

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
DO SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL –
ADMINISTRAÇÃO REGIONAL NO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Ref: Concorrência nº 13409/2021.

CAPER SERVICOS CORPORATIVOS LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 09.336.584/0001-45, com sede na Avenida Nossa Senhora da Penha, nº 520, sala 01, Edifício Quintão, Praia do Canto, Vitória, ES, Cep: 29.055-131, empresa interessada em participar do certame em referência, vem, por seu representante legal abaixo assinado, **IMPUGNAR O EDITAL DE LICITAÇÃO**, em razão de exigências feitas violadoras dos princípios e preceitos inerentes ao processo licitatório, insculpidos no art. 37, XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em combinação com o art. 119 da Lei nº 8666/93, em combinação com o Regulamento de Licitações e Contratos do SENAC, aprovado pela Resolução nº 845/2006, publicada no Diário Oficial da União em 23.02.2006, consoante se passa a demonstrar adiante.

I- DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS INCONSTITUCIONAIS, ILEGAIS E RESTRITIVAS DA EFICIÊNCIA E DA COMPETITIVIDADE NA PRESENTE LICITAÇÃO

Cuida-se de Licitação, sob a modalidade concorrência, do tipo menor preço, cujo objeto consiste na "CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL ATIVA POR MEIO DE CONTATOS POR TELEFONE, VIA OPERADOR HUMANO, PARA AS UNIDADES EDUCACIONAIS, HOTEIS E EDITORA SENAC SÃO PAULO".

Neste contexto, com o devido respeito à entidade licitadora, o edital regente do presente certame incorreu em inconstitucionalidades e ilegalidades comprometedoras da juridicidade, notadamente da eficiência e da competitividade na licitação, consoante se passa a demonstrar.

I.1 DA ILEGITIMIDADE DO USO DA CONCORRÊNCIA E DA NECESSIDADE DO USO DO PREGÃO ELETRÔNICO PARA SERVIÇOS COMUNS DE NATUREZA INTELECTUAL, COMO NO CASO VERTENTE

A cláusula primeira do certame em tela elege, como modalidade licitatória, a concorrência. Veja-se:

1. OBJETO

1.1 O **Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac**, Administração Regional no Estado de São Paulo, comunica a abertura da **Licitação**, na modalidade de **CONCORRÊNCIA**, do tipo **MENOR PREÇO**, que tem por objeto a **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL ATIVA POR MEIO DE CONTATOS POR TELEFONE, VIA OPERADOR HUMANO, PARA AS UNIDADES EDUCACIONAIS, HOTEIS E EDITORA SENAC SÃO PAULO**, conforme a Minuta de Contrato

Ocorre que, de acordo com a consolidada jurisprudência do C. Tribunal de Contas da União – a cuja fiscalização se submete a entidade em questão, frise-se – para a contratação de bens e serviços comuns, deve-se eleger como modalidade licitatória o pregão, adotado este, preferencialmente, na sua

forma eletrônica, a não ser que a forma presencial seja indispensável, ou, ainda, inviável a utilização da forma eletrônica.

Como se sabe, o serviço em tela é de natureza intelectual, pois envolve, exatamente, um esforço de natureza mental para a solução das questões que lhe forem postas à apreciação.

É dizer: a futura contratada desta instituição deverá coordenar os seus empregados, estabelecendo critérios e metas de atuação, de modo que estes auxiliem-na na execução do objeto contratual, esforço este que se dará, majoritariamente, senão exclusivamente, no campo intelectual.

Nesse passo, a caracterização dos serviços intelectuais, como “comuns”, para fins de utilização do Pregão, percorreu expressiva trajetória, na jurisprudência do C. Tribunal de Contas da União, como adiante se elucidará.

É que, analisando a jurisprudência daquela Corte de Contas, inicialmente, se verifica uma vedação absoluta à sua contratação pela via do pregão. Veja-se, neste sentido, o acórdão adiante colacionado, datado de março de 2011.

É inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. “O pregão não deverá ser utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução”. Foi essa uma das conclusões a que o chegou o Tribunal ao analisar representação que trouxe ao seu conhecimento potenciais irregularidades no Pregão Eletrônico nº 78/2010, realizado

pela Companhia Docas do Pará - (CDP), por meio do qual se pretendeu selecionar empresa para execução de serviços de engenharia, consistentes na elaboração de estudos e projetos para: (i) construção de nova portaria; (ii) centro administrativo; (iii) urbanização das vias; (iv) rampa rodofluvial; (v) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (vi) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA. Em seus argumentos, a representante defendeu que a modalidade licitatória escolhida (pregão) não seria adequada para a contratação, *"por abarcar serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, que não se enquadrariam na categoria de 'serviços comuns'. Para ela, à luz do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, a licitação deveria ser do tipo "melhor técnica" ou 'técnica e preço', incompatíveis com o rito do pregão"*. Segundo a unidade técnica, apesar de o termo de referência do Pregão indicar normas, especificações técnicas e regras que a empresa contratada deveria considerar quando da execução dos aludidos serviços, não seria possível classificá-los como comuns, *"em razão das características desses serviços, cuja prestação requer intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação à elaboração dos 'projetos conceituais' - "anteprojetos, a partir dos quais a CDP decidirá pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos e etc." -, a escolha do pregão teria sido inadequada"*. Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator, em seu voto, destacou que *"se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum"*. Na espécie, comparando os parâmetros essenciais à caracterização dos "serviços comuns" com as peculiaridades do objeto licitado no âmbito da CDP, concluiu o relator que os serviços pretendidos pela entidade não deveriam ter sido licitados por pregão, pois o objeto do certame comportaria variações de execução relevantes, que o tornaria incompatível com a definição legal de bens e serviços comuns estabelecidos pela lei, que condiciona o uso do pregão. Assim, ainda para o relator, *"não basta que o objeto possa ser objetivamente definido pelo*

edital para a sua caracterização como comum. As especificações dos métodos aplicáveis usualmente no mercado e suficientes para garantirem o adequado padrão de qualidade e de desempenho devem constar, de forma detalhada, do instrumento convocatório”, o que não teria observado no edital do Pregão Eletrônico CDP nº 78/2010. Ademais, consignou o relator ser possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, tal como no caso concreto, a depender da capacidade técnica da empresa contratada, “mas a diferença entre as soluções que possam ser produzidas não deverá ser significativa para a Administração, ou, mais precisamente, a consequência advinda da diferença técnica entre as soluções não poderá ser relevante para o ente contratante, de forma a propiciar-lhe vantagens ou desvantagens acentuadas, ganhos ou perdas consideráveis. Se este, no entanto, for o cenário, a técnica a ser empregada na prestação dos serviços passará a ter papel de destaque na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, merecendo, pois, a devida pontuação no certame licitatório”. Nesse quadro, por considerar inapropriado o uso do pregão para a contratação dos serviços em questão, votou por que determinasse à CDP a adoção de providências com vistas à anulação da licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2079/2007, 2471/2008 e 1039/2010, todos do Plenário. Acórdão n.º 601/2011-Plenário, TC-033.958/2010-6, rel. Min. José Jorge, 16.03.2011.

Ocorre que, posteriormente, isto é, em setembro de 2011, aquela Corte de Contas começou a efetivar ligeira abertura no seu posicionamento restritivo anterior, para autorizar a contratação de serviços intelectuais pela via do pregão, desde que esses não fossem de alta complexidade.

É o que se infere, *a contrario sensu*, do acórdão a seguir colacionado:

A utilização de Pregão é inadequada para a contratação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, quando considerados de alta complexidade. Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 033/2010, promovido pela Companhia Docas do Espírito Santo -

(CODESA), cujo objeto consistiu na contratação de empresa para a execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do porto de Vitória (ES). Para a representante, o objeto do certame não poderia ser classificado como serviço de natureza comum, sendo impróprio o uso do pregão, neste quadro, pois o serviço pretendido seria de elevada complexidade técnica. Promovida a oitava da CODESA, a empresa alegou, dentre outros fatos, que a escolha da modalidade de licitação teria sido amplamente discutida, tendo a entidade chegado à conclusão de que sua área de engenharia não teria demonstrado a presença de quesitos de técnica que sustentassem a forma de julgamento intencionado originalmente (melhor técnica e preço), nem sustentar que os serviços seriam de natureza predominantemente intelectual. Além disso, a própria obra dos berços 101 e 102 teria sido licitada na modalidade concorrência do tipo menor preço. A CODESA citou, ainda, entendimento do TCU de ser vedada a utilização da licitação tipo técnica e preço, quando não estiver caracterizada a natureza predominante intelectual de maior parte do objeto que se pretende contratar. O próprio TCU, ainda de acordo com a CODESA, tem realizado licitações que, a seu ver, seriam semelhantes à procedida pela estatal, e, para tanto, utilizando-se do pregão eletrônico. Após instrução inicial do feito, o relator resolveu submeter o processo à unidade especializada do Tribunal, a qual consignou não vislumbrar similaridade entre o serviço contratado pelo Tribunal (apoio à fiscalização de obras promovidas pelo TCU em todo território nacional) e o pretendido pela Codesa (execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do Cais Comercial do Porto de Vitória/ES), posto que o objeto do pregão eletrônico realizado pelo TCU trataria de fiscalização de obras de edificação de forma geral e o promovido pela Codesa abordaria gerenciamento, supervisão, fiscalização e acompanhamento de obra portuária. Com relação à obra, em si, destacou a unidade instrutiva já haver o TCU debatido o tema, ao examinar indícios de irregularidades apontados na Concorrência 003/2009, também realizada pela Codesa, para a contratação de empresa de engenharia especializada para execução dos serviços de reforma, alargamento e

ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do Porto de Vitória (TC 028.208/2009-7). A partir de informações extraídas das etapas processuais anteriores, a unidade instrutiva informou que, a CODESA estaria impedida de valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente da modalidade pregão, uma vez se tratar de fiscalização de obra considerada complexa pela própria Companhia Docas, natureza que teria sido evidenciada quando da exigência da apresentação da metodologia de execução pelos participantes do certame licitatório para contratação da obra portuária. Ao acolher como razões de decidir os exames da unidade técnica, o relator, no seu voto, anotou que, pelo averiguado, o serviço de fiscalização das obras do cais comercial do porto de Vitória não poderiam ser considerados comuns, e, bem por isso, não poderiam ser contratados mediante pregão. Os documentos de referência para a contratação, ainda para o relator, *“quando muito, relacionam as especificações da obra do porto e as séries de normas técnicas aplicáveis a sua execução, as quais, de per si, não se confundem com especificações usuais de mercado a definirem os padrões de desempenho e qualidade do serviço”*. De mais a mais, registrou o relator que, *“em que pese irregular o processo licitatório, a ampla discussão promovida no âmbito da CODESA acerca da melhor solução para o caso afasta a atribuição de má-fé aos gestores responsáveis”*, e, por conseguinte, votou por que fosse levado à ciência da entidade que *“a utilização de Pregão é inadequada para a contratação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, QUANDO CONSIDERADOS DE ALTA COMPLEXIDADE, não devendo ser adotada em licitações futuras”*, no que contou com a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 2391/2007, do Plenário. Acórdão n.º 2441/2011-Plenário, TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 14.09.2011.

Ocorre, no entanto, que na sua mais recente visão, datada de abril de 2014, frise-se, o C. TCU não só veda a utilização de outras modalidades licitatórias como, também, estimula a adoção do pregão para serviços intelectuais.

Repare-se, neste sentido, que o acórdão adiante colacionado tratava de licitação na modalidade tomada de preços, do tipo técnica e preço, onde se buscava contratar serviços de auditoria. Vale conferir:

Os serviços de auditoria independente, em regra, podem ser considerados serviços comuns, nos termos definidos no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, sendo obrigatório o emprego da modalidade pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica, para as licitações que os tenham por objeto. Em Representação relativa a tomada de preços, do tipo "técnica e preço", promovida pela Empresa Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebrás), para contratação de serviços de auditoria independente, o relator ponderou que, a despeito da revogação do certame, seria oportuno examinar a possibilidade de enquadramento dos serviços de auditoria independente no conceito de "serviço comum", para o fim de serem contratados por pregão, ante a dubiedade do assunto. Na instrução do feito, a unidade técnica destacara que o uso de técnica e preço pela Telebrás deveu-se à orientação do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), para quem, dentre outros fatos, o uso pregão implicaria concorrência desleal e aviltamento de honorários dos contadores-auditores. Ainda para o CFC, os serviços de auditoria contábil não possuiriam natureza de serviço comum, uma vez que, para serem licitados, "*necessitam de um acurado exame de similaridade, em razão dos múltiplos aspectos que necessitam ser levados em consideração, o que somente é possível com o estabelecimento de uma fase de análise técnica das propostas dos licitantes*". Seriam os serviços de auditoria, portanto, nitidamente intelectuais, motivo pelo qual a licitação que os envolvesse requereria, necessariamente, uma análise técnica da proposta, devendo ser realizada com o uso do tipo técnica e preço. **O RELATOR, CONTUDO, DISCORDOU. ASSINALOU QUE, OS SERVIÇOS DE AUDITORIA, DEVIDO À PADRONIZAÇÃO EXISTENTE NO MERCADO, GERALMENTE ATENDEM A PROTOCOLOS, MÉTODOS E TÉCNICAS CONHECIDOS E PRÉ-ESTABELECIDOS, BEM COMO A PADRÕES DE DESEMPENHO E QUALIDADE QUE PODEM SER OBJETIVAMENTE DEFINIDOS. DESSA FORMA, A EXPERIÊNCIA E O CONHECIMENTO PESSOAL DO AUDITOR NÃO AFASTAM A POSSIBILIDADE DE QUE TAIS PADRÕES DE DESEMPENHO E QUALIDADE SEJAM**

OBJETIVAMENTE DEFINIDOS EM EDITAL. POR FIM, O CONDUTOR DO PROCESSO AFIRMOU QUE OS REFERIDOS SERVIÇOS SÃO, EM REGRA, COMUNS, SENDO OBRIGATÓRIO O USO DO PREGÃO, PREFERENCIALMENTE NA FORMA ELETRÔNICA, PARA AS LICITAÇÕES QUE OS TENHAM POR OBJETO. ASSIM, PROPÔS CONSIDERAR A REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE E ENCAMINHAR CÓPIA DA DELIBERAÇÃO PROLATADA AOS INTERESSADOS, NO QUE FOI SEGUIDO PELO COLEGIADO. Acórdão 1046/2014-Plenário, TC 018.828/2013-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 23.4.2014.

Nesse sentido, sem menoscar justamente os serviços prestados pela ora impugnante – até mesmo porque isso não lhe seria interessante – o fato é que os serviços de “auditoria independente”, em princípio, geram a necessidade de uma especialização muito maior do que aqueles de recuperação de créditos.

Assim, se o C. TCU considera obrigatória a adoção da modalidade pregão para serviços de auditoria, com muito maior razão considerará inadequada a utilização da modalidade concorrência, do tipo técnica e preço, para serviços mais simples, como os de recuperação de créditos, especialmente acaso provocado em sede de representação a respeito da licitude do certame.

O TCU, em sede de representação, determinou que as entidades do Sistema S se abstenham, em suas futuras licitações, da “utilização de concorrência, em vez de pregão, sem a devida justificativa técnica, em desacordo, então, com jurisprudência do TCU no sentido de o Sistema S utilizar preferencialmente o pregão nas contratações de bens e serviços comuns, buscando a ampliação da competitividade e da eficiência, além de facilitar a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração”. (TCU, Acórdão nº 2.660/2019, do Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, j. em

30.10.2019.) No mesmo sentido: Acórdãos nºs 1.584/2016 e 2.165/2014, ambos do Plenário; e 5.613/2012, 2.276/2019, ambos da 1ª Câmara.

Frise-se, por outro lado, que a modalidade pregão é amplamente utilizada por outros componentes do "sistema S", para certames com o mesmo objeto, isto é, para a contratação de empresa especializada na recuperação de créditos.

Trata-se, exemplificativamente, do praticado pelo SESC-DF, que realizou, no ano de 2014, o Pregão Presencial nº 02/2014 (<http://sesc.sistemafecomerciodf.com.br/portal/images/downloads/edital-pg-02-2014.pdf>).

Perceba-se que o pregão em comento foi bem sucedido, tendo alcançado, plenamente, os seus objetivos, conforme se pode inferir do seu resultado, publicado na rede mundial de computadores e disponível por meio do seguinte link: <http://sesc.sistemafecomerciodf.com.br/portal/images/downloads/resultado-pg-02-2014.pdf>.

Nesta mesma linha de atuação, realizaram certames também se utilizando do pregão, para a contratação de empresa especializada na recuperação de crédito, o SESI-SENAI-PR (Pregão Presencial 822/2010).

Da mesma maneira, de se ressaltar que o pregão também é amplamente utilizado pelos Municípios para a recuperação dos créditos tributários, que, naturalmente, pelas especificidades que lhe são inerentes, demandam esforço mais significativo.

Nesse sentido, podem-se citar como precedentes o pregão realizado

pelo Município de Alto Garças-MT (<http://www.altogarcas.mt.gov.br/imagens/publicacoes/6582fd1fd6b9a53e9c2026dfba5a38depregao-recuperacao-issqn.pdf>).e o pregão realizado pelo Município de Palmas-PR (<http://www.pmp.pr.gov.br/intranet/licitacao/licitacao/57f94bcd1a14db2c36cb7661eaae0b63.pdf>).

Superada a necessidade de utilização do pregão para a contratação que ora se pretende, rememora-se a necessidade de que seja adotada a sua forma eletrônica, novamente a fim de dar cumprimento às orientações emanadas da E. Corte de Contas.

É que, como elucida o C. Tribunal de Contas da União:

A opção por pregão presencial, em vez de pregão eletrônico, sem justificativa consistente, associada a estipulação de local de apresentação de propostas distinto daquele em que serão prestados os serviços configura, em avaliação preliminar, irregularidade e justifica a suspensão cautelar certame. Representação apontou supostas irregularidades na condução, pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos, do Pregão Presencial 004/2012/CBTU, que visa à contratação de serviço de vigilância ostensiva e armada para 71 postos de 24h ininterruptas, nas áreas da CBTU/Recife. As possíveis ilicitudes são as seguintes: a) escolha não motivada da modalidade pregão presencial, em vez de pregão eletrônico; b) obrigatoriedade de as propostas serem apresentadas na cidade do Rio de Janeiro/RJ, embora o serviço deva ser prestado em Recife/PE. Foram credenciadas cinco empresas e a vencedora do certame ofertou proposta no valor de R\$ 9.949.900,00. O Presidente do TCU, atuando nos autos em função de férias do relator, observou que teria sido violado o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, visto não se ter comprovado a inviabilidade de adoção do pregão eletrônico e que a CBTU teria agido sem respaldo técnico ou legal. Acrescentou que o fato de "*o local de entrega e abertura das propostas ser distante do local da prestação dos serviços licitados implica a restrição da*

competitividade do certame” e aparente violação ao comando contido no art. 20, *caput*, da Lei 8.666/1993. Por considerar presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, determinou: a) em caráter cautelar, a suspensão do certame até que o Tribunal delibere sobre o mérito da representação; b) a realização de oitiva da CBTU sobre a não adoção de pregão eletrônico e a escolha de local de apresentação das propostas distante do local de prestação dos serviços. **Comunicação de Cautelar, TC-007.473/2012-5, Ministro-Presidente Benjamin Zymler, 28.3.2012.**

E, no mesmo sentido, ainda se têm os seguintes excertos recentes:

“5. Os conselhos de fiscalização profissional, dada sua natureza jurídica autárquica, devem adotar, na aquisição de bens e serviços comuns, a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nos termos do art. 4º, caput e § 1º, do Decreto 5.450/2005. Ainda na representação sobre licitação para fornecimento de vale refeição e vale alimentação a funcionários e estagiários do CRN-3, fora questionada a não adoção da modalidade pregão. Analisando o ponto, o Relator lembrou que, a vista da natureza autárquica dos conselhos de fiscalização profissional, entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, essas entidades sujeitam-se às disposições do Decreto 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica. Nesse sentido, não obstante tenha o CRN-3 argumentado não estar ainda capacitado para a realização de licitações na modalidade pregão, o Relator sugeriu fosse ele cientificado de que *“a adoção da concorrência como modalidade de licitação para aquisição de serviço de natureza comum afronta o disposto no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005”*. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou procedente a Representação, fixou prazo para a anulação do certame e cientificou o CRN-3 acerca da irregularidade identificada.” **Acórdão 1623/2013-Plenário, TC 007.030/2013-4, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.6.2013.** Noticiado no *Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 157*, junho de 2013.

“Pregão para contratação de serviços de vigilância ostensiva e armada: 1 – A não realização de pregão eletrônico deve estar amparada em razões que indiquem, concretamente, a sua impossibilidade

Mediante representação, o Tribunal apurou supostas irregularidades praticadas pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) relativamente ao Pregão presencial 004/2012/GALIC/AC/CBTU, cujo objeto consistiu na contratação de serviço de vigilância ostensiva e armada, nas áreas da CBTU-STU/Recife. Dentre tais irregularidades, constou a não adoção da modalidade pregão, de modo eletrônico, infringindo, a princípio, o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, que estabelece que tal meio deveria ser utilizado, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. Para o relator, *“não pode ser outra a interpretação que não a de que, salvo comprovada inviabilidade, é obrigatória a utilização do pregão eletrônico para aquisição de bens e serviços comuns”*. Entretanto, para ele, não estaria, de todo, afastado o uso do pregão presencial. Poderia, a autoridade administrativa responsável pelo certame, deixar de proceder ao pregão eletrônico, desde que apresentasse razões substantivas caracterizadoras da inviabilidade de adoção dessa modalidade, o que não teria sido feito no caso concreto. Os argumentos apresentados, tais como *“especificidades e peculiaridades que envolvem os serviços revelaram a necessidade que o representante ou o procurador da licitante demonstrassem deter profundo conhecimento dos procedimentos necessários ao cumprimento do objeto a ser contratado”*, não apontariam concretamente, conforme o relator, nada que pudesse ser considerado como razão de inviabilidade do uso do pregão eletrônico. Somou a isso o notório fato de que toda a Administração Pública utilizaria o pregão eletrônico para contratação de serviços de vigilância ostensiva e armada. O relator destacou em seu voto, ainda, que mesmo sabendo que o Tribunal estava a examinar representação, com cautelar de suspensão do certame já proferida, a CBTU optou por prosseguir com o pregão. Por conta disso e de outras razões, o Plenário anuiu à proposta do relator de se determinar à CBTU a anulação do certame, sem prejuízo de se ouvir em audiência os potenciais responsáveis a respeito deste e de outros fatos.” *Acórdão n.º 1184/2012-Plenário, TC 007.473/2012-5, rel. Min. Weder de Oliveira,*

16.5.2012. Noticiado no *Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 106*, maio de 2012.

“A opção por pregão presencial, em vez de pregão eletrônico, sem justificativa consistente, associada a estipulação de local de apresentação de propostas distinto daquele em que serão prestados os serviços configura, em avaliação preliminar, irregularidade e justifica a suspensão cautelar certame Representação apontou supostas irregularidades na condução, pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos, do Pregão Presencial 004/2012/CBTU, que visa à contratação de serviço de vigilância ostensiva e armada para 71 postos de 24h ininterruptas, nas áreas da CBTU/Recife. As possíveis ilicitudes são as seguintes: a) escolha não motivada da modalidade pregão presencial, em vez de pregão eletrônico; b) obrigatoriedade de as propostas serem apresentadas na cidade do Rio de Janeiro/RJ, embora o serviço deva ser prestado em Recife/PE. Foram credenciadas cinco empresas e a vencedora do certame ofertou proposta no valor de R\$ 9.949.900,00. O Presidente do TCU, atuando nos autos em função de férias do relator, observou que teria sido violado o disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005, visto não se ter comprovado a inviabilidade de adoção do pregão eletrônico e que a CBTU teria agido sem respaldo técnico ou legal. Acrescentou que o fato de “o local de entrega e abertura das propostas ser distante do local da prestação dos serviços licitados implica a restrição da competitividade do certame” e aparente violação ao comando contido no art. 20, *caput*, da Lei 8.666/1993. Por considerar presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, determinou: a) em caráter cautelar, a suspensão do certame até que o Tribunal delibere sobre o mérito da representação; b) a realização de oitiva da CBTU sobre a não adoção de pregão eletrônico e a escolha de local de apresentação das propostas distante do local de prestação dos serviços.” **Comunicação de Cautelar, TC-007.473/2012-5, Ministro-Presidente Benjamin Zymler, 28.3.2012.** Noticiado no *Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 99*, abril de 2012.

“É regra geral a utilização do pregão eletrônico para aquisição de bens e serviços comuns por parte de instituições públicas, nelas inclusas agências

reguladoras, sendo o uso do pregão presencial hipótese de exceção, a ser justificada no processo licitatório Mediante representação, apontaram-se possíveis irregularidades no regulamento próprio de licitações da Agência Nacional de Telecomunicações – (Anatel), evidenciando a resistência da entidade em adotar a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, nas licitações de bens e serviços comuns por ela promovidas. No processo, diversos responsáveis da Anatel foram ouvidos acerca do entendimento de que as disposições da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não são aplicáveis no âmbito da Agência. Para o Tribunal, essa compreensão implicaria oposição à decisão liminar do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – (ADIn) nº 1.668-5, bem como ao item 8.2.3 da Decisão nº 497/1999-TCU/Plenário e à orientação da Advocacia-Geral da União. Ao examinar o feito, o relator consignou que, conforme o entendimento mantido pelo STF na ADIn nº 1.668-5, *“a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”*. Todavia, para os responsáveis da Anatel, a Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações – (LGT), seria norma geral de licitações e contratos, a veicular comandos para a entidade reguladora, com o que discordou o relator, para o qual a LGT, no que tange às licitações realizadas pela Anatel, *“não é norma geral, pois somente se aplica a esta autarquia federal”*, sendo que, na espécie, *“a Lei nº 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, no âmbito de todos os entes da Federação”*, e, por isso, *“resta incontroverso que o Conselho Diretor da Anatel, depois da edição da Lei do Pregão, passou a ter suas atribuições normativas jungidas às diretrizes que emanam desta lei geral e dos decretos federais que a regulamentam”*. Portanto, a Anatel, no entender do relator, estaria obrigada a seguir, como regra, a modalidade pregão, em sua forma eletrônica, para a contratação de bens e serviços comuns, utilizando o pregão presencial exclusivamente quando inquestionável a excepcionalidade prevista no art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/2005, devidamente justificada nos autos do processo licitatório, sendo a competência do Conselho Diretor da entidade para aprovar normas próprias adstrita às disposições previstas na referida Lei 10.520/2002 e no Decreto 5.450/2005,

permanecendo, entretanto, sua competência supletiva para regulamentação interna de matérias que não confrontem com os referidos normativos. Todavia, considerando que, atualmente, a entidade reguladora já promovera a sua adequação à realidade jurídica a ela imposta, deixou o relator de propor qualquer sanção aos potenciais responsáveis, acolhendo as justificativas por eles apresentadas, no que contou com a anuência do Plenário." *Acórdão n.º 2753/2011-Plenário, TC-025.251/2010-4, rel. Min. José Jorge, 19.10.2011. Noticiado no Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 83, novembro de 2011.*

Na verdade, o que o E. Tribunal de Contas da União esclarece é que, com o massivo processo de informatização por que passa o Brasil, mas, em especial, a administração pública e demais entidades sujeitas ao princípio constitucional da licitação, como as entidades do "sistema S", não seria razoável que, sendo possível, não fosse adotada a forma eletrônica de realização do certame licitatório, porquanto esta amplia, significativamente, a competitividade do mesmo, o que é de todo desejável e esperado, como conduta prudencial a ser adotada pela administração pública e demais entidades sujeitas ao princípio constitucional da licitação, como o SENAC.

Assim é que, a par de toda a argumentação empreendida, requer-se a remodelação do certame licitatório em questão, para a adoção do pregão em sua forma eletrônica, de modo a garantir a eficácia concreta dos princípios da eficiência, economicidade e competitividade do certame licitatório, bem como evitar futuros questionamentos acerca da regularidade do procedimento, em sede de auditorias internas e, sobretudo, externas.

II DO PEDIDO

Por todas as razões de fato e de direito demonstradas, deve o edital impugnado ser modificado para que sejam aceitos os argumentos de ordem técnica e jurídica acima apontados pela ora impugnante, de modo a serem modificadas as exigências indicadas e previstas no edital, por manifestamente frontais aos princípios constitucionais e legais que regem a licitação.

Desta forma, em face dos graves vícios apontados, a ora IMPUGNANTE vem a presença de V.S^a requerer seja determinado o saneamento das ilegalidades inseridas no edital da concorrência em tela, sob pena de nulidade do procedimento licitatório e dos atos posteriores.

Desde já a IMPUGNANTE alerta que se reserva o exercício de seu direito de participar do certame licitatório em tela e perseguir seus direitos e legítimos interesses por meio das vias pertinentes - inclusive por meio de representação perante o C. Tribunal de Contas da União e judicialmente, se necessário - independentemente das providências que venham a ser tomadas pelo SENAC em função da presente impugnação.

N. Termos
P. Deferimento

Vitória, ES, 20 de janeiro de 2022.

CAPER SERVICOS CORPORATIVOS LTDA

CNPJ nº 09.336.584/0001-45