

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO JULGADORA DE LICITAÇÃO DA AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO DESENVOLVE

REF.: Concorrência 001/2020

KLIMT AGÊNCIA DE PUBLICIDADE LTDA, já qualificada nos autos do presente processo, vem à presença desta Comissão, apresentar as suas **CONTRARRAZÕES** ao recurso administrativo apresentado pela licitante **OCTOPUS COMUNICAÇÃO LTDA**, já devidamente qualificada, em face da sessão pública que divulgou o resultado final do certame, fazendo-o nos termos das razões fáticas e jurídicas a seguir expostas.

I. DA TEMPESTIVIDADE.

1. Nos termos do Edital em exame, os licitantes dispõem do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação das razões recursais, para apresentar as contrarrrazões ao recurso administrativo.
2. Considerando a data da publicação da interposição do recurso no DOE em 07/10/2021 (quinta-feira), contando-se os 5 (cinco) dias para apresentação das contrarrrazões, o prazo final é o dia 15/10/2021 (quinta-feira) considerando o final de semana e feriado.
3. Assim, protocolizada nesta data, inegável é a tempestividade da presente peça.

II. DO BREVE RESUMO DO CASO

4. Trata-se de licitação na modalidade concorrência, do tipo melhor técnica, cujo objeto é a contratação de “prestação de serviços de publicidade”.
5. Estando entre as melhores classificadas na proposta técnica, a Recorrida apresentou sua proposta de preços ficando em “2” lugar no certame até o presente

WWW.KLIMTPUBLICIDADE.COM • (61) 3034-4883

Setor Hoteleiro Norte, Quadra 2 Bloco F Sala 1806



Este documento foi assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES BLANCO NUNES. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código F8B7-5292-2328-C27D.

momento.

NOTA FINAL - INVÓLUCRO 1 + INVÓLUCRO 3				
CLASSIFICAÇÃO	LICITANTE	INVÓLUCRO 1	INVÓLUCRO 3	TOTAL
1º	RINO PUBLICIDADE S/A	71,00	25,86	96,86
2º	KLIMT AGENCIA DE PUBLICIDADE LTDA.	68,00	21,99	89,99
3º	OCTOPUS COMUNICAÇÃO LTDA.	59,67	22,97	82,64
4º	HOLD COMUNICAÇÃO E SERVIÇOS RIBEIRÃO PRETO LTDA.	54,33	24,33	78,66
5º	LUA PROPAGANDA LTDA.	51,33	25,22	76,55
6º	ADAG COMUNICAÇÃO EIRELI	52,00	24,42	76,42
7º	380 VOLTS COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE LTDA.	36,33	12,00	48,33
Excerto da classificação das propostas técnicas				

6. Irresignada com o resultado do certame, a agência Octopus apontou um erro de digitação na proposta da RECORRIDA com base na alínea "c", item 7.1.2 do edital, especificamente sobre a proposição de percentual superior a 40% (quarenta por cento) para as alíneas "a" e "b", item 2 do Anexo II.1.

7. Ou seja, relativo aos percentuais máximos a serem pagos pela Unidade Contratante para os detentores de direitos patrimoniais que especifica o edital. Acerca do fato, em suma, a RECORRENTE afirma que este seria um vício insanável e que a RECORRIDA deveria ter sua proposta desclassifica e ser, portanto, aliçada da disputa.

8. Em que pese o esforço argumentativo da parte RECORRENTE, estes não condizem com a melhor interpretação jurídica, tampouco colaboram com o interesse da Administração Pública.

9. São os fatos que importam relatar.

III. DO DIREITO

III.1 - ACERCA DO ERRO MATERIAL APONTADO

10. Conforme será demonstrado no teor da presente peça, o erro de digitação (material) apontado pela RECORRENTE não é passível de desclassificação da proposta

da licitante, sendo facilmente regularizado sem prejuízo do interesse gerais e público.

11. Por esta razão, ainda em caráter preliminar, a RECORRIDA declara que a porcentagem de 50% atribuída na proposta, não reflete seu legítimo interesse, estando do jeito que está, meramente por um erro material na formulação da tese, o que é passível de acontecer quando se trata de processos realizados por humanos.

12. Assim sendo, a RECORRIDA se dispõe, o quanto antes, a sanear sua proposta nos termos estritos do edital em epígrafe.

III.2 - POR QUE O ERRO DE DIGITAÇÃO É SANÁVEL?

13. Em sua argumentação, a RECORRENTE aponta que o mero erro de digitação (material) apontado seria, supostamente, insanável pois viria a ferir o princípio da vinculação ao edital e demais elementos apontados. Tal entendimento não deve prevalecer.

14. A condição de vício “insanável” não se dá apenas porque uma licitante quer, mas por sua natureza jurídica que não permite a regularização. Aliás, a regularização passou a ser regra no novo texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a saber:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, **indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais**, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (grifos nossos).

15. Vale salientar também que o Tribunal de Contas da União já vem considerando que erros no preenchimento da proposta devem ser regularizados; é o que diz o Acórdão 1811/2014 – Plenário, *in verbis*:

Não restando configurada a lesão à obtenção da melhor proposta, não se configura a nulidade do ato. **Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a**

desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado. (grifos nossos).

16. Ora, o Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.048/2006, Plenário, já falou que a regularização só não seria possível caso a licitante não estivesse na(s) melhor(es) classificação(ões), com vistas ao interesse da administração na obtenção da melhor proposta. Por essa razão, não fere o princípio da igualdade entre os licitantes. Acerca do assunto, vale destacar o que dispõe Marçal Justen Filho:

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 originalmente 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 desclassificação.

17. Assim sendo, a regularização e o suprimento de erros materiais incapazes de motivar a desclassificação da licitante, não mudaria em nada a ordem de classificação e atenderia a disposto nos precedentes abaixo:

É possível o aproveitamento de propostas com erros materiais sanáveis, 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 nº 187/2014 - Plenário)

18. Sendo assim, é de se reconhecer que o vício apontado no Recurso, uma vez demonstrado que se trata apenas de um erro material sanável, deve ser regularizado com vistas ao interesse público.

19. Além disso, a Lei nº 8.666/93, naquilo que acresce à Lei nº 12.232/10, que regulamenta a presente licitação permite que haja uma negociação entre os mais bem colocados nas propostas técnicas, a fim de adequarem suas propostas ao menor valor proposto, senão veja-se:

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 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 § 4º do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 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;
(grifos nossos)

20. Ora, se há a possibilidade de ajuste de preços pelas empresas mais bem colocadas, para adequar-se à proposta de menor valor sem que haja nenhum prejuízo para à lisura do certame, por que não permitir que seja adequada a proposta da licitante RECORRIDA nos limites previstos no edital?

21. Resta incontroverso que tal regularização não causa nenhum prejuízo à Administração Pública ou à lisura do certame, sendo o caminho correto a ser adotado, conforme ainda mais se justifica com a argumentação proposta abaixo.

III.3 - NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL COM A BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA.

22. A principal base para o recurso ora combatido é a alegação de que a nobre comissão deve desclassificar a proposta por força do princípio da vinculação ao edital, entretanto, no ordenamento jurídico não é dado ao intérprete do direito o poder de escolher qualquer princípio aleatório e utilizado de forma isolada.

23. Vale salientar, antes de continuar a argumentação, que do ponto de vista axiológico, a proposta apresentada não discorda do edital; o que aconteceu foi apenas um erro de digitação (material) da qual a RECORRIDA se propõe a sanear o quão antes.

24. Aliás, é de saber que nenhum princípio é absoluto no ordenamento jurídico tão pouco o princípio da vinculação ao edital, pois todos devem ser ponderados e sopesados de acordo com a situação concreta. Acerca do tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça num interessante julgado:

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 trasmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração. (MS 5418/DF)

25. Pois bem. Entre os princípios que devem ser sopesados, há de se iniciar pela vantajosidade, isto é, pela busca da proposta mais vantajosa. Nos termos do entendimento do Tribunal de Contas da União:

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**. (Acórdão TCU nº 1734/2009 - Plenário)

26. Ora, deve-se vislumbrar que a proposta mais vantajosa numa licitação do tipo "*melhor técnica*" refere-se a proposta técnica. De forma que, considerando que a RECORRIDA se sagrou entre as melhores colocadas nas propostas técnicas, ser desclassificada por conta de um erro no preenchimento da porcentagem traria consequências negativas ao interesse público.

27. A afirmação da RECORRIDA se baseia na interpretação sobre o princípio da vinculação ao edital de que este faz lei entre as partes. Ora, a origem dessa expressão advém do célebre livro "Direito Administrativo Brasileiro" do Hely Lopes Meirelles (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989; p. 243), que disse: "O edital é a lei interna da licitação".

28. Entretanto, embora o efeito da frase seja pedagogicamente interessante para explicar que o edital e seus termos são vinculativos, não se pode considerar esta frase (que já se tornou um jargão jurídico entre nós) remeta à suposta alegação de que um edital está no mesmo nível hierárquico que uma lei.

29. O próprio Hely Lopes Meirelles, tratou acerca do tema, senão veja-se:

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 se 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 desclassifica-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação".

30. Portanto, não há de se utilizar da frase de um célebre autor para interpretar o princípio da vinculação ao edital e deixar de lado todo o restante do entendimento por ele construído.

31. Tanto é assim que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21 é clara ao orientar o licitante, explicitamente, para "o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo".

32. Nesta linha, também devem ser sopesados com a vinculação ao edital os princípios da razoabilidade, que visa a adequação da finalidade da licitação com a atitude do corpo jurídico do órgão. Em palavras simples, não é razoável para a busca da proposta mais vantajosa que a RECORRIDA seja alijada da disputa por mero erro de digitação.

III.4 PRECEDENTE DA SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - CONCORRÊNCIA Nº 001/2016.

33. Além das previsões legais trazidas aos autos, dos precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Contas União e Superior Tribunal Justiça e dos posicionamentos da melhor doutrina, cumpre ressaltar uma decisão relevante que ocorrera na Concorrência nº 001/2016 da SECOM, cujo objeto era:

"a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, compreendendo o conjunto de atividades realizadas integralmente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação".

34. Na situação, houve a desclassificação da licitante habilitada entre as três melhores propostas técnicas por ter errado na digitação do prazo de validade: no lugar de 90 (noventa) dias, a licitante digitou 60 (sessenta) dias.

35. Após recurso administrativo, a autoridade superior ponderou a situação com base no princípio da razoabilidade, visando o interesse público para superar o mero erro material e permitir que a melhor proposta continuasse a percorrer no certame, *in verbis*:

Trata-se de recurso impetrado pela empresa DPZ&T COMUNICAÇÕES S.A, CNPJ nº 73.163529/0001-08, em face da Decisão n.º 3 (SEI n.º 0180185) proferida pela Comissão Especial de Licitação, que a desclassificou do certame por ter ofertado prazo de validade da proposta de preço inferior ao mencionado no edital. Considerando o disposto no Despacho SSP/SECOM/CC-PR – (SEI n.º 0182188); Considerando o disposto nos itens 15.2 e 19.1.3 do Edital que regulamenta a Concorrência n.º 001/2016-SECOM; Considerando os termos expostos nos parágrafos 22 a 38 da Nota Técnica 37 (SEI n.º 0182214);

DECIDO: CONHECER o Recurso interposto pela empresa DPZ&T COMUNICAÇÕES S.A, CNPJ nº 73.163529/0001-08, por ser tempestivo e, no mérito, julgá-lo PROCEDENTE, fundamentado no princípio da razoabilidade e nos itens 15.2 e 19.1.3 do Edital de Concorrência n.º 001/2016-SECOM, revendo a decisão de desclassificação da proposta da licitante e mantendo a sua classificação em 3ª (terceiro) lugar no certame.

O processo deve ser restituído à Coordenação de Licitação para notificação dos interessados e posterior prosseguimento do feito.

36. Pois bem. O certame acima serve de boas práticas e demonstra como o princípio da razoabilidade, bem como, os demais fundamentos trazidos na presente licitação podem ser perfeitamente aplicados no presente feito.

IV. DA CONCLUSÃO E DOS PEDIDOS

37. Ante todo o exposto, requer desta comissão:

A. O conhecimento do recurso por ser tempestivo e as partes legítimas, todavia, para o seu NÃO PROVIMENTO com vistas a dar prosseguimento no feito sem que a RECORRIDA seja alijada do certame;

- B. Em tempo, se dispõe para que, na designação de prazo razoável, possa sanear sua proposta sem prejuízo dos interesses gerais face a possibilidade de negociação da proposta entre as melhores classificadas.

Nestes termos,
Pede deferimento.

São Paulo - SP, 15 de outubro de 2021.

KLIMT AGÊNCIA DE PUBLICIDADE LTDA
RENATO RODRIGUES BLANCO NUNES
REPRESENTANTE/PROCURADOR



PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/F8B7-5292-2328-C27D> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: F8B7-5292-2328-C27D



Hash do Documento

6F8746365C94E5B611DB4DFFF6F87626EC58820E02C7DA5F399FEB0D6B93D74B

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 15/10/2021 é(são) :

☒ RENATO RODRIGUES BLANCO NUNES (Signatário) - 017.846.611-55 em 15/10/2021 15:52 UTC-03:00

Tipo: Assinatura Eletrônica

Identificação: Por email: renato.blanco2@klimtpublicidade.com; Código de acesso: 1234

Evidências

Client Timestamp Fri Oct 15 2021 15:52:29 GMT-0300 (Horário Padrão de Brasília)

Geolocation Latitude: -15.7902823 Longitude: -47.8874743 Accuracy: 26.399999618530273

IP 186.235.85.131

Assinatura:

Renato Blanco

Hash Evidências:

DF6391C9902ED80DEF3579A1AAD64A9A59F9B4B3B8CE229B68CEF92424061857



Handwritten mark