princípio da Isonomia na Licitação Pública* (2000, p. 95-96):

*Vinculando o procedimento à lei, a sua observância passa a ser condição apriorística para a implementação dos demais princípios aplicados pelo instituto. No que tange à isonomia, esta é vestibularmente assegurada em razão da obediência aos parâmetros fixados na lei. Todos os tratamentos da mesma forma, subordinando-se às mesmas regras e condições da contratação. Se, para alguns o procedimento for enrijecido e para outros for suavizado, não há isonomia. O procedimento legal parifica todos os licitantes, constituindo-se elemento primário para a concreção da igualdade.*

Assim sendo, se não houver atendimento ao princípio da legalidade, o princípio da isonomia já estará comprometido.

### 3. Princípio da Competitividade

O princípio da competitividade é a **essência da licitação**, uma vez que a Administração ao promover um processo licitatório busca o maior universo de participantes, objetivando a disputa entre eles e, por fim, conseguir o menor preço.

Desta feita, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público que restrinja a competição, pois procedimento desta natureza viola o princípio da competitividade.

### 4. Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo está, de forma cristalina, previsto nos artigos 44 e 45 e da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

*“Art. 44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais **não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (grifos nossos)**”*

*§ 1º **É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.(grifos nossos)***

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

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

Os **casos de empate** merecem tratamento à luz do julgamento objetivo, ou seja, deve se aplicar o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que depois de obedecidos **a Administração Pública deverá realizar o SORTEIO** entre os licitantes classificados, conforme previsto acima.

Aliado a todas as colocações acima, denota-se que, caso não seja adotado o SORTEIO como critério de desempate face ao critério de julgamento de menor preço global, o SESC/AP estará **ferindo todos os princípios legais retro expostos**: (i) *legal*, pois a Lei de Licitações prevê que a Administração promova **SORTEIO** entre os licitantes classificados em casos de **EMPATE**, (ii) *isonomia*, uma vez que TODOS os LICITANTES tem os mesmos direitos e oportunidades, não podendo sagrar-se vencedor aquele que primeiro cadastrar sua proposta no sistema; (iii) *competitividade*, faz necessário a Administração Pública promover o processo licitatório a fim de obter o maior rol de licitantes e o melhor preço.

Ainda, insta destacar que esta Administração Pública ao optar pela modalidade PREGÃO, **busca o maior número de participantes que possam ofertar o menor preço**, ou seja, visa atender ao princípio da economicidade. Além disso, o PREGÃO é uma modalidade ágil e transparente, pois com a inversão de fases, a Administração só poderá abrir os envelopes de habilitação daquele que ofertou o menor preço.

Portanto, diante da modalidade escolhida para este certame, não é concebível que esta Administração Pública preveja como critério de julgamento o menor preço global, já que este já vem previamente determinado no edital e em esclarecimento, que determina seja a menor taxa possível a taxa zero, o que faz com que todos os menores preços sejam iguais.

**Assim, deve ser adotado o SORTEIO para desempate, não podendo ser admitida a ordem cronológica de apresentação da proposta, face à impossibilidade de**

redução dos preços apresentados inicialmente por vedação legal, uma vez que esse critério de desempate irá determinar exatamente o vencedor do certame, aquele que foi mais ágil na apresentação da proposta, em que pese os valores propostos serem exatamente iguais aos demais, em patente afronta aos ditames legais!

Ainda, importante destacar que no Regulamento de Licitações e Contratos do Banco do Brasil S.A.:

**“Art. 54. Em caso de empate entre propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:**

**I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;**

**II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;**

**III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;**

**IV - sorteio.**

**Parágrafo único. O SORTEIO SERÁ FEITO EM ATO PÚBLICO, MEDIANTE PRÉVIA COMUNICAÇÃO FORMAL DO DIA, HORA E LOCAL, CONFORME DEFINIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.” (g.n.)**

Portanto, procedendo da forma prevista no item 9.4.3 do edital, descartando os princípios da isonomia e da impessoalidade, a Pregoeira, baseando-se pela classificação automática feita pelo “Sistema”, viola os princípios da isonomia entre os licitantes e da vinculação aos termos do Edital, maculando o procedimento licitatório de flagrante ilegalidade.

Compete ao Pregoeiro, na qualidade de condutor absoluto do processo licitatório, desconsiderar a classificação automática do “Sistema” e, diante de propostas equivalentes, restabelecer a legalidade do certame, convocando as licitantes para o sorteio presencial, única maneira de garantir o tratamento isonômico entre as empresas licitantes.



Cumpra ilustrar o processo licitatório da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL que ocorreu em dezembro/2013, de modalidade PREGÃO ELETRÔNICO, cujo critério de desempate foi devidamente respaldado pela Lei de Licitações, ou seja, se adotou o **SORTEIO**:

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 244/7066-2013 – GILOG/BR**

**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**

DATA: 26/12/2013

OBJETO: Contratação de empresa especializada com registro no Ministério da Cultura para a prestação de serviços de **fornecimento de Vale – Cultura** (conforme IN/MinC nº 2 de 04/09/2013) a empregados da CAIXA, por meio de cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada que permitam a aquisição de Produtos/Serviços em estabelecimentos comerciais, pelo período de 24 (vinte e quatro meses), tudo em conformidade com as disposições deste Edital e de seus Anexos.

ITEM 7.15.1 – PERMANECENDO O EMPATE ENTRE AS PROPOSTAS SERÁ REALIZADO SORTEIO EM HORA MARCADA, APÓS A COMUNICAÇÃO AOS LICITANTES, DEPOIS DO QUE, O PREGOEIRO PODERÁ NEGOCIAR COM A PROPONENTE, EM CONFORMIDADE COM O ITEM 7.12. (grifos nossos).

#### **ATA DE SORTEIO DE DESEMPATE DAS PROPOSTAS DO PGE 15000116/2015**

**OBJETO:** Prestação de serviço de "contratação de pessoa jurídica, cadastrada no Ministério da Cultura – MinC, como empresa operadora, especializada para o fornecimento de Vale-Cultura aos empregados dos Correios, devendo ser possuidora de Certificado de Inscrição no Programa de Cultura do Trabalhador autorizada a produzir e comercializar o Vale-Cultura junto às empresas receptoras devidamente habilitadas".

**DIA/HORA:** 14/07/2015 – 14h30min

**ASSUNTO:** Sorteio de desempate das propostas referente aos lotes 1, 2 e 3 do PGE 15000116/2015.

Este sorteio destinou-se a atender o subitem 8.2.1 do Edital do PGE15000116/2015, uma vez que no dia 09/07/2015, ao final da sessão de disputa de lances, três propostas encontravam-se em situação de empate.

*"8.2.1. Ao final da disputa de lances, e depois de observadas todas as exigências estabelecidas para o exercício dos direitos de preferência previstos neste Edital, permanecendo o empate entre propostas, será realizado sorteio em Brasília/DF, em data e horário a ser agendado pelo Pregoeiro e informado no sistema eletrônico."*

**LOCAL:** SBN – Quadra1 – Bloco "A" Edifício Sede da ECT – Brasília/DF – 1º andar – Ala Sul.

Aliado a todas as colocações retro expostas, encontramos o PRINCÍPIO DA FINALIDADE, de obediência obrigatória por parte da Administração Pública, corroborado pela jurisprudência majoritária:

*Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I).*

Todas as nossas observações apontam para a inevitável revisão do item editalício destacado, por ferir patentemente a legislação que rege as licitações.

#### **DO PEDIDO**

Por todo o exposto e como medida de Direito e de Justiça, solicitamos que V.Sas. procedam à REVISÃO E ALTERAÇÃO do item 9.4.3 do edital em apreço, para fazer constar como critério de desempate o SORTEIO presencial entre todas as licitantes que cadastrarem suas propostas com o mesmo preço/valor de taxa administrativa.

Aproveitamos para solicitar seja esclarecido qual valor deve ser cadastrado no site, já que o sistema do Banco do Brasil não aceita valores iguais a zero no cadastro das propostas.

Nestes termos, pedimos e aguardamos deferimento.

Barueri, 21 de maio de 2018.

  
Thalita M. X. Telles  
OAB/SP nº 232.862  
Ticket Serviços S/A.

**TICKET SERVIÇOS S/A**