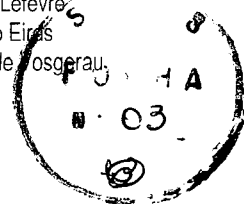


Marçal Justen Filho
Cesar Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Alexandre Wagner Nester
Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind
Felipe Sripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Karlin Olbertz Niebuhr
Mayara Ruski Augusto Sá
William Romero
Rodrigo Goulart de Freitas Pombo
Juliane Erthal de Carvalho

Justen, Pereira
Oliveira & Talamini
advogados

Mônica Bandeira de Mello Lefevre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella Moreira de Andrade Gasparato
Diego Franzoni
Daniel Siqueira Borda
Mayara Gasparoto Tonin
Ricardo de Paula Feijó
Marina Kukiela
Vanelis Mucelin
Camila Batista Rodrigues Costa
Rubens Samuel Benzecry Neto
Lúisa Paschoaleto Martim
Fernanda Caroline Maia
Victor Hugo Pavoni Vanelli
Lúisa Quintão



Ilustríssima Senhora DIRCE MARIA REINEHR,
Digníssima Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de
Estado da Comunicação Social do Governo do Estado do Paraná.

Concorrência Pública n.º 001/2016

TIF COMUNICAÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob n.º 06.256.926/0001-29, com sede em Curitiba (PR), na Rua Coronel Brasilino Moura, n.º 226, Ahú, por seu representante legal, com a assistência de seus advogados, no processo de Concorrência Pública n.º 001/2016, comparece respeitosamente perante Vossa Senhoria para apresentar **resposta** ao recurso interposto pela 4.3.3 COMUNICAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA. contra a r. decisão que não recebeu o seu invólucro n.º 1.

A Recorrida foi intimada para responder o recurso em 20/02/2017 (segunda-feira). O prazo de cinco dias teve início em 21/02/2017 e expirou em 25/02/2017 (sábado), sendo prorrogado para o primeiro dia útil subsequente, que foi dia 01/03/2017 (quarta-feira de cinzas). Portanto, a presente manifestação é **tempestiva**.

1. O CONTEÚDO DO RECURSO INTERPOSTO PELA RECORRENTE

O recurso foi interposto contra a r. decisão que deixou de receber o invólucro n.º 1 da Recorrente porque continha identificação da licitante.

A Recorrente alega que o invólucro já havia sido recebido pela Comissão de Licitação e que essa decisão já estaria preclusa. Ainda, defende que não havia elemento que a identificasse. Sustenta também que a própria comissão de licitação identificou os invólucros quando organizou os documentos pela ordem de recebimento. Por fim, concluiu que houve violação dos princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e da moralidade.

Diante disso, pede que o invólucro seja recebido.

Alternativamente, pede a substituição dos invólucros para permitir a continuidade do certame.

Como se verá adiante, o recurso não merece provimento.

2. A VIOLAÇÃO DO ANONIMATO PELA RECORRENTE

O invólucro apresentado pela Recorrente foi entregue pela Comissão Especial de Licitação. Foram entregues pastas idênticas para todos os licitantes, conforme exige o art. 9º, §1º, da Lei 12.232/2010.

Todavia, a Recorrente retirou a etiqueta que possuía as informações do fabricante da pasta. Com isso, promoveu uma alteração na pasta entregue pela Comissão de Licitação, que foi suficiente para tornar o seu invólucro identificável.

Ou seja, houve violação do anonimato dos invólucros, que é requisito indispensável para o julgamento objetivo do plano de comunicação, conforme previsão legal e editalícia.

2.1. A exigência legal e editalícia de anonimato da via do plano de comunicação

A Lei 12.232/2010 prevê que os licitantes devem apresentar via não identificada do plano de comunicação e veda a aposição de marca, sinal ou qualquer tipo de identificação do invólucro contendo esse documento (art. 6º, incisos XII e XIII, e art. 9º, §1º).

O Edital da Concorrência Pública n.º 001/2016, por sua vez, também vedou a realização de identificação dos invólucros apresentados pelos licitantes (item 7.2, g.1, e item 9.1.1.5).

2.2 Resposta ao esclarecimento prestado pela Comissão de Licitação

Os licitantes indicaram a existência da etiqueta do fabricante nas pastas entregues pela Comissão (que foi retirada pela Recorrente) e questionaram a Comissão de Licitação sobre qual a providência que deveria ser adotada quanto a ela.

A Comissão de Licitação respondeu esclarecendo que **“Todas as pastas têm a mesma etiqueta, que não deverá ser retirada”**.

Portanto, sanou qualquer dúvida que poderia existir sobre o que deveria ser feito com a etiqueta existente nas pastas padronizadas entregues por ela.

Mais do que isso, firmou entendimento de que a etiqueta do

fabricante não se confunde com a etiqueta de identificação vedada pelo item 7.2, g.1, do Edital.

2.3 O caráter vinculante dos esclarecimentos prestados pela Administração

Os esclarecimentos prestados pela Administração em relação ao Edital possuem caráter vinculante e passam a integrar as regras do Edital. Logo, os esclarecimentos devem ser obedecidos tanto pela Administração quanto pelos licitantes.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO leciona que “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” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p.112).

Esse entendimento já foi pacificado na jurisprudência do E. STJ:

“(...) Quanto ao caráter vinculante dos esclarecimentos prestados, ressalta o doutrinador Marçal Justen Filho que “é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração”. Acrescenta, ainda, que “a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403). 11. Sobre o assunto, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “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 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 3.5.1999)” (MS 13.005/DF, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA

SEÇÃO, DJe 17/11/2008 – sem grifos).

“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 198.665/RJ, 2º Turma, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe 3/05/1999).

Diante disso, é evidente que a orientação da Comissão de Licitação de que a etiqueta constante na pasta entregue por ela não deveria ser retirada passou a ser regra da licitação, que deve ser obedecida por todos os licitantes.

2.4. A retirada espontânea da etiqueta do fabricante pela Recorrente

Portanto, ao retirar a etiqueta da pasta padrão entregue pela Comissão Especial de Licitação, a Recorrente violou as normas que vedam a identificação dos invólucros da via do plano de comunicação.

Fez isso mesmo depois de a Comissão de Licitação esclarecer expressamente que a etiqueta não deveria ser retirada – o que passou a valer como regra da licitação.

Dentre as quatorze licitantes participantes do certame, somente a Recorrente e mais uma licitante apresentaram o invólucro sem a etiqueta do fabricante – o que permitiu de imediato a identificação dos respectivos invólucros.

Portanto, está correta a r. decisão recorrida que deixou de receber os invólucros identificados pela Recorrente e pela outra licitante, para preservar a exigência de anonimato no julgamento do plano de comunicação e o cumprimento dos arts. 6º, incisos XII e XIII, da Lei 12.232/2010 e itens 7.2, g.1, e 9.1.1.5 do Edital da Concorrência Pública.

2.5 Invólucros não identificados pela Comissão de Licitação

A Recorrente também afirma que a própria Comissão de Licitação já teria identificado os invólucros, no momento em que organizou os documentos pela ordem de entrega dos licitantes, o que permitiria a identificação de cada invólucro.

Contudo, essa argumentação também não procede.

Antes, porque os invólucros seriam posteriormente remetidos à subcomissão técnica para julgamento que desconheceria completamente, por não constar em ata, essa organização prévia dos invólucros.

Depois, porque a organização dos invólucros pela ordem de

entrega ocorreu apenas no momento do recebimento. Em seguida, os documentos não foram mais mantidos nessa ordem, que tampouco foi registrada em ata. Inclusive, a existência de pastas padronizadas serve precisamente para garantir que, após o recebimento de todos os invólucros, não seja possível que a subcomissão técnica julgadora saiba quem apresentou cada um dos invólucros.

Portanto, não houve identificação dos invólucros pela Comissão de Licitação.

3. AUSÊNCIA DE DECISÃO PRECLUSA RECEBENDO AS PROPOSTAS

A Recorrente sustenta que a Comissão Especial de Licitação já teria recebido os seus invólucros e que essa decisão de recebimento estaria preclusa e não poderia ser revista.

A argumentação não procede.

Por um lado, como a própria Recorrente reconhece, no momento em que recolheu os invólucros de todos os licitantes, a Comissão de Licitação não verificou de imediato o cumprimento das formalidades indispensáveis. Ou seja, rigorosamente, naquele momento a Comissão ainda não havia *recebido* os invólucros de nenhuma licitante.

Por outro lado, ainda que a Comissão de Licitação tivesse recebido os invólucros, nada impedia que ela reformasse a primeira decisão se reputasse que ela violava a Lei 12.232/2010 e as regras previstas no Edital da Licitação e, por isso, a considerasse nula.

Trata-se de realização do poder-dever de autotutela dos atos administrativos, consoante Súmula 473 do STF, que autoriza a Administração anular os seus próprios atos quando estiverem eivados de ilegalidade.

A nulidade do ato administrativo proferido durante a licitação pode ser revisto a qualquer momento, não se aplicando o instituto da preclusão para a Administração Pública nesse caso.

Essa é a lição de Marçal JUSTEN FILHO:

“Na licitação, a preclusão disciplina especialmente os atos dos particulares. Os atos da Administração Pública, como regra, não se sujeitam ao princípio da preclusão (como se verá adiante). Assim, o vício de ilegalidade pode (deve, aliás) ser pronunciado pela Administração, em qualquer tempo” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 910).

O entendimento do E. STJ também é de que não há preclusão do poder-dever da Administração de anular os seus atos quando forem nulos:

“O entendimento pacífico do STJ e do STF é no sentido de que os atos administrativos de delegação com fim de investidura no cargo de titular de serventia cartorária pressupõem a realização de concurso público, requisito que, se não observado, sobretudo por não considerar o princípio do concurso público (arts. 37, II, e 236, § 3º, da CF/88), torna o ato de nomeação nulo de pleno direito e afasta a prescrição ou preclusão administrativa (Súmula 473 do STF)” (EDcl no AgRg no AREsp 395.668/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 11/11/2015);

“A revisão de ato praticado fora dos ditames legais não constitui mera faculdade, é um poder-dever que pode ser exercitado de ofício pela própria Administração, conforme o estabelecido no enunciado da Súmula n.º 473 da Suprema Corte” (AgRg no RMS 12.121/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 222).

Portanto, não houve decisão que recebeu o invólucro da licitante, nem houve preclusão sobre essa questão.

4. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Recorrente alega que a r. decisão recorrida violou os princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório, da legalidade e da moralidade.

Contido, e com o devido respeito, o procedimento licitatório atendeu às normas legais e editalícias e a r. decisão recorrida adotou as medidas necessárias para garantir um julgamento objetivo e impessoal.

A r. decisão recorrida não recebeu os invólucros nº 1 das Recorrentes justamente para garantir o atendimento pleno aos princípios tidos por violados pela Recorrente.

Primeiro, garantiu-se a igualdade, uma vez que a regra que vedava a não identificação da via do plano de comunicação para julgamento foi exigida de todos os licitantes, indistintamente.

Segundo, a r. decisão recorrida foi tomada para garantir a

obediência ao instrumento convocatório. Decidir em sentido contrário, seria decidir contra as disposições do Edital, especialmente dos itens 7.2, g.1, e 9.1.1.5. Mais do que isso, seria decidir contra a resposta apresentada pela Comissão de Licitação pelos licitantes a respeito da necessidade de se manter a etiqueta, que também integra o instrumento convocatório.

Terceiro, o anonimato da via do plano de comunicação que será submetida a julgamento é exigência prevista no art. 6º, incs. XII e XIII, da Lei 12.232/2010. Portanto, a r. decisão nada mais fez do que observar as normas legais aplicáveis ao caso, respeitando o princípio da legalidade.

Por fim, o não recebimento da proposta da Recorrente em decorrência da violação das normas legais e editalícias demonstra a atuação proba e moral da Comissão de Licitação, que não deu tratamento subjetivamente diferente às licitantes.

Portanto, a r. decisão agravada não violou nenhum dos princípios que regem a Administração Pública, o que comprova a higidez do procedimento licitatório e da r. decisão recorrida.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pede-se o integral desprovimento do recurso da 4.3.3 COMUNICAÇÃO SOCIEDADE SIMPLES LTDA., com a manutenção da r. decisão recorrida.

Curitiba, 01º de março de 2017.

p.p.

Fernão Justen de Oliveira

OAB/PR 18.661

p.p.

Alexandre Wagner Nester

OAB/PR 24.510

p.p.

Ricardo de Paula Feijó

OAB/PR 70.383

TIF COMUNICAÇÃO LTDA.