gêdois

ILMO SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE

PROTOCOLO

ORGÃO	NÚMERO	DATA
Cdic		10/05 a 10h
ASSUNTO Contrarrazões ao recurso referente a Concorrência nº 01/2020		
FL/ANEXO 13	RÚBRICA	MATRÍCULA

CONCORRÊNCIA Nº 01/2020

LICITAÇÃO Nº 19/2020

G2 AGÊNCIA DEPUBLICIDADE, PROPAGANDA E COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA., inscrita no CNPJ Nº 09.121.359/0001-91, localizada a Rua Lúcio Mota, 122, Bairro Grageru, em Aracaju/SE, por seu representante legal ao final firmado, vem pelo presente e de forma tempestiva propor

CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Impetrados em face da decisão prolatada em reunião datada do último dia 20 de abril do corrente ano, com espeque na legislação de regência aplicável, e especialmente conforme subitem 23. 1 do instrumento convocatório.

I – DA TEMPESTIVIDADE:

Conforme e-mail enviado no último dia 29 de abril, que diz:

> *Informamos que o prazo para apresentação da impugnação é de 05 (cinco) dias úteis a contar do dia 03/05/2021. Sendo assim, o prazo final será o dia 10/05/2021, até às 13h, em razão do Decreto Estadual nº 40.883, 28 de abril de 2021.*

Considera-se, pois, a presente peça tempestiva e, não restando dúvidas sobre isso, passemos a seu mérito.

II – DAS RAZÕES DE RECURSO APRESENTADAS PELA EMPRESA TEASER COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA.:

Em análise ao recurso administrativo da TEASER, insta assinalar que as 03 questões trazidas à tona mostram-se completamente improcedentes, tanto pelo que reza o edital, quanto pela abrangência de conceitos, ações e serviços a serem prestados por uma agência de publicidade.

Primeiramente, a recorrente afirma que a G2 não respeitou a formatação imposta pelo edital em seu item 8.2. Tal afirmação não condiz com a verdade.

As questões citadas pela recorrente, inclusive, foram todas respeitadas no emprego dos títulos, entretítulos, parágrafos, linhas e entrelinhas. O que a recorrente chama de "problema", talvez seja o que podemos denominar como bom senso, que foi o fato, por exemplo, de separarmos o título dos textos.

O fato é que o edital em nenhum momento proíbe que esta ação seja feita e ainda explicita uma possibilidade de colocação destas títulos em páginas separadas no item 8.2.9:

> *"Podem ser utilizadas páginas isoladas com a finalidade de identificar o Plano de Comunicação Publicitária – Via Não Identificada e seus subquesitos: Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia.".*

Tal possibilidade prevista em edital trata-se de uma busca de bom senso na exposição das propostas, justamente para que a leitura se torne mais agradável, sistêmica e leve aos olhos da comissão julgadora, como se referiu a reclamante sobre a nossa proposta.

Não vemos como essa adoção de bom senso possa ser caracterizado como vantagem competitiva aos olhos da lei. Trata-se, portanto, de uma reclamação totalmente improcedente pelo que pede o edital e que, inclusive, se mostra irrelevante aos objetivos da licitação pelo princípio da razoabilidade.

Como segundo apontamento a recorrente afirma que a G2 apresentou 06 CD's sem indicação sucinta. Mais uma vez tal afirmação não condiz com a verdade.

Pela característica da mídia, a indicação sucinta foi colocada nos dados dos arquivos enviados.

O edital pede ainda, em seu item 8.3.3.3.2, que *"Os storyboards animados ou animatics e os protótipos ou `monstros` poderão ser apresentados em CD, CD-Rom, DVD-Rom, executáveis em computadores pessoais, acondicionados em envelopes, ressalvado que não serão avaliados sob os critérios geralmente utilizados para peças finalizadas, mas apenas como referência da ideia a ser produzida.".*

Em nenhum momento o edital exige que a indicação sucinta seja colocada na capa do CD, o que, por conseguinte, poderia ser apontado como erro caso assim o fizéssemos.

Então, como dissemos acima, essa indicação sucinta efetivamente foi enviada nos dados do arquivo. Trata-se, portanto, de mais uma reclamação totalmente improcedente pelo que pede o edital e que, inclusive, se mostra irrelevante aos objetivos da licitação pelo Princípio da Razoabilidade.

> *"A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa."* (ÁVILA, Humberto . Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p.138).

Por fim, afirma a Recorrente que houve transgressão editalícia ao incluirmos em nossa proposta uma ação promocional. Novamente falta com a verdade, posto que a inclusão de ação promocional como uma de nossas propostas não se configura como transgressão editalícia.

O que há, em verdade, talvez seja o desconhecimento da Recorrente quanto ao papel já consolidado da ação promocional como ferramenta de marketing publicitário, especialmente no que diz respeito à captação de novos clientes, que é o objetivo central do briefing proposto pela Alese: *"conquistar mais participação popular em suas atividades."*

Ação promocional não se trata de um evento festivo, como quis equivocadamente insinuar a Recorrente. Trata-se, como já dissemos, de uma ferramenta de marketing publicitário com possibilidades inovadoras de abordagem ao público-alvo. A própria recorrente coloca

em seu recurso contextos do edital que reafirmam a pertinência da nossa proposta, dos quais destacamos:

> *"Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade... a intermediação e a supervisão da execução externa e da distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público geral".*
> *"Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes... À produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;... À criação e ao desenvolvimento de FORMAS INOVADORAS DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA, em consonância com as novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das AÇÕES PUBLICITÁRIAS."*

Ora, dizer que uma ação promocional não faz parte destes contextos explicitados pela própria recorrente é, no mínimo, um desconhecimento da abrangência de conceitos, ações e serviços a serem prestados por uma agência de publicidade.

A ação promocional é hoje uma ferramenta de vanguarda do marketing publicitário em todo o mundo, um diferencial como estratégia que objetiva estreitar o relacionamento com os clientes, criando experiências interativas e agradáveis com o público-alvo. Uma ação direta e com consequências amplamente alvissareiras aos objetivos de uma casa de representação popular tão importante como é a ALESE.

Trata-se, portanto, de uma reclamação totalmente improcedente pelo que pede o edital e que, inclusive, demonstra desconhecimento da recorrente sobre o papel da ação promocional como ferramenta estratégica inovadora no campo do marketing publicitário.

Deve, de pronto, serem recusadas todas as afirmações feitas pela empresa **TEASER COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA.** para, no mérito, ser INDEFERIDO seu Recurso Administrativo.

III – DAS RAZÕES DE RECURSO APRESENTADAS PELA EMPRESA CONCEITO COMUNICAÇÕES INTEGRADAS LTDA.:

O recurso apresentado pela licitante CONCEITO, solicitando a desclassificação de 4 das 6 revela ainda mais a necessidade urgente de revisão da pontuação de TODAS as concorrentes.

Isto porque, ao serem 04 as empresas desclassificadas com base em sua argumentação, já praticamente conhecemos o resultado de toda a licitação doravante, uma situação de grande estranheza, já que o referido processo licitatório tem como objetivo final contratar apenas duas agências para a prestação de serviços publicitários à casa legislativa.

Ou seja, caso acate-se tal medida, a disputa já estaria sumariamente e coincidentemente resolvida, frustrando assim seu caráter competitivo. Senão vejamos.

A solicitação da agência Conceito baseia-se no argumento de que a desclassificação das 4 agências deva ocorrer em função de estas não terem alcançado a pontuação mínima de 70 pontos exigida em edital.

Quando falamos em estranheza, nos referimos não somente pela coincidência de apenas e justamente duas das seis concorrentes alcançarem a pontuação mínima exigida, mas também acerca do encadeamento de fatos ocorridos durante o processo de julgamento das propostas apresentadas, que, em nosso entendimento, teve forte influência sobre a coincidência observada no quadro geral de pontuação.

Observando a tabela de pontuação, observamos que 04 empresas estão abaixo de 70 pontos, enquanto duas ultrapassaram os 80 pontos.

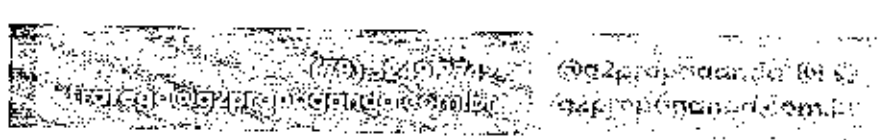
Oras, será mesmo que o julgamento se pautou em um grau de subjetividade aceitável, ou seja, dentro de um patamar razoável e admissível e dentro do que é inerente à Subcomissão Técnica pontuar?

Já havíamos feito em nossa peça recursal nossas observações sobre as argumentações frágeis utilizadas na pontuação conferida tanto à G2 quanto às demais concorrentes, e esse pedido trazido à baila pela CONCEITO somente corrobora isso.

Só para rememorar nossa exposição no referido recurso enviado dia 28/04/2020, muitas das notas baixas aferidas nos quesitos Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa, Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções e Problemas foram justificadas com expressões como "Confuso" "original, mas de mal gosto" "argumentação sem propósito" "Explanação Razoável", ou seja, expressões extremamente vagas, sem a devida explicação ao que realmente se referem, refletindo um peso de subjetividade muito grande em detrimento da objetividade, tão necessária de se buscar em um ambiente de licitação pública.

Importante frisar que, portanto, que nossa alegação já fazia sentido antes mesmo de termos conhecimento do referido pedido de desclassificação das 04 licitantes, onde já havíamos alertado à Comissão de Licitação sobre os vícios de julgamento que levaram a G2, e também outras concorrentes, a alcançarem notas tão baixas no certame.

Ora, com esse pedido de desclassificação com base no subitem 9.4 "b" do Edital, a CPL haveria de levantar a possibilidade de revisão da pontuação, em prol da competitividade, princípio aqui transgredido, em prol da obediência aos princípios do julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório.



Estamos, pois, diante de um conflito de princípios, a dizer:

> *"A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade.* ***Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância.*** *A vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentais, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...] A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação." (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 342).*

Resta mais que evidente aqui o fato de que estamos diante de um grande conflito entre princípios, onde temos uma clara redação editalícia que, a priori, deveria ser seguida, porém, ao proceder desta forma, haverá um fim fatal para o princípio da competitividade que, a todo o tempo, deve ser observado em prol da garantia da eleição da proposta mais vantajosa.

E antes que se diga que a resolução deste conflito seria no sentido de simplesmente "passar por cima" das regras do edital, afirmamos que não é esta nossa intenção. Não pretendemos que a CPL e a Subcomissão Técnica simplesmente desconsiderem o princípio da legalidade em prol da competitividade. Afinal, regra editalícia deve ser cumprida.

O que queremos, na verdade, é que essa colisão se resolva em prol da competitividade para REVISAR a pontuação conferida e, em se mantendo tudo como fora julgado, que aí sim se volte então a CPL para o subitem 9.4 "b" invocado pela Recorrente CONCEITO.

Mas isso APENAS APÓS uma completa revisão. Afinal, a competitividade pode receber ainda um outro golpe, que irá culminar com o FRACASSO do certame, caso uma (ou as duas) empresas restantes sejam INABILITADAS na fase seguinte.

Elementar! Se o certame visa a contratação de duas agências, e apenas duas passam para a etapa seguinte cujo resultado ainda será conhecido, o que acontecerá se uma ou ambas não reunirem condições para serem habilitadas? Na verdade, basta que apenas uma seja inabilitada para que o processo não atinja o fim colimado e seja considerado FRACASSADO.

Vejam que a licitação ocorreu em janeiro do corrente ano e já estamos em maio, ou seja, foram investidos até aqui **04 meses**, que serão perdidos caso a situação acima se consolide.

Diante da situação exposta, para que esse importante processo licitatório não incorra na frustração do seu caráter competitivo, solicitamos, então, a total REVISÃO da fase aqui em debate, adotando-se argumentos mais claros quanto às notas a serem atribuídas objetivos de julgamento, fundamentados e justificados aos propósitos do edital.

IV – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA AOS PRESENTES ARGUMENTOS TÉCNICOS QUE EMBASAM A PRESENTE PEÇA:

Pela leitura acurada da presente peça, forçoso concluir que temos aqui dois aspectos extremamente importantes a serem considerados: a **razoabilidade** e a **competitividade** com a qual deve a Presidente da CPL pautar sua decisão.

Sobre a ***razoabilidade***, *é bem verdade que não há critérios objetivos para definir seu* conceito, mas segundo esse princípio, deve a Administração pauta-se em uma atuação racional, por meio de práticas de condutas coerentes, prudentes e equilibradas, no exercício de suas atividades discricionárias ou vinculadas.

O princípio da razoabilidade se propõe a eleger a solução mais razoável para os conflitos, tendo em vista as circunstâncias sociais, econômicas, culturas e políticas, sem se afastar dos parâmetros legais.

Neste prisma, constata-se que a Administração Pública, ao exercer suas funções, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como vetor para justificar a emanação e o grau de intervenção administrativa imposto ao destinatário.

Buscando diferenciar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Niebuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba: Zênite, 2008, p.37.) faz o seguinte paralelo:

> *Pois bem, o princípio da razoabilidade é mais abrangente do que o princípio da proporcionalidade. Ele significa que* ***as decisões administrativas, especialmente as discricionárias, devem encontrar amparo em justificativas racionais, no bom senso.*** *Dessa sorte, o princípio em tela proíbe que os agentes administrativos tomem decisões que não visem a quaisquer utilidades, despropositadas, que fujam dos parâmetros do senso comum. [...] Noutro lado, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como faceta do princípio da razoabilidade, apesar de não se confundir com ele. O princípio da proporcionalidade requer adequação entre os meios e os fins dos atos tomados pela Administração. Logo, ele tem a ver com gradação, com a potência, com a intensidade dos atos administrativos.*

In casu, a razoabilidade passa pela necessidade de **revisão** da pontuação conferida, posto que, em um universo de 06 empresas, apenas duas alcançaram 70 pontos (na verdade, passando dos 80 pontos), enquanto 04 delas ficaram abaixo da média estabelecida, representando um corte de mais de 65% dos potenciais interessados no processo em tela.

A fim de dar maior robustez à esta argumentação, temos o recente Acórdão 6.750/2018 – 1ª Câmara do TCU:

> *Assim, por meio do Acórdão 6.750/2018 – 1ª Câmara (peça 57), esta Corte decidiu, dentre outras medidas:*
>
> *9.2. assinar prazo de 15 dias, com base no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, para que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação* ***anule a fase de habilitação do pregão eletrônico 4/2018 e todos os atos posteriores****, em razão da redefinição dos requisitos de qualificação técnica (e definição das parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto) promovida pelo pregoeiro após a apresentação dos atestados pelas licitantes, em afronta ao artigo 30, §2º, da Lei 8.666/1993, e aos princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório,* ***sem prejuízo da possibilidade de revogação dos atos praticados desde a publicação do edital, tendo em vista a aparente inadequação dos requisitos de qualificação técnica estabelecidos no instrumento convocatório****; (original sem grifos)*

Extrai-se do julgado acima a expressão **"inadequação dos requisitos de qualificação técnica"**, que no presente caso entendemos como o uso de argumentos por demais suscintos na pontuação conferida e que exaustivamente já debatemos em nossa peça recursal já protocolada anteriormente.

Ainda quanto *a razoabilidade e sua relação com um subjetivismo moderado em prol da* proposta mais vantajosa, temos a lição suscinta, porém precisa, do festejado Professor Ronny Charles Lopes de Torres que, em sua obra Leis de Licitações Públicas Comentadas, discorre o seguinte:

> *"O caráter vantajoso da proposta deve ser verificado em função de julgamento objetivo,* ***evitando-se subjetivismos e conotações individuais***

na aferição da melhor proposta a ser contratada pela Administração" (p. 35/36) (grifos acrescidos)

Essencial destacarmos, por fim, a lição do renomado jurista administrativista Marçal Justen Filho sobre o assunto, em sua obra "Comentários À Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., São Paulo, Dialética, 2002, *ipisis literis*:

"que, invocando a necessidade de realizar um certo valor, produz o sacrifício de outro Toda atividade administrativa está submetida ao princípio da proporcionalidade, ... [....] É possível distinguir uma dimensão genérica do princípio da proporcionalidade, sob cujo enfoque pode ele ser reconduzido ao conceito de razoabilidade. Essa abordagem se relaciona à natureza teleológica da disciplina jurídica. A regulação jurídica visa à realização de certos valores. Isso significa, em primeiro lugar, uma ponderação dos valores, uma espécie de "valoração dos valores". [...] Será desproporcionada a solução, cuja relevância seja equivalente. Entre duas alternativas, deverá optar-se por aquela que acarretar o menor sacrifício possível para os valores prestigiados pelo Ordenamento e pela sociedade.

"Como derivação implícita, deve-se prestigiar a instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam. A proporcionalidade exclui interpretações que tornem inútil a(s) finalidade(s) buscada(s) *pela norma [...]*

"Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário *ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o interesse público de cumprir o edital, produza-se a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos. [.....] (Idem, p. 469, g.n.)*

Vis a vis, merece o julgado ser reformado para desconsiderar estas interpretações técnicas insuficientes e que nada se coadunam com a pretensão da Administração da ALESE, a fim de rever a pontuação desta Recorrente no âmbito da fase técnica do certame.

Já sobre a **competitividade**, como já exposto acima, há um aparente conflito de princípios onde, nesse caso, repensar o julgamento técnico em prol da busca da proposta mais vantajosa é uma lógica já pacificada nos Tribunais, e a experiência prática veio confirmar este entendimento, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"A busca da melhor proposta recomenda admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.* (STJ, MS n.º 5.623, DJ de 18/02/98, grifo nosso)

Além disso, vejamos o que dispôs acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito do rigorismo excessivo na licitação:

> ***"Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados.*** *Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase, de habilitação, deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório".* (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RDP 14/240) (grifos acrescidos)

Isto quer significar que a atividade administrativa não pode e não deve resumir-se ao cumprimento frio, indistinto e fatalístico da lei, sem que se considere, *in casu*, a influência das particularidades sobre o teor da decisão a ser prolatada, e sobre o fim buscado pela Administração através da licitação, louvando-se a assertiva do clássico Gaston Jèze, em

Los Principios Generales de Derecho Administrativo, trad. Garcia Oviedo, Madrid, Reus, 1928, pp. 20/21: *"toda teoria que não se acomoda aos fatos leva em si mesma sua condenação"*.

Nesta atividade administrativa incluímos a atuação da subcomissão técnica, que no nosso entendimento, pecou em suas avaliações que foram tão rigorosas quanto vagas de argumentos, mesmo porque, se por um lado não explicou a contento as razões de suas notas, por outro foi de um rigor tamanho que elevou a mais de 80 pontos apenas duas concorrentes, em detrimento de outras 04 que ficaram abaixo dos 70 pontos, o que no mínimo denota um contrassenso.

V – DO REQUERIMENTO:

Diante do exposto, e confiante nos elevados critérios de julgamento e bom senso que sempre nortearam a conduta desta nobre Comissão, que certamente não negará vigência à legislação aplicável, requer seja recebida a presente peça e, no mérito, conhecido para que a Comissão de Licitação analise os pontos aqui ventilados, de modo a garantir o fiel cumprimento do edital e que os interesses da Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe venham a ser respeitados.

Pede e aguarda deferimento por ser de Direito e de Ídima JUSTIÇA!

Aracaju/SE, 10 de maio de 2021.

RAFAEL GALVÃO
G2 COMUNICAÇÃO