

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 Lefèvre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella Moreira de Andrade Vosgerau
Diego Franzoni
Daniel Siqueira Borda
Mayara Gasparoto Tonin
Ricardo de Paula Feijó
Marina Kukiela
Vanelis Mucelin
Camila Batista Rodrigues Costa
Rubens Samuel Benzecry Neto
Luísa Paschoaleto Martim
Fernanda Caroline Maia
Victor Hugo Pavoni Vanelli
Luísa 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 NOVA S/B COMUNICAÇÃO 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 não houve elemento que identificasse o invólucro e que o seu não recebimento configura formalismo excessivo e viola o princípio da razoabilidade. Ainda, sustenta que o próprio Edital exige que o invólucro fosse entregue sem nenhuma etiqueta.

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 de licitação (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 XII, da Lei 12.232/2010 e itens 7.2, g.1, e 9.1.1.5 do Edital da Concorrência Pública.

3. A PROVIDÊNCIA ADEQUADA E PROPORCIONAL À IMPESSOALIDADE PELO ANONIMATO DAS PROPOSTAS

A Recorrente sustenta que o não recebimento do invólucro nº 1 em razão da retirada da etiqueta por ela representaria excesso de formalismo e violaria o princípio da razoabilidade.

Com o devido respeito, o argumento não procede.

3.1. A finalidade almejada pelo anonimato da via não identificada do plano de comunicação

Nesse tipo de licitação, é imprescindível a apresentação de uma via anônima da proposta técnica.

Para isso, a Lei 12.232/2010 exige que as partes apresentem uma via não identificada do plano de comunicação, em uma pasta padronizada entregue pela Comissão de Licitação. Essa via é remetida para uma subcomissão técnica, que julgará qual é a melhor proposta.

O fim almejado pela vedação à identificação de uma via do plano de comunicação é assegurar o julgamento objetivo e, conseqüentemente, atender aos princípios da isonomia, da eficiência e, sobretudo, da impessoalidade.

3.2. A frustração da finalidade pela violação ao anonimato

Qualquer identificação da via do plano de comunicação que será submetida a julgamento frustra o anonimato, pois permite que a subcomissão técnica saberá de antemão, por intermédio de consulta à ata da sessão respectiva, que as duas licitantes apresentaram plano de comunicação sem a referida etiqueta. Quando menos, a subcomissão conhecerá previamente qual licitante não apresentou um certo plano.

Em poucas palavras: se houver qualquer tipo de identificação ou alteração do invólucro padrão, o julgamento objetivo ficou prejudicado pelo descumprimento pela Recorrente da lei e do edital (integrado pela resposta a questionamento).

A exigência do anonimato é especialmente relevante nas licitações de serviços de publicidade, pois o julgamento dos planos de comunicação envolve *impressões subjetivas* dos julgadores quanto ao material apresentando.

Se houver identificação de qual licitante realizou cada plano de comunicação, elimina-se a garantia da ignorância da identidade (e indesejável) dos licitantes pela comissão de licitação – em ofensa do art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993 e o art. 37, *caput*, da Constituição.

Portanto, a providência que permite o julgamento objetivo dos planos de comunicação é impedir que a identidade dos licitantes seja conhecida pela subcomissão técnica que julgará as propostas.

3.3. A ausência de formalismo excessivo

Longe de configurar formalismo excessivo, em licitações de serviços de publicidade a exigência de anonimato da via do plano de comunicação é um formalismo necessário para garantir o julgamento impessoal das propostas apresentadas pelas licitantes.

Afinal, se a proposta de uma licitante for identificada, não é mais possível um julgamento objetivo em que ela faça parte. A única solução em caso de violação do anonimato é a desclassificação do licitante, nos termos do art. 6º, XIV, da Lei 12.232/2010. Qualquer outra solução daria azo a julgamentos subjetivos e pessoais, contrários aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e legalidade.

Ou seja, caso o plano de comunicação da Recorrente fosse admitido com a identificação pela falta da etiqueta e afinal escolhido como vencedor, a subcomissão e a Comissão de Licitação assumiriam como verdadeira a suspeita de uma escolha orientada pela identidade do proponente.

3.4. A razoabilidade da medida adotada pela comissão licitante

Também não existe nenhuma violação ao princípio da razoabilidade, conforme sugerido pela Recorrente.

Todavia, o não recebimento do invólucro da Recorrente foi razoável.

Segundo leciona Thiago MARRARA, a verificação do respeito ao princípio da razoabilidade (ou da proporcionalidade em sentido amplo) demanda a "*avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das ações*" (O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade, e cooperação, In MARRARA, Thiago (org.), Princípios do direito administrativo, São Paulo: Atlas, 2012, p. 171).

A r. decisão recorrida atende a esses três subprincípios da razoabilidade.

Primeiro, o não recebimento do invólucro da Recorrente é adequado para garantir o julgamento impessoal das propostas técnicas das licitantes.

Segundo, a exclusão da proposta técnica da Recorrente do certame é a única medida capaz de viabilizar o julgamento objetivo dos planos de comunicação dos licitantes.

Terceiro, a r. decisão adotou medida proporcional ao descumprimento das normas legais e do Edital pela Recorrente.

Por fim, o valor expressivo envolvido na licitação não dispensa, mas reafirma, a necessidade de se certificar o julgamento impessoal dos planos de comunicação apresentados pelas empresas, exigindo o atendimento integral às normas do Edital e da Lei 12.232/2010.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, pede-se o integral desprovemento do recurso da NOVA S/B COMUNICAÇÃO 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

NOVA S/B COMUNICAÇÃO LTDA.