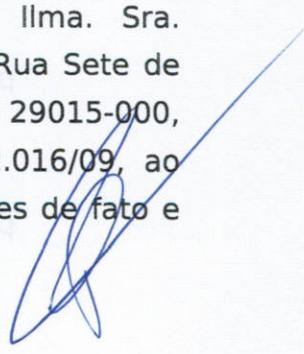


EXCELENTÍSSIMO SR. DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ___ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE VITÓRIA – COMARCA DA CAPITAL – ESPÍRITO SANTO

PRISMA PROPAGANDA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 31.299.001/0001-02 com endereço comercial na Av. César Hilal, 391, Bento Ferreira, Vitória/ES, por seus advogados, constituídos e qualificados conforme procuração em anexo (doc. 01), outorgada na forma de seu contrato social (doc. 02), com escritório na Rua Barão de Mauá, 141, Jucutuquara, Vitória/ES, CEP 29.040-860, endereço que indicam para receber as notificações de estilo, vem, mui respeitosamente, a elevada presença de V. Exa., com fulcro no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 1º da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA com pedido liminar

contra ato lesivo a direito líquido e certo da Impetrante praticado pelo Ilmo. Sr. PRESIDENTE DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SECOM/ES e pela Ilma. Sra. SUPERINTENDENTE DA SECOM/ES, ambos com endereço na Rua Sete de Setembro, Nº 362, 3º andar, Centro, Vitória/ES, CEP 29015-000, vinculadas, para os fins do disposto no art. 6º da Lei 12.016/09, ao ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, em virtude de relevantes razões de fato e de direito que submete ao crivo de Vossa Excelência:



I – DOS FATOS

A impetrante é empresa que exerce atividade de publicidade e propaganda, com atuação há vários anos no estado e detentora de diversos prêmios em razão das exitosas peças e campanhas publicitárias desenvolvidas em todos esses anos de atuação.

Assim foi que, tomando conhecimento da Concorrência nº 001/2013, aberta pela Superintendência Estadual de Comunicação Social do Estado do Espírito Santo – SECOM/ES, para contratação de agências de publicidade e propaganda para desenvolvimento e prestação de serviços para a publicidade oficial do Governo do Estado e diversos de seus órgãos, decidiu por participar do certame.

A Concorrência em questão é disciplinada pelo Edital de Concorrência Pública nº 001/2013, originado no processo administrativo nº 64069796/2013, cuja cópia é ora anexada e cujo teor está disponível em http://www.secom.es.gov.br/edital/001-2013/Edital%20001_2013.pdf.

Em razão da natureza do objeto da contratação, o procedimento licitatório é regido pelas disposições da Lei nº 12.232/2010 e, supletivamente, pela Lei 8.666/93.

Nos termos do Edital, o objeto do certame é dividido em cinco lotes, podendo as interessadas participar da concorrência de cada lote individualmente, em quantos lotes lhes interessarem.

As licitantes deveriam apresentar uma proposta para cada um dos lotes que desejasse disputar.

Após desenvolver todo o material necessário à participação no certame, a Impetrante compareceu ao local especificado

no Edital, à hora designada, para entrega dos envelopes relativos às propostas afetas aos lotes que pretende disputar.

Para sua surpresa, no entanto, a Impetrante foi ilegalmente impedida de entregar seus envelopes, conforme anotado na ata lavrada pela Comissão Especial de Licitação – CAEL (cópia anexa e disponível em http://www.secom.es.gov.br/edital/001-2013/ATA_DA_REUNI%C3%83O_DE_ABERTURA_DOS_ENVELOPES_DIA_24-03-2014.pdf).

Segundo a ata lavrada:

“...compareceram ao certame as empresas: AMPLA AQUATRO, ARTCOM, CONTEMPORANEA, DANZA, E-BRAND, MP PUBLICIDADE, PROSPECTAR, SET E TEIA. Também presente esteve o Diretor Executivo do SINAPRO/ES, o Senhor Thiago Coelho Saraiva. As 09:30hs terminou o prazo o de recebimento dos envelopes ‘A’, ‘B’, ‘C’ e ‘D’. A empresa Prisma também compareceu ao certame, contudo, chegou as 09:33hs, inobservando ao item 7.20.1.5 e 7.20.1.7 do Edital, quanto à precisão do horário. Além do que observou se que o envelope ‘A’ que trazia em sua mão estava etiquetado, o que fere o inc. XIII do art. 6º da Lei 12.232/10 o qual veda a aposição ao envelope de qualquer informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a autoria do plano de comunicação. A representante da empresa optou por não participar da sessão.”

Ainda segundo a ata, a Comissão Administrativa Especial de Licitação – CAEL, da SECOM-ES reuniu-se em 24.03.2014, para “*proceder o sorteio dos membros que irão compor a Subcomissão Técnica Especial de Licitação*” que deverá atuar no certame na forma da Lei 12.232/10. Após o sorteio, “*o presidente informou que a composição da Subcomissão, ora sorteada será publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo*”.

Os trabalhos, ainda conforme a ata, prosseguiram com realização dos sorteios para composição da Subcomissão Técnica, às 10h00, ao que se seguiu, às 10h30, o exame dos envelopes "A".

Registrou-se na ata que durante o trabalho de exame dos envelopes "A", o representante da Prisma *"chegou a sessão e dirigiu-se ao presidente questionando sua desclassificação"*, ocasião na qual *"foi-lhe recomendado que utilizasse do recurso legal."*

Às 16h20 iniciou-se a abertura e análise dos envelopes "C". Mais adiante, o presidente comunicou que os envelopes "A" seriam encaminhados à Subcomissão Técnica.

Este o resumo dos trabalhos da CAEL em 24.03.2014.

Objetivando afastar a ilegalidade perpetrada, a ora Impetrante aviou recurso administrativo apontando a ilegalidade do ato que impediu sua participação no certame (doc. anexo).

O recurso, no entanto, restou desprovido, sob os frágeis argumentos de que o julgamento baseou-se na falta de pontualidade da empresa para entrega dos envelopes, bem como que o envelope entregue pela representante da empresa estaria identificado, devido a uma marcação de um adesivo.

Em decorrência do recurso, as ilegalidades foram prorrogadas, mantendo sob violência o direito da Impetrante.

Não fosse isso suficiente, outras ilegalidades por inobservância às regras que disciplinam o certame acabam por viciar a **malfadada reunião do dia 24.03.2014**, contaminando o certame, motivo pelo qual merecem ser expurgadas, para restabelecimento da legalidade, conforme se demonstra a seguir.

II – DOS VÍCIOS DE PROCEDIMENTO – INOBSERVÂNCIA DA DISCIPLINA DA
LEI 10.232/2010 – NULIDADE DA REUNIÃO DA CAEL REALIZADA EM
24.03.2014

A Lei nº 12.232/2010 foi editada com o objetivo de veicular nova disciplina para os procedimentos de contratação, pelo Poder Público, de agências de publicidade, já que, em razão da especificidade dos trabalhos desenvolvidos por tais empresas, o procedimento da Lei 8.666/93 se apresentava inadequado.

O novo regime, então, foi editado com objetivo de permitir uma análise mais adequada da proposta, ante sua natureza eminentemente criativa e intelectual, preservando-se, no entanto, os princípios que devem nortear as atividades da Administração.

A grande novidade foi o estabelecimento de uma subcomissão técnica capaz de analisar tecnicamente as propostas, composta em parte por membros vinculados à Administração e, em parte, por profissionais do mercado, sem vínculo com o órgão que promove o certame.

A subcomissão técnica, portanto, assume um caráter deveras importante e central no procedimento licitatório.

E justamente em relação à composição da referida subcomissão na Concorrência Pública em debate é que as autoridades impetradas cometeram ilegalidades que maculam o certame. Os atos ilegais, pois, devem ser reconhecidos nulos e novamente praticados, sob pena de macular de nulidade todo o procedimento licitatório, frustrando não somente direitos das concorrentes, mas do próprio Governo do Estado.

As regras que disciplinam o procedimento para formação da subcomissão técnica estão definidas nos diversos parágrafos do art. 10 da Lei 12.232/10, a seguir transcritos com trechos grifados quanto aos elementos que demandam especial atenção na identificação das ilegalidades cometidas pelas autoridades impetradas:

Art. 10. As licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.

§1º As propostas técnicas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, pelo menos, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação.

§2º A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

§3º Nas contratações de valor estimado em até 10 (dez) vezes o limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a relação prevista no §2º deste artigo terá, no mínimo, o dobro do número de integrantes da subcomissão técnica e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

§4º A relação dos nomes referidos nos §§2º e 3º deste artigo será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio.

§5º Para os fins do cumprimento do disposto nesta Lei, até 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão

pública destinada ao sorteio, qualquer interessado poderá impugnar pessoa integrante da relação a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, mediante fundamentos jurídicos plausíveis.

§6º Admitida a impugnação, o impugnado terá o direito de abster-se de atuar na subcomissão técnica, declarando-se impedido ou suspeito, antes da decisão da autoridade competente.

§7º A abstenção do impugnado ou o acolhimento da impugnação, mediante decisão fundamentada da autoridade competente, implicará, se necessário, a elaboração e a publicação de nova lista, sem o nome impugnado, respeitado o disposto neste artigo.

§8º A sessão pública será realizada após a decisão motivada da impugnação, em data previamente designada, garantidos o cumprimento do prazo mínimo previsto no §4º deste artigo e a possibilidade de fiscalização do sorteio por qualquer interessado.

§9º O sorteio será processado de modo a garantir o preenchimento das vagas da subcomissão técnica, de acordo com a proporcionalidade do número de membros que mantenham ou não vínculo com o órgão ou entidade responsável pela licitação, nos termos dos §§ 1o, 2o e 3o deste artigo.

Vejamos, pois, as ilegalidades quanto à composição da subcomissão técnica.

II.1 – Da Não Observância ao Prazo Estabelecido no §4º do art. 10 da Lei 12.232/10 – Indevida Restrição ao Direito de Impugnação

A primeira ilegalidade cometida e que macula de nulidade o certame em questão é a não observância do prazo estabelecido no §4º do art. 10 da lei de regência.

Com efeito, prescreve o dispositivo que os nomes dos profissionais que poderão compor a subcomissão técnica *“será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio”*.

O Diário Oficial do Estado do dia 19.03.2014 fez publicar a Portaria 014-S editada pela Ilma. Sra. Superintendente da SECOM/ES designando a data da reunião para o sorteio e composição da subcomissão técnica para o dia 24.03.2014 (cópia anexa):

PORTARIA Nº 014-S de 18 de março de 2014

A Superintendente Estadual de Comunicação Social, no uso de suas atribuições,

RESOLVE:

Art. 1º - Tornar público que a Superintendência Estadual de Comunicação Social- SECOM, realizará sessão pública com a finalidade de selecionar e constituir a Subcomissão técnica especial de licitação, cuja atribuição será receber, conferir, analisar, julgar, pontuar e classificar as propostas técnicas da Concorrência nº 001/2013, nos termos da Lei 12.232/2010.

Parágrafo único. Fica designada a sessão pública para a seguinte data:

Dia: 24/03/2014

Horário: 10h

Local: Rua Sete de Setembro, 362, Edifício Palácio da Fonte Grande, 1º Andar, Auditório, Centro, Vitória/ES.

Art. 2º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Vitória/ES, 18 de março de 2014.

Flávia Regina Dallapícola Teixeira Mignoni

Superintendente de Comunicação Social

Deste modo, para atendimento do disposto no §4º citado, a relação dos nomes que seriam submetidos ao sorteio para composição da subcomissão técnica deveriam ser publicados no Diário Oficial dez dias antes do dia 24.03.2014, data designada para a reunião.

Não foi, no entanto, o que ocorreu!

Com efeito, prescreve o dispositivo que os nomes dos profissionais que poderão compor a subcomissão técnica *"será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio"*.

O Diário Oficial do Estado do dia 19.03.2014 fez publicar a Portaria 014-S editada pela Ilma. Sra. Superintendente da SECOM/ES designando a data da reunião para o sorteio e composição da subcomissão técnica para o dia 24.03.2014 (cópia anexa):

PORTARIA Nº 014-S de 18 de março de 2014

A Superintendente Estadual de Comunicação Social, no uso de suas atribuições,

RESOLVE:

Art. 1º - Tornar público que a Superintendência Estadual de Comunicação Social- SECOM, realizará sessão pública com a finalidade de selecionar e constituir a Subcomissão técnica especial de licitação, cuja atribuição será receber, conferir, analisar, julgar, pontuar e classificar as propostas técnicas da Concorrência nº 001/2013, nos termos da Lei 12.232/2010.

Parágrafo único. Fica designada a sessão pública para a seguinte data:

Dia: 24/03/2014

Horário: 10h

Local: Rua Sete de Setembro, 362, Edifício Palácio da Fonte Grande, 1º Andar, Auditório, Centro, Vitória/ES.

Art. 2º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Vitória/ES, 18 de março de 2014.

Flávia Regina Dallapícola Teixeira Mignoni

Superintendente de Comunicação Social

Deste modo, para atendimento do disposto no §4º citado, a relação dos nomes que seriam submetidos ao sorteio para composição da subcomissão técnica deveriam ser publicados no Diário Oficial **dez dias antes** do dia 24.03.2014, data designada para a reunião.

Não foi, no entanto, o que ocorreu!

Por força do disposto no item 8.4.4 do Edital, a indicação dos nomes dos profissionais que seriam submetidos ao sorteio para compor a subcomissão seria feita por Decreto do Exmo. Sr. Governador.

O Decreto nº 438-S, no entanto, apenas foi publicado no Diário Oficial em 14.03.2014, uma sexta-feira, na forma que segue:

DECRETO Nº 438-S, DE 13 DE MARÇO DE 2014.

Designa Subcomissão Técnica Especial de Licitação da SECOM. O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, usando das atribuições que lhe confere o Art. 91, III, da Constituição Estadual, bem como o que consta do processo nº 65729242/2014, DECRETA:

Art. 1º Ficam designados os membros abaixo relacionados, dos quais apenas 05 (cinco), por meio de sorteio em sessão pública, irão compor a Subcomissão Técnica Especial de Licitação da Superintendência Estadual de Comunicação Social - SECOM, com finalidade de receber, conferir, analisar, julgar, pontuar e classificar as propostas técnicas da Concorrência nº 001/2013. Com Vínculo Funcional:

- 1) Marcio Castro Lobato
- 2) Cristiano Vieira Pacheco do Nascimento
- 3) Raphael Pereira de Assis Marques
- 4) Raphaela Navarro Tanaka
- 5) Carlos Henrique Gobbi
- 6) Rovena Storch Damasceno
- 7) Ana Luíza Freitas de Araújo Fernandes
- 8) Fabíola Zardini Ribeiro
- 9) Gabriela da Cunha Lima Galvão
- 10) Maurílio Mendonça de Avellar Gomes

Sem Vínculo Funcional:

- 1) Flávia Meneguelli Ribeiro Setúbal
- 2) Mauro Eiji Yaginuma
- 3) Raphaella Rodrigues Patta
- 4) Graziela Gusmão Pontini
- 5) Denise Módulo de Assunção
- 6) Fernanda Mário Sartório Ribeiro
- 7) Michelini Mazioli
- 8) Mila Salviato
- 9) Igor Pontini
- 10) Carlos Eduardo Lourenço Guimarães

Art. 2º Compete à SECOM presidir os trabalhos da sessão pública para sorteio dos membros que irão compor a Subcomissão Técnica de Licitação. Parágrafo único. A composição da subcomissão técnica obedecerá às disposições da Lei Federal nº 12.232/2010 e será publicada na imprensa oficial.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Palácio Anchieta, em Vitória, aos 13 dias de março de 2014, 193º da Independência, 126º da República e 480º do Início da Colonização do Solo Espírito-santense.

JOSÉ RENATO CASAGRANDE
Governador do Estado

Ora, segundo as regras de contagem de prazos legais, há que se excluir o dia do início e incluir o dia do término.

Ademais, a contagem não se inicia e nem se finda nos finais de semana, em dias não úteis e em feriados.

Nem se alegue que a Lei 12.232/2010 não traz disciplina quanto à contagem de prazos. Nesta hipótese, não havendo disciplina expressa na referida lei, há que se observar a regra trazida na Lei 8.666/93, aplicada supletivamente à hipótese por força da expressa redação do §2º do art. 1º da Lei 12.232/10, *verbis*:

Art. 1º *Omissis*

§2º As Leis nos 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar.

Neste ponto, há que se aplicar o disposto no art. 110 da Lei 8.666/93:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, **excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento**, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam ~~os prazos~~ ~~os prazos~~ referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (grifamos)

Deste modo, considerando a publicação da relação dos nomes dos profissionais para composição da subcomissão técnica no Diário Oficial do dia 14.03.2014, sexta-feira, e aplicando-se a disciplina no art. 110 acima transcrito, temos que o prazo de dez dias referido no §4º do art. 10 da Lei 12.232/2010 teve sua contagem iniciada no dia útil seguinte ao da publicação, ou seja, a segunda-feira dia 17.03.2014.

Sendo assim, o termo final do referido lapso foi o dia 26.03.2014.

Por este exato motivo, para respeitar a prescrição da Lei 12.232/10, a reunião para sorteio da subcomissão técnica jamais poderia ter ocorrido antes do dia 26.03.2014, motivo pelo qual a reunião ocorrida em 24.03.2014 em que se realizou o sorteio se mostra ilegal e, portanto, nula – bem como nulos todos os atos ali praticados.

Importa aqui ressaltar que a observância ao prazo não se trata de atendimento a mera formalidade. Referido prazo foi instituído pela lei de regência justamente para permitir a todo e qualquer interessado exercer o seu direito de impugnar o nome dos possíveis componentes da subcomissão, garantindo assim a preservação dos princípios constitucionais norteadores da Administração.

Referido direito está previsto no §5º do próprio art. 10 da multicitada lei:

§5º Para os fins do cumprimento do disposto nesta Lei, até 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão pública destinada ao sorteio, qualquer interessado poderá impugnar pessoa integrante da relação a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, mediante fundamentos jurídicos plausíveis.

A violação cometida pelas autoridades impetradas, para muito além de desrespeitar o prazo fixado em lei, acabou por prejudicar o exercício do direito à impugnação ora tratado, já que os interessados dispuseram de apenas 03 dias úteis para avaliar causas de possível impugnação.

Isto porque entre a publicação dos nomes e a realização do sorteio decorreram apenas nove dias, dos quais, apenas cinco eram úteis. Considerando que a impugnação deve ser apresentada com antecedência mínima de dois dias, que tal ato não pode ser praticado nos dias sem expediente no órgão, e que a reunião para sorteio foi designada para uma segunda-feira, tem-se que as impugnações deveriam ser apresentadas até a quinta-feira anterior.

Com essa ilegal manobra as autoridades impetradas objetivaram unicamente restringir o direito à impugnação aos nomes que poderiam compor a subcomissão, em comportamento totalmente oposto ao objetivo da lei 12.232/10.

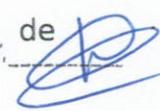
Esta, pois, a primeira ilegalidade que macula o procedimento licitatório e viola o direito da Impetrante.

II.2 – Da Não Observância do Disposto no Item 8.4.5 do Edital

Não bastasse a violação à Lei 12.232/10 acima demonstrada, as autoridades impetradas desrespeitaram regra do próprio Edital que disciplina a concorrência.

Com efeito, o item 8.4.5 do Edital exige que a composição da subcomissão técnica seja divulgada na imprensa oficial antes da data de recebimento dos envelopes de propostas:

“8.4.5 – A composição da Subcomissão Técnica será divulgada na imprensa oficial até a data de recebimento dos envelopes contendo a(s)

proposta(s) técnica(s) e a(s) proposta(s) de preço." 

Observe-se, portanto, que a regra editalícia determina que as propostas apenas poderiam ser recebidas depois da devida publicidade da composição da comissão técnica, mediante a divulgação no Diário Oficial.

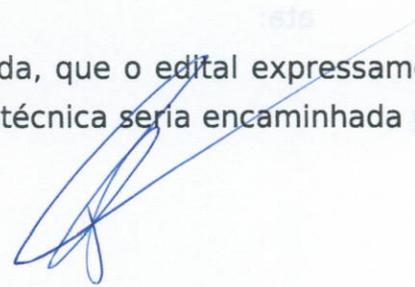
Não foi isso, no entanto, que ocorreu na prática. Vejamos!

Conforme denota o texto da mesma ata, lavrada na reunião realizada em 24.03.2014, logo após realizado o sorteio para a composição da subcomissão técnica a CAEL recebeu os envelopes contendo as propostas.

“Ato contínuo, as 10:30 hrs Presidente juntamente com a comissão e apoio deram prosseguimento aos trabalhos, iniciando pelo exame do envelope “A” Lote I, conferindo se apresenta em sua parte externa alguma menção que identifique o licitante. Cnferiu-se também o material contido dentro do envelope, com mesmo critério e finalidade. Alguns envelopes “A” estavam rasgado e levemente molhados, os quais com anuência de todos os presentes foram trocados.”

É incontroverso, portanto, que na mesma reunião promoveu-se o sorteio para composição da subcomissão técnica e, logo em seguida, foram recebidos, analisados e abertos envelopes contendo as propostas técnicas, em clara e grave violação ao disposto no item 8.4.5 do Edital.

Observe-se, ainda, que o edital expressamente anota que a composição da subcomissão técnica seria encaminhada para publicação no Diário Oficial.



Não há dúvidas, portanto, que no momento de recebimento dos envelopes com as propostas, a composição da subcomissão ainda não havia se tornado pública, tudo em conformidade com o texto da ata, confeccionada no dia 24.03.2014 e anexada ao presente mandado de segurança:

“Na sequência com a participação dos licitantes, as 10:00hrs foram realizados os sorteios, sendo vencedores os eleitos na seguinte ordem: SEM VÍNCULO: 1 – Carlos Eduardo Lourenço Guimarães, 2 – Mauro Eiji Yaginuma, 3 – Denize Modulo de Assunção, 4 – Flavia Meneguelli Ribeiro Setubal, 5 – Mila Salviato, 6 – Michelini Mazioli, 7 – Igor Pontini, 8 – Fernanda Mario Sartório Ribeiro – 9 – Graziela Gusmão Pontini, 10 – Raphaela Rodrigues Patta – COM VÍNCULO: 1 – Raphaela Navarro Tanaka, 2 – Fabiola Zardini Ribeiro, 3 – Cristiano Vieira Pacheco do Nascimento, 4 – Maurilio Mendonça de Avelar Gomes, 5 – Gabriela da Cunha Lima Galvão, 6 – Ana Luiza Freitas de Araujo, 7 – Rovenia Storch Damasceno, 8 – Marcio Castro Lobato, 9 – Carlos Henrique Gobbi, 10 – Raphael Pereira de Assis Marques. O presidente informou que a composição da Subcomissão, ora sorteada, será publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo”

Patente a violação ao disposto no item 8.4.5, verifica-se outra ilegalidade que macula o certame.

III – DAS ILEGALIDADES COMETIDAS EM DESFAVOR DA IMPETRANTE

III.1 – Da Ilegal Recusa Do Recebimento Do Envelope Em Razão Da Suposta Ausência De Precisão Do Horário De Entrega

Um dos motivos anotados pela douta Comissão para não receber os envelopes da Recorrente foi a suposta inobservância quanto à precisão do horário para sua entrega, conforme registrado na ata:

“A empresa Prisma também compareceu ao certame, contudo, chegou as 09:33hs, inobservando ao item 7.20.1.5 e 7.20.1.7 do Edital, quanto à precisão do horário.”

Observe-se, pois, que em razão do suposto atraso de três minutos na entrega dos envelopes a Comissão considerou desrespeitada a observância à precisão do horário e desatendido o disposto no item 7.20.1.5 do Edital.

Inicialmente, há que se observar que item editalício tido por violado exige a apresentação da proposta no "local, dia, e hora" estabelecidos no Edital.

O Edital, por sua vez, estabelece como local para recebimento da proposta o endereço da SECOM: "Rua Sete de Setembro, 362 - 3º andar, Centro, Vitória/ES". E prossegue com o seguinte texto:

Os envelopes "A", "B", "C" e "D" contendo, respectivamente, a(s) proposta(s) técnica(s) e a(s) proposta(s) de preço (s), deverão ser entregues no endereço acima citado, até às 09:30 (nove horas e trinta minutos) do dia 24/03/2014, sendo que a abertura do certame dar-se-á às 10:30 (dez horas e trinta minutos) do mesmo dia, 24/03/2014.

Observe-se que a despeito de exigir precisão quanto à observância do horário, a Comissão não se ocupou de precisar o local de entrega das propostas, resumindo-se a apontar o endereço da SECOM como local de entrega.

E, em observância ao disposto no Edital, o portador dos envelopes da Recorrente antes das 9h30 estava no endereço apontado no Edital, ou seja, na sede da SECOM. Ao chegar ao local, foi orientada a se dirigir até a sala onde se reunia a CAEL para a entrega dos envelopes.

O portador dos envelopes, de qualquer modo, alcançou a sala em que se reunia a CAEL ainda antes das 9h30, a despeito de se fazer constar na ata sua presença às 9h33. Uma variação insignificante se se considerar que não há, na hipótese, um relógio específico para funcionar como parâmetro para os efeitos da presente licitação.

É muito improvável que os relógios de todos os presentes à reunião indicasse a mesma hora e os mesmos minutos, de modo que a desclassificação de proposta em razão de suposto atraso de 3 minutos é medida de gravidade assaz elevada se se considerar a impossibilidade se aferir, com exatidão, naquela reunião, o efetivo horário que apontava os relógios oficiais.

Note-se, ainda, que não há qualquer especificação no Edital quanto à forma de recebimento dos envelopes: se por meio de protocolo oficial, de entrega a algum representante ou em reunião da CAEL. Observe-se, ainda, que não houve qualquer convocação para reunião de recebimento das propostas, muito menos indicação do início da referida reunião.

A Recorrente reafirma que compareceu à sala em que reunida a CAEL antes do horário de 9h30. De qualquer modo, não há dúvidas de que, ainda que apenas houvesse chegado à referida sala às 9h33, a portadora dos envelopes já estava no endereço da SECOM antes de 9h30, de modo que não há que se falar em desatendimento ao item 70.20.5.1 do Edital.

Deste modo, à míngua da possibilidade de aferição do horário oficial da (tentativa de) entrega dos envelopes pela Recorrente – não podendo a oficialidade ficar a mercê do horário apontado pelo relógio de algum dos presentes à reunião – e considerando a insignificância do suposto atraso de 3 minutos (o que aqui não se admite), somado à imprecisão do exato local de entrega e forma de recebimento dos envelopes, há que se reconhecer a ilegalidade da conduta da CAEL de não receber os envelopes da ora Recorrente.

Nos termos do art. 6º, §2º, da Lei 12.232/10, deveria a CAEL ter recebido os envelopes da Recorrente, o que não foi observado. Assim, não fosse pelos demais fundamentos aqui apresentados, a conduta da CAEL se mostra ilegal em razão da violação ao citado dispositivo legal, não podendo restar mantida.

III.2 – Da Ilegal Recusa Do Recebimento Do Envelope Em Razão Da
"Observância" De Suposta Identificação Do Envelope "A"

Ao ilegal fundamento de suposta inobservância da precisão quanto ao horário, a CAEL apontou outro motivo para não receber e desclassificar de plano a proposta da Recorrente.

Conforme anotado na ata em relação aos envelopes da empresa Recorrente:

"...observou-se que o envelope 'A' que trazia em sua mão estava etiquetado, o que fere o inc. XIII do art. 6º da Lei 12.232/10 o qual veda a aposição ao envelope de qualquer informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a autoria do plano de comunicação."

Atente-se ao fato de que, mesmo se recusando a receber os envelopes, a douta Comissão observou, nas mãos da portadora, que o envelope "A" trazia identificação.

Ora, como avaliar as condições de um envelope sem que se o tenha recebido? Por qual motivo o envelope da Recorrente teria sido analisado mesmo antes do início dos trabalhos para análise dos envelopes "A"? Pior: como a Comissão Especial pode promover uma análise dos envelopes que ainda estão nas mãos do portador?

Quaisquer que sejam as respostas para esses questionamentos, nenhuma será capaz de demonstrar a legalidade da conduta da CAEL.

A suposta observância da identificação do envelope se deu de maneira tão inadequada e atécnicamente que o seu resultado se mostrou falho. Nenhum dos envelopes "A" apresentados pela Recorrente estava identificado. O portador dos envelopes tinha em suas mãos diversos envelopes, já que a Recorrente preparou propostas para mais de um lote. Não é possível crer que numa simples mirada, os membros da CAEL puderam identificar dentre os diversos envelopes nas

mãos do portador, quais deles seriam envelopes "A" e, em seguida, verificar neles alguma marca que remetesse à identificação da Recorrente.

Note-se que a própria ata aponta que "as 10:30hs o Presidente juntamente com a comissão e apoio deram prosseguimento aos trabalhos, iniciando pelo exame do envelope "A" Lote 1, conferindo se apresenta em sua parte externa alguma menção que identifique o licitante."

Com efeito, o exame do envelope "A" de todas as demais participantes se deu de forma analítica e apenas depois de iniciada a fase do certame reservada para tal. Conforme denota a ata, os envelopes de nenhum outro participante sofreram uma verificação prévia quanto à ausência de identificação do seu envelope A.

Por qual motivo se dispensou tratamento diferenciado à Recorrente? Por que mesmo antes da abertura dos trabalhos para exames dos envelopes "A", a CAEL promoveu a sumária análise do envelope da Recorrente para desclassificá-la? Não há qualquer motivo plausível para tanto. Há, aí, flagrante ilegalidade.

O simples tratamento diferenciado – especialmente para o fim de restringir direito de participante – já denota a ilegalidade da conduta da CAEL.

IV – DA MEDIDA LIMINAR

A medida liminar do mandado de segurança assenta-se em pressupostos objetivos que, ocorrendo, provocam o surgimento do direito subjetivo à MEDIDA LIMINAR em favor da impetrante, sob pena de frustração do *writ*, se concedido no final.

O direito processual civil, após mutações sucessivas, tem como base principal da instrumentalidade, por escopo, a paz social. E, para que ela seja atingida pela jurisdição, é necessário que

os mecanismos processuais disponham de remédios adequados para o amparo do direito daquele que busca a tutela jurisdicional.

Neste sentido, os requisitos para que seja concedida a liminar são a relevância do fundamento, ou seja, a verossimilhança do direito alegado e o perigo da demora no proferimento da sentença de mérito.

Vislumbra-se, no caso enfrentado, como demonstrado, que bem nítido se apresentam os dois pressupostos fundamentais da tutela pleiteada.

Primeiro na situação de dano potencial e irreparável, representado pelo risco de se excluir da concorrência uma empresa que cumpriu com todos os requisitos estipulados no processo licitatório, o que trará prejuízos diretos ao certame, bem como frustrará direito da Impetrante, também concorrente na licitação.

Por outro lado, a relevância dos fundamentos se apresentam, eis que o ato ora atacado viola disposições expressas da Lei n.º 12.232/10, especialmente o disposto em seu art. 10, parágrafo 4º, e agride violentamente as garantias emanadas da nossa Constituição Federal vigente, tornando, assim, a tutela de direito pleiteada inquestionável perante nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, Excelência, a aparência do bom direito – *fumus boni iuris* – como também o *periculum in mora*, se apresentam cristalinos.

Desta forma, em proteção ao direito líquido e certo da impetrante, imperiosa se faz a concessão de medida liminar requerida, sem a qual restará inócua a prestação jurisdicional final.

V – DOS PEDIDOS

7705
2077
64089786

Ex positis, na certeza de que Vossa Excelência já formou convencimento sobre as graves lesões de direito que vem sofrendo o contribuinte impetrante, REQUER:

a) seja deferida **LIMINARMENTE** a segurança para, diante das ilegalidades que permeiam o certame, determinar às Autoridades Coatoras:

a.1) subsidiariamente, o recebimento da proposta apresentada pelo Impetrante, de modo a permitir a participação regular na Concorrência nº 001/2013, reeditando-se os atos praticados na reunião do dia 24.03.2014;

a.2) a suspensão da concorrência nº 01/2013, até ulterior deliberação deste h. juízo, considerando-se a nulidade da reunião da CAEL realizada em 24.03.2014;

b) seja determinada a notificação das Autoridades Coatoras, para que, no prazo legal, prestem as devidas informações, sob as penas da lei, ouvindo-se, em seguida, o ilustre Representante do Ministério Público Estadual;

c) seja ao final concedida a segurança pleiteada para, reconhecendo a ilegalidade dos atos impugnados:

c.1) determinar o cancelamento da reunião ocorrida no dia 21.03.2014 e a sua reedição em nova data, sem a mácula da ilegalidade apontada no certame à escolha dos membros da subcomissão, reeditando-se, por consequência, todos os atos praticados naquele momento e em momento posterior;

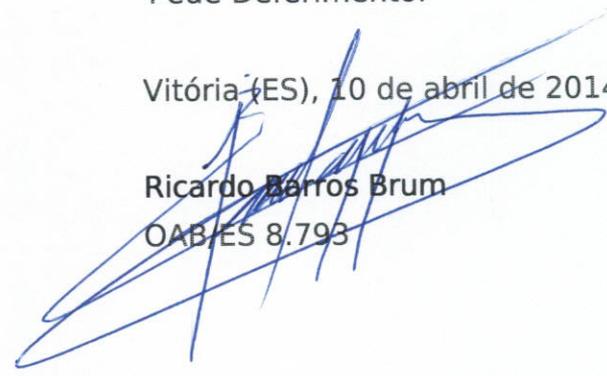
c.2) subsidiariamente, afastar-se a ilegal proclamação de desclassificação da ora Impetrante do certame, determinando-se que a proposta oferecida pela Impetrante concorra ao procedimento licitatório, reeditando-se as necessárias a propósito;

Na oportunidade, protesta por prazo para
juntada de procuração original.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum
mil reais).

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Vitória (ES), 10 de abril de 2014.


Ricardo Barros Brum
OAB/ES 8.793