

**AO (a) ILUSTRÍSSIMO (a) SENHOR (a) DIRETOR (a) GERAL DO
SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL DO
AMAZONAS – SENAC/AM**

Ilmo. (a) Senhor (a) Diretor (a) Geral,

Ref. Pregão Eletrônico N° 90005/2024 – SENAC/AM

OCA VIAGENS E TURISMO DA AMAZÔNIA LTDA, inscrita no CNPJ n. 10.181.964/0001-37, com sede na Rua 24 de Maio, n° 509, Bairro Centro, na cidade de Manaus/AM, CEP n° 69.010-080, vem interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão proferida pelo Agente de Contratação em 12/04/2024, conforme se extrai da Termo de Julgamento do Pregão Eletrônico N° 90005/2024 – SENAC/AM, o que faz pelas razões que passa a expor.

1. DO NECESSÁRIO JULGAMENTO DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE.

Conforme se extrai do registro do chat do Pregão Eletrônico, o processo licitatório procedeu-se pelos seguintes motivos:

In verbis, a decisão do Ilmo. Sr. Pregoeiro para todos os itens:

Fornecedor WEBTRIP AGENCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA, CNPJ 07.340.993/0001-90 teve a proposta aceita, melhor lance: R\$ 1,5700.

Motivo: Aceitabilidade da proposta conforme Instrumento Convocatório.

Em resumo, o Agente de Contratação julgou aceito e habilitado a licitante, ora vencedora, de acordo com a ordem de classificação do sorteio no Sistema ComprasGov. No entanto, o Edital não estabeleceu critérios para desempate e a **Resolução n.º 1.243/2023 – Regulamento de Licitações e Contratos** não dispõe de solução para critérios de desempate. Cumpre destacar a inovação da Nova Lei de Licitações que revogou o Decreto 10.024/2019 que estabelecia o critério de desempate por meio de sorteio eletrônico, mediante isso, a Lei 14.133/2021 trouxe novos critérios de desempate conforme estabelecido em seu artigo 60.

Diante da decisão proferida no certame cumpre esclarecer alguns itens, sendo eles:

1. Dos Critérios de Desempate do Art. 60 da Lei 14.133/2021.

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - Disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

Sr. (a) Diretor (a) Geral, para critério de desempate, o Inciso I, não tem possibilidade de ser cumprido pelo sistema Compras.Gov, no entanto, como se trata de taxa de serviço, as licitantes participantes apresentaram o valor mínimo, não sendo possível a taxa zero (0,00) e valores negativos. Deste modo, a condução do certame deveria prosseguir para o inciso subsequente.

II - Avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

Quanto a valoração positiva da experiência contratual dos licitantes, elencada no inciso II do art. 60, para a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais.

A expressão "desempenho contratual prévio" nos conduz à observância da IN SEGES 05/2017, em seu item 2.6 do Anexo V, que trata das diretrizes a serem seguidas em um Termo de Referência para a elaboração do modelo de gestão contratual e critérios de medição de pagamento em uma contratação.

Pela leitura deste inciso, depreende-se que se deve garantir uma relação entre a avaliação do desempenho na execução contratual e o respectivo pagamento, inclusive sanções, quando for o caso.

Em resumo, pela IN 05/2017, deve-se identificar os indicadores mínimos de desempenho para aferição da qualidade esperada da prestação dos serviços, através de instrumentos de medição de resultados (IMR), adequando o pagamento à conformidade dos serviços prestados e dos resultados efetivamente obtidos, pagando-se proporcionalmente ao atendimento das metas estabelecidas, a partir de uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará ao redimensionamento no pagamento e às sanções legais, se for o caso.

Entende-se que a avaliação do desempenho contratual prévio pode ser feita a partir da verificação de eventuais ocorrências de não cumprimento das metas estabelecidas

nos contratos, aferidas a partir dos resultados dos IMR em cada contratação, e também pode ser feita baseada em eventuais penalidades aplicadas registradas no SICAF.

III - Desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência.

Cumpra apreciar o que diz o Caput do Decreto nº 11.430, de 2023:

Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Sr. (a) Diretor (a) Geral, é cristalino o objetivo do Decreto que regulamenta o Inciso III, o qual deve ser utilizado para fins de critério de desempate nos processos licitatórios.

Deste modo, um decreto é um ato normativo com força de lei, para regulamentar uma lei existente ou para regular matérias de sua competência privativa. Nesse sentido, a lei serve para organizar a sociedade e garantir os direitos e deveres dos cidadãos como instrumento de pacificação social, pois estabelece regras claras e justas que devem ser seguidas por todos, ou seja, a Lei existe para ser cumprida assim como o Decreto nº 11.430/2023 serve para regulamentar o artigo 60 da Lei 14.133/21 como critério de desempate.

Vejamos também o Inciso IV, subsequente no referido artigo:

IV - Desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Sr. (a) Diretor (a) Geral, o desenvolvimento de programa de integridade é regulamentado há mais de 01 (um) ano, sobre o assunto, registre-se que o artigo 56, do Decreto n. 11.129/2022, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013, define:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

I - Prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e

II - Fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único.

O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Mediante isso, é nítido que o critério de desempate tende a exigir que sejam seguidas regras claras e objetivas para a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

A Lei n. 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, estabelece que as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas administrativamente e civilmente por atos praticados em seu nome ou por sua conivência, que causem dano ao patrimônio público ou que configurem atos de improbidade administrativa.

Sr. (a) Diretor (a) Geral, o critério estabelecido no inciso IV, não foi respeitado, assim como exigido no Edital quanto ao desempate entre as licitantes, ferindo o Princípio da Isonomia, pois esta Recorrente cumpre com todos os parâmetros no Editalícios e regulamentados por Decretos vigentes, ou seja, houve um preparo para a participação do presente processo licitatório e o exigido não foi aplicado.

Ademais, o artigo 60, § 1º, traz a solução em caso que persista o empate entre as licitantes, vejamos:

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - Empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - Empresas brasileiras;

III - Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; (Não regulamentado).

IV - Empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Diante o exposto, Sr. (a) Diretor (a) Geral, é ilegal e fere o caráter competitivo do certame, determinar critério de desempate sem ser aqueles previstos na Lei, ou

imprudente a não observar regulamentação e julgar por “entendimento”, desconsiderando os demais incisos subsequentes.

Vale ressaltar que havendo mais de uma licitante atendendo a todos os parâmetros do artigo 60, deverá ser realizado o sorteio pela finalidade do processo licitatório em declarar apenas uma licitante vencedora do certame, conforme orientação da Advocacia-Geral da União, vejamos:

EMENTA: Pregão Eletrônico 045/2023-Ministério da Defesa. Lei n. 14.133/2021. *Prestação de serviços de agenciamento de viagens, compreendendo emissão, remarcação/alteração, cancelamento e reembolso de bilhetes de passagens aéreas nacionais e internacionais, assim como serviços correlatos, compreendendo seguro viagens e outros serviços afins.*

Aplicação dos critérios de desempate definidos no art. 60, da Lei n. 14.133/2021. Persistência de empate. Realização de sorteio enquanto medida que privilegia os Princípios da Isonomia e Impessoalidade, conforme premissas estabelecidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei no 4.657/1942).

Necessidade de remessa da matéria ao Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos, tendo em vista a competência da Secretaria de Gestão e Inovação (inciso VI, do art. 15, e dos incisos II e III, do art. 18, do Anexo I, do Decreto no 11.437/2023).

Nos termos expostos, urge concordar com o entendimento exposto no Parecer n. 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU [3] , que cita a doutrina de Victor Aguiar Jardim de Amorim (Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência – 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 153- 154) no sentido de que alguns critérios de desempate poderiam ser disciplinados no edital, o que não afasta a necessidade de um disciplinamento prévio que estabeleça os parâmetros e limites de discricionariedade na elaboração da peça editalícia.

23. Tecidas as considerações pertinentes acerca dos critérios de desempate previstos na Lei n. 14.133/2021, o presente Opinitivo ratifica o entendimento exposto no Parecer n. 00002/2023 da Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços sem Dedicção Exclusiva de Mão de Obra (Distribuição Estratégica), pelo que transcreve os trechos abaixo, que fundamentam a possibilidade de utilização do sorteio público como critério de desempate entre licitantes, após a regular aplicação dos critérios possíveis de serem utilizados, estabelecidos no art. 60, da Lei n. 14.133/2021:

"PARECER n. 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

[...]

12. O fato é que a autoridade, que não pode de moto próprio criar critérios de desempate, e considerando que os atuais ainda pendem de regulamentação, mesmo assim tem o dever de decidir um empate licitatório que persistiu.

A situação faz evocar dois dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942), sendo o primeiro por analogia (por se tratar de julgador administrativo) e o outro por expressa prescrição direcionada ao administrador:

...

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

...

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

...

13. Não sobra alternativa que não a do sorteio público, opção explicitamente considerada na doutrina de Victor Aguiar Jardim de Amorim (obra citada no item 07, p. 155), nos seguintes termos:

Caso o empate persista após a observância dos critérios de desempate de que trata o caput do art. 60 e diante da insuficiência ou inaplicabilidade factual da ordem de preferência instituída no § 1º, considera-se cabível um sorteio público, embora a Lei no 14.133/2021 seja silente a respeito disso.

14. Não se pode dizer que a utilização do sorteio público se subsume na proibição do Art. 191 da Lei no 14.133/2021, que veda "a aplicação combinada" dentre outras, com a Lei no 8.666/1993, pois neste caso, trata-se de um instrumento de suporte a um princípio geral do direito em âmbito de democracia, em que todos são iguais perante a lei. Tal princípio, largamente utilizado na antiguidade, persiste válido, desde então, para situações que não possam ser solucionadas pela vantagem e/ou pelo mérito, conforme se pode perceber deste excerto da obra de André Rubião, O sorteio na política: como os minis públicos vêm transformando a democracia (disponível em:

<https://www.scielo.br/j/op/a/M9PjLHCJkcjQx7jQPsrkRsk/?lang=pt#>).

Assim, como dizia Aristóteles (1997, p. 139), a seleção aleatória constituía um contraponto à eleição: enquanto a primeira encarnava os princípios da igualdade e da rotatividade (todos aqueles que fossem considerados cidadãos tinham legitimidade para um dia serem sorteados e participarem da atividade pública), a segunda encarnava os princípios da meritocracia e do poder de influência (os cidadãos mais respeitados, não raro os mais ricos, podiam-se candidatar aos cargos públicos).

15. Sendo o sorteio é um instrumento de suporte a um princípio geral do direito (a igualdade de todos perante a lei), ele perpassa todo o ordenamento jurídico, e quando aplicável, como é o caso, torna-se cogente, mesmo não estando escrito na normatividade especificamente analisada, a Lei no 14.133/2021.

Deste modo, Sr. (a) Diretor (a) Geral, é cristalino a violação ao Princípio da Isonomia que feriu o caráter competitivo e moral do presente certame.

Quanto a isso o STJ já decidiu:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONDUTAS LINEARES E IMPARCIAIS. NORMAS EDITALÍCIAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA OU EXTENSIVA PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. "O edital é a lei do concurso", que estabelece um vínculo entre a Administração e os candidatos. 2. A finalidade principal do certame é propiciar a toda a coletividade igualdade de condições no ingresso no serviço público, sendo pactuadas normas entre os dois sujeitos da relação editalícia: a Administração e os candidatos, de modo que é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. 3. Hipótese em que a impetrante, ao se submeter ao concurso, concordou com as regras previstas no edital, não podendo agora, apenas por não ter preenchido os requisitos exigidos, insurgir-se contra a referida previsão. 4. Esta Corte possui o entendimento de que as disposições previstas em edital de certame público estão inseridas no âmbito do poder discricionário

da Administração, o qual não está, porém, isento de apreciação pelo Poder Judiciário, se comprovada ilegalidade ou inconstitucionalidade nos juízos de oportunidade e conveniência.

Sr. (a) Diretor (a) Geral, considerando que a finalidade da licitação pública de obtenção da melhor proposta, há grave inobservância ao princípio da **RAZOABILIDADE** e **PROPORCIONALIDADE**, conforme destaca a doutrina:

*"Os princípios da **razoabilidade** e da **proporcionalidade**, que se inter-relacionam, cuidam da necessidade de o administrador aplicar medidas adequadas aos objetivos a serem alcançados. De fato, os efeitos e consequências do ato administrativo adotado devem ser proporcionais ao fim visado pela Administração, sem trazer prejuízo desnecessário aos direitos dos indivíduos envolvidos e à coletividade." (SOUSA, Alice Ribeiro de. *Processo Administrativo do concurso público*. JHMIZUNO. p. 74)*

Nesse passo, cumpre lembrar que a Licitação pública tem como finalidade atender um **INTERESSE PÚBLICO**, de forma que seus critérios devem ser observados por todos os participantes em estado de igualdade, para que seja possível a obtenção da **CONTRATAÇÃO SEM RISCOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**.

ISTO POSTO, diante da plena comprovação, e diante da falta de justificativas fundamentas para o critério adotado pelo agente de contratação, esta empresa, **REQUER**, o recebimento do presente recurso;

Ao final, julgar totalmente **procedente o presente recurso**, para fins de rever a decisão proferida pelo Ilmo. Agente de Contratação para que realize o devido andamento quanto aos critérios de desempate seguindo os requisitos exemplares da Lei 14.133/21 ou por meio de sorteio presencial/ videoconferência, deste modo, trazendo a luz da igualdade para participação de todos os licitantes, tendo em vista que todas as propostas são iguais.

Não alterando a decisão, requer, por fim, nomes, cargos e funções da comissão julgadora, para a tomada de medidas judiciais cabíveis e ao que entender de direito para prevenir responsabilidades e reparação de prejuízos, perdas e danos ocasionados diante de eventual exclusão do certame por razões insubsistentes acerca de indicação de profissional técnico contratado pela legislação civil comum, sem prejuízo de representação junto ao Tribunal de Contas da União e comunicação ao Ministério Público, órgãos de controle.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Manaus, 17 de ABRIL de 2024.

OCA Viagens e Turismo da Amazônia Ltda.
Roberto Conhago Tavares (Sócio-Gerente)
CPF N° 026.929.702-25 / CI N° 190.106 SSP AM