



EXMO. SR. DR. PRESIDENTE DA EMPRESA PÚBLICA DE OBRAS DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO - EMOP - RJ.

Licitação. Irregularidade. Recurso.

A. S. ESPINDOLA CONSTRUÇÕES E REFORMAS LTDA,
pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. CNPJ: 24.274.963/0001-41,
vem por seu advogado abaixo assinado, interpor o presente Recurso Administrativo¹ com
pedido de providencias pelos fatos e fundamentos abaixo expostos.

Do Direito a Petição

A presente petição encontra-se fundamentada no direito a petição²
previsto em Nossa Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, bem como
o direito a ampla defesa e contraditório³, também previstos em nossa CRFB de 1988,
mesmo que no presente caso, tenham sido suprimidos conforme verificaremos abaixo,
assim como na lei de processos administrativos⁴ e legislações e princípios pertinentes ao
presente caso.

¹ Recurso impetrado contra decisão administrativa, por servidor ou terceiro legitimado nos termos da Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/99, com o condão de submeter a questão suscitada a reavaliação, tanto em aspectos legais quanto de mérito.

² Art. 5: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

³ Art. 5: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.



Da Situação Fática

A requerente participou da licitação 007/2022.

Inicialmente no dia 22 de setembro de 2022 foi iniciado o ato licitatório, no qual, a empresa foi questionada o formato digital na qual foi entregue a proposta.

Diante de tal informação, a empresa, contestou a irregularidade, informando e provando que o arquivo digital estava em conformidade com a exigência da EMOP.

Inconformado o representante da empresa, solicitou a suspensão do certame, dilatando o tempo para averiguação concreta da possível incongruência, contudo tal argumento não foi acolhido e o procedimento foi prosseguido.

Ultrapassada a fase da análise dos documentos foi iniciada a fase de negociação e abertura dos envelopes, momento em que foi verificado que a proposta vencedora encontrava-se muito acima do oferecido pela empresa requerente, inabilitada sem a devida motivação.

Como forma de tentativa de reduzir os preços ofertados pela primeira colocada, constatando o disparate entre os valores, o presidente suspendeu a licitação para que a empresa, pudesse rever seus preços e assim forçar a redução.

No dia 27 de setembro a licitação foi retomada a licitação, sendo a mesma homologada e a empresa requerente manifestou o interesse em ingressar com Recurso administrativo cabível, sopesando o absurdo decorrido dessa licitação.

Contudo, antes de iniciar essa nova etapa no dia 27 de setembro de 2022, a empresa, protocolou pedido ao Presidente da EMOP, relatando todos os fatos,



fundamento as questões jurídicas, pedindo dentre outros, a suspensão do certame até que as irregularidades apontadas fossem sanadas.

Porém, tal requerimento, até o momento, encontra-se sem resposta.

Verifica-se nesse momento que a empresa, foi inabilitada, sem uma decisão fundamentada, apontou a irregularidade a autoridade administrativa, porém, para surpresa da empresa, a situação foi mantida, sem que haja qualquer fundamentação ou argumento plausível.

A empresa, ora requerente, apresentou a proposta e documentação conforme requerido pela EMOP, foi desclassificada por incongruência na hora da abertura do arquivo, o que facilmente poderia ser retificado ou diligenciado no momento da licitação.

Da Habilitação Jurídica no Processo Licitatório

Sobre os procedimentos adotados pela autoridade administrativa, iremos discorrer alguns pontos sensíveis e que merecem prosperar de acordo com os argumentos utilizados.

A exigência de documentação de habilitação de empresas licitantes é a forma utilizada nas contratações públicas, com o fito de verificar a aptidão do licitante em celebrar um contrato administrativo que atenda ao interesse público.

Nesse sentido, a Lei 8.666/93 traz, no bojo do seu conteúdo, a necessidade de análise da documentação relativa à habilitação, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e a declaração de cumprimento ao disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, para a seleção de determinado fornecedor.

Contudo, o rol de documentos de habilitação exigidos em lei ordinária não deve ser fator de restrição à competitividade no mercado, e muito menos, que a



exigência seja realizada de maneira arbitrária e formalista, deixando a administração de contratar com a empresa com a proposta mais vantajosa para os cofres públicos.

Inadmissível é a exigência de documentos de habilitação desatrelada à pretensão contratual, à finalidade do que se pretende alcançar com a realização do procedimento licitatório.

Cumpra-se destacar a diferença entre requisitos de habilitação, habilitação enquanto fase procedimental e a habilitação jurídica, que faz parte do rol previsto na legislação atinente ao caso.

Tecnicamente, denomina-se habilitação o momento da fase externa da licitação em que são avaliadas as condições da empresa licitante em contratar com o Poder Público.

O escopo para a exigência da referida documentação refere-se à necessidade da Administração Pública em certificar-se sobre a capacidade/aptidão do fornecedor a fim de que atenda ao interesse público.

Contudo, é importante mencionar que esses requisitos de habilitação devem ser apenas os necessários à garantia do cumprimento das obrigações, consoante determinação constitucional.

Na leitura do texto constitucional⁴, podemos extrair quando houver realização de procedimento licitatório, a Administração Pública deve exigir apenas aqueles documentos que forem estritamente necessários ao cumprimento das obrigações do objeto licitado.

⁴ Art. 37(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.



Assim, se faz necessário que os agentes públicos, envolvidos no processo de contratação, observem a relação existente entre os documentos de habilitação exigidos no diploma editalício e o objeto contratual que está sendo licitado.

Tal zelo e observação, deve existir, pois deve haver, um nexos entre a exigência de determinado documento no instrumento convocatório e o objeto que se pretende contratar.

Portanto, caso não haja qualquer relação entre eles, deve haver afastamento da exigência, em atendimento à previsão constitucional.

Ressalta-se, no mesmo sentido, que inadmissível se torna a exigência desarrazoada de documentos além dos previstos no rol do art. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Inclusive, já existem diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União, assentando o entendimento contra o excesso de rigor diante das exigências dos documentos de habilitação, reforçando a importância de prestigiar a ampla competitividade entre os licitantes para a obtenção da proposta mais vantajosa para o Erário Público.

Portanto, a exigência cada vez maior de documentos de habilitação, incongruentes, e que não estejam relacionados ao objeto contratual, possibilitam a restrição da participação de um número maior de empresas, em determinada licitação, já que estas, muitas vezes, deixam de participar do certame, pela ausência e/ou pendência de algum documento solicitado em Edital.

Conforme já pacificado pela Doutrina, assim, ressalta Torres⁶:

“Importante firmar-se que os requisitos de habilitação são critérios relativos, que tem como objetivos a análise de idoneidade do licitante e sua aptidão para o cumprimento do contrato. Quando ultrapassam

⁶ TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: Juspodivm, 2018, 9ed, p.406.



esse vetor, passam a desestimular a competitividade, gerando sua disfunção.”

Nesses casos, o agente público possui discricionariedade na sua atuação, porém deve agir com cautela quando da exigência de documentos de habilitação, para não incorrer em violação de diversos princípios, dentre eles, o da ampla competitividade entre os licitantes, além de não alcançar a finalidade precípua de toda licitação, que é a obtenção de uma proposta mais vantajosa para o Erário Público.

No mesmo sentido do professor Jessé Torres, a professora Di Pietro⁷, ressalta nesses casos:

“Essa e outras exigências, que não são indispensáveis ao cumprimento das obrigações contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.”

Corroborando com esse entendimento, Justen Filho⁸ destaca, de forma reiterada, que é preciso ponderar quais documentos de habilitação serão exigidos em um determinado procedimento licitatório, destacando a importante finalidade da licitação no que diz respeito à seleção da proposta mais vantajosa:

“A administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada.”

Diante dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, afirmamos que a exigência dos documentos de habilitação para verificação da aptidão da empresa licitante deve estar diretamente ligada às características do objeto da contratação.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2007. P.363.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. P.387



Verifica-se no presente caso, que a empresa requerente apresentou a documentação solicitada.

Impedir que a empresa participe das próximas etapas dos procedimentos licitatórios em questão, poderá acarretar inúmeros prejuízos a Administração Pública bem como os agentes públicos envolvidos poderão responder civil e criminalmente pelos danos causados.

No entanto, avalia-se a compatibilidade em cada caso, enquanto que, para o cadastramento, o estabelecimento dos requisitos é genérico para o empreendimento geral definido pela Administração.

O Tribunal de Contas da União - TCU, em acórdão recente, enfrentou o tema sobre os documentos necessários.

No caso concreto, a Corte de Contas determinou que fosse dada ciência à Prefeitura do município baiano de Ituberá sobre exigências indevidas para fins de habilitação de empresas licitantes em edital de tomada de preços.

O TCU questionou, assim, a exigência de certidão negativa de débitos trabalhistas e a apresentação de Declaração de conhecimento e atendimento às diretrizes, normas, legislações ambientais do País e da obra.

No entendimento do Tribunal de Contas da União, as exigências afrontam o disposto nos arts. 27 a 30 da Lei nº 8.666/1993. Assim, recomendou que a Prefeitura adotasse as providências internas necessárias a prevenir a ocorrência de casos semelhantes.

A habilitação, por seu turno, consiste na verificação da regularidade jurídica, fiscal, bem como da qualificação técnica e econômico-financeira (artigo 27 da lei).



Repita-se, impedir a participação da empresa requerente das próximas etapas dos procedimentos licitatórios mencionados, será uma colisão frontal com princípios constitucionais e infraconstitucionais, podendo seus agentes responderem pelas violações desses princípios bem como dos dispositivos legais que regem a matéria.

A Lei de Licitações autoriza a autoridade competente do ato, a diligenciar quando houver dúvida sobre a documentação apresentada pelo licitante. No presente caso, a autoridade quedou-se inerte e não diligenciou com o intuito de verificar se realmente a proposta não estava de acordo com o requerido pela EMOP.

Caso a decisão seja mantida e o procedimento licitatório concluído, certamente os princípios da economicidade, melhor proposta, bem como da livre disputa entre os concorrentes serão suprimidos, sopesando a decisão da autoridade competente em desclassificar a empresa Representante.

Vejamos o que dispõe o artigo 43 da Lei de Licitações:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Ocorre, no entanto, que de acordo com o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, o dispositivo legal não veicula uma simples discricionariedade ao gestor público, mas sim um verdadeiro dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada.

Vejamos a jurisprudência do TCU:

É pacífico o entendimento do Tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar



necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, § 3º). É o sentido que se extrai do Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário, *in verbis*: “atente para o disposto no art. 43, § 3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei” . Acórdão 3.340/2015 – Plenário

A realização das diligências representa importante instrumento concedido à comissão responsável pela licitação (ou pregoeiro) para o esclarecimento de dúvidas relacionadas às propostas.

Diante dessa prerrogativa encontram-se a finalidade da busca da proposta mais vantajosa pela Administração, bem como a aplicação do formalismo moderado nos certames licitatórios ponderado com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Diversos julgados, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante, senão vejamos:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 – Plenário)

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para



aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 - Plenário)

Sabemos que o poder da diligencia é eficaz quando fundamentada no alcance do interesse público, pela busca da proposta mais vantajosa ou ampla competitividade.

No presente caso, é cristalino que se realizada a diligencia os princípios acima citadas seriam respeitados, pois a administração estaria perseguindo a melhor proposta.

O porque de não realizar a diligencia? Sendo que o fato que desclassificou a empresa, foi apenas uma duvida com relação a documentação.

Ainda na Nova Lei de Licitações, em seu artigo 64, dispõe o seguinte:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.”

Concluimos que admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os



princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado.

A autoridade competente, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes.

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro, esse é o entendimento corroborado pelo TCU. (AC 1211/2021, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 26/05/2021.)

Da Ausência de Fundamentação da decisão Administrativa

Sabemos que Administração Pública é regida por princípios vinculatórios e discricionários para que não haja pessoalidade de desproporcionalidade nas adoções de decisões administrativas, evitando assim, a descontinuidade dos serviços.

No mesmo sentido, sabemos que as inovações emergidas pela Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁹ ponderou os atos emanados pela Administração Pública

Na citada Lei, em seu artigo 20, prevê:

⁹ LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018.



“Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Nesse artigo, podemos observar que as decisões administrativas não poderão se basear em fatos abstratos e que a motivação devida ser demonstrada para que seja comprovada a necessidade do ato.

Observamos novamente a total ausência de fundamentação no presente procedimento licitatório.

Pedidos

Diante todo exposto, é a presente para requerer:

- a) O recebimento e prosseguimento do presente Recurso, para ao final, ser julgado procedente com a habilitação da empresa e continuidade no certame licitatório em questão;



CONSTRUÇÕES E REFORMAS

- b) A suspensão do procedimento licitatório em questão até o julgamento final desse requerimento;
- c) A manifestação da I. Comissão de Licitação;
- d) A manifestação da I. Assessoria jurídica do Órgão;
- e) A oportunidade de produção de provas cabíveis em direito, com o fito de corroborar com o alegado, em especial, pericial, documental superveniente e testemunhal;

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2022.

24.274.963/0001-41
**A. S. ESPÍNDOLA CONSTRUÇÕES
E REFORMAS LTDA**
Rua Dr. March, 457
Barreto - CEP 24.110-651
Niterói - RJ

Diego Fernandes Gualberto Silva

Diego Fernandes Gualberto Silva
CPF 147.918.687-22
A. S. Espíndola Construções e Reformas LTDA
C.N.P.J 24.274.963/0001-41

PROTOCOLO
Data: 30/09/2022
Hora:
EMOP
Assinatura:

Diego Fernandes Gualberto Silva

Assessoria Jurídica
AUX. Adm. / EMOP
ID. 28438533