



ENGENHO DE IDEIAS

ILMA. SRA. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM, RS

Concorrência nº 03/2018

Protocolo nº <u>608/19</u>
Data: <u>23/09/19</u> Hora: <u>13:03</u>

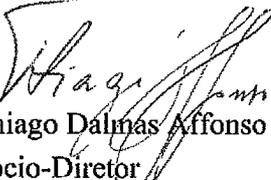
Responsável/Setor Licitações Prefeitura Mun. de Erechim

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA., sociedade empresária de direito privado já qualificada nos autos do procedimento licitatório em epígrafe, por seu representante legal que firma o presente petítório, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar **RECURSO**, o que faz com fulcro no artigo 109, I, letra c, da Lei 8.666/93 e na forma das razões de fato e de direito que a seguir expõe à apreciação desta colenda Comissão de Licitação.

Requer digno-se esta Comissão a receber a impugnação apresentada e, no caso de ser considerada a observação da impugnada, a encaminhá-la à autoridade superior, a fim de decidir em última instância administrativa.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 19 de setembro de 2019.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-Diretor

07.895.771/0001-33

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA-ME

RUA BARÃO DO AMAZONAS, 426 CONJ. 303

PETRÓPOLIS - CEP 90670-000

PORTO ALEGRE - RS

55 51 3273.3100 | www.engenhodeideias.com.br

Sede: Porto Alegre | RS | R. Barão do Amazonas 426, 301 | Petrópolis | 90670.000

Filiais: Caxias do Sul | RS | Balneário Camború | SC

**CONCORRÊNCIA Nº 03/2018
RECURSO ADMINISTRATIVO**

Recorrente
JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA.

DOUTA COMISSÃO:

Esta licitante recorre do ato que revogou a presente licitação. Após um tormentoso *iter* que causou prejuízos à recorrente ao longo do processo, a decisão recorrida causa estranheza e mesmo preocupação a esta concorrente.

De forma resumida, esta licitante foi a melhor colocada na primeira fase, viu-se rebaixada à segunda posição após a indevida revisão de notas pela subcomissão técnica. Posteriormente, na proposta de preço, esta licitante conseguiu, unicamente por seu próprio mérito, por apresentar melhor valor, retomar a primeira posição, mantendo-se nesta condição até a habilitação e, finalmente, até a revogação contra a qual ora se insurge.

Por todo o processo, esta recorrente teve de se defender de argumentos estapafúrdios apresentados em recursos pelas outras licitantes, sobretudo pela concorrente Tig, que chegou ao absurdo de recorrer contra o uso da expressão “puro ar” por esta licitante na sua proposta técnica, bem como de insinuar que a recorrente estaria fazendo negócios escusos com os seus fornecedores para fim de apresentar proposta de preço mais vantajosa para a Administração Pública.

A única prejudicada durante todo o processo efetivamente foi esta recorrente. Entretanto, mesmo ante as adversidades que lhe foram impostas, ainda assim conseguiu vencer a licitação.

Causa espanto que agora, ao final de todo o procedimento, esta comissão de licitação, de inópino, decida por simplesmente revogar a licitação.





1. DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO, DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E DA ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Apesar das devidas críticas doutrinárias ao reconhecimento de uma supremacia absoluta do interesse público sobre o privado, é corolário do Direito Administrativo que ela existe, ainda que deva ser contextualizada e aplicada caso a caso, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade.

O interesse público presume sempre a adequada aplicação do Direito, que não pode ser confundida com a aplicação da fria e literal letra da lei.

Em termos de licitação, o interesse público está alicerçado na contratação justa, eficiente e objetiva, respeitados os direitos dos licitantes, sobretudo à submissão a um processo isonômico e contraditório.

É evidente que nenhum concorrente ingressa em um certame não objetivando a adjudicação do seu objeto. Isso, contudo, não significa que a participação no processo confira direito subjetivo à contratação. É nesse sentido que, ante a sobreposição dos interesses públicos e privados, prevalecerá aquele: o interesse privado é adjudicar o contrato e obter com ele ganhos materiais; o interesse público é contratar observando o Direito, com a máxima eficiência econômica e administrativa possível.

Entretanto, diferentemente do ente privado, a Administração Pública não goza de volição. Não lhe cabe suscitar a autonomia da vontade como princípio norteador da sua atuação — é, ao contrário, a legalidade que direciona o seu agir.

Ao abrir um edital de licitação, o ente público demonstra a sua submissão à legalidade. De outro lado, essa mesma legalidade impõe a contratação da proposta que melhor faça uso dos recursos públicos que estão sendo direcionados à contratação. É nesse sentido que se combinam os princípios da contratação mais vantajosa e da eficiência.

Como bem sintetizou o Exmo. Ministro Eros Grau, no julgamento da ADI 2716, sobre licitações:

Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa,



ENGENHO DE IDEIAS

envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

No presente caso, esta recorrente saiu da primeira fase da licitação em primeiro lugar (a melhor proposta técnica, portanto). Após revisão de notas, causada pelo provimento do recurso de outra licitante, foi rebaixada à segunda colocação. Ainda assim, na fase seguinte, de preços, retornou ao primeiro lugar (de longe, a melhor proposta de preços, portanto; suficiente para compensar o prejuízo sofrido na proposta técnica).

Em resumo, a proposta da recorrente é a mais vantajosa, tanto em técnica quanto em preço.

Se a concorrente que apresentou a proposta mais vantajosa para o ente contratante é a única que foi efetivamente prejudicada ao longo do processo licitatório, mas ainda assim o venceu, sob o prisma da lógica jurídica que rege a contratação pela Administração Pública, não faz qualquer sentido anular a licitação e iniciar um novo processo, da estaca zero.

Da mesma forma, o desfazimento do processo, neste momento, colidiria frontalmente com o princípio da eficiência administrativa. Isso porque a realização de uma licitação envolve elevados custos materiais e temporais. Não havendo reais motivos para o reinício do processo, sob os pontos de vista da busca pela proposta mais vantajosa e da sobreposição do interesse público ao privado, a repetição do processo é ineficiente. Somente se justificaria uma declaração de nulidade da licitação em caso de absolutas e insanáveis irregularidades que resultassem em prejuízos para a Administração Pública ou para as partes licitantes.

Se a única parte que sofreu prejuízo sagrou-se, ao fim, vencedora, então não há que se falar em nulidade.

Isso porque, apesar de ser a licitação um processo formal, é cediço no Direito pátrio que o procedimento licitatório não é um fim em si próprio — ele é um meio para o fim que é a contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Aplica-se às licitações o princípio do formalismo moderado ou mitigado.

2. DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO



ENGENHO DE IDEIAS

Não há dúvidas de que a licitação é um processo formal, composto por uma sucessão de atos previstos na lei e no instrumento convocatório, objetivando a contratação daquele que, devidamente habilitado, obtiver a melhor pontuação final.

Entretanto, como já afirmado acima, o formalismo não se sobrepõe a outros princípios da licitação, abrindo espaço para a contratação da proposta mais vantajosa, para a eficiência e para a efetivação do interesse público.

É exatamente nesse sentido que julga o STJ, como se extrai do julgamento do REsp 1190793:

Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados.

Também nesse sentido, os ensinamentos de Odete Medauar:

Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como prazo para alegações, notificação dos sujeitos, motivação, não podem ser consideradas “filigranas” ou formalidades dispensáveis, como por vezes é invocado ao se pretender ocultar razões pessoais subjacentes; portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para escusar o cumprimento da lei. Visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação. Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas com o fim de aumentar a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público.



Direito Administrativo Moderno, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 211

Se deixar de aplicar uma exigência estrita é admissível mesmo em face de uma potencial quebra da isonomia formal em favor de um concorrente, com mais razão ainda deve-se impedir que o formalismo excessivo impeça a licitação de alcançar o seu objetivo quando a única parte potencialmente prejudicada se sagrar, ao final, vencedora.

No presente caso, como já esclarecemos, a despeito de ser a recorrente a única prejudicada ao longo do processo, apresentou a proposta claramente mais vantajosa e sagrou-se, ao final, vencedora do certame.

Assim sendo, não fosse a combinação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da eficiência e da escolha da proposta mais vantajosa, por si só, suficiente para levar o processo licitatório à sua natural conclusão, o princípio do formalismo moderado certamente impõe a contratação.

3. DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE

O processo licitatório, como toda forma de processo administrativo, deve obedecer aos princípios da moralidade e da impessoalidade. A Lei 12.232/2010 foi editada, inclusive, com a efetivação destes princípios em mente, como se pode ver da justificativa do projeto que a originou:

[...] Tem a nossa experiência recente nos mostrado que a ausência de um tratamento normativo específico para essa matéria possibilita que, nesse campo, grandes arbitrariedades ocorram em todo o país. Empresas de publicidade contratadas com óbvio favorecimento, com base em critérios de julgamento subjetivos, contratos que encobrem a possibilidade de novos ajustes imorais com terceiros, pagamentos indevidos, desvios de verbas públicas destinadas à publicidade com fins patrimoniais privados ou para custeio de campanhas eleitorais são apenas alguns exemplos de transgressões que compõem um cenário já bem conhecido nos dias em que vivemos.
[...]

Para evitar a condução imoral de procedimentos licitatórios, propomos nesse projeto a redefinição da formação das comissões responsáveis pelo processamento e julgamento destas licitações, que obrigatoriamente terão de ser compostas por pessoas escolhidas por sorteio, incluindo-se especialistas na matéria que não mantenham qualquer vínculo funcional ou contratual com o Poder Público. **Dentro dos mesmos objetivos, o projeto**



ENGENHO DE IDEIAS

busca, ainda, alterar o processamento da licitação de serviços de publicidade, fazendo com que, durante o julgamento da proposta técnica sejam desconhecidos, dos membros da comissão de licitação, os autores das propostas que serão julgadas.

[...] Este projeto de lei visa, assim, atacar de frente um problema grave vivenciado pela administração pública brasileira. Elaborado a partir de estudos jurídicos e da opinião de renomados especialistas do mundo publicitário, a presente propositura legislativa, com certeza, receberá o apoio de grande parte daqueles que, sendo contratados pelo Poder Público para a prestação de serviços de publicidade, desejam regras claras e princípios que tornem mais dificultosa a prática de favorecimentos e de desmandos que tanto atingem, pela ação criminosa ou inescrupulosa de poucos, a imagem de um mercado profissional constituído por agentes e empresas, na sua grande maioria, dignos e honrados.

O princípio da moralidade impõe ao administrador público que aja de acordo com a boa-fé, a probidade, o decoro e a ética. Sobre moralidade administrativa leciona Hely Lopes Meirelles:

O agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90

Da mesma forma, a impessoalidade exige do administrador que não beneficie ou prejudique qualquer administrado por afinidade ou inimizade pessoal. O administrador deve atuar como *longa manus* do ente público, que não tem volição e deve apresentar a maior objetividade possível perante os administrados.

Na licitação, nenhum concorrente pode receber tratamento preferencial ou ser preterido, exceto quando a lei assim permitir, e, de qualquer modo, nunca por motivos pessoais.

Quando, mesmo ante adversidades procedimentais e prejuízos decorrentes de irregularidades cometidas ao longo do processo, a concorrente efetivamente prejudicada sagra-se vencedora do certame, uma revogação ou anulação da licitação somente após a última fase concorrencial, no mínimo, tem o potencial de levantar suspeitas. Isso porque, naturalmente, quando há direcionamento e favorecimento a uma concorrente ou outra,





ENGENHO DE IDEIAS

tende a ser velado — criam-se expedientes “por conveniência” ou por apreço à forma para se impedir que um determinado concorrente efetivamente adjudique o contrato, e para permitir que aquele a quem foi direcionado o certame possa ou ter uma nova oportunidade, ou mesmo, em casos mais extremos, ser agraciado com o objeto contratual.

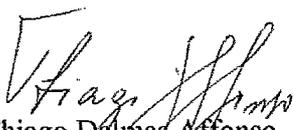
Evidentemente não estamos aqui afirmando que houve qualquer conluio ou expediente com o propósito explícito de frustrar o caráter competitivo da licitação. Apenas chamamos a atenção desta comissão de licitação para a aparente violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa que o ato ora atacado transparece.

4. CONCLUSÃO

POR TODO O EXPOSTO, a recorrente requer dignese esta respeitável comissão de licitação a receber o presente recurso, dando-lhe o devido e legal processamento, na forma do art. 109 da Lei 8.666 de 1993, e o seu provimento, com a reconsideração acerca da decisão que revogou a licitação, dando regular prosseguimento ao certame. A recorrente salienta que adotará todas as medidas cabíveis, em juízo e fora dele, para dar a correta resolução à questão.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 19 de setembro de 2019.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-Diretor

07.895.771/0001-33

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA-ME

RUA BARÃO DO AMAZONAS, 426 CONJ. 301
PETRÓPOLIS - CEP 90670-000

PORTO ALEGRE - RS