



URGENTE

**Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado**

OF. nº 139/2014 - PGE /GAB

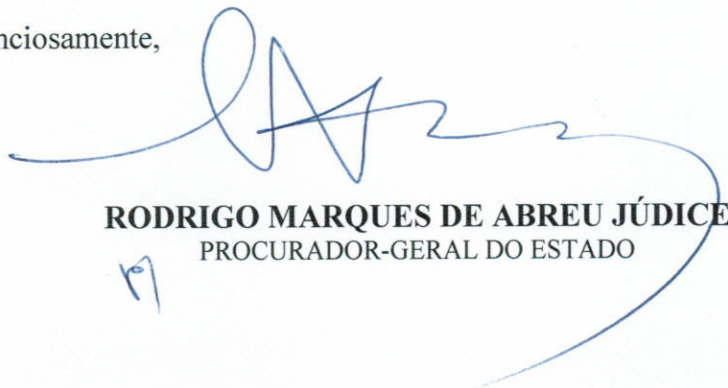
Vitória, 29 de maio de 2014.

**A Excelentíssima Senhora
FLÁVIA MIGONE
SECRETÁRIA DE ESTADO DA COMUNICAÇÃO
Secretaria de Estado da Comunicação - SECOM**
Nesta

Prezada Senhora,

1. Cumprimentando-a, encaminhamos a V. Ex^a cópia da decisão proferida no Mandado de Segurança referente ao processo 0013010-55.2014.8.08.0024, para ciência e providências julgadas necessárias.
2. Na oportunidade, renovamos nossos protestos de consideração e apreço.

Atenciosamente,



RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

17



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

CLASSE : MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO : 0013010-55.2014.8.08.0024
IMPETRANTE/S : PRISMA PROPAGANDA LTDA
AUT. COATORA : PRESIDENTE DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SECOM/ES e SUPERINTENDENTE DA SECOM/ES.

DECISÃO/MANDADO

Vistos etc.,

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **PRISMA PROPAGANDA LTDA** insurgindo-se contra ato tido como coator praticado pelo **PRESIDENTE DA COMISSÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SECOM/ES e SUPERINTENDENTE DA SECOM/ES.**

Em decisão às fls. 206/204, este Juízo acolhendo, parcialmente, os argumentos deduzidos pela parte autora, entende por deferir a liminar pretendida para fins de suspender a Concorrência Pública nº 01/2013.

O Requerido em petição, às fls. 216/239, interpõe Agravo de Instrumento, requerendo, outrossim, que este Juízo se retrate, consoante a faculdade inserta no art. 529 do CPC.

Pois bem, diante da análise dos argumentos suscitados pelo Requerido, entendo que pertinente a reanálise da liminar outrora deferida.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

Vejamos.

A decisão liminar de fls.206/214 dos autos, entendeu pelo deferimento da medida em decorrência da violação ao item 8.4.5 do edital bem como ao prazo previsto no art.10 e seus parágrafos da lei 12.232/10.

Ocorre, entendo pertinentes as razões suscitadas pelo Requerido, vejamos:

“Em nulidade teria incorrido a Administração Pública caso tivesse suprimido do interessado a oportunidade de impugnar os nomes dos pretendentes às vagas da subcomissão técnica, porque daí decorreria inegável prejuízo. Contudo, como visto acima, caso sub judice não se subsume a tal contexto, eis que, segundo o relato inicial, houve apenas um encurtamento de prazo, de modo que eventual prejuízo deveria ter sido demonstrado de forma cabal e não apenas alegado sem respaldo probatório algum, tal como consta da peça inaugural. Traduzindo, deveria a parte contrária evidenciar as razões pelas quais a redução do prazo causou-lhe prejuízo, com a explanação de contra quem desejaria manejar a impugnação.” (fl.228)

Pois bem, diante da análise do artigo 10º da Lei 12.232/2010 observa-se, nitidamente, a finalidade do legislador ao estabelecer os prazos ali insertos. Vamos preceder a análise dos mesmos, *expressis in verbis*:

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

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. (grifos meu)

Verifica-se que os parágrafos 1º, 2º e 3º do referido artigo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

apresentam restrições aos membros da Subcomissão de licitação, isto é, quais pessoas não estariam aptos a fazer parte da referida comissão para fins de preservar, em última análise, a impessoalidade e a moralidade que devem pautar a atuação da administração pública em suas atuações.

Destarte, observo que, em que pese o descumprimento de tal exigência legal, entendo que, no caso vertente, nota-se a ausência de prejuízo — *"pas de nullité sans grief"*—, visto que a Impetrante teve o prazo para fins de impugnar os nomes indicados pela subcomissão e se manteve inerte.

Realço nesse aspecto que o Recurso Administrativo interposto pela Impetrante e acostado às fls. 167/174, sequer menciona as ilegalidades quanto a violação ao prazo previsto na referida lei e o descumprimento ao item do edital. Desse modo, não demonstra quaisquer interesse em impugnar qualquer membro indicado para a subcomissão.

Não logrou a impetrante demonstrar que, mediante sua manifestação, a autoridade poderia ter decidido de modo diverso quanto à eleição dos membros da Subcomissão.

Destaco que, em sua exordial, asseverou que:

"Importa aqui ressaltar que a observância do 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."



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

Não obstante alegue que em tal prazo poderia impugnar os nomes dos componentes da subcomissão, sequer a petição inicial do presente "*writ*" ou no Recurso Administrativo indicou qualquer fato que tornasse alguns dos membros suspeitos de participar do certame.

Imperioso observar que o 5º do art.10, acima transcrito, é expresso no sentido de que qualquer interessado poderá impugnar pessoa integrante da relação a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, **mediante fundamentos jurídicos plausíveis**, os quais não foram demonstrados na exordial.

Nesse sentido, a Impetrante foi eliminada do certame por motivos que, conforme examinados na decisão de fls.206/2014, são, *prima facie*, legítimos. Em sede de recurso administrativos, reitero, tão somente, impugnou os motivos de sua desclassificação e vem, na presente demanda, deduzir novos argumentos e possíveis ilegalidades, os quais precisam ser examinadas a luz dos princípios previstos na Constituição Federal.

A meu ver, reanalizando tais fundamentos, sanar tais vícios procedimentais, apenas com o fito de prestigiar o aspecto formal, violaria flagrantemente o interesse público.

Inegável a supremacia do interesse público em face do particular, ainda mais quando este revela-se sabidamente inócuo quanto ao interesse em impugnar o nome de membro da subcomissão.

Seguindo tal entendimento, assim dispõe Seabra Fagundes:

"A conciliação de interesses individuais e coletivos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

aconselharia a manter o ato. Nessa combinação de interesse é o que assenta, notadamente, a diversidade de critério no que respeita à manutenção do ato vicioso entre o Direito Público e o Direito Privado. Neste é só o unilateral interesse da parte, em favor do qual existe a nulidade, que decide o seu pronunciamento. O Estado, porém, encarnando interesses impessoais e tendo por objetivo a realização do bem público abdica da faculdade de promover a decretação de nulidade, tendo em vista o caso determinado, o interesse geral, mais bem amparado com a subsistência do ato defeituoso. Isto se dá porque o Estado confunde o seu interesse com o coletivo, e é bem de ver que em se tratando de dois particulares, uma identificação semelhante não ocorreria" (FAGUNDES, Seabra. Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5. ed., p. 47).

O Superior Tribunal de Justiça também já assentou que:

"Afastadas as preliminares, enfrente o mérito da impetração, examinando a alegada nulidade que, como lembrado pelo impetrado, só pode ser decretada se dela decorrer prejuízo.

"Segundo a inicial, deixou de ser publicado o resultado do julgamento das propostas para só ser publicada a adjudicação dos serviços à empresa considerada vencedora. Não negam as litigantes, entretanto, terem ciência do que se passou na sessão de homologação, pois receberam um fax pondo à disposição o relatório do julgamento.

"Mesmo que se admita, dentro do mais absoluto rigor formal a irregularidade do procedimento, pergunta-se qual o prejuízo advindo, se a partir da publicação oficial do resultado foi possível a interposição de recurso administrativo, como o fez uma das concorrentes do certamente.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

"Verifica-se, portanto, que se apegam as impetrantes a uma filigrana procedimental para, a partir daí, pedir a decretação da nulidade de um penoso, demorado e oneroso processo de escolha de uma empresa para a realização de uma obra pública.

"Não aceito, entretanto, a alegada litigância de má fé da impetrante, porque em verdade houve dúvida quanto a autoridade reputada coatora, eis que publicados os atos pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação, embora assinados os atos impugnados pelo impetrado.

"Entendo que não há nulidade alguma e sim mera irregularidade que, à mingua de prejuízo para com terceiro, deixa de ser decretada.

" Com essas considerações, denego a segurança. "(MS 13.401/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 22/09/2008)

Acrescento que a argumentação, acima explanada, aplica-se, inteiramente, a alegação de desrespeito ao previsto no item 8.4.5 do Edital. Isso porque, reanalisando tal previsão editalícia, verifico que inexistente qualquer cerceamento de defesa ou prejuízo a Impetrante em decorrência de na mesma sessão pública ter sido procedido o recebimento dos envelopes "A", "B", "C" e "D", contendo as pospostas técnicas e as de preço (conforme previa o preâmbulo do Edital de Concorrência à fl.44 dos autos) bem como o sorteio dos membros da Subcomissão Técnica Especial de Licitação.

Por derradeiro, no caso vertente, exerço o Juízo de retratação previsto no art. 529 do CPC, sobretudo para prestigiar o interesse público e a isonomia no caso em tela. Isso porque, as demais licitantes, nas mesmas circunstâncias que a Impetrante, diligenciaram para apresentar as suas propostas nos exatos termos previstos no edital e assim lograram êxito, não cabendo a este Juízo, pautado em formalidades e sem demonstração de prejuízo, prejudicá-los



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
1ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória/ES

para fins favorecer a Impetrante que, conforme analisado em decisão à fl.206/2014 dos autos, não entregou a sua proposta no tempo correto e apresentou o envelope em desacordo ao previsto no edital.

Nesse ínterim, para fins de prestigiar a isonomia, a impessoalidade e o interesse público, entendo pertinente reformar a decisão de fls. 206/214 para fins de indeferir o pleito antecipatório.

Ante o exposto, RECONSIDERO a decisão de fls. 206/2014, INDEFERINDO o pedido de antecipação de tutela, permitindo a continuidade da CONCORRÊNCIA nº 01/2013 da SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL-SECOM e COMISSÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LICITAÇÃO-CAEL.

Intimem-se as partes. Notifique-se e requisitem-se as informações da Autoridade Coatora. Intime-se o representante judicial do Estado nos termos do art. 7º, inciso II da Lei 12.016/ 09.Após, ao Ministério Público.

Ao final, venham os autos conclusos para sentença.

Servirá o presente, por cópia digitada, como mandado, ficando o oficial de justiça desde já, autorizado a diligenciar nos termos do art. 172, §2º, do Código de Processo Civil. Cumpra-se na forma e sob as penas da Lei, valendo-se do endereço constante da inicial em anexo.

Vitória, 28 de Maio de 2014.


Marianne Jádice de mattos
Juíza de Direito