

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA CÂMARA CÍVEL**

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0088947-93.2021.8.19.0000.

Agravante: DR PROPAGANDA E MARKETING LTDA ME.

**Agravados: 1. PUBLIKÁ 7 PUBLICIDADE E COMUNICAÇÃO EIRELI.
2. MUNICÍPIO DE MACAÉ.**

Relator: Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO (24730)

Agravo de instrumento. Liminar de suspensão do certame em mandado de segurança. Hipótese de licitação fracassada. Não incidência do princípio de formalismo moderado. Acerto da decisão. Violação ao instrumento convocatório. Inexistência de teratologia da decisão. Aplicação do enunciado 59 da Súmula deste TJRJ. Decisum que deu adequada solução ao quadro fático apresentado. Agravo de instrumento desprovido pelo relator.

DECISÃO DO RELATOR

(Art. 932, inciso IV, do CPC/15)

Recorre, tempestivamente, DR Propaganda e Marketing Ltda. ME da decisão (TJe 347/1-3 dos autos originários), oriunda da 3ª Vara Cível da comarca de Macaé, a qual, em mandado de segurança ajuizado contra o ato do Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Macaé,

deferiu a liminar para suspender o procedimento licitatório do Edital de Concorrência Pública nº 2/2021, de “melhor técnica”, que tinha por objeto a prestação de serviço de publicidade para a mencionada Câmara Municipal.

2. Alega, em síntese, a recorrente (classificada em primeiro lugar no certame), que a concorrente Publiká 7 EIRELI (1ª agravada) ajuizou o mandado de segurança originário alegando irregularidades na Concorrência Pública Nº 02/2022. Diz que o juiz de primeiro grau errou ao deferiu a liminar para suspender a licitação. Argumenta com o princípio do formalismo moderado. Defende que o *“Princípio à Vinculação ao Instrumento Convocatório não pode sobrepor-se a eficiência administrativa, a Subcomissão Técnica, fls. 397 a 417 e documentação anexa, detentora de legitimidade para fazer a análise técnica da questão”* (sic – TJe 2/6). Esclarece que houve irregularidade de todas as licitantes, porém, a Subcomissão Técnica optou pelo conteúdo técnico das propostas para não desclassificar todas concorrentes. Salaria que, neste aspecto, o princípio da isonomia foi observado. Sustenta que o *“princípio da vinculação ao instrumento convocatório perde seus efeitos, quando, o documento exigido no corpo do edital de nada importa para o certame como um todo.”* (sic – TJe 2/9). Ressalta que as falhas na documentação são meramente formais e podem ser sanadas durante o procedimento licitatório. Sublinha que a finalidade da Lei Federal nº 12.232 quanto ao invólucro nº 2 é tão somente para a identificação da autoria do invólucro nº 1 e, portanto, a ausência da tabela no invólucro

nº 2º não é capaz de impedir o atingimento de sua finalidade. Aduz que a não contratação mais vantajosa em razão de um erro material viola a ordem jurídica, em especial, o princípio da competitividade. Menciona o art. 43, §3º, da Lei 8666. Diz que não foram cumpridos os requisitos autorizadores da concessão da liminar, previstos no art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 12.016. Pretende o prosseguimento do certame. Pede a reforma da decisão (TJe 2/1-17).

3. Determinei as intimações da agravada, do Município de Macaé e do Ministério Público (TJe 23/1-3).

4. A agravada apresentou contrarrazões (TJe 61/1-20). A Câmara Municipal se manifestou pela revogação da liminar (TJe 31/1-28).

5. Parecer do Ministério Público pelo desprovemento do agravo de instrumento (TJe 83/1-10).

6. O recurso digital veio concluso em 07 de março de 2022, sendo devolvido hoje com esta decisão (TJe 94).

RELATEI. PASSO A DECIDIR.

7. Recurso contra decisão que, em mandado de segurança ajuizado pela licitante (agravada) contra o

ato do Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Macaé, deferiu a liminar para suspender o procedimento licitatório do Edital de Concorrência Pública nº 2/2021, da “melhor técnica”, que tinha por objeto a prestação de serviços de publicidade.

8. A liminar foi deferida com o seguinte fundamento (TJe 347/2):

*“Com efeito, é possível constatar-se pelo exame do edital do certame (ID 38 - Anexo V, fls. 83 e seguintes), bem como do documento ID 174, que, **aparentemente, a proposta técnica apresentada pela empresa DR PROPAGANDA não seguiu as determinações editalícias quanto à sua formatação,** apresentando espaçamentos de texto diversos do estabelecido, negritos e sublinhados que, em tese, poderiam identifica- a, **sendo certo que o conteúdo de tal invólucro não poderia conter identificação.***

Nesse contexto, diante do possível descumprimento da disposição editalícia que previa padronização do conteúdo do invólucro 01, a fim de se evitar a eventual identificação da autoria do conteúdo do referido

envelope, tenho que se revela plausível o direito invocado na inicial, por este único fundamento.

Com efeito, tratando-se de licitação, o Administrador Público deve buscar evitar quaisquer medidas que frustrem o caráter competitivo do certame, beneficiando ou prejudicando licitantes.

O periculum in mora resulta evidente, em razão do prosseguimento do procedimento licitatório e a conseqüente possibilidade de adjudicação do objeto à empresa que eventualmente tenha descumprido as determinações editalícias.” (grifei)

9. A agravante, classificada em primeiro lugar no certame, ajuizou este agravo de instrumento, alegando que todas as licitantes apresentaram irregularidades. Porém, a Subcomissão Técnica optou pelo conteúdo técnico das propostas para não desclassificar todas concorrentes.

10. Daí sustentar que não houve violação ao princípio da isonomia, bem como que a irregularidade é um mero erro material que pode ser sanado no curso do procedimento licitatório, com fundamento no princípio do formalismo moderado.

11. Por sua vez, a Câmara Municipal, responsável pela deflagração do certame, defendeu que “*primou pela técnica e*

total transparência das razões de sua avaliação, tendo justificado a pontuação concedida a cada uma das licitantes, bem como as razões que ensejaram seus descontos, conforme documentação anexa. Assim, a formalidade estrita fora ultrapassada pela eficiência, basilar constitucional do atuar administrativo." (sic – TJe 31/8).

12. Portanto, a **controvérsia recursal** está em definir se estavam presentes os requisitos (art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 12.016) para concessão da liminar de suspensão do certame, através do mandado de segurança ajuizado pela concorrente.

13. A licitação é **procedimento formal** que visa garantir à Administração Pública a obtenção da proposta mais vantajosa.

14. Não obstante o procedimento seja orientado pelos princípios da legalidade e da moralidade, o **excesso de formalidade não pode inviabilizar a participação dos interessados**, sob pena de violação à isonomia e ao princípio da ampla concorrência.

15. Portanto, deve o ente licitante se orientar pelo **princípio do formalismo moderado**, segundo o qual determina a eliminação de exigências burocratizantes desmesuradas, excessivas e alheias à essencialidade, a fim de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

16. A aplicação desse princípio não viola sua **vinculação ao instrumento convocatório**. Ao contrário, ambos estão em harmonia para se alcançar o **comando constitucional da eficiência** (art. 37, *caput*).

17. Porém, **não é possível** aplicar essa orientação na hipótese tratada nos autos. Vejamos:

18. São fatos **incontroversos** (art. 374, inciso III, do CPC) que a agravante - classificada em primeiro lugar - e as demais concorrentes **descumpriram as regras** do edital da concorrência pública nº 002/2021.

19. Trata-se de hipótese de **licitação fracassada**, quando todos os licitantes estão inabilitados ou todas as propostas são desclassificadas.

20. Diante desse cenário, a Administração Pública não seguiu o disposto em lei, preferindo dar continuidade no certame.

21. Com bem apontado pelo Ministério Público em seu parecer:

*“(...) na mesma linha de fundamentação do juízo a quo, **uma vez que as irregularidades das propostas não***

apenas contrariam as regras do edital, violação do instrumento convocatório, mas, também, permitem a identificação dos licitantes e criam padrões diferentes entre as propostas, eis que não observados os parâmetros estabelecidos, tem-se que o escopo do procedimento não será alcançado com a classificação de todos os que deveriam ser desclassificados. (...)

declarar classificado quem não atendeu aos requisitos do edital não é mera flexibilização de regras excedentes, mas, sim, descumprimento total do procedimento criado pela Lei nº 12.232/2010, que em seu artigo 6º prevê:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

IV - o plano de comunicação publicitária previsto no inciso III deste artigo será apresentado em 2 (duas) vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com a identificação; (...)

*IX - o formato para apresentação pelos proponentes do plano de comunicação publicitária **será padronizado** quanto a seu tamanho, a fontes tipográficas, a espaçamento de parágrafos, a quantidades e formas dos exemplos de peças e a outros aspectos pertinentes, observada a exceção prevista no inciso XI deste artigo;*

*XII - **será vedada a oposição, a qualquer parte da via não identificada do plano de comunicação publicitária, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2 o do art. 9 o desta Lei;***

*XIII - **será vedada a oposição ao invólucro destinado às informações de que trata o art. 8 o desta Lei, assim como dos documentos nele contidos, de informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a autoria do plano de comunicação publicitária, em qualquer momento anterior à abertura dos invólucros de que trata o § 2 o do art. 9 o desta Lei;***

*XIV - **será desclassificado** o licitante que descumprir o disposto nos incisos XII e (...)*

§ 2º ***Se houver desclassificação de alguma proposta técnica por descumprimento de disposições do instrumento convocatório, ainda assim será atribuída pontuação a seus quesitos, a ser lançada em planilhas que ficarão acondicionadas em invólucro fechado e rubricado no fecho pelos membros da subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei, até que expirem os prazos para interposição de recursos relativos a essa fase da licitação, exceto nos casos em que o descumprimento resulte na identificação do proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei.***” (grifei)

22. Diante disso, está presente o **fundamento relevante** exigido pelo art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 12.016. O **periculum in mora** é evidente, na medida em que o prosseguimento do certame acarretará a adjudicação do objeto para licitante (agravante) que descumpriu as disposições do instrumento convocatório.

23. Dessa forma, a decisão agravada **não é teratológica**. Aplica-se aqui o **enunciado 59 da Súmula** deste Tribunal de Justiça.

24. Assim sendo, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, nos termos do artigo 932, inciso IV, do CPC-15.

Publique-se.

Intime-se a Fazenda e o Ministério Público pessoalmente

Rio de Janeiro, 08 de março de 2022.

Desembargador **BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO**

R E L A T O R