



Número: **0913493-11.2023.8.19.0001**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**

Órgão julgador: **4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital**

Última distribuição : **24/08/2023**

Valor da causa: **R\$ 10.000,00**

Assuntos: **Habilitação / Registro Cadastral / Julgamento / Homologação**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
DUCHAMP ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIAIS S.A. (IMPETRANTE)	HENRIQUE BASTOS ROCHA (ADVOGADO) FREDERICO JOSE FERREIRA (ADVOGADO) PAULO CESAR SALOMAO FILHO registrado(a) civilmente como PAULO CESAR SALOMAO FILHO (ADVOGADO) ALBERTO LUCAS ALBUQUERQUE DA COSTA TRIGO (ADVOGADO) RODRIGO FUX (ADVOGADO) MATEUS PESSANHA LEIDA DE CARVALHO (ADVOGADO)
Presidente da Comissão Especial de Licitação (IMPETRADO)	
SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO GOVERNAMENTAL DO RIO DE JANEIRO (IMPETRADO)	
MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO (IMPETRADO)	
ACCIOLY EMPREENDIMENTOS & ENTRETENIMENTO LTDA (INTERESSADO)	

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
74032743	24/08/2023 11:40	Petição Inicial	Petição Inicial

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO.

GRERJ ELETRÔNICA N.º 32638805946-39

DUCHAMP ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIAIS S.A. ("DUCHAMP" ou "IMPETRANTE"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 30.890.346/0001-73, com sede na Avenida Rio Branco, n.º 115, Centro, Cidade e Estado do Rio de Janeiro - CEP 20.040-004, vem, por seus advogados (doc. n.º 1, em anexo), com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, e no artigo 1º da Lei 12.016/2009, impetrar o presente MANDADO DE SEGURANÇA com Pedido Liminar *Inaudita Altera Parte*, contra Decisão do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO GOVERNAMENTAL ("SECRETÁRIO") e do PRESIDENTE da COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO ("PRESIDENTE", ou, em conjunto com o SECRETÁRIO, "AUTORIDADES COATORAS") ou do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO ("MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO"), pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 42.498.733/0001-48, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, n.º 455, Cidade Nova, Cidade e Estado do Rio de Janeiro - CEP 20.211-111, que, no dia 18 de agosto de 2023, *contra legem* negou provimento ao Recurso Administrativo interposto pela DUCHAMP ("ATO COATOR" - doc. n.º 2, em anexo), ratificando a ilícita habilitação do CONSÓRCIO RIO + VERDE ("CONSÓRCIO RIO + VERDE") na Concorrência CO SMCG 01/2023 ("CONCORRÊNCIA"), pelos fundamentos de fato e de direito a seguir deduzidos.



TEMPESTIVIDADE

1. A IMPETRANTE obteve ciência do Ato Coator no dia 21 de agosto de 2023, em razão de sua divulgação no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro - DOMRJ. Assim, o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias previsto no artigo 23 da Lei 12.016/2009 teve início naquela data, não tendo ainda encontrado seu termo *ad quem*. Esse Mandado de Segurança é, portanto, tempestivo.

INTRODUÇÃO NECESSÁRIA

2. Esse Mandado de Segurança volta-se contra Ato Coator ilegal por meio do qual as AUTORIDADES COATORAS, a despeito da clareza solar do Edital da Concorrência ("EDITAL" - doc. n.º 3, em anexo) e do inquestionável não-preenchimento dos requisitos de qualificação técnica pelo CONSÓRCIO + VERDE, negaram provimento ao Recurso Administrativo interposto pela DUCHAMP no âmbito do Certame promovido pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO para concessão do "*Jardim de Alah*".

3. Dito de outra forma, o presente Mandado de Segurança tem como finalidade tutelar Direito líquido e certo da IMPETRANTE ao Devido Processo Licitatório, traduzido *in casu* no cumprimento às regras do Edital da Concorrência, na cominação das consequências previstas na legislação e regência e no Instrumento Convocatório para os licitantes que desobedeçam às suas disposições e na observância inegociável da isonomia no Certame.

4. As AUTORIDADES COATORAS incorreram em evidente ilegalidade, na medida em que infringiram, com sua decisão, os artigos 43, inciso IV, e 48, inciso I, da Lei 8.666/1993, desprezando, ao proferi-la, o conceito legal de controle societário estabelecido no artigo 1.098 do Código Civil de 2002 e, por analogia, nos artigos 116 e 243, § 2º, da Lei 6.404/1976.

5. Explica-se.



6. O Item 18.11.3.3. do Edital - não se sabe ao certo o porquê - facultou aos licitantes a apresentação, "para efeito da comprovação da qualificação técnica do Licitante, [de] atestados emitidos em nome de Controlada, Controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle (...)".

7. O CONSÓRCIO RIO + VERDE, com vistas à comprovação de sua capacidade técnica para execução do objeto do Certame, limitou-se a apresentar uma única declaração do MUNICÍPIO DE CURITIBA (doc. n.º 4, em anexo), cuja beneficiária, pasme Excelência, é empresa estranha à Concorrência (i.e., DC SET EVENTOS LTDA.), sem nenhum vínculo societário com as sociedades empresárias consorciadas, tal como exigido pelo Edital.

8. Que fique bem claro: não se demonstrou que a DC SET EVENTOS LTDA. preenche as regras previstas no Edital, pois não restou comprovado no Certame ser ela controlada, controladora e/ou estar sob o controle comum de qualquer das sociedades empresárias integrantes do CONSÓRCIO RIO + VERDE.

9. A despeito dos contumazes menoscabos das AUTORIDADES COATORAS às disposições do Edital - seja na fase de classificação de Propostas, seja na fase de habilitação - e da quebra de isonomia entre os licitantes, não se pode "tapar o sol com a peneira": o CONSÓRCIO RIO + VERDE falhou miseravelmente ao comprovar sua capacidade técnica para execução do objeto do Certame. Nenhuma das consorciadas¹ demonstrou ter o controle comum com a DC SET EVENTOS LTDA.

10. Como destacado pela IMPETRANTE em seu Recurso Administrativo, o controle societário, mormente quando não há nas sociedades um único sócio que detenha a maioria das suas cotas, deve ser provado. E a prova de que há um grupo de controle, que faça prevalecer, de forma permanente, sua vontade, dependeria da apresentação de um documento próprio - o acordo de sócios.

¹ ACCIOLY EMPREENDIMENTOS & ENTRETENIMENTO LTDA., OPY PARTICIPAÇÕES LTDA., DC SET PARTICIPAÇÕES LTDA. e PPR PEPIRA EMPREENDIMENTOS PARTICIPAÇÕES LTDA.



11. No caso, a Decisão aqui impugnada declara que existiria esse documento (*"os direitos dos sócios decorrentes da titularidade das quotas sociais deverão ser exercidos em conformidade com os termos e condições previsto no Acordo de Sócios"*), mas de forma absolutamente anômala não esclarece por qual motivo a apresentação desse documento poderia ser dispensada no cumprimento do item 18.11.3.3. do Edital.

12. Não se desconhece que, em determinados esclarecimentos prestados durante o Procedimento Licitatório, acenou-se positivamente à interpretação de que *"a demonstração efetiva da vinculação entre pessoas jurídicas se dará mediante a apresentação da declaração e do organograma, sem a necessidade de juntada de documentos adicionais"*.

13. Isso, ao contrário do que afirma o Ato Coator, não desobriga a Licitante a provar a existência dos vínculos societários, tanto que o Edital prevê a apresentação dos contratos sociais das empresas, menos ainda de provar a existência do controle como situação de fato, que não decorre, no caso concreto, da participação majoritária.

14. Por óbvio, se o controle comum também demanda a exibição do acordo de sócios, nada poderia inculcar a ideia de que esse documento societário poderia ser dispensado.

15. Insista-se: para que se tenha controle que não se materialize na maioria de um único sócio, é preciso mostrar que o grupo de sócios está vinculado de forma permanente. Sem essa prova, que a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO e o CONSÓRCIO RIO + VERDE não lograram produzir, não há atendimento do requisito imposto pelo Edital para que o consórcio se valha de atestado emprestado por terceiro. Sendo regra de exceção a utilização de atestado em nome de quem não integra o consórcio, impõe-se, ademais, a interpretação restritiva no caso.



16. Jamais se poderia esquecer, a esse respeito, a percuente advertência do MINISTRO FRANCISCO FALCÃO: *"é de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade eficiência, objetivando, não só garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo - a lei -, mas com dispositivos que busquem resguardar a administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa"*².

17. Está-se diante de hipótese em que, não fosse suficiente a ginástica editalícia para permitir o "empréstimo" de Atestado em nome de pessoa jurídica estranha ao Certame, o CONSÓRCIO RIO + VERDE nem sequer logrou êxito em demonstrar o preenchimento da única exigência aposta pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO no Item 18.11.3.3. do Instrumento Convocatório.

18. Nas linhas que seguem, restará mais do que evidente a ilegalidade do Ato Coator e a impositiva concessão da segurança pleiteada pela DUCHAMP, de modo que o CONSÓRCIO RIO + VERDE seja inabilitado.

SÍNTESE DOS FATOS

19. A Concorrência foi deflagrada pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e tem, como objeto, a *"outorga da Concessão de uso e gestão, com encargos de revitalização, operação e manutenção da área municipal conhecida como Jardim de Alah"* - relevantíssimo projeto de interesse da população carioca.

² STJ, REsp 144.750/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 25/09/2000 - g/n.



20. O Certame definiu a seleção da proposta com a melhor técnica e o maior preço de outorga (Item 8.1. do Edital). Embora não se aborde este ponto neste Mandado de Segurança, a IMPETRANTE registra seu espanto com a preterição da sua proposta, não obstante tenha ela oferecido o maior lance pela outorga, equivalente a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), enquanto o CONSÓRCIO RIO + VERDE propôs quantia muito inferior – R\$ 18.000.000,00.

Esclarecimento: A IMPETRANTE se reserva ao direito de tratar desse tema em uma demanda específica, visto que ele não se confunde com os critérios para habilitação do CONSÓRCIO RIO + VERDE, tema deste Mandado de Segurança.

21. Iniciada a sessão pública no dia 29 de junho de 2023, as licitantes foram devidamente credenciadas e a sessão foi suspensa. Desde então, seguiu-se um rito errático. Antes de avaliadas as propostas técnicas, com atribuição de pontos a cada um dos itens, decidiu-se abrir, no dia 06 de julho de 2023, as propostas econômicas. A classificação em relação à outorga fixa restou assim definida:

1º Lugar: DUCHAMP ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIAIS S.A., com outorga fixa de R\$ 30.000.012,00 (trinta milhões e doze reais);

2º Lugar: CONSÓRCIO RIO + VERDE, com outorga fixa de R\$ 18.482.528,70 (dezoito milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil, quinhentos e vinte e oito reais e setenta centavos); e

3º Lugar: CONSÓRCIO NOVO JARDIM DE ALAH, com outorga fixa de R\$ 4.010.000,00 (quatro milhões e dez mil reais).

22. Naquela mesma data, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO informou que passaria à análise das propostas técnicas apresentadas pelos Licitantes e a sessão foi suspensa. No dia 21 de julho de 2023, a Comissão informou ter analisado as propostas técnicas apresentadas pelas Licitantes, com o seguinte resultado:



1º Lugar: CONSÓRCIO RIO + VERDE, com nota final de 276,01 pontos;

2º Lugar: DUCHAMP ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIAIS S.A., com nota final de 236,14 pontos;

3º Lugar: CONSÓRCIO NOVO JARDIM DE ALAH, com nota final de 207,32 pontos.

23. Após denúncias graves de quebra de isonomia, de ofensa ao Princípio do Julgamento Objetivo e de ruptura da lógica do Edital, as AUTORIDADES COATORAS viram-se constrangidas a prover em parte o Recurso Administrativo da DUCHAMP (cf. doc. n.º 5, em anexo), sem, contudo, alterar o resultado do Certame em benefício do CONSÓRCIO RIO + VERDE (doc. n.º 6, em anexo) nem sanar todas as ilegalidades existentes:

1º Lugar: CONSÓRCIO RIO + VERDE, com nota final de 267,01 pontos;

2º Lugar: DUCHAMP ADMINISTRADORA DE CENTROS COMERCIAIS S.A., com nota final de 247,14 pontos;

3º Lugar: CONSÓRCIO NOVO JARDIM DE ALAH, com nota final de 210,32 pontos.

24. O envelope com os documentos de habilitação do CONSÓRCIO RIO + VERDE foi aberto no dia 07 de agosto de 2023.

25. Naquela data, *"após analisada a documentação de habilitação do Consórcio Rio + Verde, representado pela sua empresa líder, Accioly Empreendimentos & Entretenimento Ltda., reiniciou-se a sessão às 15:31 horas, na mesma data, anunciando o Presidente da Comissão Especial de Licitação que a referida Licitante foi considerada habilitada"* (doc. n.º 6, em anexo).

26. A DUCHAMP imediatamente informou sua intenção de interpor Recurso Administrativo, e, no dia 14 de agosto de 2023, demonstrou não terem sido atendidos os requisitos de habilitação técnica dispostos no Edital da Concorrência (doc. n.º 7, em anexo).



27. Fazendo "ouvidos de mercador" para os contundentes fundamentos articulados no Recurso Administrativo, as AUTORIDADES COATORAS negaram-lhe provimento no dia 18 de agosto de 2023, em Decisão publicada no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro - DOMRJ de 21 de agosto de 2023.

28. Na fundamentação do Ato Coator, que faria corar o mais jejuno dos estudiosos do Direito Societário, as AUTORIDADES COATORAS alegam, em síntese, que:

- (i). Na sociedade DC SET EVENTOS LTDA., em que há dois sócios não-majoritários, suas participações perfariam controle independentemente de apresentação de acordo de sócios;
- (ii). Na sociedade DC SET PARTICIPAÇÕES LTDA., em que há três sócios não-majoritários, as participações de dois deles perfariam controle independentemente da apresentação de acordo de sócios; e
- (iii). Uma pessoa física que é sócia não-majoritária da DC SET EVENTOS LTDA., mas não da DC SET PARTICIPAÇÕES LTDA., e sim de empresa que é sócia minoritária desta, integraria bloco de controle comum às sociedades denominadas DC SET.

29. Na mesma data, dir-se-ia que com impressionante celeridade e grau intolerável de açodamento, as AUTORIDADES COATORAS já declararam vencedor o CONSÓRCIO RIO + VERDE e promoveram a adjudicação do objeto da Licitação.

30. Como será adiante demonstrado, além de flagrante o descumprimento do Item 18.11.3.3. do Edital pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE, o Ato Coator é absolutamente incompatível com os Princípios do Julgamento Objetivo e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, bem como ilegal em mais de uma vertente, representando verdadeiro risco à Administração Pública, porquanto permite a contratação de quem jamais demonstrou ter executado serviço minimamente semelhante àquele objeto do Certame.



QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO COMPROVADA

31. O Edital estabelece, em seu item 18.11.2, que a qualificação técnica deverá ser comprovada mediante a apresentação de *"atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove a experiência da Licitante — ou ao menos de uma das consorciadas — na administração/gestão de empreendimento de uso público ou privado, destinado à exploração turística, comercial ou de lazer, tais como — mas sem se limitar a — Parques, Operações Turísticas e/ou Ambientais, Arenas, Estádios, Hotéis e Shoppings"*.

32. Segundo FLÁVIO AMARAL GARCIA, *"é curial que o objetivo da exigência da qualificação técnica é verificar se o licitante possui aptidão, conhecimento, equipamento e experiência para executar o objeto contratual"*³, sendo lícita, na esteira da jurisprudência do e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *"a exigência de prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado para fins de demonstração de qualificação técnica"*⁴.

33. O Item 18.11.3.3. do Edital, por sua vez, dispõe que *"serão admitidos, para efeito da comprovação da qualificação técnica do Licitante, atestados emitidos em nome de Controlada, Controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle, sejam nacionais ou estrangeiras, desde que acompanhadas de documentos comprobatórios da experiência atestada e desde que a Licitante seja parte do grupo econômico da empresa detentora dos atestados há mais de 12 (doze) meses"* (grifou-se).

34. O artigo 1.098, inciso I, do Código Civil de 2002, estabelece que se considera controlada a sociedade de cujo capital outra sociedade (ou, por óbvio, uma pessoa física) possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores.

³ GARCIA, FLÁVIO AMARAL. *Licitações e Contratos Administrativos - Casos e Polêmicas*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 231.

⁴ STJ, AREsp 1.144.965/SP, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, 1ª Turma, DJ 19.12.2017.



35. Por sua vez, o § 2º do artigo 243 da Lei 6.404/1976 define que se considera controlada a sociedade na qual a controladora é titular de direitos societários que lhe assegurem, de modo permanente, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

36. A legislação, portanto, traça aspecto fundamental: o controle é uma situação de fato indissociável da prova da direção unitária, por meio da qual o controlador exerce, de modo permanente, o comando e a definição das diretrizes quanto ao rumo das atividades da sociedade controlada, criando-se, assim, regime jurídico especial. Como se observa, para configurar-se o controle, devem concorrer a preponderância deliberativa e o poder de escolha da maioria dos administradores.

37. No afã de cumprir o requisito editalício, o CONSÓRCIO RIO + VERDE buscou comprovar a sua qualificação técnica com a apresentação de atestado da empresa DC SET EVENTOS LTDA. (CNPJ/MF 08.753.682/0001-15 - "EVENTOS")⁵.

38. Ocorre que tal sociedade não é controlada, controladora nem comprovou estar sujeita ao mesmo controle da empresa licitante, DC SET PARTICIPAÇÕES LTDA. (CNPJ/MF 33.466.526/0001-10 - "PARTICIPAÇÕES"), como seria impositivo para que o atestado pudesse ser utilizado para este fim.

39. Rememore-se não se admitir usar atestado de "(...) '*fachada*' apenas para viabilizar o '*empréstimo de atestados*' entre as empresas do mesmo grupo, como forma de contornar"⁶ eventual impossibilidade de comprovação de qualificação técnico-operacional. Tampouco se deve admitir que o CONSÓRCIO RIO + VERDE possa "*mercadejar acervos técnicos, deslocando-os de uma entidade para outra, de sorte a demonstrar que a empresa A, a ser contratada e sem experiência bastante, terá a lacuna suprida pelo acervo técnico da empresa B*"⁷.

⁵ Fls. 372 e 373 dos Documentos de Habilitação (doc. n.º 8, em anexo).

⁶ GARCIA, FLÁVIO AMARAL. *Licitações e Contratos Administrativos - Casos e Polêmicas*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 231.

⁷ TJSC, Mandado de Segurança 5000244-29.2022.8.24.0000, Rel. Des. HÉLIO DO VALLE PEREIRA, 5ª Câmara de Direito Público, j. 15.09.2022.



40. No caso concreto, o organograma colacionado pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE⁸ é claro em demonstrar que não existe relação de controle entre as sociedades PARTICIPAÇÕES e EVENTOS. Uma não controla a outra e vice-versa, já que, pelo desenho do suposto grupo societário, a EVENTOS se encontra isolada, não havendo nenhuma ligação ou comunicação entre ela e as demais empresas.

41. Não há dúvida, portanto, de que a primeira hipótese do Item 18.11.3.3. do Edital não foi preenchida, já que o atestado não foi emitido em nome de controlada nem de controladora.

42. Resta, portanto, necessário avaliar se a terceira situação prevista no edital estaria atendida — “*entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle*”.

43. As quotas da EVENTOS são detidas por JORGE SIRENA PEREIRA e MARCANTONIO MOCELIN CHIES, cada um detentor de 50% (cinquenta por cento) do seu capital. Nenhum deles possui, como se observa da Cláusula Décima Quinta da 9ª Alteração do Contrato Social da EVENTOS⁹, o controle da sociedade: é necessário o concurso de ambos — que nada assegura que ocorrerá — para que se elejam os administradores e haja prevalência nas reuniões de sócios.

44. Já na PARTICIPAÇÕES, são sócios ATLÂNTICO PROMOÇÕES LTDA., com 45% (quarenta e cinco por cento), MARCANTONIO MOCELIN CHIES, também com 45% (quarenta e cinco por cento), e RODRIGO BERTHO MATHIAS, com 10% (dez por cento).

45. Da ATLÂNTICO PROMOÇÕES LTDA. participam, dentre outros, JORGE SIRENA PEREIRA, com 89% (oitenta e nove por cento) das quotas — o que nem sequer foi efetivamente comprovado na Concorrência, porquanto não foi apresentado Contrato Social ou qualquer outro documento de referida sociedade.

⁸ Fls. 374 e 375 dos Documentos de Habilitação (doc. n.º 8, em anexo).

⁹ Fl. 382 dos Documentos de Habilitação (doc. n.º 8, em anexo).



46. A partir das informações acima é fácil perceber que nenhum dos sócios dessas empresas, individualmente, possui participação suficiente para lhe assegurar, de modo permanente, o controle da sociedade.

47. A simples presença do SR. MARCANTONIO MOCELIN CHIES nas duas sociedades (com 50% de participação societária em uma e 45% na outra) é obviamente incapaz de torná-las "sujeitas ao mesmo controle" como exige o Item 18.11.3.3. do Edital.

48. Afinal, o referido sócio não possui o controle nem de uma, nem de outra, menos ainda das duas simultaneamente.

49. Quanto ao SR. JORGE SIRENA, a caracterização de controle é ainda mais distante: ele tem 50% (cinquenta por cento) de participação em uma das sociedades e nenhuma na outra. Mesmo que ele seja sócio majoritário da mencionada ATLÂNTICO PROMOÇÕES LTDA., da qual quase nada se sabe nem foi provado, ela é minoritária da DC SET PARTICIPAÇÕES LTDA.

50. No caso, portanto, o controle da empresa não é exercido individualmente por nenhum dos seus sócios, de modo que, para atender ao requisito do Edital, seria necessária a prova de que os sócios estão vinculados por acordo de sócios, o que, contudo, não foi feito – fato, aliás, incontroverso, embora a Decisão Administrativa contenha referência – ao que parece não decisiva – a um suposto acordo de sócios que sequer está nos autos.

GRUPO CONTROLADOR

FATO NÃO PROVADO

51. Sempre que o controle societário não estiver nas mãos de uma única pessoa, física ou jurídica, como é o caso em exame, pode haver a formação de um grupo controlador.



52. A Lei das Sociedades por Ações equipara ao acionista controlador o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto. Na dicção dos coautores dessa norma, JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO, "*Grupo controlador é o conjunto de pessoas titulares de direito de voto organizado para criar maioria pré-constituída na Assembleia Geral e exercer o poder de controle da companhia*" (*Direito das Companhias*, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 852).

53. Seguem os doutrinadores esclarecendo que "*as formas usuais de organização de acionistas para exercerem em comum o controle da companhia são as sociedades holdings e o acordo de acionista (...)*" (*op. cit.*).

54. Esses conceitos são de elementar e corriqueira aplicação, *mutatis mutandis*, à realidade institucional das sociedades limitadas, que comportam a formação de grupos de controle tanto por meio de *holdings* quanto de acordos de cotistas.

55. No entanto, em comum entre a licitante e a detentora do atestado há o sócio MARCANTONIO e, indiretamente, por meio da ATLÂNTICO, o sócio JORGE SIRENA PEREIRA, nenhum deles com direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações societárias e o poder de eleger a maioria dos administradores, conceito de controle que se extrai do artigo 116, "a", da Lei 6.404/1976.

SUPOSIÇÕES INADMISSÍVEIS

56. Para que se comprovasse a existência de *controle comum* entre a Licitante e a detentora do atestado, fazia-se necessário comprovar tempestivamente a existência e o conteúdo de acordo de votos entre o grupo de sócios presente em ambas as sociedades. Novamente, JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY FILHO esclarecem:

"A estipulação essencial do acordo de acionistas que organiza grupo de controle é a que cria para todos os membros do grupo a obrigação de exercer seus direitos de voto de modo uniforme, pois é o fato de esses votos serem exercidos no mesmo sentido que cria e mantém o poder de controle." (*op. cit.*, p. 854 - grifou-se)



57. Se é verdade — conforme admite a doutrina — “não ... haver dúvida de que pode ser firmado acordo de acionistas tendo por objeto expresso o exercício do poder de controle, o qual permitirá aos convenientes obter a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia”¹⁰, pergunta-se: por qual razão o CONSÓRCIO RIO + VERDE não apresentou às AUTORIDADES COATORAS acordo parassocial para cumprir o Item 18.11.3.3. do Edital?

58. Pior ainda: como pode a Decisão Administrativa se valer de itens de um suposto acordo de sócios, que existiria apenas no âmbito da empresa PARTICIPAÇÕES, se esse documento sequer foi apresentado?

59. As conjecturas da Decisão impugnada neste *Writ* não param por aí. Depois de supor a existência de um acordo de sócios e se basear em cláusulas deles nunca exibidas, afirma a decisão que “os atos de controle da DC SET Participações Ltda. dependerão da aprovação dos empresários MARCANTONIO MOCELIN CHIES e Jorge Sirena Pereira, esta último por meio da Atlântico Promoções Ltda., sócios estes que possuem (?) o controle da DC Set Eventos Ltda., aferindo-se, portanto, que as referidas sociedades possuem os mesmos controladores.”

60. A Decisão, com a devida vênia, não mostra que existe controle comum. Tudo que se afirmou é que, eventualmente, votos alinhados de dois sócios poderão ser proferidos, porquanto necessário para se atingir determinados quórum, mas isso não revela a existência da “obrigação de exercer seus direitos de voto de modo uniforme” (cf. item 50 *supra*). Essa obrigação, observada de forma permanente, como declaram a Lei, a doutrina e a jurisprudência, e sabem ou deveriam saber as AUTORIDADES COATORAS, só existe quando há um acordo de votos, vinculando ambos os sócios.

¹⁰ LUCENA, JOSÉ WALDECY. *Das Sociedades Anônimas - Comentários à Lei*, vol. I, São Paulo: Editora Renovar, 2009, p. 1.082.



DOCUMENTAÇÃO AUSENTE

61. Insista-se: o controle por grupo de sócios é uma questão de fato e demanda prova específica. Essa conclusão é corroborada por julgado do e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "*Saber se há grupo de pessoas vinculadas sob controle comum, com o objetivo de dirigir as atividades sociais, constitui em verdade questão de fato*"¹¹. No aresto se observam ainda lições doutrinárias no mesmo sentido da exigência de prova do controle:

"Nesse sentido, outrossim, a anotação do mesmo Fran Martins, para quem 'já o grupo de pessoas sob controle comum é mais difícil de ser identificado, pois a lei não possui nenhum dispositivo a respeito do reconhecimento desse grupo, a não ser em caso de ações em condomínio (art. 27, parágrafo único) ou quando se tratar de grupos de sociedade (art. 265 e segs). Será, então, uma questão de fato, devendo o controle ser demonstrado mediante provas, admitida a prova em contrário por parte dos acionistas que quiserem se eximir das responsabilidades do acionista controlador' (obra citada, vol. II, pág. 99." (idem)

62. Ora, de um lado, vê-se que (i) o Edital estabeleceu que somente seriam admitidos "*atestados emitidos em nome de Controlada, Controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle*"; e (ii) o e. STJ sedimentou o entendimento de que "*controlada*" é "*a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por meio de outras controladas, é titular de direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores*"¹².

63. Por outro lado, é indisputável que, não tendo sido tempestivamente coligidos acordos de quotistas, os documentos do CONSÓRCIO RIO + VERDE não são capazes de elucidar (i) que a EVENTOS seja controlada ou controladora da PARTICIPAÇÕES; (ii) a existência de qualquer espécie de controle na EVENTOS, sociedade na qual os sócios MARCANTONIO e JORGE SIRENA detêm participações igualitárias; (iii) quem, de fato e de forma permanente, exerce o controle da PARTICIPAÇÕES; e, por conseguinte, (iv) o controle comum entre a EVENTOS e a PARTICIPAÇÕES.

¹¹ STJ, REsp 784/RJ, Rel. Min. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, DJ 20.11.1989.

¹² STJ, REsp 556.265/RJ, Rel. Min. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, 4ª Turma, DJ 13.02.2006.



64. Nesse sentido, não é demais frisar que o acordo de votos vinculando ambos os sócios é documento indispensável para fins de comprovação do "controle comum" supostamente exercido, documento este que deixou de ser apresentado no momento oportuno. Trata-se, verdadeiramente, de requisito formal e material para a prova do controle. Sem o acordo de quotistas, nem sequer é possível verificar como funciona o "controle comum" permanente, notadamente em caso de divergência - cuja possibilidade, embora corriqueira na vida das sociedades, as AUTORIDADES COATORAS parecem esquecer - entre os sócios MARCANTONIO MOCELIN CHIES e JORGE SIRENA PEREIRA.

65. Com efeito, na tentativa de defender a existência de dito controle comum, o próprio CONSÓRCIO RIO + VERDE faz referência expressa ao acordo de sócios em sua contraminuta ao Recurso Administrativo interposto pela DUCHAMP, o que corrobora o fato de que tal documento: (i) era imprescindível à prova do "controle comum"; (ii) não foi colacionado junto aos demais documentos de habilitação.

66. Resta evidente, portanto, a insanável ausência da documentação necessária para a habilitação do CONSÓRCIO RIO + VERDE, em insuperável descumprimento aos Itens 18.11.2 e 18.11.3.3 do Edital, o que atrai a sua desclassificação do certame.

67. À luz dessas premissas e considerando que o único atestado de capacidade técnica do CONSÓRCIO RIO + VERDE fora emitido em nome da EVENTOS, que não é controlada, controladora ou está sob controle comum da PARTICIPAÇÕES, dúvidas não há quanto ao não-atendimento aos Itens 18.11.2. e 18.11.3.3., ambos do Edital, e à imperiosa inabilitação do Licitante.

DECLARAÇÃO CAPENGA

68. O Edital exige que, não sendo o atestado da própria Licitante, ele poderá ser (i) "*em nome de Controlada, Controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle*"; (ii) "*e desde que a Licitante seja parte do grupo econômico da empresa detentora dos atestados há mais de 12 (doze) meses*" (grifou-se).



69. Trata-se, por óbvio, de dois requisitos cumulativos, de modo que a apresentação da declaração de que as empresas integrariam o mesmo grupo econômico não torna desnecessária a prova de que estão sujeitas ao mesmo controle, ou de que uma é controladora ou controlada da outra.

70. O Item 18.11.3.4. do Edital prevê, por sua vez, que, quando se valer de comprovação de qualificação técnica em nome de controlada, controladora ou entidade sujeita ao mesmo controle, a Licitante deverá declarar essa condição, acompanhada a declaração do organograma do grupo econômico e das relações societárias, e demonstrar efetivamente a vinculação entre as pessoas jurídicas. Nada disso foi comprovado.

71. Como visto, o organograma apresentado pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE¹³ não demonstra a existência de relação societária, muito menos de controle, entre a empresa que conta com atestação técnica e quaisquer das integrantes da Licitante. Restaria, assim, ao CONSÓRCIO RIO + VERDE demonstrar o controle comum entre a empresa dotada de atestação técnica e alguma das consorciadas.

72. Para isso, o CONSÓRCIO RIO + VERDE deveria — dada a composição societária da empresa que conta com atestação técnica e de cada uma das consorciadas — provar a existência de acordos de voto tanto na EVENTOS quanto na PARTICIPAÇÕES, como forma de demonstrar que o mesmo conjunto de sócios de uma e outra exerce, de fato e de modo permanente, o controle das duas, embora nenhum deles seja majoritário em nenhuma.

73. Isso, entretanto, não foi feito pela Licitante, que deixou de atender ao Item 18.11.3.3. do Edital — e deveria ter sido excluído do Certame pelas AUTORIDADES COATORAS.

¹³ Fls. 374 e 375 dos Documentos de Habilitação (cf. doc. n.º 8, em anexo).



74. Ressalta-se que o Edital exige efetiva — e não qualquer — demonstração de vinculação entre as pessoas jurídicas. Como lei do certame que é, o Edital não contém palavras inúteis: simples declaração, desacompanhada de prova suficiente de seu conteúdo, não basta para atender à exigência editalícia de demonstração efetiva.

75. A decisão objeto deste *Writ* tenta minimizar essa exigência, com base em um esclarecimento prestado no curso do Processo Licitatório. A resposta afirmativa dada pela COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, entretanto, jamais autorizou os Licitantes a deixar de apresentar os documentos societários pertinentes, como é o caso dos contratos sociais das empresas, necessários para embasar o organograma societário. Não fosse assim, nenhum documento seria necessário, bastando a simples declaração e a apresentação do referido organograma.

76. Obviamente que não é assim que se examina o atendimento de regras de uma licitação, devendo-se compreender que os documentos societários, comprovadores das participações dos sócios e da existência de efetivo controle, por serem indispensáveis, não foram dispensados em momento algum do certame. É, destarte, ilegal, além de desarrazoada, a decisão nesse particular, o que determina a sua pronta suspensão e posterior concessão da ordem neste Mandado de Segurança.

77. Conforme já decidido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, *"relewa notar que a Lei nº 8.666/93 não menciona a possibilidade de se aproveitar a aptidão técnica de outras empresas, ainda que do mesmo grupo econômico"*, não sendo possível a *"apresent[ação] os atestados em nome de outra pessoa jurídica, integrante do mesmo grupo econômico"*¹⁴.

¹⁴ TJSP, Apelação Cível 0039483-58.2012.8.26.0053, Rel. Des. MOACIR PERES, 7ª Câmara de Direito Público, j. 05.08.2013.



78. Ainda que se entendesse de forma diferente, jamais seria admissível a comprovação de capacidade técnico-operacional mediante a apresentação de simples declaração, desacompanhada de qualquer informação que possibilite aferir a real competência da integrante do CONSÓRCIO RIO + VERDE para execução do objeto do Certame.

79. Esse e. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ também já teve a oportunidade de asseverar a relevância da comprovação da capacidade técnico-operacional, destacando que *"a análise da capacidade de cumprimento, por parte da empresa licitante do contrato administrativo a ser firmado, é um dever da Administração Pública amparado em princípio constitucional (CF – art. 37, XXXI), que tem reflexo e desdobramento na Lei 8.666/1993 (art. 3º), não se podendo olvidar que a experiência da empresa se mostra relevante para demonstração da qualificação operacional dos participantes, de acordo com a natureza e a complexidade do empreendimento"*¹⁵.

80. No caso em apreço, a efetiva vinculação entre a Licitante e a detentora do atestado, como acima se observou, demanda a existência de acordo de votos entre o grupo controlador, preenchidos os requisitos da lei societária, a fim de demonstrar a existência de controle comum entre ambas. Isso, entretanto, jamais foi comprovado, de modo que o CONSÓRCIO RIO + VERDE deixou de atender ao Item 18.11.3.3. do Edital.

81. Em suma, não houve qualquer comprovação da existência de grupo econômico, tampouco da relação de controle entre as sociedades PARTICIPAÇÕES e a EVENTOS, requisitos cumulativos para o aceite dos atestados de qualificação técnica e que, por consequência, não foram atendidos pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE.

¹⁵ TJRJ, Agravo de Instrumento 0075478-87.2015.8.19.0000, Rel. Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA, 22ª CC., j. 22.03.2016.



82. Portanto, a partir do que se demonstrou, é imperioso concluir que o CONSÓRCIO RIO + VERDE não comprovou sua qualificação técnica, razão pela qual não poderia ter sido habilitado.

VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E
VEDAÇÃO À JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS

83. A confusão societária extraída da documentação de qualificação técnica do CONSÓRCIO RIO + VERDE revela a não mais poder hipótese de frontal descumprimento de previsões editalícias claras e objetivas, acarretando, por conseguinte, a impossibilidade de apresentação intempestiva de documentos necessários à comprovação de exigências expressamente lançadas no Edital da Concorrência.

84. Enfatize-se: o único atestado de capacidade técnica apresentado pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE, durante o procedimento licitatório, não atende ao disposto no Item 18.11.3.3. do Edital, não sendo possível inferir que as sociedades PARTICIPAÇÕES e a EVENTOS encontram-se sob o mesmo controle e, o que é ainda mais relevante, apresentam aptidão, nos termos do Instrumento Convocatório, para bem desempenhar o objeto do Contrato Administrativo.

85. A esse respeito, os artigos 3º e 41, ambos da Lei 8.666/1993, tratam do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

(...)

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”



86. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório preconiza que a Administração Pública não pode descumprir regras por ela própria lançadas no Edital de Licitação. Trata-se, ao fim e ao cabo, de verdadeira autolimitação administrativa, retirando dos agentes públicos envolvidos no certame qualquer margem de subjetivismo ou discricionariedade na apreciação de regras objetivamente lançadas¹⁶.

87. E mais: o princípio da vinculação ao instrumento convocatório também impõe necessária aderência aos licitantes, de modo que o não atendimento aos parâmetros editalícios deverá representar imediata decisão de inabilitação.

88. Sobre a questão, confirmam-se as precisas lições de FLÁVIO AMARAL GARCIA¹⁷:

"O edital é a lei interna da licitação, e deve ser observado pela Administração Pública e pelos licitantes. É um princípio que decorre da legalidade, pois no edital somente podem constar cláusulas que estejam em conformidade com a lei.

Por força deste princípio, as normas do edital vinculam duplamente: (i) de um lado, o ente público e a sua Comissão de Licitação, que devem obediência ao que foi definido como regra no instrumento convocatório; (ii) de outro, os licitantes, que devem pautar sua atuação e a apresentação dos documentos e propostas conforme as cláusulas previamente estabelecidas.

Em outras palavras: uma vez fixadas as 'regras do jogo', estas devem ser cumpridas e observadas tanto pela Administração Pública quanto pelo mercado, tudo com vistas a assegurar uma previsibilidade nas decisões e ações de ambas as partes, sem o quê não se concretiza o valor maior da segurança jurídica"

¹⁶ "Edital é designação do instrumento convocatório, ou seja, do ato mediante o qual a Administração chama os eventuais interessados a participarem da licitação. Conforme abordado, o edital representa a 'lei interna' da licitação, sendo que o princípio da vinculação ao edital implica que a Administração não pode descumprir normas e condições por ele fixadas, estando a ele estritamente vinculada. Assim, a inobservância do princípio de vinculação ao instrumento convocatório pode provocar nulidade do ato." (NOHARA, IRENE PATRÍCIA DION. *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*, 3ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, versão eletrônica).

¹⁷ GARCIA, FLÁVIO AMARAL. *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*, 5ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p. 80-81.



89. No caso, resta evidente que o CONSÓRCIO RIO + VERDE apresentou atestado de capacidade técnica em desacordo com os parâmetros expressamente previstos no Item 18.11.3.3. Não houve, consoante já salientado ao longo desse Mandado de Segurança, a devida comprovação de relação de controle entre as entidades, vício insanável, considerada a regra constante do artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, segundo a qual é vedada a inclusão posterior de documento que deveria constar originariamente da proposta.

VÍCIO INSANÁVEL

90. O Item 16.7. do Edital tampouco deixa qualquer margem para dúvida:

"16.7. É vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente dos envelopes, sem prejuízo do disposto na Seção 23."

91. A citada previsão é decorrência direta do princípio do procedimento formal, previsto no artigo 4º da Lei 8.666/1993, segundo o qual os Licitantes possuem Direito subjetivo à observância do rito legalmente previsto. Confira-se:

"Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.
Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública."

92. Conforme leciona FLÁVIO AMARAL GARCIA, o "*princípio do procedimento formal significa que todos que participam da licitação têm o direito público subjetivo à fiel observância do procedimento como estabelecido na norma, na forma do que prescreve o art. 4º da lei. É uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal*"¹⁸.

¹⁸ GARCIA, FLÁVIO AMARAL. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Editora Malheiros, 2018, p. 81.



93. É fora de dúvida que a lacuna probatória na habilitação técnica do CONSÓRCIO RIO + VERDE não é sanável: não se trataria de solucionar dúvida sobre documento integrante do conjunto apresentado por Licitante, e sim de lhe conferir oportunidade espúria de suplementar a *posteriori* esse conjunto. Em termos ainda mais objetivos: admitir-se a apresentação de novo documento representaria grave e insuperável ilegalidade, uma vez que desrespeitados, a um só tempo, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e o princípio do procedimento formal¹⁹.

94. Aliás, em mais um sinal de completo desrespeito ao procedimento formal previsto no Edital, e deixando claro que o atestado apresentado não seria suficiente para comprovar a sua capacidade técnica, o CONSÓRCIO RIO + VERDE apresentou dois atestados novos em sua impugnação ao recurso apresentado pela DUCHAMP (doc. 9, em anexo).

95. Isso mesmo: o CONSÓRCIO RIO + VERDE, acreditando estar impune às previsões e aos limites editalícios, em momento evidentemente extemporâneo, achou por bem justificar a sua suposta experiência por meio de documentos novos.

96. Tais atestados, além de manifestamente inválidos para justificar intempestivamente a capacidade técnica, mais uma vez estão desacompanhados de explicações claras sobre a relação entre as empresas nomeadas nos atestados e o Consórcio licitante.

A COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, por sua vez, em sua manifestação (doc. 2, em anexo), embora não tenha tratado dos referidos atestados novos, dispôs que "o Consórcio Rio + Verde, ao impugnar o recurso administrativo em análise (...) destacou que o atestado de capacidade técnica apresentado é apenas a representação de uma das diversas atuações do "Grupo DC SET" em empreendimentos da mesma natureza".

¹⁹ Nesse sentido, esse e. TJRJ já teve a oportunidade de se manifestar: "Apelação Cível. Licitação. Habilitação técnica e fiscal. Não comprovação. Princípios da Isonomia e Vinculação ao Edital. Observância. Inabilitação que se mantém. [...] 4. No que concerne à possibilidade de juntada posterior de documento exigido pelo Edital, o artigo 43, §3º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, veda 'a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta'. 5. A vedação encontra amparo no princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 3º da Lei de Licitação, asseverando que o processamento e julgamento do certame deverá primar pela igualdade entre os licitantes, o que restaria violado se fosse permitida a juntada posterior de documentos" (TJRJ, Apelação Cível 0380172-67.2008.8.19.0001, Decisão Monocrática, Rel. Des. JOSÉ CARLOS PAES, j. 04.11.2014, DJ 06.11.2014).



97. Essas supostas atuações, entretanto, não foram comprovadas tempestivamente e nos termos do Edital em seu Item 18.11.3.3., que não autorizava a simples apresentação de atestado de empresa do mesmo grupo, senão de "atestados emitidos em nome de Controlada, Controladora ou de entidade(s) sujeita(s) ao mesmo Controle (...)", como já exaustivamente tratado.

98. Diante disso, previna-se, desde já, que não se está diante de mero apego a formalidades, tampouco de questão irrelevante. Ao contrário, a hipótese revelada é de flagrante descumprimento de condição substancial da Licitação: a adequada comprovação da capacidade técnica da Licitante no momento procedimental isonômico e, por conseguinte, da sua aptidão para bem desempenhar o objeto do contrato, sem qualquer risco para o relevante interesse público envolvido.

99. Está-se diante de hipótese tão grave que nem sequer seria possível a realização de diligência para fins de suplementação do conjunto documental. Nesse sentido, confirmam-se as válidas lições de EGON BOCKMANN MOREIRA e FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES²⁰:

"Havendo vício que propicie o risco de alteração em documentação originalmente formulada pelo licitante ou que retrate a falta de documento exigido pelo ato convocatório, estará obstado o exercício da competência de convalidação."
(grifou-se e destacou-se)

100. Novamente em termos objetivos: o limite do saneamento de vícios formais é justamente a hipótese de inclusão de documento que deveria constar originalmente no envelope de habilitação aberto, sob pena de deflagrar-se grave violação aos princípios da isonomia e da competitividade.

²⁰ MOREIRA, EGON BOCKMANN; GUIMARÃES, FERNANDO VERNALHA. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC*. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 341-342.



101. Não é por outro motivo que o Edital da Concorrência, embora contenha previsões específicas para realização de diligências, deixa claro, no Item 23.2., que a *"Comissão Especial DE Licitação poderá, em qualquer fase da Licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da Licitação, vedada a inclusão de documento que deveria constar originalmente da documentação entregue pela Licitante, nos termos do artigo 43, § 3º, da Lei de Licitações"* (grifou-se e destacou-se).

102. A título exemplificativo, pede-se licença para transcrever trecho de relevante precedente do e. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - TJSP que trata de caso similar ao objeto desse Mandado de Segurança:

"Mandado de Segurança - Licitação - Revisão do ato de inabilitação de licitante, fundado na não apresentação de documentos contendo a totalidade das informações exigidas no edital - Diligências, realizadas em observância ao disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, que não podem redundar na juntada de documento novo, mas apenas no esclarecimento de informação já contida em documento tempestivo e adequadamente apresentado - Revisão do ato administrativo que fere os princípios da vinculação ao edital e da igualdade entre os concorrentes - Ato ilegal lesivo a direito líquido e certo da licitante habilitada, vencedora do certame - Ordem adequadamente concedida - Sentença mantida - Recurso voluntário e reexame necessário não providos."

Trecho do voto:

"Ora, a exigência contida no edital não se revela indevida ou ilegal, buscando permitir a avaliação da capacidade do licitante de cumprir o contrato que pretende adjudicar. Assim, o seu atendimento era de rigor e a providência determinada pela Comissão de Licitação, a partir da realização de diligência, sob a invocada aplicação do art. 43, §3º, da Lei 8666/93, acaba por violar os princípios da vinculação ao edital e da igualdade entre os licitantes. Evidente que a diligência não pode redundar na vinda de documento novo, que deveria ter sido juntado na fase de habilitação. Busca-se, através dela sanar dúvida que se forma a partir do documento juntado, observados os limites impostos pelo edital, e não suprir lacuna, ausência de informação que deveria constar do atestado, conforme ocorre no caso vertente.

(...)

O lúcido parecer do eminente Procurador de Justiça, Dr. José Bazilio Marçal Neto, bem examinou a questão, demonstrando, com superioridade de argumentos, na esteira da r. sentença recorrida, não se tratar de 'formalismo inútil', estando a



Administração vinculada às normas e condições do edital (art. 41 da Lei 8.666/93). Não se pode, a pretexto de invocar a finalidade de alcance da proposta mais vantajosa, desconsiderar a importância da fase de habilitação, que garante aos licitantes, de forma isonômica, a possibilidade de participação do certame. A melhor proposta decorre de outra fase, já estando garantida a idoneidade e capacidade dos concorrentes habilitados.” (TJSP, Apelação Cível 9001932-55.2010.8.26.0506, Rel. Des. MANOEL RIBEIRO, 8ª Câmara de Direito Público, j. 08.06.2016, DJ 08.06.2016 – grifou-se e destacou-se)

103. Atente-se, ainda, para importante acórdão do e. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU:

“Representação sobre possíveis irregularidades em Pregão Eletrônico. Existência de evidências do fornecimento de atestado de capacidade técnica com conteúdo falso pela empresa declarada vencedora. Não comprovação por essa empresa do atendimento aos requisitos de habilitação técnica previstos no edital. Conhecimento. Procedência parcial. Determinações. Declaração de inidoneidade.”

Trecho do voto:

“6. Pelo que se apurou, o questionamento indicado no item 3, alínea ‘a’ acima, não tem procedência, pois a representante não apresentou no procedimento licitatório os atestados na forma requerida no edital.

7. Como concluí, anteriormente, com base na análise da unidade técnica, ‘diligências, ainda que possíveis e recomendáveis, devem servir para complementar ou esclarecer documentos encaminhados por licitante para habilitação, mas não existe amparo legal para que, em atendimento às medidas saneadoras, sejam juntados elementos que deveriam compor a documentação desde o início, a exemplo dos atestados de capacidade técnica’.” (TCU, Acórdão 1.609/2019, Rel. Min. ANA ARRAES, Plenário, j. 10.07.2019)

104. É sabido que a fase de qualificação técnica prevista no artigo 30 da Lei 8.666/1993 tem, como objetivo, impedir que a Administração Pública se aventure a selecionar licitante que não detenha a aptidão técnica necessária para bem executar o objeto de futuro Contrato Administrativo.



105. É assim que as exigências do Item 18.11. do Edital (sobre as quais não pode recair qualquer espaço para juízos voluntaristas ou discricionários) representam condições indispensáveis à garantia da segurança (técnica e jurídica) na execução de atividade de relevante interesse coletivo²¹.

106. A jurisprudência do e. STJ é pacífica no sentido de que "*[s]e a licitante não demonstrou, da forma prevista no Edital de convocação, o cumprimento dos requisitos relativos à qualificação técnica, não tem direito líquido e certo a ser habilitada no certame*"²².

107. Ou seja: evidenciada a discrepância entre o exigido no Edital para a qualificação técnica e o demonstrado pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE, sua inabilitação era medida que se impunha, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade do Ato Coator.

TUTELA DE URGÊNCIA:

PREMENTE NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ATO COATOR E DA
CONCORRÊNCIA

108. No caso *sub examine*, haja vista que o presente Mandado de Segurança é impetrado contra a Decisão das AUTORIDADES COATORAS que mantiveram ilícita habilitação do CONSÓRCIO RIO + VERDE, contrariamente ao que dispõe o Instrumento Convocatório, é impositiva a concessão da Tutela de Urgência aqui pleiteada para que se impeça o prosseguimento da Concorrência.

²¹ Confira-se jurisprudência do STJ: "Administrativo. Licitação. Edital. Habilitação. Qualificação técnica do licitante. Exigência legal. Registro ou inscrição na entidade profissional competente. Precedentes. Recurso prejudicado. (...) III - A qualificação técnica do particular licitante é pressuposto indispensável ao adimplemento de sua habilitação no certame público, uma vez que a Administração somente poderá confiar-lhe a execução do objeto da licitação, se o interessado possuir e comprovar, nos termos da lei (art. 30, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993), a sua habilitação jurídica plena. Precedentes do STJ." (STJ, RMS 10.736/BA, Rel. Min. LAURITA VAZ, 2ª Turma, j. 26.03.02, DJ 29.04.2002).

²² STJ, RMS 18.240/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, j. 20.06.06, DJ 30.06.2006.



109. É consabido que o deferimento de Liminares em Mandados de Segurança, na forma do artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, condiciona-se à verificação efetiva da “*Plausibilidade do Direito Suscitado*” (espécie de *Fumus Boni Iuris*) e da “*Potencial Inutilidade da Tutela Jurisdicional Futura*”, ou seja, do risco iminente de que o perigo da demora possa fraudar os objetivos almejados com o ulterior julgamento da ação (modalidade de *Periculum In Mora*).

110. Nessa toada, veja-se a jurisprudência do e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ:

“Administrativo. Ensino Superior. Prova do ENADE. Portaria n.º 1059/2009. Pedido de Dispensa. Prazo para análise posterior à data prevista para a colação de grau. Liminar parcialmente deferida. 1. A Medida Liminar Mandamental reclama fundamento relevante e Periculum In Mora, em face de ato emanado de Autoridade ou Executado por Autoridade, à qual o Impetrante indicou. (...)” (STJ, Ag. Rg. no MS 14.894/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Seção, j. 24.03.2010 – g/n)

“Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Deferimento de Medida Liminar. Determinação de suspensão do PAD e da fluência do prazo prescricional. (...) Presença dos Requisitos Autorizadores. Recurso desprovido. 1. A concessão de Medida Liminar em Mandado de Segurança requer a presença concomitante de dois pressupostos autorizadores: (a) a relevância dos argumentos da impetração e (b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da ordem judicial, caso concedida a final. (...)” (STJ, Ag. Rg. no MS 14.336/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 3ª Seção, j. 26.08.2009 – g/n)

111. Na mesma perspectiva, as abalizadas lições do eminente PROFESSOR CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“A leitura desses textos mostra que um elemento tem sido constante nas três Leis: a ‘relevância’ do fundamento do pedido. O outro elemento, relativo à lesão, tem variado, e para melhor (...). Usando as palavras da Lei, se for relevante o fundamento do pedido, e se o ato impugnado for de natureza tal que a ‘demora’ natural do Processo torne a concessão do Mandado de Segurança ineficaz, deve o Juiz suspender o ato. (...) Ordenando a suspensão, terá o Juiz antecipado, em caráter ‘provisório’, a providência que caberia à Sentença final, e isso para ‘evitar o dano’ que decorreria da natural demora na instrução do Processo. (...) Em sua fundamental Monografia sobre o tema, Calamandrei assim resume a essência (...): ‘Antecipação provisória de certos efeitos da providência definitiva, e



destinada a prevenir o dano que poderia derivar do retardamento da mesma providência.” (BARBI, CELSO AGRÍCOLA. *Do Mandado de Segurança*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 159/160 – g/n)

112. O fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) é cristalino e decorre da frontal violação, pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE, ao Item 18.11.3.3. do Edital da Concorrência, já que os documentos apresentados não se afiguram suficientes a demonstrar sua capacidade técnico-operacional para executar o objeto do Certame. Impunha-se, portanto, sua pronta inabilitação.

113. Esses fatores emprestam ao Direito da IMPETRANTE caráter de “Evidência”, porquanto a tese suscitada nesse Mandado de Segurança encontra-se comprovada por elementos fáticos e técnicos sólidos e é análoga àquela que já foi alvo de precedentes dos Tribunais pátrios.

114. Em casos tais, consoante abalizada doutrina processual²³, isso bastaria para a concessão da tutela de urgência pleiteada pela DUCHAMP.

115. Ademais, a “*potencial inutilidade da Tutela Jurisdicional futura*” (modalidade de *periculum in mora*) está sobejamente comprovada no caso submetido ao crivo de Vossa Excelência e decorre, principalmente, do fato de que o Ato Coator permite a homologação do resultado ilícito do Certame, conducente à adjudicação — igualmente ilícita — do objeto da Concorrência ao Licitante que não comprovou sua capacidade técnico-operacional para executar o objeto do Certame.

116. De outro lado, a suspensão da Concorrência não gerará qualquer prejuízo ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, uma vez que (i) o diferimento pontual da adjudicação para melhor análise dos fatos denunciados nesse Mandado de Segurança não afetará o planejamento urbanístico da Cidade; (ii) a escolha de licitante efetivamente capaz de executar o objeto do Certame deve se sobrepor à seleção *contra legem* do CONSÓRCIO RIO + VERDE; e (iii) o encerramento da Concorrência não pressupõe apenas celeridade, não havendo se falar em urgência para sua ultimação.

²³ FUX, LUIZ. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1996.



117. Ou seja, não se poderia sequer suscitar a existência do *periculum in mora inverso* (i.e., reverso) a justificar o indeferimento imediato da Tutela de Urgência.

118. Dúvidas não há quanto ao fato de que a paralisação do Certame até o reestabelecimento da ordem jurídica não causará prejuízos àquele Ente Federativo. Pelo contrário: propiciará grau mais elevado de segurança jurídica a procedimento destinado a construir relação contratual que perdurará por mais de três décadas.

119. Assim, a IMPETRANTE confia em que será deferida a Tutela de Urgência ora pleiteada, de forma que sejam suspensos os efeitos do Ato Coator imediatamente e, por conseguinte, seja suspensa a Concorrência até Decisão final nesse Mandado de Segurança.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

120. Por tudo quanto foi exposto, a IMPETRANTE espera e requer, com fundamento no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, bem como nos artigos 300 e seguintes, todos do Código de Processo Civil de 2015, a concessão da Tutela de Urgência, para que:

- (i). Suspendendo-se os efeitos do Ato Coator, seja a Concorrência interrompida no estado em que se encontra, impedindo-se seu prosseguimento e assinatura do contrato administrativo, ou, caso tenha sido assinado, sustando seus efeitos, até que sobrevenha Decisão final neste Mandado de Segurança; ou
- (ii). Caso as AUTORIDADES COATORAS tenham prosseguido com a Concorrência, o que se admite pelo sabor do debate, sejam os atos administrativos do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO tornados sem efeito, impedindo-se, de igual modo, a ultimação do Certame.



121. Em seguida, à luz do que dispõe o artigo 7º, incisos I e II, da Lei 12.016/2009, requer-se seja (i) determinada a intimação das AUTORIDADES COATORAS para, querendo, prestarem as devidas Informações acerca do presente Mandado de Segurança; e (ii) dada ciência desse feito ao “Órgão de Representação Judicial da Pessoa Jurídica Interessada”, enviando-lhe cópia dessa Exordial, para, querendo, ingressar nos autos.

122. Ao final, por tudo o quanto foi exposto, a DUCHAMP espera e requer seja concedida a ordem pleiteada nesse Mandado de Segurança, para que seja declarada a inabilitação técnica do CONSÓRCIO RIO + VERDE na Concorrência, sobretudo à luz do Item 18.11.3.3. do Edital, dos documentos coligidos pelo CONSÓRCIO RIO + VERDE e do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

123. Para evitar futuras alegações de nulidade por ofensa ao artigo 24 da Lei 12.016/2009 e ao artigo 114 do Código de Processo Civil de 2015 e observando a jurisprudência desse e. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – TJRJ²⁴ e do e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ²⁵, a DUCHAMP protesta pela citação via postal do CONSÓRCIO RIO + VERDE, por meio de sua consorciada líder, ACCIOLY EMPREENDIMENTOS & ENTRETENIMENTO LTDA., com sede na Rua Lauro Müller, n.º 116, sala 1.803, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ – CEP 22.190-160.

124. Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeitos meramente fiscais, e requer-se, por fim, sejam todas as publicações e/ou intimações (inclusive as eletrônicas) à DUCHAMP dirigidas exclusivamente aos seus Patronos FREDERICO JOSÉ FERREIRA, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 107.016, com Escritório na Praça XV de Novembro, n.º 20, 7º e 8º andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ – CEP 20.010-010; HENRIQUE BASTOS ROCHA, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 95.577, com Escritório na Avenida Oscar

²⁴ TJRJ, Mandado de Segurança 0023579-11.2019.8.19.0000, Rel. Des. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS, 23ª CC., j. 12.02.2020; e Apelação Cível 0045687-96.2017.8.19.0002, Rel. Des. LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE, 25ª CC., j. 19.08.2018.

²⁵ STJ, AR 4.847/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, 1ª Seção, j. 08.10.2014; e REsp 1.159.791/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª T., j. 07.12.2010.



Niemeyer, n.º 2.000, 15º andar, Gamboa, Rio de Janeiro/RJ - CEP 20.220-297; PAULO CESAR SALOMÃO FILHO, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 129.234, com Escritório na Avenida Almirante Barroso, n.º 52, 31º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ - CEP 20.031-918; e RODRIGO FUX, inscrito na OAB/RJ sob o n.º 154.760, com Escritório na Avenida Rio Branco, n.º 177, 18º e 20º andares, Centro, Rio de Janeiro/RJ - CEP 20.040-007.

Nestes termos,
P. deferimento.
Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2023.

Henrique Rocha OAB/RJ 95.577	Frederico Ferreira OAB/RJ 107.016	Rodrigo Zambão OAB/RJ 124.844
Paulo Salomão Filho OAB/RJ 129.234	Rafaela Fucci OAB/RJ 147.427	Rodrigo Fux OAB/RJ 154.760
Eduardo Abrahão OAB/RJ 167.462	Rodrigo Raposo OAB/RJ 154.448	Mateus Carvalho OAB/RJ 177.479
Thiago Sbrano OAB/RJ 180.182	Mário Cirne OAB/RJ 183.400	Alberto Trigo OAB/RJ 205.716
Giovanna Casarin OAB/RJ 215.103	Luiza Brumati OAB/RJ 234.800	Alessandra Mendes OAB/RJ 239.651

