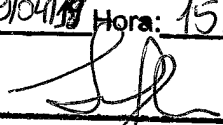




ENGENHO DE IDEIAS

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

Concorrência nº 03/2018


Protocolo nº	<u>502/19</u>		
Data:	<u>08/04/19</u>	Hora:	<u>15:05</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, letras a e b, 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, 8 de abril de 2019.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-Diretor

07.895.771/0001-331

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA - EPP

PARÃO DO AMAZONAS, 426/CONJ. 301
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 Camboriú | SC



ENGENHO DE IDEIAS

**CONCORRÊNCIA Nº 03/2018
RECURSO ADMINISTRATIVO**

**RECORRENTE: JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA.
RECORRIDAS: AGÊNCIA DE PUBLICIDADE TIG LTDA.
TEMPERO PROPAGANDA LTDA.
FOCO PROPAGANDA LTDA.**

DOUTA COMISSÃO:

Esta licitante recorre da classificação das licitantes Agência de Publicidade Tig Ltda., Tempero Propaganda Ltda. e Foco Propaganda Ltda. Resumidamente, **(1)** a Tig e a Tempero descumpriram as normas relativas à utilização de meios (Facebook, brindes e combinação de meios com previsão exclusivamente alternativa no edital) e à apresentação de peças conforme o briefing, **(2)** a Tempero e a Foco descumpriram disposições sobre a defesa das peças na Estratégia de Mídia e Não Mídia exigida.

1. DA APRESENTAÇÃO DE PEÇAS CONFORME O BRIEFING (ANEXO II DO EDITAL)

As concorrentes **TIG** e **TEMPERO** descumpriram normas do edital sobre apresentação de peças conforme o briefing.

Conforme prevê o edital, nos seus itens 4.2.3 e 4.2.3.1:



ENGENHO DE IDEIAS

4.2.3. Ideia Criativa: apresentação de peças publicitárias para a execução da sua proposta de estratégia de comunicação publicitária. As peças de comunicação a serem apresentadas serão limitadas a um total de 01 (uma), para cada um dos seguintes meios: **jornal ou revista**, cartaz, folder, totem, rádio, televisão, outdoor, internet, limitados a um total de 8 (oito) peças de comunicação. **Observação: Tema Geral da campanha publicitária a ser desenvolvida: Turismo Rural, item 06 do Anexo II – Briefing.**

4.2.3.1. Descrição para cada peça publicitária:

Jornal: anúncio de 1pg. - apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr.

Revista: anúncio de ½ pg. - apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr, respeitando o tamanho do anúncio da revista.

Cartaz: tamanho A3, 4x0 cor - apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr.

Folder: tamanho A4 com duas dobras, 4x4 cor, papel couchê 120gr. Apresentação deve se dar exatamente conforme descrição.

Totem: tamanho real (6,3 x 2,3m) - apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr.

Rádio: spot com 30'' de duração, incluindo a assinatura da Prefeitura de Erechim. Apresentação em pendrive mp3, executável em computadores pessoais.

Televisão: vt de 30'' de duração, incluindo a assinatura da Prefeitura de Erechim. Apresentação em pendrive executável em computadores pessoais.

Outdoor: tamanho 9 x 3 metros – apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr.

Internet – banner on line com formato e tamanho estipulado a critério do licitante; apresentação deve se dar em papel A4, branco; 75gr ou 90 gr.

Com relação a esta regra, a recorrente formulou a pergunta 6, que foi assim respondida:

6) Ficamos com dúvidas em relação às peças da campanha. No item 4.2.4 – Estratégia de mídia e não-mídia, é dito que "a licitante deverá apresentar a simulação de planos de distribuição das peças de que trata o item 4.2.3.1". Ou seja, entende-se que a estratégia deve conter unicamente as oito peças ali listadas. No entanto, o item 4.2.5.1 fiz que "fica a critério da licitante a definição dos meios a serem considerados na simulação de mídia". Não fica claro, portanto, se é possível ter na estratégia outras peças além das oito especificadas anteriormente.

Pergunta:

- 6.1) Podemos, por exemplo, prever post para Facebook ou mais de um spot para rádio, sem apresentar essas peças na Ideia Criativa?



ENGENHO DE IDEIAS

R: Seguir conforme briefing não prevê postagem em redes sociais. Somente Um SPOT de rádio

- 6.2) Podemos apresentar, na Estratégia de Mídia e Não Mídia, por exemplo, outros formatos de anúncios em jornal, além do formato página?

R: Somente o pedido no edital

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

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

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.

[...]

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.**

Admitir a utilização impune de peças e meios vedados pelo edital viola o princípio da isonomia na licitação, positivado, no que concerne à sua aplicação nas licitações, no art. 3º da Lei 8.666/1993.

Ao não desclassificar um ou mais licitantes que tenham apresentado peças não permitidas, a Subcomissão Técnica concede aos concorrentes que efetivamente descumpriram a lei uma vantagem na licitação.

O que ocorre, no caso, é: alguns concorrentes cumprem efetivamente as regras do edital, impondo restrições à sua proposta com o intuito de adequar-se ao regulamento, tendo limitada liberdade criativa na formulação da sua campanha simulada. Outros concorrentes deixam de cumprir uma ou mais regras, criando a sua campanha com ampla liberdade criativa e de maneira irrestrita, sem plena adequação e sem as mesmas balizas que deveriam ter sido impostas a todos. Este concorrente que deixou de cumprir a lei tenderá a gozar de maior pontuação.



ENGENHO DE IDEIAS

Ressalte-se que, ainda que o concorrente não tenha recebido pontuação superior à de outro que tenha observado as regras do edital, isso não significa que não tenha havido vantagem iníqua. Tal beneficiamento não tem espaço no processo licitatório, fundado em uma lógica concorrencial pura, que parte do tratamento mais igual possível de todos os participantes, que deverão partir de bases idênticas para demonstrar a sua técnica para o ente licitante.

A circunstância fica melhor ilustrada com a seguinte analogia:

Em uma corrida de 100 metros rasos, todos os corredores devem partir da mesma linha. Se um corredor puder começar na linha de 20 metros, não restará dúvidas de que houve uma vantagem em detrimento de todos os demais corredores. Se o corredor que começou 20 metros à frente perder a corrida, isso não significará que não houve vantagem. O corredor terá perdido *a despeito* de sua vantagem indevida. Ele deverá ser desclassificado, independentemente do resultado da corrida.

Este é o caso da presente licitação. Alguns dos concorrentes (neste caso, a Tig e a Tempero) foram beneficiadas quando não foram desclassificadas por literal e explicitamente descumprir regras da licitação que limitam o processo criativo vinculado à formulação das suas campanhas.

Isso tudo dito, considerada a regra do edital e os esclarecimentos da Comissão de Licitações, apontamos os seguintes descumprimentos por parte da Tig e da Tempero:

1.1. Descumprimentos da Agência de Publicidade Tig Ltda.

A Agência de Publicidade Tig Ltda. descumpriu as regras acima alinhadas quando, na sua proposta, sugeriu a inclusão da campanha nas redes sociais, com o uso do Facebook como meio. A Tig defende o uso de redes sociais na campanha a despeito do esclarecimento da Administração Pública no sentido da interpretação fechada do rol do item 4.2.3.1, bem como da afirmação sobre a inadmissibilidade do uso do meio em questão.

1.2. Descumprimentos da Tempero Propaganda Ltda.

1. A Tempero Propaganda Ltda. também descumpriu as regras acima alinhadas, exatamente da mesma forma que a Tig, quando, na sua proposta, sugeriu a inclusão da campanha nas redes sociais, com o uso do Facebook como meio. A Tempero defende o uso de redes sociais na campanha a despeito do esclarecimento da Administração Pública no sentido da interpretação fechada do rol do item 4.2.3.1, bem como da afirmação sobre a inadmissibilidade do uso do meio em questão.



2. Ademais, a Tempero também descumpriu a literalidade da regra contida no item 4.2.3 do edital que prevê, dentre as estritas 8 peças que deveriam compor a campanha, a utilização de anúncio de jornal ou revista **dentro da mesma modalidade específica**. A combinação da redação escolhida na formulação do edital com a distinção dos anúncios em questão no item 4.2.3.1 deixa claro **(1)** que não se poderia considerar anúncio de jornal e anúncio de revista como se a mesma espécie de anúncio fossem, e **(2)** que não poderia qualquer dos concorrentes utilizar as duas espécies de anúncio na sua proposta.

Não há qualquer ambiguidade ou espaço para ampliação. O edital exigia que cada concorrente apresentasse, na sua proposta, **8 peças**, que deveriam ser **(1)** um cartaz, **(2)** um folder, **(3)** um totem, **(4)** um spot de rádio, **(5)** um VT de televisão, **(6)** um outdoor, **(7)** um banner on-line e **(8)** um anúncio de jornal ou um anúncio de revista, à escolha da concorrente.

A Tempero, contudo, na sua Estratégia de Comunicação Publicitária e na sua Estratégia de Mídia, apresentou **mais que 8 peças**, utilizando tanto o anúncio de jornal quanto o anúncio de revista no seu conteúdo, descumprindo inequivocamente o edital.

3. A Tempero apresentou ainda, na sua proposta, a sugestão de criação, produção e distribuição de um squeeze como brinde aos participantes da Linha Turismo. Um brinde que faz parte da campanha configura-se como peça específica, que no caso não encontra guarida no rol de peças permitidas no edital, **mais uma vez extrapolando o limite de 8 peças** do item 4.2.3.

1.3. Desclassificação das Concorrentes Tig e Tempero

Conforme apontado acima, as concorrentes Tig e Tempero deveriam ter sido desclassificadas na sessão de julgamento das propostas, conforme prevê o art. 11, § 4º, III, da Lei 12.232/2010.

Não tendo sido desclassificadas na sessão de apuração do resultado geral das propostas, deverão ambas as concorrentes ser desclassificadas na forma do art. 6º, XIV, da Lei 12.232/2010.

2. DA DEFESA OBRIGATÓRIA DAS PEÇAS NA ESTRATÉGIA DE MÍDIA E NÃO MÍDIA





ENGENHO DE IDEIAS

As concorrentes **FOCO** e **TEMPERO** descumpriram normas do edital sobre a defesa das peças na Estratégia de Mídia e Não Mídia.

Prevê o item 4.2.5.1 do edital:

4.2.5.1. Fica a critério da licitante a definição do período de veiculação e dos meios a serem considerados na simulação de mídia. Observação: É necessária a apresentação de todas as peças descritas no 4.2.3. No entanto, a licitante deve fazer a defesa de qual delas precisará ser utilizada na campanha publicitária sugerida pela Prefeitura de Erechim.

Com relação a este dispositivo, a recorrente formulou questionamento que foi respondido pela Comissão de Licitações da seguinte forma:

- 7) No item 4.2.5.1 o edital traz o seguinte trecho: "É necessária a apresentação de todas as peças descritas no 4.2.3. No entanto, a licitante deve fazer a defesa de qual delas precisará ser utilizada na campanha publicitária sugerida pela Prefeitura de Erechim". O significado da segunda frase não ficou claro. Quando diz "qual delas precisará ser utilizada", parece estar se referindo a apenas uma peça, quando são no mínimo oito.

Perguntas:

7.1) A que essa frase se refere? E em que consiste a defesa citada? Cada peça deverá vir com uma defesa? Favor esclarecer esse trecho para que não haja interpretação equivocada.

R: As peças deverão conter sua devida defesa.

Novamente, reiterando o argumento apresentado no tópico anterior, o entendimento pacificado do STJ impõe o reconhecimento do esclarecimento como parte da norma formulada no edital.

Note-se, quanto ao tópico em questão, **(1)** que a regra não exige a defesa dos meios e hábitos de consumo, mas especificamente das peças, e **(2)** que, considerando que o item 4.2.2, da Estratégia de Comunicação Publicitária, trata expressamente da apresentação em forma de texto, e que o item 4.2.3, da Ideia Criativa, exige exclusivamente a apresentação de peças publicitárias, a devida defesa das peças, feita em forma de texto, somente poderia sê-lo na Estratégia de Mídia e Não Mídia.

Isso tudo dito, considerada a regra do edital e os esclarecimentos da Comissão de Licitações, apontamos os seguintes descumprimentos por parte da **Tempero** e da **Foco**:

2.1. Descumprimentos da *Tempero Propaganda Ltda.*





ENGENHO DE IDEIAS

A Tempero Propaganda Ltda. descumpriu as regras acima alinhadas quando, na sua estratégia, apresentou tão somente uma defesa dos meios e dos hábitos de consumo, **ignorando por completo a exigência da defesa das peças contida no edital**. A Tempero não apresentou defesa das peças, contrariando claramente a exigência editalícia.

2.2. Descumprimentos da Foco Propaganda Ltda.

A Foco Propaganda Ltda., da mesma forma que a Tempero, descumpriu as regras acima alinhadas quando não apresentou a defesa das peças na sua Estratégia de Mídia e Não Mídia. Fê-lo, entretanto, na Ideia Criativa, momento da proposta que deveria ser dedicado exclusivamente à **apresentação** das peças, não à sua defesa, nem a qualquer forma de texto justificativo. Isso se extrai da literalidade do item 4.2.3 do edital:

4.2.3. Ideia Criativa: apresentação de peças publicitárias para a execução da sua proposta de estratégia de comunicação publicitária. As peças de comunicação a serem apresentadas serão limitadas a um total de 01 (uma), para cada um dos seguintes meios: jornal ou revista, cartaz, folder, totem, rádio, televisão, outdoor, internet, limitados a um total de 8 (oito) peças de comunicação.

Assim, da mesma forma que a Tempero, a Foco descumpriu a previsão expressa do edital.

2.3. Desclassificação das Concorrentes Tempero e Foco

Conforme apontado acima, as concorrentes Tempero e Foco deveriam ter sido desclassificadas na sessão de julgamento das propostas, conforme prevê o art. 11, § 4º, III, da Lei 12.232/2010.

Não tendo sido desclassificadas na sessão de apuração do resultado geral das propostas, deverão ambas as concorrentes ser desclassificadas na forma do art. 6º, XIV, da Lei 12.232/2010.

3. DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A Lei 8.666 de 1993, regulamentando, em linhas gerais, os procedimentos licitatórios, assim dispõe:



ENGENHO DE IDEIAS

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.

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 (concorrentes e Administração igualmente) 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;

Quando a inobservância de disposição do edital se der por parte da Administração Pública (como é o caso do presente processo), há nulidade de todos os atos praticados com vício. Normalmente impõe-se a aplicação do princípio da eficiência, contido no caput do art. 37 da





ENGENHO DE IDEIAS

Constituição: anulam-se tantos atos quantos forem suficientes para que a licitação possa seguir o seu curso com o mínimo prejuízo possível tanto aos concorrentes quanto à Administração.

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.

Deverá a Administração Pública, neste caso, portanto, em respeito ao princípio da vinculação, desclassificar as concorrentes Tig, Tempero e Foco, haja vista os descumprimentos acima apontados e sobejamente demonstrados.

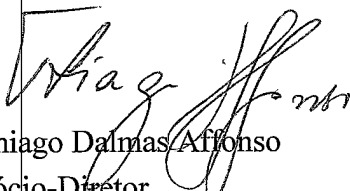
4. CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, a recorrente requer digno-se 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 provimento do presente recurso, com:

1. A desclassificação da concorrente Agência de Publicidade Tig Ltda.;
2. A desclassificação da concorrente Tempero Comunicação Ltda.;
3. A desclassificação da concorrente Foco Comunicação Ltda.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 8 de abril de 2019.


Thiago Dalmas Affonso
Sócio-Diretor

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

07.895.771/0001-33

JSMAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA - EPP

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

PORTO ALEGRE

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 Camboriú | SC