

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DO SERVIÇO SOCIAL DA  
INDÚSTRIA E O SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL -  
DEPARTAMENTOS REGIONAIS DO MARANHÃO - SESI/SENAI/DR-MA**

**PROCESSOS ADMINISTRATIVOS Nº 450123 E 449923**

**PREGÃO ELETRÔNICO Nº 010/2023**

**NUTRICASH SERVIÇOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 42.194.191/0001-10, Inscrição Estadual nº 36185287 EP, estabelecida na Avenida Tancredo Neves, 450, Ed. Suarez Trade, 25º Andar, Sala 2501, Caminho das Árvores, CEP: 41.820-901, Salvador - Bahia, doravante denominada “NUTRICASH”, vem, respeitosamente, perante esta r. Pregoeira, por seu por seu Representante Legal abaixo assinado, com fulcro no com fulcro no art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da CF/88 c/c item 11.1., do instrumento convocatório, interpor **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** em epígrafe, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de créditos/auxílio alimentação e/ou refeição, na forma de cartões eletrônico/magnéticos com chip ou outros de tecnologia adequada com recarga mensal de créditos, sendo estas acumulativos para os colaboradores em efetivo exercício do SESI – Serviço Social da Indústria e do SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

**I. DA TEMPESTIVIDADE**

Cumpra chamar a atenção dessa respeitável Comissão de Licitação, para a tempestividade da presente impugnação, eis que o item 11.1., do instrumento convocatório determina que qualquer licitante poderá solicitar providências ou impugnar o presente Edital até às 17h00min do dia 21/06/2023 (quarta-feira).

## **II. DOS FATOS**

Primeiramente, convém esclarecer que a Impugnante é empresa prestadora de serviços de gerenciamento e fornecimento de cartão alimentação, refeição e transporte, de clientes em todas as esferas da Administração Pública.

Nessa esteira, a ora Impugnante deseja participar do Pregão Presencial em comento que tem como objeto:

[...] a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de créditos/auxílio alimentação e/ou refeição, na forma de cartões eletrônico/magnéticos com chip ou outros de tecnologia adequada com recarga mensal de créditos, sendo estas acumulativos para os colaboradores em efetivo exercício do SESI – Serviço Social da Indústria e do SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

Contudo, o edital em epígrafe possui itens dignos a serem impugnados, uma vez que infringem os próprios Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAC - RILC. Com efeito, as disposições editalícias que conflitam com o referido regulamento dizem respeito ao critério de desempate que foi estipulado no Edital, o qual, determina que o desempate de propostas se dará por meio da relação do maior número de rede de estabelecimentos credenciados em São Luís – MA.

Como será demonstrado, o SESI e o SENAC inovaram no critério de desempate, estabelecendo hipótese diversa daquela prevista em seus respectivos Regulamento de Licitações e Contratos, texto normativo que define e disciplina o procedimento das licitações e contratações envolvendo aquisições e serviços.

Portanto, em observância aos princípios e normas aplicáveis as licitações e contratos, é evidente que o presente Edital merece ser reformado, no que tange ao critério de desempate estabelecido no edital, com intuito de assegurar a transparência e a isonomia no processo de licitação, evitando, dessa forma, arbitrariedades e favorecimentos individuais entre os licitantes.

### **III. DA VIOLAÇÃO AO REGIMENTO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAC – PRINCÍPIO DA LEGAIDADE**

Primordialmente, cumpre evidenciar que as Entidades de Serviços Sociais, embora atuem em cooperação com o Estado, desempenhando funções reconhecidamente de interesse Público, não integram a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) nem a indireta (Autarquias, fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

Dotadas de personalidade jurídica, são mantidas, também, com recursos financeiros do governo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, por isso, estão sujeitas à fiscalização do Estado e do Tribunal de Contas da União. Tal definição é consoante com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, apresentada a seguir:

Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema “S”, vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social. **Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos.** (RE 789.874) (grifos nossos)

Além de serem fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, as entidades do terceiro setor submetem-se a certas regras típicas da Administração, tal como o dever de licitar, em especial, por receberem recursos advindos de contribuição governamental e por exercitarem atividades de relevante valor social.

Entretanto, inobstante a obrigação de licitar, as entidades de serviços sociais não se submetem aos estritos termos da Lei nº 8.666/93 e por analogia a lei 14.133/2021, que disciplinam as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Isto porque, de acordo com o artigo 1º da Lei 8.666/93, suas disposições se aplicam aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e demais entidades

controladas direta ou indiretamente pelo poder público.

Ao contrário, conferiu-se a estas instituições a possibilidade de criar regras mais simplificadas para as suas contratações, desde que pautadas nos princípios licitatórios que visam garantir a lisura do certame, a igualdade de condições e a seleção da proposta mais vantajosa, sendo este entendimento reconhecido pelo Tribunal de Contas da União, por meio da Decisão 907 em 1977 e pacificados nos dias de hoje. Conforme será apresentado a seguir:

Improcedente, tanto no que se refere à questão da ‘adoção’ pelo SENAC/RS, da praça pública Daltro Filho, em Porto Alegre – RS, quanto no que tange aos processos licitatórios, visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993, os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida Lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;” (TCU. Decisão nº 907/1997 – Plenário. Rel.: Min. Lincoln Magalhães da Rocha.).

[...] o TCU tem o entendimento pacificado de que as entidades do Sistema S, entre elas o Serviço Social do Comércio (Sesc), não estão obrigadas a seguir rigorosamente os termos da Lei nº 8.666/1993 e não são alcançadas pelo comando contido no art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que impõe a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União. **Tais entidades estão obrigadas ao cumprimento de seus regulamentos próprios, os quais devem estar pautados nos princípios gerais do processo licitatório e consentâneos ao contido no art. 37, caput, da Constituição Federal (Acórdãos nº 1.188/2009, 1029/2011, 1695/2011, 2965/2011 e 526/2013, todos do Plenário).**”<sup>1</sup> (g.n.)

À vista disso que o Edital do Pregão Presencial Conjunto nº 038/2023, trouxe em seu preâmbulo, que a presente licitação, será regulamentada por regimento interno próprio, senão vejamos:

O Serviço Social da Indústria e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamentos Regionais do Maranhão - **SESI/SENAI/DR-MA**, por intermédio da Comissão Integrada de Licitação - **CILIC**, torna pública a realização de licitação, pela modalidade **PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO**, do tipo **MENOR PREÇO representado pela menor taxa de administração**, que se regerá pelo **Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI** e com observância as condições estabelecidas neste Instrumento Convocatório e seus anexos.

Nessa toada, seguindo o entendimento do Tribunal de Contas da União, foi determinado que as regras licitatórias serão precedidas pelas diretrizes dos referidos

<sup>1</sup> TCU. Acórdão 1392/2013. Plenário

regulamentos, senão vejamos:

Art. 1º As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SENAI serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.

Art. 1º As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SESI serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.

Desse modo, cabe a Contratante, exigir, em seu processo licitatório, **apenas aquilo que o seu regimento interno antecipadamente autorize, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nele estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições internas.**

**Nesse sentido, as disposições do seu Regulamento estabelecem, como critério de desempate, que na hipótese de haver lances iguais prevalecerá, como de menor valor, o lance que tiver sido primeiramente registrado, in verbis:**

XI - na hipótese de haver lances iguais **prevalecerá, como de menor valor, o lance que tiver sido primeiramente registrado;** (g.n.)

Contudo, como informado anteriormente, o instrumento convocatório desrespeitou as diretrizes internas, **ao alterar o critério de desempate, apresentando hipótese não prevista em seu Regulamento, qual seja, relação do maior número de rede de estabelecimentos credenciados em São Luís – Maranhão.**

**6.8.2.** Haverá empate entre dois ou mais licitantes quando houver igualdade de preços (percentual da taxa de administração) entre as propostas escritas e não houver lances para definir o desempate. Neste caso, o desempate ocorrerá por meio da relação do maior número de rede de estabelecimentos credenciados em São Luís - MA. Se ainda assim continuarem empatadas, a CILIC realizará um sorteio para promover o desempate, a ser realizado durante a sessão do Pregão.

Desse modo, **se faz necessário retificar o item 6.8.2. do Edital, para se adequar o critério de desempate estipulado no regimento interno (inciso XI, do artigo 21). Afinal, as Entidades de Serviços Sociais, embora não estejam diretamente sujeitas à Lei de Licitações e Contratos, devem preservar os princípios da administração pública, em especial o princípio da legalidade em seus processos e contratações.**

Com este propósito, foi estabelecido no art. 2º de ambos os Regulamentos Internos a observância dos princípios administrativos em suas licitações, *litteris*:

Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESI/SENAI e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo. (g.n.)

Sob este prisma, existem várias decisões oriundas do Tribunal de Contas da União, que convalidam o entendimento de que as entidades de serviços sociais autônomos estão vinculadas ao mesmo contorno do princípio da legalidade que é dirigido à administração pública. Como premissa, e para que seja possível uma análise precisa, importante destacar parte do voto do Acórdão 1825/2010 – Segunda Câmara do TCU, conforme transcritas abaixo:

31. O entendimento pautado nas ações do Sistema Sesi/Senai/IEL teve por base a natureza privada dessas instituições e a sua atuação conjunta em ações complementares, esquecendo-se, todavia, **que embora a entidade seja constituída sob natureza jurídica de direito privado, arrecada receitas públicas, sujeitando-se, quanto a essas, ao regime publicista de obrigatoriedade de prestação de contas de toda a despesa realizada, e observância de princípios constitucionais explícitos no caput do art. 37 da CF/88.**

[...]

33. Ora, ainda que pertinentes as alegações de que o Sesi foi constituído sob a forma de entidade de natureza privada, **não se sujeitando a disposições como o Decreto-lei 200/1967 ou à Lei 8.666/1993, e não fazendo parte da Administração Pública Direta ou Indireta, não se pode olvidar que por diversas ocasiões já decidiu este Tribunal sujeitarem-se tais serviços sociais autônomos aos princípios constitucionais previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, notadamente, em suas contratações, nas seleções de pessoal e na utilização das verbas públicas arrecadadas** [...].

34. **Dentre os princípios constantes do art. 37, caput, da Constituição Federal, consta o da legalidade. Sob a ótica publicística, conferida ao princípio, só pode o administrador público praticar ato previsto em lei. O Sesi somente arrecada as contribuições compulsórias de uma massa de trabalhadores porque a lei lhe deu esse poder. Foi atendendo ao princípio da legalidade que houve a instituição das contribuições, a determinação do responsável por sua arrecadação, os cofres destinatários desses recursos, bem como as finalidades para as quais deveriam ser carreados. Somente por autorização**

**legislativa, portanto, poderia o Sesi redirecionar parte dos recursos arrecadados para manutenção de eventual instituição de apoio a suas atividades.** (g.n.)

Denota-se, desse modo, que se o SESI e SENAC são regidos pelo princípio da legalidade, todas as suas condutas deveriam estar em conformidade com as leis e regulamentos internos. Logo, ao estipular critério de desempate divergente ao seu regimento interno está, conseqüentemente, infringindo um dos princípios mais importantes do seu Regulamento.

Nesse ínterim, apenas por amor ao debate, cumpre informar que se o regulamento interno não trouxesse determinação em relação ao critério de desempate, **o que não se afigura no caso sub examine**, o SESI e o SENAC poderiam utilizar, de forma subsidiária, as determinações previstas nos termos da Lei nº 8.666/93 e, por analogia, a Lei nº 14.133/2021.

Tal afirmação pode ser validada pelo Tribunal de contas da União, através do acórdão 1635/2018-TCU-Plenário<sup>2</sup>, o qual traz o esclarecimento que as entidades integrantes do Sistema podem se submeter subsidiariamente as diretrizes e ditames da lei de licitações **em caso de lacuna ou omissões em seus regulamentos**.

Desse modo, tratando-se da Lei nº 8.666/03, foi estabelecido como critério de desempate a preferência dos licitantes que possuem, sucessivamente, bens e serviços: i) produzido no País; ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e por fim, iv) 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. Caso persista o empate entre duas ou mais propostas, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, **vedado qualquer outro processo**.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Não há restrição a que licitantes ofereçam representações ao TCU, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, em face de licitações conduzidas no âmbito do Sistema S. **Apesar de as entidades integrantes do Sistema se submeterem apenas subsidiariamente aos ditames da Lei 10.520/2002, da Lei 8.666/1993 e demais legislação correlata, devem respeitar os princípios gerais que regem a contratação pública. (Acórdão 1635/2018-TCU-Plenário)**

<sup>3</sup> Artigo 3, § 2 da Lei 8.666/03

Por sua vez, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos refere-se ao desempate das propostas em duas sequências de fases: a primeira delas ocorre quando há uma igualação numérica e a segunda se dá quando, não sendo solucionado o desempate pelos critérios estabelecidos anteriormente, assegura-se uma segunda ordem de preferência, cujos critérios são ora objetivos, ora subjetivos.

Nessa feita, apesar de haver duas possibilidades de adaptação, por analogia, para estipular o critério de desempate no Pregão Presencial Conjunto nº 038/2023, o SENAI e o SENAC não utilizaram nenhuma das referidas normas, trazendo solução completamente diversa das eleitas tanto pela nova quanto pela antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Sendo assim, diante de todo exposto, deve ser retificado o referido instrumento convocatório, em respeito aos princípios Constitucionais da Administração Pública, em especial, ao princípio da legalidade.

#### **IV. DA VEDAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA ANTERIORMENTE À CONTRATAÇÃO – SÚMULA 272/2012 DO TCU**

Sendo superadas as arguições apresentadas acima, o que se admite tão somente a título de argumentação, **impende trazer à baila que a exigência de maior número de rede de estabelecimentos credenciados mostra-se restritiva à competitividade, pois condiciona que as Licitantes credenciem rede de estabelecimentos previamente à abertura da licitação, resultando, assim, em ônus financeiro e operacional para as competidoras.**

Para além disso, tal prática está na contramão do entendimento consolidado pelo Tribunal de Contas da União, consoante se depreende da Súmula 272/2012, a qual **veda a inclusão de exigências que resulte em custos desnecessários e anteriores à celebração do contrato, in verbis:**

No edital de licitação, **é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.** (g.n.)

Nesse contexto, **é pacífico posicionamento do Tribunal de Contas da União, através dos Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012 e 1.718/2013, que o momento de exigir a rede credenciada é após a celebração do contrato:**

7. De fato, conforme jurisprudência (Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012, todos do Plenário), **o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação**, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame. **A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras**. (Acórdão nº 686/2013 – Plenário, Relator: Augusto Sherman, Processo nº 007.726/2013-9, Data da Sessão: 27/03/2013, Número da Ata: 10/2013 – Plenário) (g.n.)

Ainda, o Informativo de Licitações e Contratos nº 50, do Tribunal de Contas da União, preleciona que **a exigência de rede credenciada deve ocorrer na fase da contratação**. Consoante entendimento consolidado pela Corte Superior, esta exigência, levada a extremos, pode até mesmo estimular a formação de cartel, já que restringe a participação de licitações a poucas grandes empresas do seguimento comercial:

Fornecimento de vales-alimentação: **a exigência quanto à apresentação da rede credenciada de estabelecimentos por parte das empresas deve ocorrer na fase de contratação e não na de habilitação do certame**.

Fornecimento de vales-alimentação: a exigência quanto à apresentação da rede credenciada de estabelecimentos por parte das empresas deve ocorrer na fase de contratação e não na de habilitação do certame [...] A cautelar foi concedida em razão de representação de empresa licitante contra supostas exigências excessivas, contidas no edital do certame, [...]. Ainda para o relator, a exigência de habilitação constante do processo licitatório, **“levada a extremos, poderia inclusive estimular a formação de cartel, pois só poderiam participar de licitações as poucas grandes empresas desse seguimento comercial**, o que, de certa forma teria se confirmado, uma vez que somente três empresas apresentaram propostas neste pregão”. Ressaltou, mais uma vez com amparo na jurisprudência do Tribunal, que “a exigência da apresentação da rede credenciada **deveria ocorrer na fase de contratação**, sendo permitido um prazo razoável para que a vencedora do certame credenciasse os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição”. Propôs, então, que fosse negado provimento ao agravo, no que obteve a aprovação do Plenário. Acórdão n.º 307/2011-Plenário, TC032.818/2010-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 09.02.2011. (g.n.)

**Destarte, exigir rede credenciada como critério de desempate prejudica o caráter competitivo do certame, uma vez que concede vantagem indevida às empresas que já prestaram serviços para aquele órgão ou que já possuem rede credenciada na região.**

*Ex positis*, requer a exclusão do critério de desempate previsto no item 6.8.2., a saber, a exigência de relação do maior número de rede de estabelecimentos

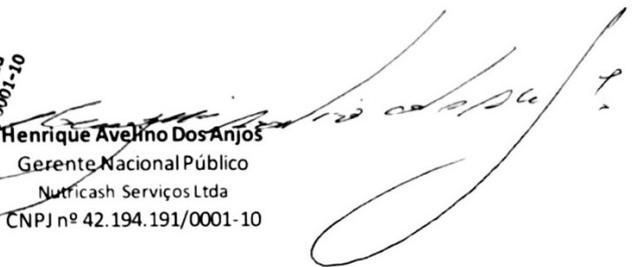
credenciados em São Luís/MA, posto que, conforme entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União, a apresentação da rede deve ocorrer quando da contratação, sob pena de violação ao princípio da legalidade e restrição à competitividade.

## **V. DO PEDIDO**

Diante de todo o exposto, impõe-se a REFORMULAÇÃO do presente Edital, em conformidade com as razões acima articuladas, de modo que seja adotada o critério de desempate previsto no Regimento Interno do SENAC, em respeito ao princípio da legalidade e demais princípios constitucionais administrativos.

Termos em que,

Pede Deferimento.

  
Henrique Avelino dos Anjos  
Gerente Nacional Público  
Nutricash Serviços Ltda  
CNPJ nº 42.194.191/0001-10

Salvador - Bahia, 20 de junho de 2023.

**NUTRICASH SERVIÇOS LTDA**

**Representada por: Henrique Avelino dos Anjos**