



ENGENHO DE IDEIAS

ILMO. SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO
CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

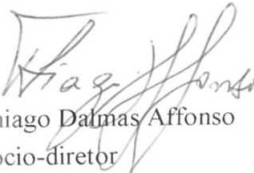
Ref. processo licitatório
Concorrência pública nº 001/2016
Contratação de serviços de publicidade

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA, sociedade empresária de direito privado já qualificada nos autos do processo licitatório em epígrafe, por seu representante legal que firma o presente petição, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, inconformada com o julgamento das propostas do procedimento licitatório, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, o que faz com fulcro no artigo 109, I, "b" da Lei 8.666/1993 e consoante as razões de fato e fundamentos de direito que a seguir expõe à apreciação desta colenda Comissão de Licitações.

Requer se digne esta comissão a receber as razões recursais ora apresentadas e, não sendo reconsiderada a decisão recorrida, a encaminhá-las à autoridade superior, para que esta decida em última instância administrativa.

Termos em que pede e espera deferimento.

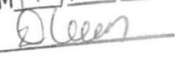
Porto Alegre, 17 de outubro de 2016.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-diretor



COREN/RS

RECEBIDO EM 17/10/16 - 15:22

ERVIDOR: 

COMPROMISSO COM O RESULTADO.

R. Barão do Amazonas 426 3º andar // Petrópolis // POA // RS // 90670 000
51 3273 3100 // www.engenhodeideias.com.br

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2016

RAZÕES DE RECURSO ADMINISTRATIVO

RECORRENTE

JS MAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA.

DOUTA COMISSÃO

1. DAS RAZÕES RECURSAIS

A recorrente salienta que há inadequações no Plano de Comunicação Publicitária apresentado pela licitante **Veraz Comunicação Ltda.**, o que impõe a sua desclassificação.

As inadequações estão todas vinculadas a forma de apresentação exigida no edital, e serão explicitadas fundamentadamente abaixo.

1.1. DO PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA

Os itens 11.7, 11.8, 11.9, 12 e 13 do edital, tratando Plano de Comunicação Publicitária, dispõem o seguinte:

*11.7 O Plano de Comunicação Publicitária — Via Não Identificada, composto dos subquestos **Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Idéia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia**, deverá ser elaborado com base no **BRIEFING (ANEXO 01)** observadas as seguintes disposições:*

*11.8 **Raciocínio Básico**: apresentação, pela LICITANTE, de diagnóstico das necessidades de comunicação publicitária do ANUNCIANTE, sua compreensão sobre o objeto da licitação e, principalmente, sobre o(s) desafio(s) ou o(s) problema(s), geral e ou específico, de comunicação a ser(em) enfrentado(s) e alcançar os resultados e metas de comunicação desejadas pelo ANUNCIANTE, compreendendo: [...]*

2



11.9 Estratégia de Comunicação Publicitária: apresentação, pela LICITANTE, das linhas gerais da proposta para suprir o(s) desafio(s) ou o(s) problema(s), geral e ou específico, de comunicação a ser(em) enfrentado(s) e alcançar os resultados e metas de comunicação desejadas pelo ANUNCIANTE, compreendendo: [...]

12. Idéia Criativa: apresentação, pela LICITANTE, de campanha publicitária, observadas as seguintes disposições: [...]

13. Estratégia de Mídia e Não Mídia — constituída de:

a) apresentação em que a LICITANTE explicitará e justificará a estratégia e as táticas recomendadas, em consonância com a estratégia de comunicação publicitária por ela sugerida e em função da verba referencial indicada no Briefing, sob a forma de textos, tabelas, gráficos e planilhas;

b) simulação de plano de distribuição em que a LICITANTE identificará todas as peças e ou material destinados a veiculação, exposição ou distribuição, sob a forma de textos, tabelas, gráficos e planilhas.

Depois de publicado o edital, foi publicada ainda a **NOTA DE ESCLARECIMENTO Nº 01**. A última pergunta publicada no documento, sobre o período da campanha simulada, foi assim formulada e respondida:

Pergunta: “- Qual o período da campanha: 2016 ou 2017? O contrato anual contará a partir de janeiro de 2017?”

Resposta: A campanha a ser simulada deve contemplar o período da concorrência, ou seja, o ano de 2016. A contratação deve ocorrer tão logo seja concluído o certame.

A licitante Veraz Comunicação Ltda., como pode ser constatado na sua Estratégia de Mídia e Não Mídia (página 4) e na planilha “Resumo de Investimento” (página 5), considerou como período para a simulação do seu plano de distribuição e, consequentemente, para o seu Plano de Comunicação Publicitária, o período de 1 de fevereiro de 2017 a 30 de abril de 2017.

Estratégia de Mídia e Não Mídia – página 4:

“A veiculação da campanha ocorrerá durante os meses de fevereiro, março e abril de 2017, antecedendo a Semana da Enfermagem, que ocorre em maio.”

Além de descumprir uma determinação deste processo licitatório, esta opção da Veraz lhe trouxe um diferencial perante as demais concorrentes (que respeitaram integralmente o ato convocatório e os questionamentos respondidos), o que, obviamente, refletiu na sua estratégia de comunicação,

3



ENGENHO DE IDEIAS

criativa e de mídia e não mídia, e consequentemente na sua pontuação: a Veraz utilizou em sua proposta o período de fevereiro, março e abril de 2017, que antecede a Semana de Enfermagem, que ocorre em maio, trazendo muito mais significado e relevância às suas iniciativas propostas.

Como é pacificado na doutrina e na jurisprudência pátrias, os esclarecimentos prestados pela Administração Pública licitante passam a fazer parte do edital, tornando-se vinculativos tanto à Administração quanto aos licitantes concorrentes. Isso é possível extrair claramente do magistério de Marçal Justen Filho, segundo quem "a resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos."¹

No STJ, esse entendimento firmou-se ainda em 1999, tendo assim se pacificado. O paradigma que cristalizou o entendimento é o acórdão no REsp 198.665/RJ, cuja ementa foi assim redigida:

ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA. A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital. Hipótese em que, havendo dissídio coletivo pendente de julgamento, a resposta à consulta deu conta a todos os licitantes de que os reajustes salariais dele decorrentes seriam repassados para o preço-base; irrelevante o argumento de que o dissídio coletivo assegurou reajuste salarial não previsto em lei, porque prevalece, no particular, a decisão do Superior Tribunal do Trabalho, que se presume conheça e aplique a lei, de que é o intérprete definitivo no seu âmbito de competência. Recurso especial não conhecido.
(Processo: REsp 198665 / RJ. RECURSO ESPECIAL 1998 0093370-0. Relator(a): Ministro ARI PARGENDLER (1104). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 23 03 1999. Data da Publicação/Fonte: DJ 03 05 1999 p. 137.)

Após a formulação do paradigma, a Corte viu-se novamente perante questão semelhante em 2004. Inclusive a Corte entendeu, nesta hipótese, que os esclarecimentos prestados pela Administração licitante seriam suficientes para sanar omissão do edital que poderia vir a causar a nulidade de todo o processo licitatório. A ementa do acórdão em questão foi nestes termos formulada:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE. IMPUGNAÇÃO. PRAZO. CONHECIMENTO, MEDIANTE CONSULTA ADMINISTRATIVA ACERCA DA FÓRMULA UTILIZADA PARA CÁLCULO DO BOM ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE. NÃO-INFRINGÊNCIA PELO RECORRENTE DO ARTIGO 31, § 5º DA LEI 8666 93. PROVIMENTO DO ESPECIAL.
[...]

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 402.



ENGENHO DE IDEIAS

3. *Havendo a empresa tomado conhecimento prévio do índice mediante a resposta a consulta formulada, encontrando-se os cálculos de índices contábeis justificados no processo administrativo que deu início ao processo licitatório motivo pelo qual entendo satisfeito o requisito do artigo 31, §5º da Lei 8666/93.*

4. *Recurso especial provido.*

(Processo: REsp 613262 / RS. RECURSO ESPECIAL 2003 0216504-2. Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO (1105). Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento: 01/06/2004. Data da Publicação Fonte: DJ 05/08/2004 p. 196.)

Os questionamentos formulados pelos participantes do certame e respondidos pela Administração, portanto, **passam a fazer parte do edital para todos os fins legais, sobretudo no que concerne à aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.**

É importante registrar que o descumprimento, pela Veraz, da norma da licitação, se admitido e convalidado, traz consigo uma série de violações reflexas ao processo licitatório.

PRIMEIRO, e mais evidenciado, se estaria ignorando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, positivado no art. 3º da Lei 8.666/1993. A vinculação ao instrumento convocatório serve a diversos propósitos tanto de ordem prática quanto de ordem teórica, atinentes à moralidade administrativa, à legalidade e à isonomia entre licitantes.

O princípio em questão dá um norte objetivo para a avaliação das propostas dos licitantes. Objetivo é a palavra-chave. É evidente que não se pode fugir de alguns subjetivismos, das próprias pré-concepções e da experiência de vida dos membros que compõem a comissão técnica, uma vez que inerentes à condição humana. Entretanto, esses subjetivismos devem se manter enclausurados por elementos abalizadores objetivos, que permitem, especialmente ao observador, apontar no edital e na lei ao que se pode e ao que não se pode dar interpretação mais restrita ou mais elástica.

Os elementos abalizadores são os limites. São elementos acerca dos quais todos os envolvidos na licitação têm (ou, no mínimo, presume-se que têm) conhecimento absoluto. Quando um elemento objetivo não é observado por um dos licitantes, a consequência é a desclassificação, conforme clara e inequivocamente dispõe o inciso III do § 4º do art. 11 da Lei 12.232/2010:

Art. 11. § 4º O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

III - análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inciso XIV do art. 6º desta Lei;



ENGENHO DE IDEIAS

SEGUNDO, a convalidação da proposta que descumpra objetivamente o edital viola o princípio da isonomia. Os licitantes que respeitam as regras do edital enfrentarão limitações com as quais aqueles que não o fazem não terão de se preocupar. No presente caso, por exemplo, a licitante em questão, justamente por não ter respeitado as limitações do edital, fez uso do período próximo e que antecede a Semana da Enfermagem (período comemorativo e de maior movimentação da categoria), o que não faria qualquer sentido para os demais concorrentes que observaram à risca o edital, considerado o período da campanha simulada.

Se os licitantes não concorrem com base nas mesmas regras, e se a comissão de licitações permite que isso aconteça, é somente óbvio que aqueles submetidos a regras mais abertas terão melhor resultado na licitação.

TERCEIRO, a convalidação põe em xeque a confiabilidade do resultado da licitação sob o ponto de vista do princípio da moralidade administrativa. Quando uma pluralidade de licitantes que cumprem as regras do edital é preterida em favor de um único licitante que não as cumpre, necessariamente ficará a seguinte indagação: o resultado atendeu aos interesses de quem? É o melhor interesse da Administração Pública que está sendo, de fato, atendido?

QUARTO, a convalidação ignora a vinculação de todo agente público ao princípio da legalidade estrita. O agente público, quando no exercício do seu múnus, não age conforme o princípio da autonomia da vontade. Não há volição implícita ou explícita. Diferente das pessoas naturais ou das pessoas jurídicas de natureza privada, que podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíba (art. 5º, II, da Constituição), a Administração Pública somente pode fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei (art. 37, *caput*, da Constituição).

Se a lei impõe o respeito às disposições do edital (art. 3º da Lei 8.666/1993), e se a lei estabelece uma pena específica para o descumprimento (art. 11, § 4º, III, da Lei 12.232/2010), não cabe ao agente público escolher. Cabe-lhe tão somente aplicar a disposição da lei. Caso não o faça, estará violando o princípio da legalidade.

O respeito às normas procedimentais do processo licitatório é exigência do princípio do devido processo legal, compreendido, no processo administrativo, como um produto do princípio da impessoalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República. Assim sendo, o desrespeito aos procedimentos representaria uma violação direta ao art. 37 da Constituição.

Ressaltamos ainda que o descumprimento objetivo do edital não pode resultar em mero desconto na pontuação por cominação legal explícita e clara. A violação expressa da norma editalícia está além dos limites de avaliação técnica da subcomissão. O cumprimento ou descumprimento do edital jamais pode ser utilizado como critério de pontuação, constituindo-se em critério de classificação, na forma no art. 11, §4º, III e V, da Lei 12.232/2010.

6



QUINTO, se admitida como válida a conduta da Veraz, questionamos: quais são os limites para o descumprimento da lei e do edital? Pode uma licitante apresentar certidões de regularidade fiscal vencidas? Ou ainda certificados de qualificação técnica fora de validade? Afinal, seria apenas a apresentação de documentos com inconsistências de data, tal qual ocorre no presente caso.

Não é possível definir quais descumprimentos do edital resultariam em redução de pontuação e quais resultariam em desclassificação porque essa não é uma decisão discricionária. O critério é um só: se há descumprimento, o licitante que descumpriu a regra é desclassificado.

Reiteramos, portanto, que, por ter descumprido o item 13.b do edital, deverá a licitante Veraz Comunicação Ltda. ser desclassificada, na forma do art. 11, § 4º, III, da Lei 12.232.

1.2. DA FALTA DE ORÇAMENTOS DE PRODUÇÃO DE FOTOGRAFIAS

A Veraz Comunicação Ltda. não apresentou os valores necessários para a produção fotográfica ou aquisição das imagens através de banco de fotografias, necessárias para o desenvolvimento de sua campanha. Segundo preveem os itens 14 e 15 do edital:

14. Dessa simulação deverá constar resumo geral com informações sobre, pelo menos:

[...]

c) os valores (absolutos e percentuais) dos investimentos alocados em veículos de divulgação, separadamente por meios de comunicação;

d) os valores (absolutos e percentuais) alocados na produção e ou na execução técnica de cada peça destinada a veículos de divulgação;

[...]

f) os valores (absolutos e percentuais) alocados na produção de cada peça e ou material de não mídia;

g) os valores (absolutos e percentuais) alocados na distribuição de cada peça e ou material de não mídia.

15. Nessa simulação:

a) os preços das inserções em veículos de comunicação devem ser os de tabela cheia, vigentes na data de publicação do Aviso de Licitação;

b) deve ser desconsiderado o repasse de parte do desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei nº. 4.680, de 18 06 1965;



c) devem ser desconsiderados os custos internos e os honorários sobre todos os serviços de fornecedores.

Ao não apresentar tais valores, a licitante em questão deixou de observar o instrumento convocatório, devendo ser desclassificada.

Ainda que a Veraz alegasse possuir algum tipo de contrato com banco de imagens do tipo *royalty free* (bancos estrangeiros de fotografias), o mesmo deveria ter sido informado na Capacidade de Atendimento, o que não foi feito.

Já para uma produção fotográfica, é necessário custo de profissional fotógrafo com assistentes, locação, figurino, maquiagem, pós-tratamento, entre outros processos ignorados por esta concorrente, com o intuito de mascarar custos que este Conselho terá ao aderir à sua Estratégia de Comunicação.

O que parece, na realidade, é que a Veraz buscou maquiagem os custos da sua simulação, ou para não ultrapassar os R\$ 150.000,00 previstos no *briefing*, ou para ficar mais bem colocada que as demais concorrentes através da possibilidade da ampliação das suas ações e/ou investimentos em mídia, suprimindo os custos que atrapalhavam seus objetivos.

Seja como for, descumpriu objetivamente o edital, devendo ser desclassificada.

1.3. DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Ao não desclassificar a licitante Veraz Comunicação Ltda., esta comissão agiu em clara violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. A Lei 8.666 de 1993, regulamentando, em linhas gerais, os procedimentos licitatórios, assim dispõe:

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.



ENGENHO DE IDEIAS

A disposição acima citada, ao fazer remissão expressa aos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37 da Constituição da República), vincula ainda a Administração ao edital. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é, posteriormente, expressamente positivado e descrito no art. 41 da Lei 8.666, que assim dispõe:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é meio para um fim: o cumprimento dos princípios da impessoalidade e da isonomia. É somente estando a Administração vinculada ao edital que todos os concorrentes poderão saber, desde o início, quais são as exigências da contratação e quais serão os critérios adotados para a avaliação das propostas apresentadas. Em outras palavras, **o edital define as regras do jogo, obrigando todos os participantes a respeitá-las.**

Apesar de se admitir que a Administração possa ter algum grau de discricionariedade nas suas contratações (definindo, por exemplo, quanto será destinado ao contrato e os serviços que serão contratados), essa discricionariedade cessa, dando lugar à vinculatividade, a partir do instante em que o edital é publicado. A partir desse momento, todo ato administrativo atinente ao certame será pautado pelo edital, sob pena de nulidade por violação ao art. 41 da Lei 8.666 e ao inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.

Não observada **qualquer disposição do edital**, à licitante aplicar-se-á diretamente o art. 48 da Lei 8.666, que assim dispõe:

*Art. 48. Serão **desclassificadas**:*

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Considerando que, conforme apontado acima, o Plano de Comunicação Publicitária da Veraz Comunicação Ltda. não atende às exigências do ato convocatório e da legislação em vigor, a contratação padecerá de nulidade, caso seja levada a termo.

Apesar de notória, a recorrente ressalta e reitera a importância da vinculação do processo licitatório ao indeclinável princípio da legalidade, estatuido pelo art. 37, *caput*, da Constituição da República, e pelos arts. 3º e 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666 de 1993. Descumprido o edital e desobedecido o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme positivado na lei, o Estado estará também violando frontalmente o princípio da legalidade.



Sobre o tema, ensina Hely Lopes Meirelles²:

Além dos princípios vistos acima, o art. 3ª da Lei 8.666/93 menciona os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa, e outros que lhes são correlatos, sem especificá-los. O princípio da legalidade é o princípio basilar de toda a Administração Pública. Significa que toda a atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de invalidade.”

Por derradeiro, importa registrar que eventual manutenção de decisão contrária à lei ou ao edital é passível de correção judicial, uma vez que, diferentemente da matéria correlata aos atos administrativos discricionários, o julgamento de certame licitatório é pautado não por critérios de necessidade e conveniência, mas por critérios objetivos vinculativos. Considerando que a ilegalidade do procedimento licitatório é causa de nulidade do contrato, conforme dispõe o art. 49, § 2º, da Lei 8.666, a recorrente ressalta que é de interesse público a revisão administrativa das irregularidades apontadas, a fim de se evitar dispêndios desnecessários com a reexecução da licitação.

2. DOS PEDIDOS

ANTE O EXPOSTO, requer se digne esta respeitável Comissão de Licitações a:

- a) Receber o presente recurso administrativo, eis que tempestivo, com seu processamento, análise e julgamento, atribuindo efeito suspensivo ao trâmite do processo licitatório, na forma do § 2º do art. 109 da Lei 8.666 de 1993;
- b) Desclassificar, por expresse e irreparável desatendimento do edital e da lei, a licitante **Veraz Comunicação Ltda.**, por ter apresentado Plano de Comunicação Publicitária em desconformidade com o edital, conforme fundamentação;
- c) Se mantida a decisão, requer seja encaminhada à autoridade superior, conforme dispõe o art. 109 da Lei 8.666 de 1993, para que analise e decida em última instância, reformando a decisão recorrida, eis que eivada de vícios de ilegalidade e de inconstitucionalidade.

Caso seja julgado pelo desprovimento do presente recurso, requer, desde já, cópia do julgamento e do inteiro teor da decisão proferida, de modo a viabilizar o ajuizamento da adequada ação judicial.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 34.





ENGENHO DE IDEIAS

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 17 de outubro de 2016.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-diretor

07.895.771/0001-33
ISMAX PUBLICIDADE E MARKETING LTDA-ME
RUA BARÃO DO AMAZONAS, 426 CONJ. 301
PETRÓPOLIS - CEP 90670-000
PORTO ALEGRE - RS