



ENGENHARIA

Comissão
Licitação



Aracaju, 22 de janeiro de 2020.

ILMO. SR.

PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DO SOCORRO

REF: ATA DE SEÇÃO RECEBIMENTO DE ENVELOPES PREÇO E HABILITAÇÃO

CONCORRENCIA 02/2019 – PMNSS/NS SOCORRO

CÓPIA PARA: GABINETE DO PREFEITO E PROCURADORIA DO MUNICÍPIO

RECURSO CONTRA A DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE

Ilustríssimo Senhor, Presidente da Comissão, de Licitação, a **JP'FORT ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA – EPP**, inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.014.144/0001-49, por intermédio de seu representante legal o Sra. **Edilene de Jesus Amaral**, portadora da Carteira de identidade nº 1201608 e do CNPF nº 652.946.615-00, tempestivamente, vem, com fulcro na alínea " b ", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8666 / 93, à presença de Vossa Senhoria, a fim de interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que desclassificou a recorrente, o que faz declinando os motivos de seu inconformismo no articulado a seguir.

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Atendendo à convocação dessa Instituição para o certame licitacional supramencionado, veio a recorrente participar com outras licitantes, pelo que apresentou sua proposta almejando ser contratada. Sucede que, a comissão de licitação desclassificou a empresa por apresentar encargos sociais em desacordo com a legislação vigente.

O mesmo ato convocatório, deixa claro na sequencia de itens que:

"8.1.3.1. Os percentuais constantes da Planilha dos Encargos Sociais deverão observar para o seu preenchimento os percentuais fixados na Legislação em vigor.."

8.1.2.4. As cotações previstas pela Prefeitura Municipal de Nossa Senhora do Socorro visam apenas dimensionar o custo da obra, sendo de inteira responsabilidade do licitante compor os custos necessários, bem como os valores que deverão ser atribuídos aos serviços.



Assim, pelos seguintes fatos vemos que :

A citação do item acima deixa claro que a recorrente apesar do melhor preço foi injustamente inabilitada, sob o argumento de não ter apresentado em sua composição de encargos sociais os valores percentuais iguais aos praticados pela Caixa (SINAPI), portanto o percentual aplicado pela empresa em questão sobre a mão de obra, bem como a tabela de composição dos encargos sociais difere do valor de referenda.

Entretanto, mediante a detida análise do Edital e das condições que regem a apresentação das propostas segundo o edital, verifica-se que de fato a condição obrigatória é a apresentação da composição de encargos sociais de acordo com a legislação vigente, nada impedindo que a empresa aplique valores de encargos sociais acima do que sugere o SINAPI(CAIXA) tendo em vista que benefícios a mais que a empresa disponibilize aos seus colaboradores e de exclusiva responsabilidade ou ainda de exclusiva competência da empresa.

A presente Comissão deve, antes de qualquer coisa, se deter ao que é exigido no Edital, sob pena de ferir o princípio da isonomia, pois nele está contido toda e qualquer exigência a ser cumprida pelas licitantes. Em nenhum item no edital, muito menos na Lei nº 8.666/93, está estipulado como obrigatoriedade que a taxa dos encargos sociais das licitantes deverá ser igual a taxa usada pela Caixa e pela comissão de licitação. Exige sim, que a taxa seja verossímil, ou seja, dentro da verdade e legítima.

Ratificamos aqui que a recorrente. Apresentou sua composição de encargos sociais, composição essa demonstrada e verossímil, quando a composição de encargo utilizada pela comissão (Caixa) totalmente dentro de um valor admissível, tendo em vista que a diferença de uma para a é insignificante, ou seja, não há nada que julgue como uma taxa impraticável ou inverossímil.

Apresentou ainda todas as outras composições (BDI, custo unitário) de maneira exemplar, dentro da melhor técnica, dentro da legalidade trabalhista, dentro da legalidade fiscal e, principalmente, em nenhum momento faltando com a verdade, deixando de maneira transparente todas as taxas utilizadas em seus cálculos.

A presente comissão de licitação fez-se valer do item 9.1.3.1 do edital para considerar a proposta da recorrente desclassificada. Diante dos fatos pergunto o que há de inverossímil em nossa composição de encargo social? Qual o fato que levou a tal conclusão? Não ser igual à da Caixa?



Sendo assim, a recorrente foi desclassificada de maneira totalmente injusta e descabida. Aliás, não há se quer contrariedade ao que dispõe o edital.

Na verdade, o que ocorre é que a proposta foi apresentada conforme o Edital da Licitação, ao qual determina que as propostas não devem conter custos unitários superiores ao custo fixado pela Administração, os quais devem estar em conformidade com os projetos anexos ao edital.

Assim, a recorrente foi desclassificada apresentando a proposta mais vantajosa para a administração e sem nenhum prejuízo ao órgão, haja vista que a remuneração dos operários contratados, quando da ocasião da execução da obra, será feita com base na legislação vigente e em total respeito ao piso reconhecido pela Convenção Coletiva de Trabalho.

Um dos princípios consagrados, de forma implícita no artigo 30, capítulo, da Lei 8.666/93, é o Princípio da Economicidade que sustenta ser o procedimento licitatório o meio de seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública, sob o prisma econômico. O TCU decidiu no processo TC 006.754/2007 que:

" As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, **DESDE QUE NÃO COMPROMETAM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A FINALIDADE E A SEGURANÇA DA CONTRATAÇÃO**".

A Caixa (SINAPI), sugere os encargos sociais mínimos, visando preservar a dignidade do trabalho, criar condições próprias e eficientes à realização dos serviços prestados e assegurar os benefícios diretos dos trabalhadores, conforme acórdão TCU nº. 775/2007, deste modo se a empresa aplica percentuais superiores entregando aos seus colaboradores maiores vantagens trabalhistas não é motivo de desclassificação.

Na realidade, deverão ser observadas as regras de encargos sociais mínimos constantes do edital, além disso, o disposto no art. 13 da IN 02/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estabelece que a Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos e Convenções Coletivas que não tratem de matéria trabalhista.

"Art. 13. A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos e Convenções Coletivas que não tratem de matéria trabalhista, tais como as que estabeleçam valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009) "



Conforme o disposto nos itens "8.1.3. Planilhas Analíticas das Composições dos Encargos Sociais da mão-de-obra direta e indireta, de acordo com o Anexo VIII" a licitante deverá apresentar memorial de cálculo para encargos sociais, demonstrando a composição de cada percentual, cabendo à empresa também, observar a documentação enviada pela administração para composição dos encargos, estando a mesma em acordo com o previsto como mínimo de encargos sociais (SINAPI CAIXA) bem como a planilha de encargos sociais enviado no material licitatório. Dessa forma mais uma vez observamos a intempestividade da desclassificação da recorrente.

O reajuste dos Encargos Sociais tem apoio da doutrina especializada, que recomenda a correção de falhas que não maculem a essência das Propostas de Preços da Licitantes, de forma a preservar a escolha da Proposta mais vantajosa para administração, como expressa Marçal Justin Filho.

(...) e imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar no edital que o descumprimento de qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente, não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as conformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quanto o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10a. ed. Pag. 442/443).

De fato, é perceptível que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto, conforme o Superior Tribunal de Justiça:

O princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", (...) buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em um conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração. (STJ, Mandado de Segurança nº 5418/DF, Relator Ministro Demócrito Reinaldo. DJ 0110611998).

O próprio Tribunal de Contas da União já chancelou tal procedimento como visto no Acórdão nº 4.621/2009-Segunda Câmara:



Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes. Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações pública – preços exequíveis e compatíveis com os de mercado. (TCU, Acórdão nº 4.621/2009-Segunda Câmara, Relator Ministro Benjamin Zylmer, Sessão de 01/09/2009).

A classificação da proposta evita o que poderia caracterizar um formalismo exacerbado, tal como leciona o ilustre administrativista Hely Lopes Meirelles:

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com 'formalismo', que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 27a. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 261-262).

Assim, o formalismo exacerbado neste caso atentaria contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, consoante jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União:

(...) o apego a formalismos exagerados e injustificados e uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e virgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais. (TCU, Decisão 695/1999 – Plenário, Processo 004809/1999-8, Ministro Marcos Villaça, DOU 8/11/99, p.50, e BLC nº 4, 2000, p. 203).

Tem-se que, ao administrador cabe, quando do julgamento da documentação de uma licitação, os faça em observância aos princípios elencados no texto da norma vigente, mas também considerando o princípio da razoabilidade que tem por premissa aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins pretendidos, de modo a evitar a adoção de



posturas inadequadas, desnecessárias, arbitrárias ou abusivas à própria finalidade da licitação.

Preceitos como "dura lex sed lex" precisam ser entendidos e aplicados em seus devidos termos. Desculpas com tendências de escapismo do tipo "nada podemos fazer, pois é a lei que assim determina" não podem mais ser toleradas em pleno século XXI. Tanto assim o é que o próprio Tribunal de Contas da União – TCU vem entendendo nesse sentido e flexibilizando suas decisões quanto a essa acepção, utilizando-se da interpretação legal para sua finalidade, consoante se pode ver dos acórdãos abaixo transcritos, cada vez mais reiterados:

ACÓRDÃO Nº 352/2018 – TCU – Plenário (DOU nº 48, de 12/03/2018, p.90)

1.7. dar ciência à Delegacia da Receita Federal em Manaus que a desclassificação antecipada da empresa RV Construtora Ltda, no âmbito da Concorrência 01/2017, em decorrência da existência de erros em sua proposta de preços, sem que lhe tenha sido dada oportunidade de proceder à correção por meio da diligência prevista no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, está em desacordo com a jurisprudência do TCU (Acórdãos 187/2014, 1.811/2014 e 2.546/2015, todos do Plenário).

Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado. (Acórdão 1.811/2014 – Plenário).

Diante disso, compulsando-se os autos e da exegese de todos os dispostos acima transcritos, percebemos ser perfeitamente legal a correção pretendida, por devidamente cabível, além de perfeitamente plausível pelos motivos aqui expostos e amparados por entendimentos da Máxima Corte de Contas.

Outrossim, é bem de perceber que ficou evidenciado que a correção se demonstra como a alternativa mais viável para o Poder Público, mediante a manutenção das condições originalmente apresentadas e, por consequência, mais vantajosas e, principalmente, face ao interesse público, também do atendimento aos princípios administrativos da economicidade e razoabilidade, além do corolário constitucional da eficiência.

Ademais, prevendo o edital ou não a desclassificação da requerente, configuraria violação dos princípios da legalidade e da impessoalidade deixar de dar oportunidade ao licitante de comprovar o cumprimento da



ENGENHARIA

referida exigência do edital tendo em vista **não acreditamos que haja qualquer interesse da administração pública contratar o maior preço do certame conforme grafico abaixo:**

EMPRESA	VALOR
JP Forte Engenharia E Consultoria Ltda-EPP	3.449.160,22
Torre Empreendimentos Rural e Construção Ltda	4.222.292,86
Bessa Construções e Empreendimentos Eirelli ME	4.274.266,32
Construtora Jfilhos Ltda	5.334.177,14
DIFERENÇA PREÇOS JP Forte x JFILHOS	1.885.016,92
PERCENTUAL DE DIFERENÇA DE PREÇOS	82,98%

Analisando a planilha acima observamos que a diferença da recorrente para a empresa declarada vencedora do certame é de **82,98 %** com uma diferença de preços de **R\$ 1.885.016,92**. Dessa forma, com a decisão da comissão, a Prefeitura de Nossa Senhora do Socorro terá um prejuízo enorme quanto a postura da comissão.

O 1º artigo da Lei 8.666/93 caracteriza a licitação como: o procedimento administrativo pela qual o Poder Público, pretendendo alienar, adquirir, ou locar bens, realizar obras, executar ou conceder serviços, convoca interessados na apresentação de proposta para fins, como o fito de selecionar dentre a que se revele mais conveniente de acordo com parâmetros antecipadamente estabelecidos.

Em síntese, os processos licitatórios são compostos de diversos procedimentos que têm como meta os princípios constitucionais da **legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade**, da publicidade e da eficiência com o intuito de proporcionar à administração a aquisição, a venda ou uma **prestação de serviço de forma vantajosa, ou seja, menos onerosa e com melhor qualidade possível**, conhecido como: eficiência contratória. Isso acontece utilizando-se de um sistema de comparação de orçamentos chamados de propostas das empresas que atendam as especificações legais necessárias, todas constantes dentro do edital (DI PIETRO, 2009)

Estes princípios serão detalhados a seguir.

Princípio da Legalidade: a Constituição Federal, em seu artigo 5º, II, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa

RUA DEP. ZECA PEREIRA, 33 CJ. LEITE NETO – GRAGERU – CEP: 49027-040 - ARACAJU/SE – Fone 79-3021-5755
CNPJ: 13.014.144/0001-49 E-MAIL: jpforte.engenharia@gmail.com



senão em virtude de lei." **Com esta fundamentação o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei** e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba (MORAES, 2009)

Princípio da Impessoalidade: referido na constituição de 1988 (artigo 37, §1º), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, **o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal**. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal (MEIRELES, 2007).

Princípio da Moralidade aquele que exige da Administração um comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, com os bons costumes, **com as regras da boa administração**, os princípios de justiça e de equidade, e com a ideia comum de honestidade (DI PIETRO, 2009).

Princípio da Publicidade: "divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos, ou seja, perante as partes e terceiros". A publicidade não é elemento formativo do ato, sendo apenas requisito de eficácia e moralidade; ao que acrescenta que, por isso, os atos irregulares não se convalidam com sua publicação (MEIRELES, 2007).

Princípio da Eficiência: exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. A função administrativa é desempenhada com legalidade, mas que, além disso, **gere resultados positivos para o serviço público** e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros, atribuindo eficiência à ação administrativa implicando **na adoção de procedimentos tendentes a diminuir os custos, gastos e despesas na realização das atividades** com vistas ao alcance do resultado almejado (MEIRELES, 2007).

Segundo Mazza (2012, pág. 320) a licitação é "o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato **com quem oferecer a melhor proposta**". A licitação consiste em prestar serviços a administração pública por meio de modalidade previamente definida, direcionada especificamente a aquisição de bens ou serviço a ser executado.

Em análise específica a baixa qualidade que gera a ineficiência das contratações realizadas usando o julgamento de critério de menor preço



aliado ao princípio da eficiência, que está diretamente ligado a esse critério de julgamento das propostas.

Justen Filho ensina "A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.". Na lição deste doutrinador, busca-se sempre uma relação de custo benefício entre licitante e administração pública, revelando-se que a maior vantagem é quando esta assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a efetivar a melhor e mais completa prestação. Nesse sentido, este mesmo doutrinador ratifica sua lição, "A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração Pública.". Completa, "De modo geral, a vantagem buscada pela administração pública deriva da conjugação dos aspectos de qualidade e onerosidade."

Conforme Leciona Hely Lopes Meirelles quanto aos princípios da vinculação ao edital e o critério objetivo de julgamento:

O critério de julgamento das propostas deve estar indicado necessariamente no edital, com os fatores que serão considerados na avaliação das vantagens para a Administração, tais como qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, de interesse do serviço público. O essencial é que aponte fatores que irão predominar no julgamento, para que a Comissão julgadora os considere.

Nestes termos, menciona-se o art. 40 da lei 8.666/1993:

Art. 40. O edital **conterá no preâmbulo** o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, **a modalidade**, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara; (...)

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;]

(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; [4]

Portanto, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "o edital é o mais importante de todo processo licitatório e decorrente contrato; Todos os pré-requisitos deverão estar claramente dispostos no edital, portanto não se poder exigir além ou aquém do edital.". Complementa Celso Antônio



Bandeira de Mello, "A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não se pode afastar."

"O ato convocatório deve definir **o tipo de licitação de modo expresso**, o que encontramos no edital supracitado indicando o tipo **(MENOR PREÇO GLOBAL)**. Se silenciar ou apresentar dubiedade, existirá nulidade. A omissão não atribuirá discricionariedade para adotar o procedimento que melhor lhe aprouvernem para escolher os critérios que bem quiser" 1, é o que assegura Justen Filho nesse trilhar.

Sendo assim, o tipo de licitação, dentre outros requisitos, estará obrigatoriamente prefixado no edital de licitação, sendo vedada sua inobservância quando do julgamento, conforme art. 45, §1º da lei 8.666/1993, "Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso".

O inciso I deste mesmo dispositivo prevê expressamente o critério de menor preço, "quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a **Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;**".

Compreendendo o descrito acima, mas mesmo assim o administrador público tenha alguma dúvida, nesse sentido é que a Lei nº 8.666/93 **consigna o fundamento legal para a promoção de diligências nas licitações depreende-se que se determinada situação, surgida em qualquer fase do procedimento licitatório, apresentar-se obscura, suscitar dúvidas, exigir esclarecimentos, o órgão julgador ou outra autoridade a ele superior, deverá elucidá-la, promovendo, para tanto, as diligências que se fizerem necessárias ao caso concreto o que pelo descrito acima, acredito passificado quanto ao julgamento da inabilitação da concorrente.**

II – DAS RAZÕES DA REFORMA

A decisão sob comento, merece ser reformada, porque:

Ninguém duvida que as finalidades da licitação sejam "garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional" (art. 3º, *caput*). Do mesmo modo, também não se discorda que, segundo os termos da própria Lei nº 8.666/93, "O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública" (art. 4º, par. un.). **A questão que propomos é saber qual o limite para o formalismo exigido para o processamento da licitação e a partir de que ponto esse formalismo necessário excede a sua finalidade e impede a realização do objetivo da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração?**



Vamos examinar a questão sob o enfoque do saneamento de vícios formais de documentos de habilitação e proposta de preços. De acordo com o **art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93**, "**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**". Pois então, qual o limite para a realização de diligências e esclarecimento ou complementação de informações das propostas em exame?

Na precisa lição de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência tem por objetivo "oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório."

A diligência, assim expressada, apresenta-se como meio legal de pesquisa. Trata-se, na verdade, de um procedimento investigatório de natureza administrativa de que se vale a Administração Pública, cuja instauração acarretará a produção probatória necessária.

Impende deixar assentado que, apesar de a Lei nº 8.666/93 referir-se à diligência como uma faculdade, ou seja, fruto do exercício de uma competência discricionária do agente público que pode, desta forma, a seu juízo, determinar ou não a instauração, esta é, na maioria dos casos, imprescindível e inafastável para que os atos da Administração sejam pautados em fatos e circunstâncias concretas, materiais e reais.

Neste sentido, Marçal Justen Filho ensina que "não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros - apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória."

É salutar sublinhar que a promoção de diligências tanto poderá ser fruto de uma provocação de terceiros, mediante requerimento de um ou mais licitantes, como ocorrer por iniciativa da própria entidade licitadora, iniciando-se, assim, de ofício. Ademais, neste cenário, **toda e qualquer pessoa, licitante ou não, tem o direito de requerer tal providência da Administração.**

Entendemos que dito inconformismo se formaliza mediante a interposição de um Recurso de Representação, consoante a disciplina do **artigo 109, inciso II da Lei nº 8.666/93**. Cabe lembrar que, muito embora esta espécie recursal não possua o efeito suspensivo, se a autoridade superior



entender que há suficientes razões de interesse público poderá outorgar ao apelo o mencionado efeito.

As diligências concentram-se, notadamente, em momentos que antecedem decisões, já que sua principal finalidade é a de eliminar dúvidas, esclarecer pontos controversos e obscuros, possibilitando um julgamento correto, baseado em dados e fatos reais. É comum, portanto, que ocorram por ocasião da análise dos documentos relativos à habilitação e do julgamento das propostas. A não realização de diligências nesse caso, faltando somente a documentação acessória a ele, extrapola os limites conferidos pela Lei nº 8.666/93, nos moldes indicados em suas normas pertinentes e assim pode restringir ou frustrar a melhor proposta a administração pública.

A propósito destes limites e da extensão das diligências, a lei federal das licitações, na parte final do parágrafo 3º do artigo 43, estabelece vedação à apresentação de documentos ou informação que deveriam constar originariamente dos envelopes. Tal dispositivo, conforme determina a boa hermenêutica, deve ser interpretado de forma sistêmica. É obvio que não está vedada a juntada de qualquer documento, até mesmo porque, se a diligência é procedimento administrativo investigatório com finalidade elucidativa, não raro haverá a necessidade de se produzir, apresentar e juntar aos autos novos documentos. Ademais, se fatos existentes à época da licitação ou até mesmo a ela anteriores, porém não documentados nos autos, puderem eventualmente ensejar a inclusão ou exclusão de licitante em determinada competição, tais circunstâncias deverão ser investigadas e, fatalmente, haverá a necessidade de se produzir e juntar ao processo novos documentos, sem que este procedimento afronte ou contrarie os limites impostos pela lei.

Acrescento ainda que em diversas oportunidades, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

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



ENGENHARIA

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).

II – DO PEDIDO

Em face do exposto e tendo na devida conta que a recorrente ofereceu preços efetivamente menores com capacidade técnica comprovada e ainda encontra-se totalmente apta a nível de habilitação a participar do certame, requer-se o provimento do presente recurso, com efeito, amparado nas razões recursais, requerendo-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão efetuando a diligencia se for o caso para averiguar a legalidade e legitimidade dos percentuais aplicados (acima do valor mínimo fixado pelo SINAPI/CAIXA) e discernir as eventuais duvidas, oportunizando a recorrente a apresentação de tal documento.

Assim sendo, apesar da lei de licitações não prevê um instrumento específico para que o interessado solicite a realização de diligências, tomamos como base para o direito de petição de diligencia **no previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da Constituição Federal**, para tanto formalizamos nesse ato o pedido por escrito, e ainda tendo em vista que diligência em tela é requerida por licitante e caso ocorra a negativa do órgão julgador em realizá-la, a requerente inconformada com tal decisão deixa claro que **recorrera à autoridade superior, expondo suas razões de fato e de direito, a fim de satisfazer seu intento.**

Aracaju (SE), 22 de janeiro de 2020.

JP'FORT ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA EPP


Edilene de Jesus Amaral
Sócia Administradora