

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO JULGADORA DE LICITAÇÕES DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.



Ref. Concorrência n. 01/2019

Processo Digital 483/2019

Contratação de Serviços Publicitários 23 de 11 de 2019 003036

23 de 11 de 2019 003036
23

HOLD COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS RIBEIRÃO PRETO LTDA. – EPP, já qualificada no procedimento licitatório para a contratação de serviços publicitários pela **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem, respeitosamente, a V. S. a. para, no prazo legal, interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO à Autoridade Superior**, em face da decisão dessa Comissão Julgadora de Licitações da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo que desclassificou a ora Recorrente, sob o fundamento de desatendimento a disposições do Edital quanto à apresentação de sua Proposta de Preço, pelos motivos a seguir expostos.

Requer-se que, inicialmente, essa DD. Comissão Julgadora de Licitações reconsidere a decisão proferida quanto à desclassificação da ora Recorrente.

Caso não seja concedida a revisão acima referida – o que se concede tão só para argumentar – o presente recurso deverá ser como tal recebido e encaminhado à Autoridade Superior, para que, nessa instância, o presente recurso seja recebido e acolhido, com a consequente classificação da ora Recorrente, também na Proposta de Preços.

Requer-se seja o recurso recebido no seu efeito suspensivo.

A seguir, são apresentados os argumentos aptos ao acolhimento do presente recurso.

I – TEMPESTIVIDADE DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO

1 – Tendo sido publicada na Imprensa Oficial no dia 17 de novembro de 2020 a decisão proferida por essa Comissão Julgadora de Licitações da ALESP que desclassificou a ora Recorrente, o prazo para interposição de recursos se inicia no primeiro dia útil subsequente à publicação, que foi, portanto, em 18.11.2020, pelo que o prazo final se encerra no dia 24.11.2020.

Portanto, a interposição deste recurso, com suas Razões nesta data, atende o prazo estabelecido pelo artigo 109, parágrafo 3º. da Lei 8.666/93.

II – DE DECISÃO RECORRIDA

Fis.	Nº 02
º Nº	3036/20
Serv. Prof. Geral	

2 – Conforme se verifica da Ata da Quarta Reunião Ordinária da Comissão Julgadora da Licitação realizada no dia 13 de novembro do corrente ano, Comissão Julgadora destacou que

“Analisando as Propostas, foi verificado que, em relação ao item 2, “a” e “b” do modelo disponibilizado no Anexo II.1.2, 2 (duas) licitantes presentes, a saber, HOLD COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS RIBEIRÃO PRETO LTDA. – EPP e INTIME COMUNICAÇÃO LTDA. indicaram percentuais máximos superiores aos 40% (quarenta por cento) estabelecidos no subitem 7.1.2, “e” do Edital, apontando 100% (cem por cento) e 75% (setenta e cinco por cento) respectivamente. Por este motivo, as propostas foram desclassificadas. (...)”.

Essa r. decisão foi publicada na Imprensa Oficial do Estado de São Paulo no dia 17 de novembro do corrente ano.

III – DO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES ORA APRESENTADAS E DO PROVIMENTO DO RECURSO

3 – Cumpre destacar desde logo, que a ora Recorrente foi uma das duas licitantes vencedoras na Proposta Técnica, demonstrando sua capacitação técnica para atender a publicidade institucional da ALESP.

É de se ressaltar que o tipo de licitação escolhida pela ALESP para a contratação de serviços publicitários foi o de MELHOR TÉCNICA, o que ressalta a importância da técnica para a escolha e contratação das agências de publicidade.

Em se tratando de licitação do tipo Melhor Técnica, conforme dispõe o inciso II do art. 46 da Lei 8.666/93, caberá às agências vitoriosas na Proposta Técnica, readequarem sua Proposta de Preço e reduzirem os preços/percentuais indicados em suas propostas (caso não sejam elas que tenham oferecido a menor proposta de preços), no mínimo igualando suas propostas à menor proposta de preços apresentada por outra agência classificada na técnica.

É o que deve ocorrer na presente licitação.

Uma vez que as licitantes ~~COMPANHIA DE~~ COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE LTDA (CC&P) e HOLD COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS RIBEIRÃO PRETO LTDA. - EPP (HOLD) foram as duas agências melhores classificadas na Proposta Técnica, cabe a elas, atendendo o disposto no artigo 46, inciso II da Lei 8.666/93, realizarem negociação das condições propostas, com a agência melhor classificada na Proposta de Preços.

Suas propostas de preço são alteradas e passam a ser igual (ou abaixo) aos preços e percentuais de remuneração da agência e ou de terceiros, propostos pela licitante que apresentou a menor proposta de preço.

As condições iniciais das propostas de preço dessas duas agências, portanto, deixam de valer como originalmente apresentadas, para serem substituídas, mediante sua readequação, pelas novas condições apresentadas pela agência que apresentou a menor proposta de preço. No caso, a Gotcha Comunicação e Participações Eireli.

4 – Malgrado essa possibilidade legal de readequação da Proposta de Preços, essa DD. Comissão Julgadora de Licitações decidiu pela desclassificação da ora Recorrente, sob o argumento de que teria



FILE Nº	03
3036/20	
COMPANHIA DE	DE

desatendido ela o disposto no subitem 7.1.2, "c" do edital, apresentando valor acima do máximo estabelecido por esse subitem.

Com o devido respeito a essa DD. Comissão Especial Julgadora, temos que a r. decisão ora recorrida não atentou para os princípios que regem as licitações públicas e a finalidade principal da realização do certame, que é a obtenção das melhores condições de contratação dos serviços, pela Administração Pública

Assim, desde logo se requer a reconsideração desse julgamento, a fim de que a ora Recorrente seja classificada, também na Proposta de Preços, pelos motivos a seguir expostos.

PROPOSTA Nº 3036/20
SP, Prof. Geral

5 – Como se pode verificar do edital de licitação, a Proposta de Preços é composta de indicação tanto dos valores e percentuais a serem destinados à remuneração das licitantes vencedoras do certame, como para remuneração de terceiros, titulares de direitos autorais e conexos sobre obras consagradas e obras de arte, utilizadas na composição eventual da publicidade.

Conforme o Anexo II – Modelo para o Invólucro n. 4 – Proposta de Preços, deveriam ser apresentadas duas declarações:

- a) A primeira: (i) declaração da proposta de preços para remuneração da agência, mediante a concessão de desconto em percentuais, em relação aos preços constantes da Tabela de Custos Referenciais do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo; (ii) percentual de honorários incidentes sobre serviços prestados por fornecedores referentes ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento; (iii) percentual de honorários incidente sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à produção e à execução técnica de peça ou material publicitário; (iv) percentual de honorários incidente sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária.
- b) A segunda, referente aos percentuais máximos a serem pagos pela ALESP: (i) aos detentores de direitos autorais patrimoniais sobre

trabalhos de arte e outros, quando da eventual segunda reutilização das peças por período igual ao inicialmente ajustado e (ii) aos detentores dos direitos autorais patrimoniais sobre obras consagradas, incorporadas a peças, em relação ao valor original da cessão, na segunda reutilização das peças por período igual ao inicialmente ajustado.

Portanto, a Proposta de Preços engloba esses dois elementos: proposta para remuneração da agência pela ALESP e proposta de pagamento máximo a terceiros, relativamente aos direitos autorais e conexos sobre obras consagradas e obras de arte.

Esses dois elementos compõem a Proposta de Preços.

Fls.	Nº 05
3036/20	
Serv. Prot. Geral	

6 – O lapso incorrido pela ora Recorrente se deu no subitem 2, alíneas “a” e “b” do Anexo II – Modelo da Proposta de Preços -, ao apresentar que o pagamento de direitos autorais sobre trabalhos de arte e outros protegidos pelos direitos de autor e conexos, assim como sobre obras consagradas, quando da eventual segunda reutilização por período igual ao combinado, **PODERIA SER NO MÁXIMO** de cem por cento.

Esse lapso seria suficiente para que a ora Recorrente fosse desclassificada no certame ?

Data máxima vênua, entendemos que não ! E esclarecemos o porquê.

7 – Conforme se constata do edital, o item 7 e seus subitens 7.1, 7.1.1, 7.1.2, 7.2, 7.2.1, 7.2.2. e 7.3 **compõem a Proposta de Preços.**

Outrossim, o subitem 8.2 deixa claro, como motivo para a desclassificação de qualquer licitante quanto à Proposta de Preço, na seguinte situação:

“será desclassificada a Proposta de preços que apresentar preços baseados em outra Proposta ou que contiver qualquer item condicionante para a entrega dos serviços

Destaque-se desde logo, que a ora Recorrente **não infringiu** essa disposição do subitem 8.2. Sua proposta não se baseou em outra

proposta apresentada por qualquer outra proposta de outras licitantes, assim como não apresentou nenhuma condicionante para a entrega dos serviços.

Por outro lado, a Hold Comunicação **apresentou sua proposta de preço de acordo com percentuais de remuneração estabelecidos pelo item 8.3, alíneas "a", "b", "c" e "d" do Edital.**

Rigorosamente nos limites estabelecidos pelo edital quanto à Remuneração da agência pela ALESP, a ora Recorrente apresentou sua Proposta de preços com os seguintes percentuais:

- a) Desconto de 65% (sessenta e cinco por cento) em relação aos preços previstos na tabela do Sindicato das Agencias de Propagandas do Estado de São Paulo, a título de ressarcimento dos custos internos dos serviços executados pelo licitante, referentes a peças e ou material cuja distribuição não lhe proporcione o desconto da agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do artigo 11 da Lei Federal nº 4.680/1965, com exceção do serviços de criação, para o qual o desconto será de 100% (cem por cento);
- b) Percentual de honorários de 3% (três por cento) incidentes sobre os preços de serviços especializados por fornecedores, referente ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento pertinentes à execução do contrato.
- c) Percentual de honorários de 9% (nove por cento) incidentes sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referente a produção e à execução técnica de peça e ou material cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação.;
- d) Percentual de honorários de 8% (oito por cento) incidentes sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária destinadas a expandir os efeitos das mensagens em consonância com novas tecnologias.

Ps.	Nº 06
Nº 3036/20	
Geral	

Esses subitens dizem respeito, portanto, à Proposta de remuneração que a ALESP pagaria à agência, no caso de ser esta uma das vencedoras do certame. E sobre essa remuneração a ser paga à agência licitante, pela ALESP, a proposta de preços da Hold Comunicação estava absolutamente correta.

Quanto à remuneração a ser paga, no caso de recontrações, numa segunda utilização, a detentores de direitos patrimoniais sobre trabalhos de arte e outros protegidos pelos direitos de autor e conexos, assim como aos detentores de direitos patrimoniais sobre obras consagradas incorporadas a peças comerciais, em relação ao valor original da cessão desses direitos, na segunda reutilização, a ora Recorrente apresentou o percentual máximo possível, como sendo de 100% (cento por cento), enquanto que o percentual máximo estabelecido pelo edital seria de 40%.

07
Nº 3036/20
Serv. Prof. Gefal

Entretanto, esse lapso da ora Recorrente é sanável pela simples readequação que faça à sua Proposta de Preços, equiparando-a a menor proposta de preços apresentada pela licitante Gotcha Comunicação e Participações Eireli, mesmo porque a lei 8.666/93 prevê expressamente que a proposta de preço apresentada pela(s) vencedora(s) da Proposta Técnica possa ser readequada, mediante a equiparação à menor proposta de preço apresentada no certame, por agência classificada.

E a proposta de preço, neste caso, engloba tanto a proposta de remuneração da agência pela ALESP, quanto a proposta de remuneração dos terceiros, titulares de direitos autorais sobre obras consagradas e de arte, no caso de eventual e hipotética reutilização.

É de se atentar que os princípios da **RAZOABILIDADE** e da **PROPORCIONALIDADE** lastreiam essa pretensão da ora Recorrente.

Alguns aspectos devem ser ressaltados quanto a essa suposta falha da Proposta de preços formulada pela ora Recorrente:

- a) Não se trata de proposta de remuneração da agência, mas sim, de uma **limitação à remuneração de terceiros titulares de direitos autorais de obras consagradas e de**

trabalhos de arte, no caso de reutilização, por uma segunda vez, desses direitos. Essa remuneração a terceiros, assim como a própria reutilização futura, seria aleatória (pois não se sabe se serão utilizadas obras consagradas e ou de arte e nem se serão reutilizadas uma segunda vez). A decisão de uso e ou reutilização sempre ficará a critério da ALESP, mediante prévio estabelecimento de remuneração a tais terceiros. Ou seja, não haveria nenhum compromisso assumido "a priori" quanto à remuneração mínima ou máxima desses terceiros;



Nº 08
Nº 3036/20
Assinatura: <i>[assinatura]</i>
Gerente Geral

- b) A contratação desses terceiros e sua forma de remuneração serão previstos no Contrato Administrativo, no percentual máximo que for previamente ajustado entre ALESP e as agências contratadas, além da forma e dos percentuais de remuneração às agências vencedoras do certame.

A previsão no contrato administrativo, do percentual máximo de remuneração a tais terceiros, na eventual reutilização de obras consagradas e ou de obras de arte na composição da publicidade, implica em que não haverá, jamais, a obrigatoriedade de pagamento além do percentual máximo constante desse contrato, como limite para a recontração.

Outrossim, com a readequação das Propostas de Preço pelas agências vencedoras do certame, equiparando-as à proposta da licitante que apresentou o menor preço (Gotcha), o percentual máximo a ser pago a titulares de direitos autorais sobre obras consagradas e de arte, no caso de uma segunda reutilização, não ultrapassará o limite de 35%.

Além disso, na mesma declaração da proposta de preços, as licitantes declaram *"que envidarão esforços no sentido de obter as melhores condições nas negociações comerciais junto a fornecedores de serviços especializados e veículos,*

quando for o caso, transferindo à Unidade Contratante todas as vantagens obtidas.”

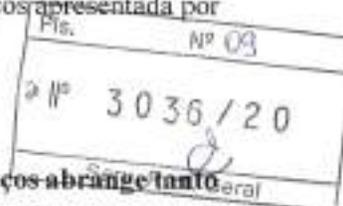
Portanto, a mera indicação de que “o máximo a ser pago a titulares de direitos autorais e conexos, em caso de reutilização de obras consagradas e ou de obras de arte seria de 100%” não implica na obrigatoriedade de se efetuar o pagamento nesse percentual, pois a cada caso a negociação levaria em consideração a declaração de se envidar esforços na obtenção de melhores condições nas negociais comerciais.

- c) Tratando-se de condições da Proposta de preços, é aplicável a ela integralmente, as disposições do artigo 46, inciso II da Lei 8.666/93., ou seja, caberá à agência vitoriosa na Proposta Técnica, readequar sua proposta de preços, equiparando-a à menor proposta de preços apresentada por outra licitante classificada na Técnica.

Como é facilmente verificável, a Proposta de Preços ~~abrange tanto~~ a forma de remuneração da agência pela ALESP, quanto à possibilidade de remuneração máxima a terceiros, titulares de direitos autorais e conexos sobre obras consagradas e ou de arte, numa eventual e hipotética segunda contratação.

Portanto, essa declaração da agência, dentro da sua Proposta de Preço, não vincula a ALESP a aceitar o máximo da remuneração a ser paga a terceiros, mesmo porque tal declaração apenas destaca o MÁXIMO possível a ser pago por tais terceiros (mas sempre com a prévia aprovação do cliente) no caso de reutilização das obras, por uma segunda vez.

Mas o ponto fulcral para a eliminação dessa dúvida, é o de que, sendo esta licitação do TIPO MELHOR TÉCNICA, a(s) agência(s) vencedora(s) do certame, quanto à Proposta Técnica, deveria negociar sua proposta de preço, reduzindo-a e equiparando-a, no mínimo, à MENOR PROPOSTA DE PREÇO apresentada por uma outra licitante classificada na proposta Técnica, a não ser que a própria vencedora da proposta técnica fosse também a que apresentou a menor proposta de preços.



Pois bem. Sendo a proposta de preço constituída dos dois itens que compõem o Modelo de Proposta de Preços, quais sejam, a declaração dos preços que a licitante cobraria da ALESP para os:

- (i) custos internos;
- (ii) para os serviços de produção externos quanto ao planejamento e execução de pesquisas e outros instrumentos de avaliação;
- (iii) para os serviços de produção externa de execução de peça ou material publicitário; (iv) para criação e produção externa quanto ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação,

e a Declaração de que seriam pagos percentuais máximos na reutilização, por uma segunda vez, de direitos autorais e conexos de obras consagradas e de arte, torna-se inquestionável que a Proposta de Preços diz respeito a esses dois elementos que a compõem e, portanto, **ESSES DOIS ELEMENTOS SERÃO NEGOCIÁVEIS PELAS AGÊNCIAS VENCEDORAS DA PROPOSTA TÉCNICA, PARA REDUZIR SUAS PROPOSIÇÕES NA PROPOSTA DE PREÇO.**

Ou seja, a licitante vencedora da Proposta Técnica deverá negociar e equiparar sua proposta de preços (caso não tenha sido a menor apresentada no certame) à menor Proposta de preços apresentada por qualquer outra licitante, seja em relação à remuneração da agência a ser contratada, seja em relação aos percentuais máximos a serem pagos a terceiros, titulares de direitos autorais e conexos sobre obras consagradas e de arte, no caso de uma segunda subcontratação.

Esses dois elementos (remuneração da agência vencedora e remuneração dos titulares de direitos autorais/conexos em caso de reutilização futura) compõem a Proposta de preços e, nessas condições, sobre ambos esses elementos, aplica-se o artigo 46, inciso II da Lei 8.666/93, que dispõe:

"Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de

HOLD
COMUNICAÇÃO

Nº 3036/20

Serv. Prof. Geral

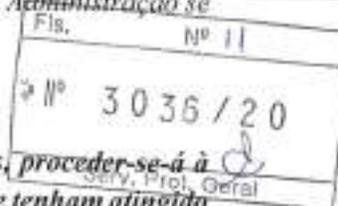
AV. ANTÔNIO DREIERICHSEN 978
CEP 14020-340 - BIRIBÁO/PRÉTO - SP
IN. 3627 6000
www.holdcomunicacao.com.br

projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no parágrafo 4º do artigo anterior:

Parágrafo 1º. Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

(...)

II – uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima.



A lei é clara ao determinar que a negociação tem como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima, levando em consideração todos os itens que compõem a Proposta de preços.

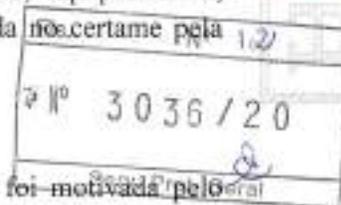
Ora, ainda que na sua Proposta de Preço a ora Recorrente tenha indicado que a remuneração dos terceiros titulares de direitos autorais patrimoniais, no caso de uma segunda reutilização, fosse de ATÉ 100%, certo é que, conforme o permissivo do inciso II do artigo 46 da Lei 8.666/93, pode ela readequar sua proposta de preços nesse subitem, reduzindo o percentual máximo supra referido, para equiparar ao apresentado pela licitante que apresentou o menor preço.

O Direito Romano já destacava que onde a lei não distingue, não pode o intérprete fazer distinções (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Portanto, o disposto no inciso II do artigo 46 abrange TODA a proposta de preços, seja em relação à remuneração a ser paga à agência licitante, seja a remuneração a ser paga a terceiros titulares de direitos

autorais sobre obras consagradas e obras de arte, utilizadas na composição da publicidade.

E desde já se ressalta que a ora Recorrente concorda expressamente em readequar sua proposta de preços, equiparando-a, integralmente, à menor proposta de preços apresentada pelo certame pela licitante Gotcha Comunicação e Participações Eireli.



8 – Nem se diga que a desclassificação foi motivada pelo desatendimento ao princípio da vinculação ao edital.

Esse princípio deve ser aplicado com absoluta cautela, eliminados os excessos e sempre tendo como finalidade a de obter as melhores condições de contratação pela Administração Pública.

Ainda que tenha ocorrido o lapso apontado pela D. Comissão, é ele absolutamente irrelevante e insuficiente para se desclassificar a ora Recorrente.

Ressalte-se que o princípio da vinculação ao edital não deve ser levado ao extremo, notadamente quando o erro ocorrido não implica em prejuízo a quem quer seja - "*pas de nullité sans grief*".

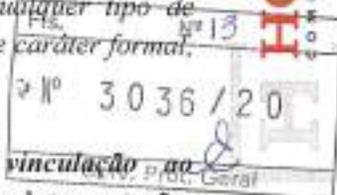
Malgrado a obrigatoriedade da vinculação e a obediência à formalidade que será estabelecida nos certames, os Tribunais vêm entendendo pela relativização do formalismo do procedimento, mormente sobre a sua aplicação em excesso.

Focando na premissa de que toda licitação deve ser realizada em busca da contratação mais vantajosa para a Administração, ou seja, não somente o melhor preço, como também a melhor observação quanto à qualidade, todos os demais critérios da Convocação seriam inviáveis para a perfeita contratação pela administração, se fossem adotadas formalidades ou exigências exageradas.

Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF, ROMS n. 23.714-1/DF, 1ª. T, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13.10.2000) destaca

"..... o agente da Administração, ao dar efeito aos critérios estabelecidos na fase da licitação, deve propiciar, com

praticidade, a resolução de problemas de cunho condizente com sua competência, sem “engessar” o procedimento, de modo a que o licitante não fique vulnerável à exclusão por qualquer tipo de desconexão com a regra estabelecida, ainda que de caráter formal, salvo quando de todo justificável.



Consoante bosquejado, o formalismo e a vinculação ao instrumento convocatório não podem dirigir-se a interpretações absurdas, que venham a estreitar a gama de proponentes e prejudiquem a seleção da melhor proposta, em virtude da inteligência estrita do sentido das palavras, apego a minúcias inúteis, sistemática mecânica e ignorância ao fim a ser atingido. Na prática, uma vez insertos no contexto, provocarão a morosidade do serviço público, ou, ainda, potencial e indiretamente, o privilégio a alguns participantes.

Vale também ressaltar a prevalência do bom senso do condutor da licitação e da Comissão especialmente designada para tal fim, que deverão também se basear no princípio da competitividade, relevando formalismos que se sobreponham à finalidade do certame, sem contudo, deixarem de considerar a legalidade e a impessoalidade dos atos praticados. (grifos são nossos).

Também é de se ressaltar o sempre citado **Hely Lopes Meirelles**, ao ensinar que

"... a desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do útil per inutile non vtilatur, que o Direito francês resumiu no pas de nullité sans grief. ..."

Relevantes decisões judiciais do STJ são incisivas nesse sentido:

"(...) rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93). (STJ – Resp 797170 – MT 2005/0188019-2 0 Relatora Ministra Denise Arruda, julgamento em 17.10.06, Primeira Turma, DJ. 7.11.06, RSTJ vol. 206,p. 160)."

"Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público e, conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. O procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei(...)"

(STJ – Mandado de Segurança 5.418/DF, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, Maioria. DJ 1.6.98).

Fls.	Nº	M
Nº 3036 / 20		
D		

9 – Por outro lado, devem ser levados em consideração os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, que não podem ser desatendidos em face de um excesso de rigor quanto à vinculação ao edital.

Os princípios gerais da Administração Pública constantes do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal não eliminam outros princípios gerais de direito, tais como o **princípio da supremacia do interesse público**, o **princípio da finalidade**, o **princípio da razoabilidade** e o **da proporcionalidade**.

O processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, visa a proteção dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração, estando de acordo com o que dispõe a legalidade na forma de princípio.

O art. 2º. da citada lei dispõe que

"A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Juntos, esses princípios indicam que o poder público está obrigado a mostrar correspondência de seus atos com a ideia de coerência, racionalidade e sensatez, de modo simples e objetivo. Portanto, consiste que a Administração Pública haja com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato e, em especial, a obtenção das condições mais vantajosas (seja sob o aspecto técnico e de conteúdo do serviço contratado, seja sob o aspecto financeiro).

Desclassificar licitante por erro de menor importância na indicação de percentual de eventual, hipotética e aleatória remuneração a direitos autorais sobre obras consagradas e ou obras de arte, quando a readequação da proposta é legalmente possível, a teor do disposto no inciso II do artigo 46 da Lei 8.666/93, é exagero que a norma legal não acolhe.

Marçal Justem Filho preleciona:

"Não é cabível excluir propostas vantajosas ou potencialmente satisfatórias apenas por apresentarem defeitos irrelevantes ou porque o "Princípio da Isonomia" importaria tratamento de extremo rigor. A isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por idêntico tratamento menos severo. Aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se até mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes.

A vedação à discriminação injustificada não importa proibição de superar defeitos menores, irregularidades irrelevantes e outros problemas encontrados na atividade diária de seleção de propostas.

(...).

No entanto, é imperioso avaliar a relevância do conteúdo da exigência. Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa

Fis.	Nº	15
→ Nº 3035/20		
Serv. Prpt. Geral		

HOLD
COMUNICAÇÃO

regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. Certamente não haveria conflito se o ato convocatório reservasse a sanção de nulidade apenas para as desconformidades efetivamente relevantes. Mas nem sempre é assim. Quando o defeito é irrelevante, tem de interpretar-se a regra do edital com atenuação (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pg. 62 e 470).

Igualmente, deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, o qual veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desproporcionais e desrazoados.

Fere o bom senso imaginar que a Administração Pública possa utilizar meios ou tomar decisões que se mostrem completamente inúteis a ponto de sequer alcançar os fins para os quais se destinam.

Não tem o menor sentido desclassificar a ora Recorrente, por falha supriável pela simples readequação da proposta de preços, nos termos do artigo 46, inciso II da Lei 8.666/93, como acima amplamente exposto. Uma punição descomedida e desproporcional, além de injusta, afronta não só o bom senso, mas os princípios que regem o processo de licitação. Por isso, impõe-se ao órgão julgador o dever de uma avaliação criteriosa e comparativa da suposta falha, com a aplicação de tamanha punição, como é a desclassificação de uma licitante que foi o vencedora da Proposta Técnica, numa licitação de MELHOR TÉCNICA., após ficar demonstrada a excelência na capacitação técnica da ora Recorrente.

Também a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é clara em reafirmar esse princípio:

“Acórdão TCU – 187.2014 – Plenário – Data da sessão 05.02.2014 – Ministro Relator Valmir Campelo.

É possível o aproveitamento de propostas com erro materiais sanáveis, que não prejudicam o teor das ofertas, uma vez que isso não se mostra danoso ao interesse público ou aos princípios da isonomia e da razoabilidade.”

“ Acórdão TCU n. 1734/2009 – Plenário – Data da sessão 05.08.2009, Ministro Relator Raimundo Carreiro

Fls. Nº 16
→ Nº 3036/20
at. Geral

A desclassificação de licitantes por conta de erro material na apresentação da proposta, fere os princípios da competitividade, proporcionalidade e razoabilidade, sendo medida de extremo rigor, que pode afastar do certame propostas mais vantajosas com ofensa ao interesse público."

Ainda que tenha ocorrido o citado lapso na apresentação de um percentual sobre remuneração de terceiros, no caso de reutilização hipotética e aleatória de obras intelectuais, basta que se aplique analogicamente tais decisões do TCU, ao presente caso, para se constatar que são de evidente similitude:

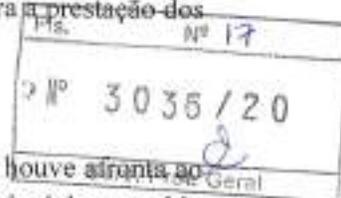
- a ora Recorrente foi uma das vencedoras da Proposta Técnica, lembrando que o tipo de concorrência é o de "Melhor Técnica", o que já demonstra que a vantajosidade para a ALESP, na contratação desta agência, é evidente. Irá contratar quem demonstrou ser a melhor para a prestação dos serviços objeto da licitação.

10 - Por outro lado, inquestionável que não houve afronta ao princípio da vinculação ao edital, mesmo porque esse princípio tem sido mitigado pelos tribunais sob a fundamentação de evitar rigorismos formais nos processos licitatórios.

Tal princípio tem sido relativizado pelos Tribunais, ao argumento de que o rigorismo formal no edital impede a competitividade no processo administrativo licitatório, frustrando o objetivo precípuo da Administração com a realização do certame, **que é o selecionar a melhor proposta.**

De acordo com a Lei de Licitações, os licitantes que deixarem de atender aos requisitos estabelecidos no edital estarão sujeitos a serem desclassificados ou inabilitados. Todavia, os tribunais em análise às exigências editalícias vêm julgando a favor da licitante que cometer alguma irregularidade que não vicie o procedimento ou que cause prejuízo ao certame e à Administração Pública e aos demais licitantes, desde que tal irregularidade não influencie na demonstração de que o licitante preenche os requisitos – técnicos e financeiros – para participar do certame.

Privilegiar meras omissões ou irregularidades formais (como foi a indicação de um percentual máximo de remuneração para direitos



autorais sobre obras consagradas e de artes, numa hipotética e aleatória possibilidade) quando passíveis de serem regularizadas pela mera readequação da proposta de preços por ser a vencedora da Proposta Técnica, em detrimento da finalidade maior do processo licitatório que é garantir a obtenção do contrato mais vantajoso para a Administração, é motivo desarrazoado para desclassificar o participante.

Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo – Dialética, 2010, pg. 234) preleciona:

Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é satisfatória e vantajosa. Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja a estrita regulamentação imposta originariamente na lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

Oportuna, também, a lição de Hely Lopes Meirelles ((Licitação e Contrato Administrativo – São Paulo – Malheiros – 1990, pg. 136):

“A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, por um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do Edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se aqui a regra universal do “utile per inutile non vitiatur” que o direito francês resumiu no “pas de nullité sans grief.” Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um RIGORISMO FORMAL e inconsentâneo com o caráter competitivo da licitação”.

A jurisprudência de nossos Tribunais é incisiva quanto a rejeitar desclassificações por meras irregularidades ou excesso de formalismos quanto ao princípio da vinculação ao edital.

Decisão do Eg. Superior Tribunal de Justiça é nesse sentido:



Fig. pg. 234	18
Nº 3036 / 20	
Serv. Prot. Geral	

"Direito Público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao Edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento. O Edital no sistema jurídico constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao Edital não é absoluto, de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração (MS 5418-DF – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ, 01.06.98, pg. 024).

Decisão do Tribunal de Contas da União:

Fls.	Nº	FH
3	3036	20

"6. Também não vislumbro quebra de isonomia no ~~certame licitatório~~ inobservância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Como já destacado no parecer transcrito no relatório precedente, o edital não constitui um fim em si mesmo, mas um instrumento que objetiva assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para Administração e a igualdade de participação dos interessados.

7. Sem embargo, as normas disciplinadoras da licitação devem sempre ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação".

O formalismo constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório; no entanto, a rigidez do procedimento não pode ser excessiva a ponto de prejudicar o interesse público.

A vinculação ao instrumento convocatório não é absoluta, sob pena de ofensa à competitividade, conforme os julgados acima destacados.

A Administração Pública não pode admitir ato discricionário que, alicerçada em rígida formalidade, desclassifique licitantes em razão de rigorismos formais, privilegiando a forma em detrimento de sua finalidade, frustrando o caráter competitivo da seleção pública.

Com o devido respeito a essa DD, Comissão Julgadora de Licitação, é necessário que se reveja a decisão profetizada quanto à desclassificação da ora Recorrente, eliminando o excesso de formalismo dado à indicação de percentual de honorários sobre obras intelectuais, quando de uma eventual e incerta recontração, por uma segunda vez.

Como já se enfatizou, a demonstração de que a ALESP estará adequadamente atendida pela Hold Comunicação na prestação de serviços publicitários, já ficou patente com a vitória da ora Recorrente na fase de Proposta Técnica no certame, seja quanto à de preço, com a sua readequação, mediante sua equiparação à menor proposta de preços apresentada por outra licitante.

Como destaca Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 58):

"A expressão legislativa sintetiza todas essas considerações quando estabelece que a licitação destina-se a selecionar a "proposta mais vantajosa" para a Administração. Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples "formalismo" do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração".

Acompanhando a doutrina, assim se posiciona nosso Poder Judiciário:

"Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais

Finalidade Nº 20
№ 3036/20
Julgadora de
Art. Gerat

HOLD
COMUNICAÇÃO

AV. ANTÔNIO DIEDERICHSEN, 375
CEP 14210-140 - RIBEIRÃO PRETO - SP
16. 5027-0000
www.holdcomunicacao.com.br

vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ. ROMS 200000625558, REL. Min. José Delgado, DJ. 18.03.2002).”

HOLD
COMUNICAÇÃO

Fls.	Nº 31
11 / 20	
Sery. Prot. Geral	

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da

União:

“(…) A Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração (Decisão n. 472/1995 – Relatório)

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciososa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece-se o interesse público e passa-se a conferir os pontos e vírgulas, como se isso fosse o mais importante a fazer. (...) Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais (Decisão n. 695/1999) – Voto).

11 - Finalmente, é conveniente que essa DD. Comissão Julgadora de Licitação **verifique se as novas Propostas de Preço, provavelmente já apresentadas pelas agências Companhia de Comunicação e Publicidade Ltda. e Versão BR Comunicação e Marketing Eireli – EPP**, declaradas vencedoras do julgamento final das Propostas Técnicas e Propostas de Preços (1ª. e 2ª. colocadas respectivamente), **readequaram suas propostas de preço quanto aos percentuais máximos a serem aplicados nas eventuais renovações de contratos com terceiros, de concessão de direitos sobre obras consagradas e de arte, por uma segunda vez, equiparando-as à menor proposta de preço apresentada pela licitante Gotcha Comunicação e Participações Eireli.**

AV. ANTONIO DREIERHOSEN 578
CEP 14020-340 - RIBEIRÃO PRETO - SP
16 3821 0000
www.holdcomunicacao.com.br

As duas citadas licitantes – CC&P e VERSÃO BR – nas suas propostas de preço originais, apresentaram o percentual máximo para reutilização de obras consagradas e de arte, de 40%.

A licitante Gotcha apresentou esse percentual em 35%.

Dessa forma, da mesma forma que tais agências entenderam que a Proposta de Preço englobava também a proposta de percentuais máximos aplicados à renovação dos contratos de concessão de direitos sobre obras consagradas e de arte e provavelmente reduziram os percentuais por elas apresentados inicialmente, constata-se inequivocamente que a Hold, ora Recorrente, teria o mesmo direito de apresentar nova proposta de preços, aplicando o mesmo percentual indicado pela Gotcha, esta como a licitante que apresentou a menor proposta de preços.

Não seria obstáculo ao direito da ora Recorrente em apresentar nova proposta de preços, com tal adequação, a alegação de atendimento ao princípio da vinculação do edital, uma vez que, como acima ficou reiteradamente destacado, esse formalismo do procedimento deve ser relativizado em face ao atendimento dos princípios gerais constantes do artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam *o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da finalidade, o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade.*

Se coube às duas licitantes CC&P e Versão BR o direito de readequarem suas Propostas de Preço (e imagina-se que assim tenham agido), reduzindo o percentual de 40% para 35% (equiparando-as à da menor proposta de preço apresentada por outra licitante), não teria sentido que à HOLD, que foi uma das duas melhores pontuadas na Proposta Técnica, fosse negado esse mesmo direito, tão só sob o fundamento frágil de atendimento ao princípio da vinculação ao edital, enquanto que todos os demais princípios que regem as licitações públicas, acima destacados, justificam o acolhimento do presente recurso.

É inegável que com o acolhimento do presente recurso, o princípio da supremacia do interesse público seria plenamente atendido. Primeiro, porque a Hold foi uma das duas licitantes vencedora da Proposta Técnica, na licitação de MELHOR TÉCNICA e, segundo, porque mediante a readequação de sua proposta de preço, equiparando-a à menor proposta de preço apresentada no certame, atingiria a finalidade primordial do



AV. ANTÔNIO DIEDECRICHEN, 573
C/EP 14.005-240 - ITAERÁO PRETO - SP
16.3621-6000
www.holdcomunicacao.com.br

certame, que é a de permitir à Administração Pública as melhores condições de contratação.

Por todo o exposto, requer-se o acolhimento do presente recurso, seja para que essa DD, Comissão Julgadora da Licitação reconsidere sua decisão e permita que a ora Recorrente readeque sua proposta de preço, equiparando-a à menor proposta de preço apresentada por outra agência neste certame na forma do disposto no inciso II do art. 46 da Lei 8.666/93, ou que o recurso seja provido pela Autoridade Superior, para que a Recorrente possa apresentar a readequação de sua Proposta de Preços, equiparando-a à menor proposta de preço apresentada pela licitante Gotcha Comunicação e Participações Eireli, passando a ser declarada uma das duas licitantes vencedoras do julgamento final das Propostas Técnicas e Propostas de Preços e possa a licitação prosseguir em seus ulteriores termos.

É o que se requer.

Ribeirão Preto/São Paulo, 20 de novembro de

Fls.	Nº 03
Nº	3036/20
2020.	
Serv. Públ. Geral	

**HOLD COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS RIBEIRÃO
PRETO LTDA – EPP**




Renata Pacagnella
Sócia Diretora
Hold Comunicação

AV. ANTÔNIO DIEGRIKHSSEN 975
CEP 14200-240 - RIBEIRÃO PRETO - SP
IN 3521 8000
www.holdcomunicacao.com.br