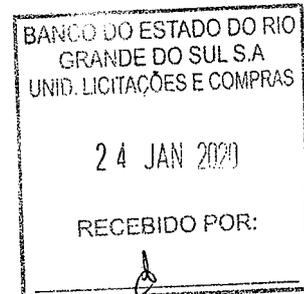


**AO SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO BANRISUL -
CONCORRÊNCIA 572/2019**



Objeto: Recurso contra o julgamento das propostas técnicas

GLOBALCOMM COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA,
pessoa jurídica de direito privado, com endereço na Av. Mostardeiro, 800/7º andar,
Porto Alegre – RS, inscrita no CNPJ sob o nº01.914.822/0001-40, já qualificada na
presente licitação, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, por seu
representante legal, apresentar **RECURSO**, contra o julgamento das propostas
técnicas do certame, consoante os seguintes fatos e fundamentos.

O Banrisul através de sua Comissão de Licitações promoveu
licitação para contratação de agências de propaganda - Concorrência Pública
572/2019. Após publicação de Edital e regular desenvolvimento do certame, houve
avaliação das propostas técnicas apresentadas pelas licitantes, cuja pontuação foi
divulgada e cotejada na 2ª sessão, restando registrada em ata.

O prazo para interposição de recursos se inicia na data da
publicação da sessão (decisão) no Diário Oficial, o que se deu em 17/01/20. O prazo
de cinco dias úteis para o presente recurso, encerra-se, portanto, no dia 24/01/2020,
sendo o presente recurso tempestivo.

Com a devida vênia, a recorrente vem à presença desta respeitável comissão interpor o presente recurso contra o julgamento das propostas técnicas, propugnando pela revisão da pontuação atribuída à sua proposta, bem como àquela atribuídas à outras concorrentes e ainda para destacar a necessidade de desclassificação de uma das concorrentes por identificação de sua proposta.

Ao julgar as propostas técnicas apresentadas pelas concorrentes a subcomissão técnica cometeu alguns equívocos, os quais devem ser retificados para maior justiça na decisão e melhor andamento dos trabalhos nas fases seguintes da licitação.

1. Da inexistência de motivação para as notas e do subjetivismo do julgamento:

Ao analisar as planilhas de notas dos julgadores, se constata que alguns julgadores utilizaram comentários bastante subjetivos para justificar suas notas, e outros sequer justificam, tornando difícil interposição de recursos e destoando do que é exigido no edital e na legislação pátria.

Em relação as notas atribuídas à recorrente, o julgador Bernardo (fls 287) desconta vários pontos (21 pontos descontados) sob o argumento de que não gerou empatia ou emoção, ou ainda ficou com a impressão, ou seja, fundada em critérios subjetivos que não encontram respaldo no edital.

Da mesma forma, a julgadora Daniela (fls 307) fundamenta que a estratégia de humor “não me parece adequada para um banco”. Ainda, o julgador Lucas traz fundamentos a partir do que “acha” iniciando sua motivação pela palavra “acho”, ou seja, está também sendo subjetivo em seu julgamento.

Cabe destacar que a motivação subjetiva e distante do edital não está presente somente na proposta da recorrente, às fls 281 o julgador Bernardo comenta em outra proposta que “dois nãoos me causaram desconforto. Às fls. 285 há outro comentário subjetivo, “a campanha causou efeito dejavu”, e em



outra passagem da mesma página “não acho prudente”. Em outro julgamento, da agência melhor pontuada o comentário foi “belo projeto”.

Conforme se verifica dos exemplos listados acima, e tratam-se apenas de exemplos, pois há outros comentários subjetivos nas planilhas de julgamento, o julgamento não cumpriu o edital e deve ser revisto, quem sabe até anulado, pois o edital é a regra que deve conduzir a licitação.

O edital está claro ao definir os critérios de julgamento, conforme se transcreve abaixo:

6.1 A Subcomissão Técnica, prevista neste edital, analisará as Propostas Técnicas das licitantes quanto ao atendimento das condições estabelecidas neste edital e seus anexos.

6.2 Serão levados em conta pela Subcomissão Técnica, como critério de julgamento técnico, os seguintes atributos da Proposta, em cada quesito ou subquesito:

6.2.1 Quesito Plano de Comunicação Publicitária

6.2.1.1 Subquesito Raciocínio Básico:

a) grau de entendimento do briefing, demonstrado através da compreensão dos seguintes aspectos:

a.1) do papel do Banrisul nos contextos social, político e econômico;

a.2) da natureza, da extensão e da qualidade das relações do Banrisul com seus públicos;

a.3) das características do Banrisul e das suas atividades e de seus produtos e serviços que sejam significativos para a comunicação publicitária;

a.4) sobre a natureza e a extensão do objeto do briefing;

a.5) dos desafios e objetivos de comunicação a serem estabelecidos pelo Banrisul;

a.6) das necessidades de comunicação e das estratégias do Banrisul para enfrentar esses desafios.

6.2.1.2 Subquesito Estratégia de Comunicação Publicitária:

a) a adequação do conceito proposto em relação à natureza e à qualificação do Banrisul e ao desafio e objetivos de comunicação;

b) a consistência lógica e a pertinência da argumentação apresentada em defesa do conceito e da estratégia de comunicação publicitária propostos;

c) a riqueza de desdobramentos positivos do conceito proposto para a comunicação do Banrisul com seu público alvo, objeto do briefing;

d) a adequação e a exequibilidade da estratégia de comunicação publicitária proposta para a solução do desafio e alcance dos objetivos de comunicação do Banrisul;

e) a capacidade de articular os conhecimentos sobre o Banrisul, o mercado no qual se insere, o seu desafio e seus objetivos de comunicação definidos no briefing, seus públicos e a verba disponível.

6.2.1.3 Subquesito Ideia Criativa



- a) sua adequação ao desafio, aos objetivos de comunicação do Banrisul e à estratégia de comunicação publicitária sugerida pela licitante;
- b) as soluções inovadoras capazes de contribuir para o posicionamento e os atributos desejados pelo Banco.
- c) sua adequação ao universo cultural dos segmentos público-alvo;
- d) a multiplicidade de interpretações favoráveis que comporta e de desdobramentos que possibilita;
- e) a originalidade da combinação dos elementos que a constituem em consonância com as novas tecnologias;
- f) a simplicidade e didática da forma sob a qual se apresenta;
- g) sua pertinência às atividades do Banrisul e à sua inserção nos contextos social, político e econômico;
- h) as proposições inovadoras considerando as possibilidades do meio digital;
- i) a exequibilidade das peças e/ou do material;
- j) a compatibilidade da linguagem utilizada nas peças e/ou materiais aos meios e aos públicos propostos.

6.2.1.4 Subquesto Estratégia de Mídia e Não Mídia

- a) o conhecimento dos hábitos de consumo de comunicação dos segmentos de público definidos no briefing;
- b) a capacidade analítica evidenciada no exame desses hábitos;
- c) a consistência do plano simulado de distribuição das peças e/ou dos materiais em relação às duas alíneas anteriores;
- d) a pertinência, a oportunidade e a economicidade demonstradas no uso dos recursos e/ou canais de comunicação próprios do Banrisul;
- e) a economicidade da aplicação da verba estabelecida para a campanha, evidenciada no plano simulado de distribuição das peças e/ou dos materiais;
- f) a otimização da solução de mídia e não mídia proposta na estratégia apresentada, para o atingimento dos públicos-alvo estabelecidos no briefing

Conforme se verifica do exposto acima, os critérios definidos no edital para o julgamento das propostas não foram os utilizados pelos julgadores, eles atribuíram notas ou efetivaram descontos de acordo com critérios próprios, subjetivos, de acordo com convicções pessoais, com o que “acham” que deveria ser, com o que “sentem” mas não com a técnica necessária para o julgamento de uma licitação, que deve utilizar critérios objetivos expostos no edital.

Não há nos quesitos e subquesitos do edital, citados acima, que sejam similares, conexos ou parecidos com os critérios subjetivos utilizados pelos julgadores. Não houve apreciação das propostas utilizando so quesitos e subquesitos do item 6.1 do edital, ou seja, a subcomissão julgou à revelia do edital.



Além do mais, há casos em que a subcomissão não fundamentou as notas atribuídas, nem de acordo com seus critérios próprios e muito menos de acordo com o edital.

A forma como foram julgadas as propostas técnicas contrariam a lei, pois descumprem o edital, e contrariam os princípios constitucionais da eficiência, do devido processo legal e também da ampla defesa, já que impossibilitam a defesa das concorrentes em consonância com o edital que é a regra da licitação.

A falta das justificativas ou o subjetivismo dos critérios utilizados sem respaldo no edital impede que a recorrente interponha recurso dos pontos que por ventura foram desconsiderados ou considerados insatisfatórios pelos julgadores, afrontando direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, além de ferir o princípio da motivação.

Tal consideração é extremamente importante para conferir validade ao processo administrativo, não se pode conceber, aceitar, decisão que aborda o caso de forma genérica, subjetiva e sem a abordagem das circunstâncias fáticas e editalícias que ensejaram a redução da nota atribuída à recorrente.

Assim, há nulidade grave no julgamento das propostas que deve ser sanada, ou com o reestabelecimento das notas indevidamente descontadas, ou com a anulação do julgamento, visto que destoa do que é exigido no edital.

Frise-se, pois o cidadão e/ou concorrente possui o direito fundamental à boa administração pública, é dizer, à administração eficaz (artigo 37 da Constituição da República), transparente, imparcial, proba, preventiva e precavida.

Neste contexto, é dever do agente público, na prolação de decisão, em sede de julgamento de propostas, a análise dos aspectos fáticos em consonância com os quesitos e subquesitos apresentados no edital, sob pena de violação ao *due process of law* e aos princípios do contraditório e da ampla defesa aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são



assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes - art. 5º LV da Constituição da República].

A Lei 12.232/10, ao dispor sobre o processamento e o julgamento da licitação, envolvendo serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, é expressa ao determinar, em seu art. 11, § 4º, incisos IV e VI, a necessidade de motivação dos atos, senão vejamos:

IV: elaboração de ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;
VI elaboração de ata de julgamento dos quesitos mencionados no inciso V deste artigo e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;

Na mesma linha, o presente Edital estabelece, em seu item 10.3.2 a necessidade de justificativa acerca das notas apresentadas para os quesitos.

Tais disposições decorrem do princípio da motivação, o qual preceitua que qualquer ato administrativo deve ser motivado, com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, se mostrando fundamental e indispensável para que se realize o controle de legalidade dos atos.

As decisões tomadas no âmbito administrativo exigem motivação, ou seja, exigem a explicitação, a exposição dos motivos, logo, para descontar os pontos ou atribuir notas máximas a umas em detrimento de outras o julgador necessitaria de um motivo coerente com o edital e esse motivo deve ser expresso, deve ser mostrado, publicizado.

A doutrina administrativista aborda o *princípio da motivação*:

*"[...] implica para a Administração Pública o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo"*¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed., Malheiros, 2000, p. 82.

A motivação, por óbvio que fundada nos fatos e na lei (no caso presente no edital), além de se tratar de um princípio implícito no texto constitucional (arts. 1º, II; 5º, XXXV; 93 IX e X) é condição de validade do ato administrativo.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

“dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada (...). Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (...) Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem a um mesmo objeto, como nas licitações”

Cretella Júnior² faz importantes anotações sobre o tema e define que ato motivado, em direito, é aquele cuja parte dispositiva é precedida de exposição de razões ou fundamentos que justificam a decisão, quanto aos efeitos jurídicos. O autor ainda sustenta que é necessário que os motivos sejam expostos de maneira concreta, precisa e clara não sendo suficiente uma vaga referência. “Expressões genéricas como “melhor serviço”, “altos fins”, “interesse do povo”, “conveniência geral” não servem para motivar o ato.

Os Tribunais também possuem idêntico entendimento:

"(...). 3. De acordo com a Lei n. 9.784/99, art. 50, "deverão ser motivados todos os atos administrativos que: neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam processos administrativo de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorrem de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de outro ato". 4. A motivação dos atos administrativos é um princípio constitucional implícito, resultando do disposto no art. 93, X, da Constituição (pois não é razoável a obrigatoriedade de motivação apenas das decisões administrativas dos Tribunais), do princípio democrático, uma vez que indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa (Celso Antônio Bandeira de Mello), e da regra do devido processo legal. É, por isso, uma exigência inderrogável, de

² CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

modo que não prevalece para o fim de dispensar motivação da revogação - como no caso aconteceu - a nota de "caráter precário". (...) (TRF 1ª Região - AMS processo 2001.38.00.025743-3 - 5ª Turma - unânime - 01/03/2007).

No caso presente, a fundamentação fática, jurídica e normativa que deveria ser adotada no julgamento das propostas.

Os julgadores deveriam utilizar os documentos das propostas e coteja-los com os quesitos e subquesitos do edital, para proferir seu julgamento, no entanto, não é o que se observa do julgamento efetuado pela subcomissão no caso presente, que não justificou a grande maioria das notas atribuídas em grau inferior ao máximo possível com respaldo no edital e quando houve alguma externação de razão para a atribuição de notas, isso ocorreu de forma precária em relação, subjetiva, sendo recorrente o uso de expressões como "gostei", "achei", "senti", "considero", "péssima ideia", "belo projeto", "não gerou em mim empatia ou emoção", "proposta incrível", "alto valor emocional, excelente proposta", dentre outras, sem demonstrar as razões que a levaram a tais conceitos.

O que se verifica das expressões exemplificadas acima é que o julgamento restou embasado em critérios subjetivos que não encontram respaldo no edital, na lei de licitações para agências de publicidade e menos ainda na Constituição Federal, que em seu artigo 37 sanciona os princípios a que a Administração Pública deverá obedecer: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A lei 12.232/2010 que rege as licitações para contratação de agência de publicidade, especifica em seu artigo 6º inciso VI que: o julgamento das propostas técnicas e de preços e o julgamento final do certame serão realizados exclusivamente com base nos critérios especificados no instrumento convocatório.

Como se pode ver o julgamento das propostas deve ser o mais objetivo possível, atendendo aos critérios estabelecidos no ato convocatório (edital), sendo inadmissível que a subcomissão que avaliou as propostas técnicas desconte pontos da licitante por essa não ter comprovado algo que o edital não exigia.

Enfatiza-se os critérios para julgamento das propostas devem estar previstos no edital de forma objetiva. A prévia definição dos critérios e o

objetivismo desses estão previstos em lei justamente para afastar a discricionariedade na escolha das propostas, reduzindo a valoração subjetiva para conferir a isenção necessária ao certame.

Ainda, em relação aos julgamentos e seus problemas, fato grave que deve ser destacado é o de que um mesmo julgador concedeu notas diferentes para três licitantes, utilizando a mesma justificativa, conforme se observa dos documentos de fls. 302, 307 e 306, onde a julgadora Daniela justifica que foi utilizado muito mídia programática e desconta da recorrente 4 pontos e das outras duas concorrentes (Escala e JSMax) 2 pontos.

Por tudo que foi demonstrado acima, se constata que a decisão proferida no sentido de descontar pontos da recorrente deve ser revista, ou seja, se não há justificativa dentro das exigências do edital para o desconto não deve haver o desconto, caso contrário, necessário anular o presente julgamento pois é inaceitável o embasamento apenas por intepretações pessoais e subjetivas dos julgadores.

2. Erro grave no computo das notas

As notas dos julgamentos da presente licitação apresentam ainda outro problema grave, alguns julgadores atribuíram nota 05 há itens das concorrentes e tal nota foi considerada como sendo 5,0, porém, são duas coisas distintas.

No caso em que o edital estabelece que (item 6.3.2) cada membro da Subcomissão Técnica atribuirá pontos individuais a cada um dos quesitos e subquesitos, de acordo com a pontuação máxima prevista no item 6.3.1, obedecidos intervalos de 0,5 (meio) ponto e levando em consideração todos os itens previstos no edital, escrever 05 é totalmente diferente de escrever 5.

O julgador Bernardo, no julgamento das propostas das agências 'E' e 'G' (Pública e JSMax) no item raciocínio básico atribuiu nota 05, sendo que para as demais concorrentes atribuiu notas sem o zero na frente, em números cheios, de onde se conclui que se tratam de notas diferentes, onde escreveu 5 seria de fato a nota máxima, mas onde escreveu 05 seria metade 1 ponto. A mesma situação ocorre em relação ao julgamento da estratégia de comunicação da agência "F" (Centro)



Não se pode aceitar que em alguns casos se utilize o número inteiro e em outros o número com zero na frente e concluir que ambos se referem a mesa nota, quanto mais quando essas notas são atribuídas pela mesma pessoa.

O mesmo julgador utilizou em outro momento do julgamento, a nota 14,5 para uma concorrente, ou seja, demonstrando que considerou os números após a virgula, ou seja, que utilizou os intervalos de 0,5 (meio ponto) na atribuição de suas notas.

Mesma situação se verifica nas notas do julgador Lucas, para a concorrente "E" (JSMax), na nota do raciocínio básico escreveu 05 na nota da estratégia de mídia e não mídia escreveu 08, sendo que em todas as demais utilizou os números inteiros sem acrescentar o zero na frente. Cabe destacar que esse julgador também se utilizou da faculdade do edital de atribuir (0,5) metade de um ponto na nota da capacidade de atendimento de uma recorrente, demonstrando que considera os números após a virgula.

Ainda que os julgadores argumentem em sua defesa que não consideraram 0,5 e sim 5, quando escreveram 05, devemos destacar que o julgamento se tornou nulo, pois agora só cabe ao julgador que assim escreveu decidir quem serão as vencedoras da licitação, bastando que argumento em um ou outro sentido, pois agora já sabe para quem atribuiu essas notas. Mesmo que essa não seja a intenção do nobre julgador, não há como desconsiderar esse fato que vai de encontro ao princípio do sigilo das propostas nas licitações de publicidade.

Mais uma vez se verifica que há nulidade grave no julgamento das propostas técnicas que não pode ser desconsiderada pela comissão de licitações.

3. Da inserção de indicações/marcas/elemento estranho na via não identificada da proposta técnica – caso de desclassificação

A proposta apresentada pela licitante Matriz (concorrente "A"), ora classificada em primeiro lugar com a pontuação máxima prevista no edital, se apresenta claramente em **desacordo** com o edital da licitação, bem como com a

Legislação pátria, devendo ser **desclassificada** do certame, pois acresceu uma capa plástica preta no caderno não identificado, sendo que o edital no item 2.4, letra “I” exigia capa e contracapa em papel tamanho A4 branco.

A inserção de uma capa em plástico de cor preta, ao contrário da capa em papel branco exigida pelo edital, torna a proposta da agência identificável, o que gera a desclassificação dessa por descumprimento da lei, do edital e seus anexos.

Ao incluir tal capa na sua proposta a licitante cometeu um erro grave, identificado sua proposta e contrariando a lei e o edital. Independente do motivo que levou a agência a tomar tal atitude, o fato é que agiu em desacordo com o edital e, portanto, deverá ser desclassificada. Tal indicação não pode ser ignorada, **cabendo a desclassificação da agência em comento.**

O Edital da licitação prevê:

12.7.2. Será desclassificada e ficará impedida de participar do restante do certame a licitante cujos documentos que compõem o Envelope n.º 1 contiverem informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que identifique a sua autoria em momento anterior à abertura do Envelope n.º 2.

12.7.3. No tocante ao Envelope n.º 3, é vedada às licitantes a aposição, no envelope e/ou nos documentos nele contidos, de informação, marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento que possibilite identificar a autoria do plano de comunicação publicitária, em qualquer momento anterior à abertura do Envelope n.º 2.

12.7.4. Será desclassificada e ficará impedida de participar do restante do certame a concorrente que desrespeitar o disposto no subitem anterior.

A capa da proposta não identificada da Matriz, conforme destacado, permite que qualquer julgador tivesse conhecimento de quem era a proposta, não está se afirmando que isso ocorreu, mas que esse elemento permite que ocorra, e isso já é suficiente para impor a desclassificação.

Além disso, o próprio edital prevê que qualquer descumprimento do edital leva a desclassificação, logo, colocar uma capa totalmente



diferente das demais e da exigência do edital deve levar a desclassificação da concorrente.

Não se pode aceitar a desconsideração de regras claras e determinantes no edital de nenhum modo, se o critério de desclassificação pela pontuação foi aplicado as demais agências (6 agências), deve se utilizar do mesmo critério no caso do descumprimento ao edital praticado pela Agência Matriz.

Com efeito, ao descumprir o edital a proposta da agência Matriz descumpre também a lei de licitações. A presente licitação é regida pela lei 12.232/10 que prevê em seu artigo 11:

Lei 12.232/10 - Art. 11. Os invólucros com as propostas técnicas e de preços serão entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório.

§ 1º Os integrantes da subcomissão técnica não poderão participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços.

§ 2º Os invólucros padronizados com a via não identificada do plano de comunicação publicitária só serão recebidos pela comissão permanente ou especial se não apresentarem marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento capaz de identificar a licitante.

§ 3º A comissão permanente ou especial não lançará nenhum código, sinal ou marca nos invólucros padronizados nem nos documentos que compõem a via não identificada do plano de comunicação publicitária.

Ainda que a identificação não tenha ocorrido, o que não se pode afirmar num sentido e nem no outro, a desclassificação seria imperiosa, pois não são apenas os elementos que identificam cabal e expressamente os licitantes aqueles merecedores de repreensão legal, **o propósito da lei é justamente coibir qualquer tipo de tentativa ou incidente que possa apontar a identidade do licitante, de maneira que a questão não fica restrita ao grau de exatidão da identificação, mas se, de fato, o elemento pode ou não ser considerado um identificador.**

Sobre o ponto, mostra-se valioso o parecer nº 883/2013/CONJUR-MEC/CGU/AGU, de 25/07/2013 (em anexo) da Consultoria-Geral da União (órgão máximo da atividade consultiva da Advocacia Pública no âmbito da União), proferido em caso análogo, do qual transcreve-se alguns pontos.



(...)

12. *É incontroverso que, havendo identificação, voluntária ou não, do invólucro nº 1, a consequência jurídica necessária é a desclassificação da proponente, haja vista a violação do instrumento convocatório e da legislação de regência da matéria, mormente a lei 12.232/2010.*

(...)

14. *Não obstante a subcomissão técnica e a presidente da comissão especial de licitação considerarem que tal fato não conduz à identificação da agência, considera esta Consultoria Jurídica que a indicação nominal de representantes é passível de possibilitar a identificação da autoria das propostas. Qualquer informação que permita a identificação do plano de comunicação publicitária deve repercutir com a desclassificação da licitante. Em outras palavras, a empresa que assumo o risco de ter sua proposta técnica identificada, deve ser excluída do certame.*

15. *A presente análise não tem a pretensão de analisar se houve, de fato, a identificação, por parte dos membros da subcomissão, da empresa que elaborou a proposta técnica. Tampouco se pretende discutir se a licitante tinha ou não intenção de que sua proposta fosse identificada. Ambos os casos narrados refletem questões irrelevantes para o deslinde do caso ora submetido para análise jurídica. Ademais, como tais situações são difíceis de serem provadas, bem como consideradas despiciendas, apenas conturbariam o exame do tema.*

16. **Com efeito, independentemente da intenção da licitante e/ou da real identificação da autoria da proposta, é essencial registrar que, caso a proposta contenha elemento capaz de identificar sua autoria, deverá haver a desclassificação da licitante, por inobservância das regras editalícias e legais aplicáveis à espécie. (...) (grifo nosso)**

Com efeito, a lei, e o edital atendendo a lei, definem que a proposta técnica não pode ser identificada, não importando se a identificação surtiu ou não efeito, até porque isso é bastante subjetivo para se conseguir constatar ou provar, mas a lei veda qualquer tentativa de identificação, qualquer elemento estranho, o que de fato ocorreu no caso em tela, devendo ser aplicada a lei.

Segundo o artigo 12³ da lei 12.232/10 o descumprimento por parte de agente do órgão ou entidade responsável pela licitação, dos dispositivos desta Lei destinados a garantir o julgamento do plano de comunicação publicitária sem o conhecimento de sua autoria, até a abertura dos invólucros de que trata a alínea a do inciso VII do parágrafo 4º do art. 11 da



Lei, implicará a anulação do certame, sem prejuízo da apuração de eventual responsabilidade administrativa, civil ou criminal dos envolvidos na irregularidade.

Como se pode ver a identificação da proposta da Agência Matriz não só exige a sua desclassificação, mas chega a tal gravidade que pode levar a nulidade da concorrência e responsabilização do órgão e seus agentes.

Se a lei e o edital, atendendo a lei, definem que a proposta técnica não pode ser identificada, como se há de aceitar a proposta que coloca capa e contracapa diferente do exigido no edital e diferente das demais concorrentes? **Tal proposta deve ser desclassificada!**

Como visto a classificação da Agência Matriz na presente licitação desatende o edital e a lei 12.232/2010, e não desclassificá-la afronta o artigo 37 da Constituição Federal, pois não atende aos princípios da igualdade, legalidade e moralidade.

A licitação que não atenda aos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e imparcialidade deve ser anulada. Nesse sentido manifesta-se o mestre Marçal Justen Filho, na sua obra Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 8ª Ed., SP, 2008 pg 622:

(...)as situações mais sérias envolvem, no entanto, os casos em que a incompatibilidade com o modelo normativo produz a infração a interesses juridicamente relevantes. Existe, de modo incontroverso, uma lesão a valores protegidos pela ordem jurídica.

(...) já nos casos de lesão a interesse público ou a interesse privado de sujeitos indeterminado, haveria nulidade propriamente dita. Nessa situação, o desfazimento do ato far-se-ia com efeitos retroativos, incumbindo à autoridade administrativa o dever de pronunciar de ofício a nulidade. (...)

O mestre Marçal Justen Filho, na obra já citada, acrescenta que a desclassificação da proposta que não atenda ao edital é imperiosa, e não pode ser ignorada, não só por desatender ao edital, mas por desatender aos princípios formais da licitação, conforme segue:

(...) Não serão objeto de apreciação as propostas que não preencham os requisitos formais e materiais previstos na Lei e no ato convocatório. Essas serão desclassificadas.

(...)

Do ponto de vista formal, deve-se verificar se a proposta atendeu ao modelo devido. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é proibido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a forma não é um fim em si mesmo. Mas isso não autoriza ignorar a ofensa a requisitos formais relevantes previstos no ato convocatório.(...)

Sobre o tema vale citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro: 4

A inobservância de exigências formais, por um licitante, necessariamente leva à sua inabilitação ou desqualificação, conforme o caso. A Comissão de Licitação não pode relevar as falhas formais, a não ser em casos absolutamente excepcionais, em que a irregularidade se supera por outros elementos constantes dos autos; caso contrário, haveria ofensa aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia."

Segue a doutrinadora: 5

"Além disso, estando as exigências contidas no instrumento convocatório, de forma expressa, elas impõem-se a todos os licitantes, porque todos a ele se vinculam. A Lei 8.666, além de mencionar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório no art. 3º, ainda repete, no art. 41, a mesma exigência, determinando que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Manter a classificação da Matriz implica, como já destacado, em tratamento desigual entre os participantes do certame, ignorando o princípio da impessoalidade, empregando tratamento diferenciado beneficiando uns em detrimento de outros, o que acarreta a nulidade do procedimento, por não cumprir os requisitos do edital e da Lei de Licitações aplicada ao caso.

O sempre lembrado mestre Hely Lopes Meirelles⁶, nos define o que seja o princípio da igualdade entre os licitantes:

A igualdade entre o licitante é o princípio primordial da licitação – previsto na própria Constituição da República (art. 37, XXI) -, pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Ed. Malheiro Editores, p. 40, 4ª Edição, São Paulo, 2000.

⁵ Idem.

⁶ Meirelles, Hely Lopes, Licitações e Contratos Administrativos, 12ª. edição, Malheiros Editores, p. 28.

afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º).

Segue o mestre: 7

O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desigualava os iguais ou igualava os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos. Essa é a forma mais insidiosa de desvio de poder, com a que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual **o judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre perseguição ou favoritismo administrativo, desigualando os proponentes por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica para a administração.**

Conforme se verifica de todo o exposto não há como permitir que a classificação da Matriz prossiga após a constatação de uma identificação tão grosseira (inclusão de capa e contracapa diferente do exigido no edital).

A licitação é ato administrativo vinculado que deve se revestir da mais completa legalidade e o seu procedimento deve estar em total consonância com a lei que o rege e por consequência o procedimento deve atender aquilo que prevê em seu ato convocatório, que no caso, deve culminar com a desclassificação da Agência Matriz por descumprimento ao edital.

A Agência Matriz em sua proposta está desatendendo ao edital e seus anexos, à Constituição Federal, à Lei de licitações e à Lei 12.232/10, **sendo imperativo lógico a sua desclassificação.**

4. Do descumprimento do edital no item 2.12 relativo a fonte dos slogans e motes publicitários por parte da Agência Matriz e da Escala

O edital no item 2.12 do Briefing (anexo I) prevê que eventuais slogans e motes publicitários para a produção das peças da campanha deverão ser compostos em fonte Arial.

⁷ idem

Considerando essa determinação, na fase de esclarecimentos do edital, em 08 de novembro de 2019, a recorrente questionou:

Prezados, boa tarde, venho por meio deste esclarecer a seguinte dúvida quanto ao item: 2.12 Eventuais slogans e motes publicitários para a produção das peças da campanha deverão ser compostas em fonte Arial.

Questionamento: a fonte referida é a ARIAL ou a FAMÍLIA ARIAL? Exemplos: Arial Regular, Arial Bold, Arial Italic, entre outras variações.

Fico no aguardo do esclarecimento.

Obrigada,

Abs.

A resposta da comissão de licitações foi: **R:O referido item do edital se refere à fonte ARIAL e não à FAMÍLIA ARIAL**

Dito isso, necessário destacar que a Agência Matriz e a Escala deveriam ter sido desclassificadas por descumprimento desse item do edital, pois as suas peças não utilizaram a fonte Arial e sim fontes da família Arial, justamente o que a comissão respondeu que não poderia ser utilizado.

Note-se que a Agência Matriz não só não foi desclassificada como obteve pontuação máxima, mesmo descumprindo importante item do edital e a escala teve a segunda maior pontuação.

Ao se utilizarem de uma fonte não permitida pela comissão, as duas licitantes supracitadas acabaram por ter uma vantagem em relação às demais, pois se utilizaram de outras fontes, que parece terem agradado a subcomissão, mas que era vedado pelo edital e tal vedação foi seguida pelas demais licitantes.

O edital da presente licitação prevê em seu item 6.5 que as propostas que não atenderem as exigências do edital e seus anexos serão desclassificadas.

As ora recorridas descumpriram o edital no item 2.12 do briefing, que estabelece a formatação da fonte para apresentação das peças da ideia criativa e que foi desatendido pela Matriz e pela Escala.



Segundo o referido item, todas as propostas deveriam apresentar fonte Arial nos motes e slogans publicitários, as peças da Agência Matriz e da Escala, em sua quase totalidade, utilizaram fontes da família Arial e não a fonte Arial que foi utilizadas pelas demais licitantes que cumpriram o edital, e tal item não foi objeto de apreciação no julgamento, as duas agências não foram desclassificadas e sequer tiveram suas notas reduzidas por descumpriram regra importante da formatação exigida no edital.

Frise-se que o item 2.12 foi objeto de questionamento e a resposta da comissão de licitações foi taxativa, não poderia utilizar família Arial.

A resposta ao questionamento devidamente informada a todos os licitantes faz lei entre as partes, ou seja, passa a fazer parte integrante do edital. No caso, a resposta ao questionamento consta no site que informa sobre a licitação, logo, todas as concorrentes tiveram acesso.

Importa destacar que os esclarecimentos prestados acerca do edital se tornam regra, ou seja, eles representam a interpretação dada pela Administração ao Edital e a essa interpretação a Administração e as licitantes ficam vinculados.

Marçal Justen Filho⁸ esclarece:

“...as respostas a esclarecimentos solicitados pelos interessados apresentam cunho vinculante para a Administração. Isso significa a impossibilidade de a Administração formular certa interpretação para o edital e, depois, pretender ignorar seu entendimento pretérito.”

Nesse sentido, também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça – STJ:

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. (REsp 198.655/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23.03.1999, DJ de 3.05.1999)

Salienta-se, ainda, que definir a formatação de apresentação das propostas e das peças publicitárias não é mera formalidade, ela tem o objetivo

⁸ JUSTEN DILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.



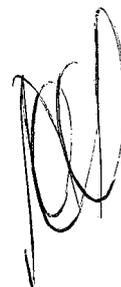
de garantir isonomia, a não identificação das propostas, conferindo lisura e impessoalidade ao procedimento.

A formatação garante que os integrantes da comissão técnica julgadora não serão influenciados por qualquer elemento que permita diferenciar as propostas ou identificar a autoria das mesmas, logo, sob a égide da lei 12.232/10 a formatação é elemento imprescindível a validade da proposta, sendo esse descumprido a licitante deve ser desclassificada.

Ademais, deve-se levar em conta que o procedimento licitatório é um ato administrativo formal, aliás, o formalismo não é somente um preceito legal da licitação, mas sim um princípio balizador desta. O princípio do procedimento formal significa que a licitação está vinculada às prescrições legais que regem os seus atos, bem como aos regulamentos, instruções complementares e ao edital que regem o procedimento da licitação e vinculam o Banrisul e os licitantes a todas as suas exigências.

Importa destacar que o formalismo não significa prejudicar uma empresa por exigências irrelevantes que não guardam qualquer relação com a qualificação técnica ou à garantia do cumprimento do objeto licitado, mas garantir que não será dado tratamento desigual às licitantes quanto à forma e critérios de julgamento do plano de comunicação publicitária, colocando em dúvida a moralidade do procedimento. A proposta que não atenda ao formalismo de forma que comprometa a lisura do procedimento deve ser desclassificada ou no mínimo ter sua pontuação reduzida proporcionalmente.

Sendo assim, desde já se requer a desclassificação das propostas da Agência Matriz e da Escala por descumprimento aos itens de formatação da proposta apócrifa, ou no mínimo, o que só é aceito como argumento (pois o edital foi descumprido) que seja reduzida a pontuação atribuída ao item ideia criativa das duas licitantes citadas.



5. Do descumprimento do edital no item da capacidade de atendimento pela JSMax

A licitante JSMax descumpriu o edital quando não comprovou a experiência da equipe de trabalho apresentada, na forma exigida pelo item 17.2 do Termo de Referência anexo ao edital.

O item do edital é bem claro e foi objeto de vários questionamentos que confirmaram a necessidade da comprovação da experiência por documentos. A comprovação da equipe técnica deveria se dar pela apresentação de cópia da carteira profissional ou outro documento que comprove a experiência e nenhum documento foi apresentado pela JSMax.

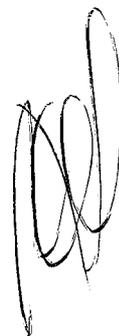
A licitante em questão juntou apenas os currículos dos colaboradores, com uma declaração assinada por eles mesmos de que as informações constantes dos currículos são verdadeiras.

Frise-se, não há documentação comprobatória da experiência dos profissionais apresentados por essa concorrente.

O edital é claro ao estabelecer no item **17.2 que a comprovação de experiência poderá ser através de CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social, contratos de trabalho, ou outro documento hábil a referida comprovação.** Exige-se documento comprobatório do currículo e não declaração de que as informações prestadas em currículo são verdadeiras.

No item 6.5 do edital está previsto que será desclassificada a proposta que não atender às exigências do presente edital de seus anexos, logo, se a concorrente não juntou documentação que era exigida pelo edital, deve ser desclassificada.

O artigo 3º da Lei de Licitações preleciona que tanto a Administração Pública como os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital. Por sua vez, o Instrumento Convocatório é claro ao elencar os documentos aceitáveis para comprovação da experiência dos profissionais que compõe a equipe técnica da licitante, estabelecendo que a comprovação deveria se dar pela cópia da CTPS ou outro documento que comprove



a experiência, ou seja, declaração padrão, feita para todos os colaboradores e simplesmente assinada por eles não é comprovação de experiência e não pode ser aceita.

A empresa recorrida não pode ser habilitada no procedimento licitatório, pois deixou de apresentar documento indispensável, segundo o edital.

A apresentação dos documentos referidos no subitem 17.2 do Termo de Referência anexo ao edital, faz-se obrigatória, porquanto não houve, quanto a sua exigência, qualquer modificação do texto original do edital, ainda que impugnado.

Deve-se destacar ademais, que consoante previsão no artigo 41 da Lei de Licitações: *“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”*. Tal disposição rechaça qualquer argumentação que poderia ser aventada em defesa da concorrente. Não olvidemos que o edital é a lei interna do certame e vincula as partes. Como ensina DIOGENES GASPARINI⁹: *“[...] estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis a partir da publicação do instrumento convocatório e durante todo o procedimento”*.

Nesse teor é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰:

“O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua „lei interna“. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41).

Sobre o tema vale citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro: 11

“Além disso, estando as exigências contidas no instrumento convocatório, de forma expressa, elas impõem-se a todos os licitantes, porque todos a ele se vinculam. A Lei 8.666, além de mencionar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório no art. 3º, ainda repete, no art. 41, a mesma exigência, determinando que ‘a

⁹ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 13ª edição. Editora Saraiva. 2008, p. 487.

¹⁰ Curso de Direito Administrativo. 29ª edição. Malheiros. 2012, p. 594-5.

¹¹ Idem.

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

A somar, o entendimento do Tribunal de Contas da União é claro ao refutar os casos em que a Administração Pública não obedece às diretrizes traçadas no Edital. Vejamos:

"Pedido de reexame. Representação. Violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Negativa de provimento]

[VOTO] 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada." 5. O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e os seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as licitantes - sabedoras do inteiro teor do certame.

6. Somente em situações atípicas o edital pode ser modificado depois de publicado, observado o procedimento adequado para tanto. É o princípio da inalterabilidade do instrumento convocatório.

7. Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola vários princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: da legalidade, da moralidade e da isonomia, além dos já citados anteriormente. AC-2367-34/10-P Sessão: 15/09/10 Grupo: I Classe: I Relator: Ministro VALMIR CAMPELO – Fiscalização".

Do acórdão¹² do TJRS, proferido em litígio que também envolvia o descumprimento de regras do edital na licitação para contratação de agência de publicidade pelo Estado do Rio Grande do Sul, onde foi desclassificada agência que apresentou documentação diferente do que exigia o edital, cabe transcrever parte do voto do desembargador:

Ora, a exigência editalícia não pode ser desconsiderada ou flexibilizada. **O Edital vincula todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório. O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica desclassificação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93:**

(...)

¹² APELAÇÃO CÍVEL, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Nº 70055736292 (Nº CNJ: 0298256-33.2013.8.21.7000)

Também o art. 41 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual está estritamente vinculada”.

O Poder Discricionário da Administração esgota-se na elaboração do Edital de Licitação, momento, a partir do qual, caberá a Administração Pública vincular-se estritamente a ele, em observância ao princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, evitando-se, assim, eventual situação de injustiça, temerária ao interesse da coletividade.

Não cumprir previsões do edital e seus anexos só pode levar a desclassificação da licitante. Não se pode aceitar proposta fora dos limites do edital e seus anexos em hipótese alguma.

Como visto, a documentação do item capacidade de atendimento da JSMax não está atendendo ao edital e seus anexos e não se trata de mera irregularidade ou formalidade, se trata de cláusula essencial da proposta técnica, que inclusive foi objeto de impugnação ao edital e a comissão entendeu por manter a exigência, por óbvio que não pode agora flexibilizar sua decisão em favor de uma concorrente e detrimento das demais.

Não há como aceitar proposta fora dos limites do edital e seus anexos.

Importa trazer ao conhecimento dessa douta comissão que em licitação idêntica, promovida pelo Estado do Rio Grande do Sul para contratação do mesmo serviço em 2012, o entendimento da comissão foi pela desclassificação da proposta da licitante que desatendeu o edital e o entendimento da comissão foi devidamente chancelado pelo Judiciário em duas oportunidades, quando da análise do pedido de liminar para suspender a licitação e no julgamento definitivo do pleito.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA.
DESCCLASSIFICAÇÃO. INFRAÇÃO A REGRAS COGENTES.
EDITAL. ART. 37, CF/88.

Estando posta em termos claríssimos a referência a percentual de 5%, que implicava inevitável desclassificação da proposta, não se apresenta viável cogitar de mero erro formal e superar a irregularidade, sob pena de quebra dos princípios da moralidade,

23



legalidade e impessoalidade que norteiam o agir administrativo (art. 37, CF/88).

AGRAVO DE INSTRUMENTO, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Nº 70052987096, PORTO ALEGRE, AGRAVANTE: MARTINS & ANDRADE SOCIEDADE SIMPLES LTDA COMUNICAÇÃO, AGRAVADO: DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES CENTRALIZADAS DA CELIC-RS

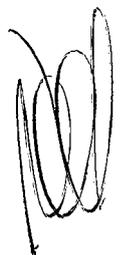
Do acórdão supra referido, cabe a transcrição de parte do parecer do Ministério Público estadual de lavra da Dra. Lisiane Del Pino, Procuradora de Justiça Cível da Procuradoria Geral de Justiça.

“Cumpre observar que o art. 3º da Lei n. 8666/93, dispõe que a licitação “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 lhe são correlatos”.

O princípio acima sublinhado, da vinculação ao instrumento convocatório, impõe um limite à Administração na análise das propostas, o que contribui para a garantia de um certame objetivo e isonômico, de modo a realizar todos os demais princípios previstos na norma supracitada. Por isso, não se pode avaliar aquilo que não consta expressa e estritamente previsto no Edital de Licitação, que deve ser obrigatoriamente observado e, por sua vez, cumprir os requisitos legais.

Como bem destacou a nobre Procuradora de Justiça o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou ao edital é basilar em uma licitação e está expressamente previsto no artigo 3º da lei de licitações, que não pode ser ignorado vez que impõe limites rígidos na análise das propostas, limites expressamente pré-definidos pela própria Administração no Edital e que garante às concorrentes a objetividade e a isonomia do processo.

Aliás, isonomia é também princípio fundamental da licitação, o tratamento igualitário de todas as licitantes é elementar para garantia da legalidade e moralidade do processo de licitação, sendo assim, interpretar o edital de forma diferente da que estabelecem suas cláusulas é premiar a pessoalidade e o subjetivismo da licitação em favor de uns e detrimento de outras, maculando-o de nulidade insanável.



No caso presente, todas as licitantes classificadas apresentaram a documentação exigida no item 17.2 do Termo de Referência para comprovar a experiência de sua equipe técnica.

Além disso, como já demonstrado, a Administração não pode esquecer que a exigência de um processo licitatório isonômico, impessoal, moral e de acordo com a regras do edital está expressamente prevista na Constituição Federal, artigo 37, e é de observância obrigatória pela Administração Pública.

Nesse sentido, também cabe a transcrição de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido em licitação idêntica, e que justamente por ter uma das licitantes descumprido o edital veio a gerar uma ação judicial, nesse feito, o Tribunal de Justiça entendeu pela manutenção da exclusão da licitante que não atendeu ao edital (Apelação Cível, vigésima primeira câmara cível, Nº 70055736292 - Nº CNJ: 0298256-33.2013.8.21.7000).

Nesse caso, consideramos importante demonstrar parte do voto proferido no referido acórdão:

Ora, a exigência editalícia não pode ser desconsiderada ou flexibilizada. **O Edital vincula todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório. O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica desclassificação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93:**

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.”

Como bem afirma MARÇAL JUSTEN FILHO (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., p. 64), *“a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exhaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.”*

Também o art. 41 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual está estritamente vinculada”.

J. CRETELLA JÚNIOR (in Das Licitações Públicas, 17ª ed., p.142) leciona que *“o edital vincula a Administração e o administrado. Desse modo, a Administração tem de seguir à risca o estabelecido no edital (“suporta as regras que editaste”), o que significa que o poder público não pode alterar “as regras do jogo” durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo: a) exigindo, por exemplo, o preenchimento de requisitos outros, além dos fixados; b) alterando o critério para julgamento das propostas; c) adjudicando o contrato a colocados abaixo do primeiro classificado”.*

Na licitação promovida pelo Banrisul em 2011 visando, também, a contratação de agência de publicidade, ocorreu situação similar à que agora é objeto desse recurso, ou seja, uma das concorrentes contrariou o que estava previsto no edital e foi desclassificada, o recurso administrativo interposto por ela não foi acolhida e ela ingressou com ação judicial, onde o TJRS também teve a oportunidade de confirmar que o descumprimento ao edital não encontra guarida no Judiciário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. DESCUMPRIMENTO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. Inicialmente, quanto à ilegitimidade da autoridade coatora - Presidente da Comissão de Licitação – Unidade de Gestão Patrimonial do Banrisul, não merece prosperar. Com efeito, o processo licitatório ainda está em andamento, não tendo sido homologado ou adjudicado seu objeto. Assim, o Presidente da Comissão de Licitação mostra-se como parte legítima para figurar no polo passivo.

MÉRITO. No caso, não evidenciada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade coatora. Ora, o edital faz lei entre os participantes. Na hipótese, a impetrante foi declarada desclassificada, uma vez que deixou de atender ao item 3, anexo III do edital, ou seja, de que não estariam definidos os percentuais máximos a serem pagos pelo Banrisul nas hipóteses das letras a1 e a2. Tendo a administração, no uso de sua discricionariedade, estabelecido no edital a necessidade de apresentação “percentuais máximos a serem pagos pelo Banrisul”, mostra-se possível sua exigência, em respeito ao princípio da vinculação ao edital, já que inexistente flagrante ilegalidade.

AGRAVO PROVIDO. (AGRAVO DE INSTRUMENTO; PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL Nº 70047833140; COMARCA DE PORTO ALEGRE; AGRAVANTE: BANRISUL ; AGRAVADO: AGENCIA MATRIZ COMUNICACAO E MARKETING LTDA)

Com efeito, a transcrição do voto do nobre desembargador é imperiosa, pois elucida derradeiramente a questão:

Com efeito, a Administração possui discricionariedade na elaboração do edital do certame licitatório, quando deverá dispor de modo exaustivo todos os critérios e as exigências a serem observadas durante a realização do procedimento, de modo a retirar eventual subjetivismo no julgamento das propostas, evitando-se, assim, o emprego de interesses diversos dos que norteiam a Administração Pública.

Contudo, após exauridas as exigências editalícias, caberá a Administração cumpri-las rigorosamente, em estrita observância as disposições lançadas, ou seja, em total respeito ao princípio da vinculação ao edital.

Portanto, o Poder Discricionário da Administração esgota-se na elaboração do Edital de Licitação, momento, a partir do qual, caberá a Administração Pública vincular-se estritamente a ele, em observância ao princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, evitando-se, assim, eventual situação de injustiça, temerária ao interesse da coletividade.

O que acima foi exposto já é mais que suficiente para demonstrar que a comissão de licitações deve desclassificar a licitante JSMax por descumprimento ao edital e seus anexos, bem como a lei e a Constituição Federal.

Despiciendo ressaltar que segundo o disposto no art. 37 da Constituição Federal e art. 3º da Lei 8.666/93, todos os atos da Administração Pública, nas diversas esferas de Poder, inclusive, em sede de Licitações, encontram-se jungidos, obrigatoriamente, ao princípio da legalidade.

Por certo que não há legalidade na classificação de uma proposta técnica frontalmente contrária à lei, inclusive, em face do que determina a própria Constituição Federal, sendo imperiosa a inabilitação da recorrida.

As concorrentes precisam ter igualdade de condições na disputa e o fato de uma agência usar práticas para se desincumbir da comprovação da experiência da equipe técnica implica em concorrência desleal.

DIANTE DO EXPOSTO, pleiteia a Recorrente, o provimento do presente recurso para que seja revista a pontuação atribuída à recorrente, recolocando todos os pontos indevidamente retirados, visto que fora penalizada com descontos que não encontram respaldo no edital, ou, anular o julgamento das propostas técnicas por estar descumprindo as regras objetivas estabelecidas no edital.

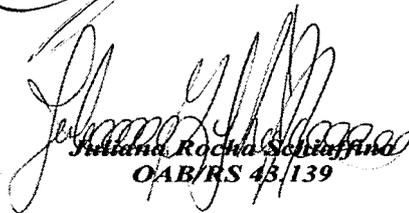
Requer, ainda, seja desclassificada a Agência Matriz Comunicação e Marketing por ter identificado sua proposta e apresentado peças com formatação diversa da exigida no edital, devendo, ser a Escala Comunicação e Marketing desclassificada pelo mesmo item e por fim, que seja desclassificada a JSMax Publicidade e Propaganda Ltda. por ter descumprido o edital ao não juntar documentação comprobatória da experiência dos colaboradores.

Nestes termos, espera deferimento.

Porto Alegre, 23 de janeiro de 2020.



GLOBALCOMM COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA



Juliana Rocha Schiaffino
OAB/RS 48.139



BANRISUL LICITACOES

De: BANRISUL LICITACOES
Enviado em: sexta-feira, 8 de novembro de 2019 10:29
Para: 'fernanda.farias@global.tt'
Assunto: ENC: Esclarecimento Licitação nº0000572/2019

À GLOBAL

Prezados,

Segue abaixo em vermelho resposta aos questionamentos efetuados.

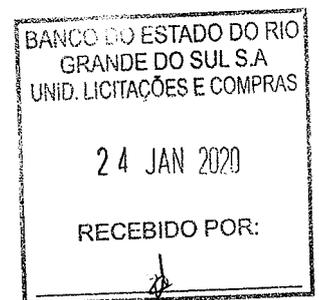
Atenciosamente,



Gerencia de Licitações e Compras
Unidade de Licitações e Compras
☎ (51) 3215-4510 | E-mail: banrisul_licitacoes@banrisul.com.br

ANTES DE IMPRIMIR este documento pense em sua responsabilidade e compromisso com o MEIO AMBIENTE.

De: Fernanda Farias <fernanda.farias@global.tt>
Enviada em: quinta-feira, 7 de novembro de 2019 18:10
Para: BANRISUL LICITACOES <BANRISUL_LICITACOES@banrisul.com.br>
Assunto: Esclarecimento Licitação nº0000572/2019



Prezados,
boa tarde, venho por meio deste esclarecer a seguinte dúvida quanto ao item:

2.12 Eventuais slogans e motes publicitários para a produção das peças da campanha deverão ser compostas em fonte Arial.

Questionamento: a fonte referida é a ARIAL ou a FAMÍLIA ARIAL? Exemplos: Arial Regular, Arial Bold, Arial Italic, entre outras variações.

R:O referido item do edital se refere à fonte ARIAL e não à FAMÍLIA ARIAL.

Fico no aguardo do esclarecimento.
Obrigada,
Abs.

--

G L FERNANDA FARIAS
DIRETORA DE CONTAS
O B FERNANDA.FARIAS@GLOBAL.TT, +55 51 3378.2139 / 99805.5005
A L R. MOSTARDEIRO, 800, 7º ANDAR, PORTO ALEGRE, RS, BRASIL, 90430-000
GLOBAL.TT