



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5051159-48.2023.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR KNOLL

AGRAVANTE: TATTICAS PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA

AGRAVADO: ENGENHO DE IDEIAS COMUNICACAO LTDA

RELATÓRIO

Tatticas Publicidade e Propaganda Ltda, devidamente qualificada, por intermédio de procurador habilitado e com fundamento nos permissivos legais, interpôs Agravo de Instrumento, em face da decisão interlocutória proferida pelo juízo da Vara da Fazenda Púb, Exec. Fis., Acid. do Trab. e Reg. Púb. da Comarca de Itajaí, nos autos do Mandado de Segurança n. 5018831-63.2023.8.24.0033, impetrado pela empresa Engenho de Ideias Comunicação Ltda, contra ato, acoimado de ilegal, praticado pelo Diretor Geral do Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infraestrutura de Itajaí, que deferiu parcialmente a liminar, assegurando a participação da empresa impetrante na fase de apresentação de propostas.

Em suas razões, sustentou, em apertada síntese, que a empresa agravada descumpriu as regras do Edital e da Lei de Licitações, uma vez que *"na planilha apresentada no certame, deixou zerado o preço unitário relativo aos seus honorários de produção, afrontando o disposto no edital e na Lei n.º 8.666/93"*.

Asseverou, ademais, ser *"defeso ao magistrado imiscuir-se na análise de conveniência e oportunidade do ato administrativo, sucedendo que deve ele se limitar ao controle de legalidade."*

Pugnou, ao final, pela procedência dos pedidos, a fim de cassar a decisão agravada.

Com a contraminuta, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, ocasião em que lavrou parecer o Exmo. Dr. Newton Henrique Trennepohl, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Vieram-me conclusos em 03/11/2023.

É o relatório.

VOTO

Porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do inconformismo.

Cuida-se de agravo de instrumento, interposto por Tatticas Publicidade e Propaganda Ltda, contra decisão que, nos autos do Mandado de Segurança, n. 5018831-63.2023.8.24.0033, impetrado pela empresa Engenho de Ideias Comunicação Ltda, contra ato, acoimado de ilegal, praticado pelo Diretor Geral do Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infraestrutura de Itajaí, deferiu parcialmente a liminar, assegurando a participação da empresa impetrante na fase de apresentação de propostas.

O mandado de segurança, como cediço, visa a resguardar o direito individual ou coletivo, de pessoa física e jurídica, quando líquido e certo, ainda no desamparo necessário do *habeas corpus* ou do *habeas data*.

No campo legal, especialmente na redação constitucional, aduz o art. 5º, inc. LXIX, da CF: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*" (art. 5º, inc. LXIX, CF).

Com o acerto que lhe é peculiar, Hely Lopes Meirelles, também ponderou sobre o tema: "*Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei n. 1.533/51, art. 1º)*". (Mandado de Segurança, 23 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1990, pgs. 21/22).

Sobre o writ, esclareceu Hely Lopes Meirelles:

"[...] o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais [...]"

"Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano." (Mandado de segurança e ações constitucionais. 36. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.95).

Como se percebe, o meio constitucional em xeque, exige a demonstração cabal e plana de tudo aquilo que ali se reputa ilegal ou arbitrário, com a dispensa da dilação probatória.

Especificamente ao pleito liminar, determina o *caput* do art. 300 do Código de Processo Civil que "*a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

Sobre o primeiro requisito, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero lecionaram:

"a probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas como elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória" (Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 382).

Oportuno destacar, contudo, que, na análise do agravo de instrumento, deve-se verificar apenas o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, de tal maneira, que não se pode efetuar o exame exauriente da matéria relativa ao mérito da causa.

Sob este aspecto, é vedado ao Tribunal *ad quem* conhecer de matérias que não foram arguidas em primeiro grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância.

Tendo em mente tais considerações, adianto que a decisão de origem andou bem, pois vislumbrou a demonstração da probabilidade do direito, ainda que sumária, própria desta fase processual, e o perigo na demora se mostrou evidente, pois havia prazo para abertura dos envelopes.

Desta forma, agiu com prudência, acatando apenas parcialmente a liminar, a fim de permitir a participação da impetrante na próxima fase, sendo certo que a análise meritória deverá ser exaustivamente enfrentada ao final da lide, com prolação da sentença.

Doutro norte, necessário destacar que a SEMASA acautelou o objeto do contrato, ao suspender todos os atos da Concorrência Pública até o trânsito em julgado da decisão de mérito deste mandamus, de modo que inexistente, neste momento, o *periculum in mora* que poderia ensejar a reversão da medida liminar.

E, assim sendo, por corroborar com todo exposto, peço vênias para utilizar da fundamentação lançada pela Juíza de Direito, Dr.^a Sônia Maria Mazzetto Moroso Terres, na decisão agravada, a qual servirá de *ratio decidendi*, *in verbis*:

Na espécie, a Impetrante é empresa do ramo da comunicação e informou que participou da Concorrência Pública n.º 012/2022, promovida pelo SEMASA de Itajaí, cujo objeto é a contratação de serviços de agência de publicidade, conforme as especificações descritas no edital constante em evento 1, edital 4.

Contou que é a empresa que atualmente agencia a publicidade da Autarquia, desde a formalização do Contrato n.º 072/2017 (Processo Administrativo N.º 2017-COM-030327 - Concorrência n.º 001/2017), que resultou em diversos aditivos de prorrogação e contratos emergenciais.

Trouxe aos autos a documentação comprobatória de que, por ocasião da abertura das propostas de preços, em 17/05/2023, restou classificada, com a apresentação da melhor proposta de preços (pontuação 95,0334), juntamente com outras 4 (quatro) empresas, conforme a ordem de pontuação:

Tatticas Publicidade e Propaganda Ltda. (92,1833);

Centro Agência de Comunicação e Marketing Ltda. (89,0000);

Tempero Propaganda Ltda. (87,9500);

Tempo Brasil Comunicação Ltda. (87,1200).

Contou que houve o manejo de recursos administrativos contra a sua classificação, por parte das empresas Tatticas Publicidade e Propaganda Ltda. e Tempo Brasil Comunicação Ltda., asseverando que a Impetrante teria incorrido em descumprimento ao que determina o artigo 44 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Como resultado, após a apresentação de contrarrazões pela parte Impetrante, conforme se depreende do Despacho de Julgamento constante em evento 1, outros 14, ato que se reputa como coator, a Autoridade Impetrada decidiu declarar que a Impetrante:

[...] feriu, in casu, a lei n.º 8.666/93, artigo 44, parágrafo terceiro, c/c o item 3 constante das Normas-Padrão da Atividade Publicitária do CENP que regula as relações entre os Anunciantes e Agências de Publicidade, nos termos do Edital.

No mesmo ato, a Impetrante foi desclassificada do certame, "[...] por prática antieconômica, como alinhado nas razões de fundamento dessa decisão". Foram também desclassificadas, ex officio, as empresas Centro Agência de Comunicação e Marketing Ltda. e Tempero Propaganda Ltda.:

Da mesma forma, FICAM DESCLASSIFICADAS as demais concorrentes de praticarem custo zero de produção em suas propostas de preço, a saber: CENTRO AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA., e TEMPERO PROPAGANDA LTDA.

A Empresa impetrou o presente Mandado de Segurança porque reputa como ilegal e arbitrário o ato que culminou na sua desclassificação. Pretende, ao final, que seja reconhecida a ilegalidade aventada, com a conseqüente determinação, em definitivo, de sua recondução ao certame.

Juntou aos autos a ata da reunião realizada para o reagendamento da data para a entrega e abertura dos envelopes de habilitação referentes à concorrência 012/2022, em que ficaram as empresas remanescentes intimadas para apresentação dos envelopes de habilitação até as 14h30min do dia 26/07/2023, para abertura e julgamento (evento 1, ata 10).

Requeru, dessa forma, a análise do pedido liminar, consistente na sua recondução ao certame, para participação do ato que se aproxima. Ou, alternativamente, que seja deferida medida de suspensão dos atos da Concorrência Pública n.º 012/2022.

Pois bem.

Colho do Edital da Concorrência Pública n.º 012/2022, mais especificamente do item 18, que cuida dos critérios para a pontuação da proposta de preços, o seguinte:

[...] 18. DO CRITÉRIO PARA A PONTUAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇOS

18.1. As Propostas de Preços das licitantes classificadas serão examinadas, preliminarmente, quanto ao atendimento das condições estabelecidas neste edital e em seus anexos.

18.2. A classificação das propostas de preços será feita mediante a aplicação do critério de julgamento do menor preço, considerando um máximo de 30 (trinta) pontos.

18.2.1. Até 18 pontos para a agência que cobrar os menores valores de custos internos com base na Tabela de Custos Internos vigente do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Santa Catarina, sendo 0,6 pontos para cada 1% ou fração de desconto, limitado a 30% do valor da tabela.

18.2.2. Até 12 pontos para os menores honorários oferecidos sobre o custo orçado junto a fornecedores especializados, na prestação de serviços e de suprimentos externos, nos termos do subitem 3.6.1 das Normas-Padrão de Atividade Publicitária do CENP, sendo 0,8 pontos para cada 1% ou fração de desconto sobre os 15% originais. (negritei).

Noto que o subitem 18.2.2 permite às Empresas Licitantes que, ao comporem o percentual de honorários sobre o custo orçado junto a terceiros fornecedores, na prestação de serviços e de suprimentos externos, pontuem até 12 (doze) pontos, de acordo com a redução de honorários em relação ao disposto no subitem 3.6.1 das Normas-Padrão de Atividade Publicitária do CENP, o Conselho Executivo das Normas-Padrão do Fórum de Autorregulação do Mercado Publicitário, que prevê o seguinte:

[...] 3.6.1. Os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência "honorários" de 15% (quinze por cento) sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer Fornecedores.

(negritei).

Para atingir a pontuação máxima no subitem 18.2.2 do Edital, a empresa Licitante acaba necessariamente zerando a previsão do percentual a ser pago pela Autarquia à Empresa Licitante, a título de honorários sobre serviços e suprimentos externos que venham a ser contratados de terceiros, na execução do objeto licitado.

Trata-se de regra criada pelos termos do próprio edital da Concorrência Pública n.º 012/2022, instaurada pelo SEMASA de Itajaí, e que foi utilizado pela Impetrante em seu máximo proveito, sem que isso resultasse em prática desleal ou antieconômica em relação às demais Licitantes.

A respeito, inclusive, parece-me que as empresas que impugnaram a proposta de preços da Impetrante não impugnaram previamente o edital.

Como se sabe, o edital da licitação faz lei entre as partes e, por isso, tanto a Administração Pública quanto os licitantes estão vinculados às disposições editalícias. A vinculação ao instrumento está prevista nos arts. 3º e 41 da Lei n.º 8.666/93, in verbis:

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.(negritei)

Sobre o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona o seguinte:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei no 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos

do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. (negritei).

(PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 31. ed. rev. atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 474-475).

In casu, do mesmo modo, o desrespeito aos termos do edital por parte da Autoridade Impetrada põe em xeque a lisura do procedimento, na medida em que opõe surpresa, obstáculo antes não previsto pela Impetrante que dos termos do edital, a priori, aproveitaria. A respeito, extraio da jurisprudência o seguinte, mudando o que deve ser mudado:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA NA ORIGEM. RECLAMO DA LITISCONSORTE PASSIVA.

INTERESSE DE AGIR. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO. TESE INSUBSISTENTE. PREFACIAL AFASTADA. [...] MÉRITO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA. IMPETRANTE INABILITADA POR NÃO APRESENTAR O BALANÇO PATRIMONIAL RELATIVO AO ANO DE 2016. EXPRESSA PREVISÃO EDITALÍCIA ESTIPULANDO ÀS LICITANTES A APRESENTAÇÃO DE BALANÇO RELATIVO AO ANO DE 2015. MERA PRORROGAÇÃO DA SESSÃO DE ABERTURA DOS ENVELOPES DE HABILITAÇÃO QUE NÃO AUTORIZA A COBRANÇA DA DOCUMENTAÇÃO MAIS RECENTE EM DETRIMENTO DAQUELA INDICADA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. LICITANTE QUE ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. "A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial" (FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 246)." (TJSC, Apelação Cível n. 0311209-39.2014.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 4-4-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA, CONSERVADO O DECISUM.

(TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0308600-74.2017.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 25-05-2023).

A priori, parece-me que houve, no presente caso, a oposição de surpresa à parte Impetrante que, inclusive, comprovou que já adjudicou o mesmo objeto licitado e, por isso, é a atual prestadora do serviço à Autarquia, compondo de forma zerada o item dos honorários devidos a terceirizados (evento 1, ata 9 - Concorrência 001/2017/SEMASA).

Em que pese a exequibilidade do contrato anterior e ainda vigente não possa servir como argumento suficiente para demonstração da exequibilidade da proposta apresentada no futuro, a significância mínima que representaria os honorários de 15%, 10% ou 5% sobre eventuais serviços terceirizados, também não demonstra, de pronto, a inexecuibilidade da proposta.

Percebo, ainda, que além de a parte Impetrante ter se utilizado de regra prevista no próprio edital, isso não resultou necessariamente na apresentação de item zerado na composição da proposta de preços, na medida em que o item se refere ao percentual de honorários que incide sobre contratações terceirizadas para execução do objeto. Dessa forma, os demais itens da composição do preço global é que representam a efetiva remuneração que será devida à empresa Licitante, que servirá para a exequibilidade do objeto licitado.

A despeito dos fundamentos utilizados pelo Impetrado no Despacho de Julgamento que fulminou a continuidade de participação da Impetrante no certame, parece-me que não está demonstrado de maneira satisfativa a inexecuibilidade da proposta apresentada pela parte Impetrante, que inclusive é aquela mais vantajosa, consoante a tabela constante na Ata de Abertura dos Envelopes de Propostas de Preços, ato em que a Impetrante sagrou-se como proponente da melhor proposta:

Processo Administrativo Nº 2022-COM-073039						
Planilha de avaliação da Proposta Técnica, de Preço e CLASSIFICAÇÃO FINAL						
Edital	MÁXIMO	CENTRO	ENGENHO	TÁTICAS	TEMPERO	TEMPO BRASIL
17.1.5. Plano de Comunicação Publicitária	42	32,1667	38,6667	39,0000	32,1667	31,6667
17.1.6. Conjunto de Informações	28	26,8333	26,3667	27,1833	25,7833	26,2533
TOTAL DA PONTUAÇÃO TÉCNICA	70	59,0000	65,0334	66,1833	57,9500	57,9200
Planilha de avaliação da Proposta de Preços						
Edital	MÁXIMO	CENTRO	ENGENHO	TÁTICAS	TEMPERO	TEMPO BRASIL
18.2.1. Custos Internos	18	18,0000	18,0000	18,0000	18,0000	18,0000
18.2.2 Honorários	12	12,0000	12,0000	8,0000	12,0000	11,2000
TOTAL DA PONTUAÇÃO DE PREÇOS	30	30,0000	30,0000	26,0000	30,0000	29,2000
Edital	MÁXIMO	CENTRO	ENGENHO	TÁTICAS	TEMPERO	TEMPO BRASIL
19.1 - CLASSIFICAÇÃO FINAL	100	89,0000	95,0334	92,1833	87,9500	87,1200

A inexecuibilidade deve ser demonstrada de maneira concreta, especialmente se utilizada como fundamento para desclassificação da proposta mais vantajosa. Nesse mesmo sentido, extraio da jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PREGÃO. TIPO MENOR PREÇO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS CONTINUADOS. ALEGAÇÃO DE EDITAL MACULADO PELA INCLUSÃO DE PLANILHAS DE CUSTO E FORMAÇÃO DE PREÇO INEXEQUÍVEIS. IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. 1. O juiz, como presidente e destinatário da instrução processual, constatando a suficiência da prova documental produzida, pode dispensar a realização de prova pericial. 2. **A licitação visa selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade deve ser demonstrada concretamente.** 3. No caso, a presunção relativa de legalidade do ato administrativo não restou derruída pela alegação de nulidade do edital por contemplar valores estimados em planilhas de custo e formação de preço inexequíveis, eis que foram ancorados em pesquisa

de preços e permitiram acirrada disputa entre as licitantes classificadas no certame. 4. Insurgência não acolhida. Sentença mantida. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (negritei).

(TJSC, Apelação n. 5041487-15.2021.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 02-03-2023).

AÇÃO ANULATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA NEGADA. SOLUÇÃO ACERTADA. PREGÃO ELETRÔNICO PROMOVIDO PELA SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO, DESTINADO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS. PRETENDIDA INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DECLAROU A VITÓRIA DAS CONCORRENTES. ALEGADA INEXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS, POR VERSAREM LUCROS NEGATIVOS, EM PRÁTICA DE DUMPING. PARECER TÉCNICO DA DIRETORIA DE GESTÃO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS QUE ATESTA A EXEQUIBILIDADE DAS OFERTAS. DOCUMENTO QUE GOZA DE PRESUNÇÕES DE LEGALIDADE, VERACIDADE E LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS MÍNIMAS A DERRUIR A CONCLUSÃO ADMINISTRATIVA. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DO OFERECIMENTO DE PROPOSTA COM LUCRO MÍNIMO. AVENTADA FALSIDADE DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A DENOTAR A FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURAS. AUSÊNCIA DE PROVA QUE AFASTA O FUMUS BONI JURIS PARA FINS LIMINARES. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"A inexecuibilidade da proposta vencedora, para fins do disposto no art. 48 da Lei 8.666/93, deve ser aferida no âmbito da impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou, pondo em risco o interesse público, e não de uma oferta com preços próximos ao de custo, sem infração à ordem econômica, já que não cabe à administração, no processo de licitação, fiscalizar a lucratividade ou não da empresa privada" (TJSC, Apelação n.º 2004.035034-7, de Joinville, rel. Jaime Ramos, Segunda Câmara de Direito Público, j. 8.3.05).

(TJSC, Agravo de Instrumento n. 5058998-95.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13-09-2022).

Não desconheço o disposto no art. 44, parágrafo terceiro, da Lei n.º 8.666/1993, in verbis:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha

estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração. (sublinhei).

Sucedeu que a utilização do dispositivo acima como fundamento para desclassificação da empresa Impetrante, no curso da Concorrência Pública n.º 012/2022, parece-me arbitrária e desprovida de razoabilidade, diante das particularidades do presente caso, em que:

a) o preço unitário zerado se refere a percentual aplicado sobre serviços cuja remuneração já compõe os demais preços apresentados;

b) o próprio edital criou regra que conduzia as Licitantes a dela se utilizar em seu proveito máximo e, conseqüentemente, zerar o subitem da composição de preços;

c) a parcela zerada, em conformidade com o que o edital permitia, não é capaz de, por si só, levar à prematura conclusão de inexequibilidade da proposta apresentada, em razão da parcela mínima que representa na proposta global.

Noto, inclusive, que no ato coator é apontado como fundamento o item 3.6.2 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, emitidas pelo CENP, que limita a redução do percentual de honorários em debate a 5% (cinco por cento). Veja-se a disposição e o trecho pertinente do ato apontado como coator, respectivamente:

3.6.2. Quando a responsabilidade da Agência limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, sobre o valor respectivo o Anunciante pagará à Agência "honorários" de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento).

[...]

A agência poderá abrir mão de parte dessa remuneração, sem contudo, canibalizar o ambiente econômico financeiro e as regras da concorrência LEAL ENTRE AGÊNCIAS, como explicitamente consta do comando seguinte, do mesmo item legal de normatização do CENP, e que embora omitido no edital não se pode omitir da Lei e das Normas, que é o item 3.6.2 QUE LIMITA A POSSIBILIDADE DE DESCONTO "DESSES HONORÁRIOS" AO LIMITE MÍNIMO DE 5% (CINCO POR CENTO) E AO MÁXIMO DE 10% (DEZ POR CENTO).

No entanto, é incontroverso que a empresa Tempo Brasil Comunicação Ltda., que permanece na disputa pelo objeto licitado, também efetuou a redução dos honorários ao percentual de 1% (um por cento). Apesar de não se utilizar de forma máxima da regra editalícia, diminuiu o item de composição do seu preço a um valor irrisório e abaixo dos 5% mínimos previstos no item 3.6.2 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, emitidas pelo CENP.

E chama atenção o fato de que foram excluídas ex officio do Certame, no julgamento da impugnação à proposta da Impetrante, também as empresas Centro Agência e Tempero Propaganda, exclusivamente por terem zerado o item dos honorários, como a Impetrante. Mas, não foi considerado simbólico ou irrisório o percentual de 1% apresentado

na proposta da empresa Tempo Brasil Comunicação, que inclusive teve a pior pontuação, ou seja, lançou a pior proposta de preços, o que menos atende ao interesse público.

Por todos os lados, portanto, ainda que nesta prematura análise de cognição sumária, noto que está presente a probabilidade do direito e, também o perigo que a demora da prestação jurisdicional pode acarretar, não só à parte Impetrante, como também à Coletividade.

É do interesse de toda a Sociedade Itajaiense que a Autarquia que conduz a prestação de um serviço público essencial busque a contratação da proposta mais vantajosa, com promoção da ampla concorrência e da isonomia entre as empresas concorrentes. Sobretudo, com respeito às normas que ela própria estabeleceu no edital da Concorrência Pública n.º 012/2022, sem a criação de surpresas que tornem duvidosa a condução do certame.

Apenas acrescento que o pedido liminar será deferido para participação na próxima etapa do certame, que prevê a apresentação dos envelopes de habilitação até as 14h30min do dia 26/07/2023, para abertura e julgamento (evento 1, ata 10). Não há como deferir o pedido no sentido de assegurar a participação em todas as etapas do processo licitatório, porque isso também dependerá da classificação na etapa que se aproxima. Neste momento, há apenas razões suficientes para afastar a aplicabilidade do Despacho proferido em 14/07/2023 em relação à Impetrante.

Logo, o desprovimento do presente agravo de instrumento é medida que se faz necessária neste momento processual, porquanto não evidenciados requisitos indispensáveis para o seu acolhimento.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e desprover do recurso, nos termos da fundamentação.

Documento eletrônico assinado por **JÚLIO CÉSAR KNOLL, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4227075v3** e do código CRC **6277ad20**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JÚLIO CÉSAR KNOLL
Data e Hora: 13/12/2023, às 15:9:54

5051159-48.2023.8.24.0000

4227075.V3