

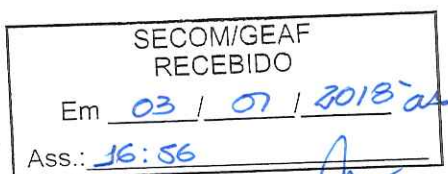
FLÁVIO CHEIM JORGE
MARCELO ABELHA RODRIGUES
MARIA LÚCIA CHEIM JORGE
CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA
CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS
ALEX DE FREITAS ROSETTI
BÁRBARA DALLA BERNARDINA LACOURT
MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES
LUANA ASSUNÇÃO DE ARAÚJO ALBUQUERK
MARCELO RODRIGUES NOGUEIRA
LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS
THIAGO FELIPE VARGAS SIMÕES
CAROLINA AVELAR DE OLIVEIRA
NATHÁLIA SAIB DE PAULA
CAMILA CARLETE GOMES
AMANDA LOYOLA GOULART
PEDRO LENNO ROVETTA NOGUEIRA
GABRIEL JUNQUEIRA SALLES
MILENA MAGNOL CASAGRANDE
TATIANE MENDES RIBEIRO

MELISSA BATISTA MESQUITA
RAFAEL BEBBER CHAMON
GABRIEL FERREIRA ZOCCA
ARTHUR LUIS LOUREIRO
TALITA ATAÍDE DA SILVA
LAILA CHEIM SADER MALHEIROS

CHEIM JORGE ABELHA RODRIGUES

Advogados Associados

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LICITAÇÃO - CAEL/SECOM**



Josy Mendes Ratis Monteiro
Assessor Especial/SECOM

Ref.:  **Concorrência Pública nº. 001/2017 - Processo Administrativo nº. 77457080**

A4 PUBLICIDADE E MARKETING LTDA.,
pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 32489.098/0001-89,
com sede na Rua Abiaíl do Amaral Carneiro, nº. 41, sala 602, Ed. Palácio
Enseada, Enseada do Suá, Vitória/ES, CEP 29.055-220, por meio de seus
advogados ao final assinados (**doc. 01**), vem, respeitosa e tempestivamente,
interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a decisão da d. Comissão Administrativa Especial de Licitação -
CAEL/SECOM, proferida na sessão do dia 22/12/2017 e publicada no dia
26/12/2017, no que diz respeito a todos os lotes da licitação, em conformidade
com os fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos.

Josy

Josy

CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES

Advogados Associados

De antemão, requer-se seja o mesmo admitido e regularmente processado, remetendo-se os autos, após a análise desta d. Comissão Administrativa Especial de Licitação, ao Superintendente Estadual de Comunicação Social, no termos dos itens 8.5.2.b e 12.5 do edital.

Nestes termos, pede deferimento.
Vitória/ES, 03 de janeiro de 2018.

Flávio Cheim Jorge
OAB/ES 262-B


Bárbara Dalla Bernardina Lacourt
OAB/ES 14.469


Amanda Loyola Goulart
OAB/ES 24.474

RAZÕES RECURSAIS

I. Da decisão recorrida

1. Tendo em vista o provimento parcial de recursos interpostos contra a decisão inicial de julgamento das propostas técnicas – publicada em 22/11/17 – no dia 22/12/17 foi realizada nova sessão pela d. Comissão Especial de Licitação; ao final da qual foi proferida decisão que alterou o resultado desse julgamento.

2. Tal decisão foi publicada no Diário Oficial do ES em 26/12/17, abrindo-se o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a interposição de recurso, na forma do art. 109, I, “b” da Lei nº. 8.666/93 e do item 12.1.1 “b” do instrumento convocatório, *in verbis*:

12.1 - Dos atos da Administração referentes a esta licitação cabem:
12.1.1 - Recurso no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
(...)

(b) Julgamento das propostas: (g.n.)

3. Assim, é contra a decisão de julgamento das propostas técnicas (como um todo) que ora se recorre; não havendo dúvida possível acerca do cabimento e da tempestividade do presente recurso

II. Razões de reforma da decisão recorrida

4. O objetivo deste recurso é devolver a esta d. Comissão Especial de Licitação a análise de **vícios relevantes** do julgamento das propostas técnicas, assim descritos por representarem **afronta direta aos preceitos do edital desta concorrência** – e, portanto, **ilegalidade**.

5. É ocioso destacar que a Administração Pública tem o poder de controlar seus próprios atos e o dever de revê-los quando eivados de ilegalidade (enunciados nºs. 346 e 473 da Súmula do STF e art. 53 da Lei nº. 9.784/99). É o chamado princípio da autotutela da Administração.

6. Tal princípio, como era de se esperar, não é



desconhecido dessa d. Comissão de Licitação que, na sessão do dia 22/12/2017, ao realizar a retificação das notas do quesito “Capacidade de Atendimento” para os Lotes 01 e 02, registrou que as *“correções encontram amparo no princípio da autotutela pelo qual à administração pública é conferido o direito de rever seus próprios atos.”*

7. Significa, pois, que os fundamentos deste recurso poderiam, a rigor, ser conhecidos inclusive de ofício por esta d. Comissão Especial de Licitação.

8. Objetivamente, os vícios existentes no julgamento das propostas técnicas, especialmente na análise do plano de comunicação publicitária, são aqueles sobre os quais se passa a dispor.

II.1. Desconformidade dos custos de produção apresentados pela MP Publicidade com o referencial a ser seguido pelas licitantes – Afronta aos itens 7.17.2 e 7.13.4 do edital – Necessidade de desclassificação em todos os lotes

9. De pronto, há de se destacar o fato da MP Publicidade ter apresentado orçamento de custos em total desconformidade com o que prevê o edital.

10. Nesse sentido, verifica-se que o item 7.17.2 do ato convocatório dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da licitantes observarem, para fins de elaboração da simulação dos planos de mídia, os custos de criação nos os valores cheios da tabela referencial vigente na data da publicação. Confira-se:

7.17.2 - A licitante quando da elaboração da simulação do plano de mídia e bem como nos custos de produção, que trata o quesito Ideia Criativa, **obrigatoriamente, deverá utilizar como base para cada proposta técnica os valores dos custos de criação, produção e veiculação das respectivas tabelas vigentes na data de publicação deste Edital (valor cheio)**, sem considerar os percentuais que serão ofertados nas respectivas propostas de preço. (grifou-se)

11. A tabela a que o edital faz referência é a lista referencial de preços disponibilizada pelo SINAPRO (Sindicato das Agências de Propaganda) e, muito embora conste no processo administrativo aquela do ano de 2016 (fls. 56/68), quando da publicação do edital já estava vigente a lista

referencial de 2017. Era esta última tabela, portanto, que deveria ser observada pelas licitantes quando da elaboração dos planos de mídia e custos de produção. (doc. 02)

12. Tal como prevê o item 7.17.2, nos planos de comunicação (envelopes “A” e “B”) as licitantes devem, repita-se, se valer dos **valores referenciais cheios**, já que o momento para oferecimento de descontos ocorre com a abertura dos envelopes “D” (itens 9.4.c e 9.5.1) no julgamento das propostas comerciais, fase que sequer foi iniciada na presente licitação.

13. Ademais, o edital é claro ao dispor que o descumprimento de qualquer de suas normas enseja a inabilitação/desclassificação da licitante, nos termos do que dispõem os itens 8.16.I e 15.21 do ato convocatório:

8.16 - Serão desclassificadas as licitantes cujas Propostas:

I - não atenderem às exigências do presente Edital e de seus Anexos;

II - não alcançarem, no resultado geral, a nota mínima de 75 (setenta e cinco) pontos;

III - Tiverem o Plano de Comunicação identificado antes da abertura do Invólucro B. (grifou-se)

15.21- A Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM se reserva o direito de proceder a buscas, diligências e extrair certidões para averiguar a veracidade das informações constantes nos documentos apresentados, caso julgue necessário, estando **sujeita à inabilitação e/ou desclassificação, o licitante que apresentar documentos e/ou proposta em desacordo com as regras estabelecidas neste Edital**, além de incorrer nas sanções previstas neste Edital, concomitantemente com legislações específicas. (grifou-se)

14. Com efeito, a despeito da previsão editalícia de **obrigatoriedade de utilização dos valores referenciais, a licitante MP Publicidade apresentou em seus planos de comunicação planilhas de custos em total desconformidade com os valores constantes na lista 2017 do SINAPRO para criação**. É o que fica evidenciado ao se comparar os valores apontados pela licitante com os valores constantes na referida tabela; vejamos:



**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados

	Valores SINAPRO/2017	LOTE 1*	LOTE 2*	LOTE 3*	LOTE 4*
Post Face/Insta - itens Q5.04 e Q5.05 da tabela SINAPRO/2017	R\$ 1.657,08	R\$ 245,80	R\$ 628,43	R\$ 748,71	R\$ 775,77
Banner Google - item Q3.01 da tabela SINAPRO/2017	R\$ 1.804,12	R\$ 1.329,90	R\$ 2.508,37	R\$ 2.694,57	R\$ 379,97
Email marketing - item Q2.03 da tabela SINAPRO/2017	R\$ 1.375,24	-	R\$ 1.375,32	-	R\$ 2.887,99
Webbanner site - item Q3.01 da tabela SINAPRO/2017	R\$ 1.804,12	R\$ 776,22	-	R\$ 1.804,12	-
Carrossel Facebook - itens Q5.04 e Q5.05 da tabela SINAPRO/2017	R\$ 1.657,08	R\$ 443,30	-	-	-

*valores unitários constantes na fl. 15 do anexo de mídia da MP Publicidade

15. **A título de exemplo: no lote 01**, a MP Publicidade orçou 18 *banners* Google Adwords, 44 *posts* de Facebook, 3 *carrosséis* Facebook e 1 *webbanner site*, perfazendo, esses itens, um valor total de R\$ 36.859,62 (trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e sessenta e dois centavos). Confira-se a planilha de custos apresentada pela empresa:




**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados

Anexo 1 - Lote 1

Cronograma de Mídia e Planilha de Produção e Custos de Agência (Continuação)

Produção			
Peça	Quantidade	Total (R\$)	%
VTs 30"	5	R\$ 650.539,20	
VTs 1'30"	1		
Jingle Marchinha 120"	1	R\$ 11.382,26	
Spots 30"	5		
Fotos	18	R\$ 4.200,00	
Outdoor duplo c/ aplicação	4	R\$ 8.954,50	
Outdoor simples	81	R\$ 19.367,55	
Backbus	12	R\$ 4.727,93	
Envelopamento	1	R\$ 12.561,95	
Ação em Cinema 01	1	R\$ 10.000,00	
Ação em Cinema 02	1	R\$ 10.000,00	
Ação Stand em Shopping	4	R\$ 70.000,00	
Ação Bloco Movimento Rua Coletiva	1	R\$ 20.000,00	
Ação com Máscaras	4	R\$ 5.000,00	
Ação em Semáforos	3	R\$ 5.000,00	
Ação Movimento Rua Coletiva	1	R\$ 7.000,00	
Ação Good Truck	1	R\$ 54.000,00	
Ação Karacokê	3	R\$ 10.000,00	
Ação Yuvazômetro	3	R\$ 5.000,00	
Ação Bandeira Amarela Copa	3	R\$ 5.000,00	
Ação Instrutor	1	R\$ 35.000,00	
Banners Google Adwords	18	R\$ 23.938,20	
Posts Facebook	44	R\$ 19.815,32	
Clics para o site	0	R\$ 4.657,82	
Carrossel Facebook	3	R\$ 1.329,94	
Webbanner site	1	R\$ 776,22	
TV Sync (Banners + vídeo)	5	R\$ 3.403,02	
Site Movimento Rua Coletiva	1	R\$ 42.800,93	
Aplicativo Movimento Rua Coletiva	1	R\$ 83.240,05	
Cartaz	2.000	R\$ 2.065,90	
Folhetos	50.000	R\$ 5.974,32	
Kit para Imprensa	50	R\$ 2.900,00	
Total de Produção		R\$ 1.101.645,41	27,8%
Total Geral de Investimento (Mídia e Produção)		3.999.864,74	100,0%

16. Contudo, ao se aplicar os valores da tabela SINAPRO/2017 aos quantitativos de peças publicitárias distribuídas pela própria MP em seu plano de comunicação, chega-se aos seguintes valores:

- 18 banners Google Adwords x R\$ 1.804,12 (preço da tabela) = **R\$ 32.474,16**

- 44 posts de Facebook x R\$ 1.657,08 (preço da tabela) = **R\$ 72.911,52**

- 3 carrosséis Facebook x R\$ 1.657,08 (preço da tabela) = **R\$ 4.971,24**

- 1 webbanner site x R\$ 1.804,12 (preço da tabela) = **R\$ 1.804,12**

17. Em termos mais claros, a soma dos valores de criação dessas peças publicitárias nesses quantitativos, a preços da tabela do SINAPRO/2017, totaliza R\$ 112.161,04 (cento e doze mil, cento e sessenta e um

Página 7 de 37

reais e quatro centavos). Ou seja: o montante de R\$ 36.859,62 (trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e sessenta e dois centavos) orçado pela MP Publicidade para essas peças apresenta subpreço de R\$ 75.301,42 (setenta e cinco mil, trezentos e um reais e quarenta e dois centavos).

18. **Tal como didaticamente exposto nas tabelas em anexo (doc. 03), a existência de subpreço nos orçamentos apresentados pela MP Publicidade se repete em todos os lotes da Concorrência; sendo que em todos os casos o emprego dos preços unitários corretos provoca o extrapolamento do limite máximo estabelecido pelo edital para cada lote nos seguintes montantes:**

<i>Lote 1</i>	<i>Lote 2</i>	<i>Lote 3</i>	<i>Lote 4</i>
R\$ 222.890,34	R\$ 60.887,43	R\$ 42.264,95	R\$ 190.705,87

19. Chama a atenção a circunstância de que para o lote 1 a licitante apresentou campanha a ser estrelada em VTs pelo ator global Lúcio Mauro Filho (um VT 1'30" e cinco VT 30"), orçando o custo de criação/produção do material em R\$ 650.539,20 (seiscentos e cinquenta mil quinhentos e trinta e nove reais e vinte centavos).

20. Entretanto, conforme cotação solicitada junto à agência do ator, só o cachê do profissional para esse trabalho corresponderia a R\$ 630.000,00 (seiscentos e trinta mil reais). Apenas esse montante, somado aos custos unitários de *criação* da tabela do SINAPRO – portanto sem considerar o custo de *produção* das peças – já extrapola em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor indicado pela MP Publicidade.

21. A análise das tabelas ora acostadas revela que também os custos de *produção* das peças publicitárias não foram corretamente orçados pela MP Publicidade, em ofensa ao item 7.13.4 do edital:

7.13.4 - A CONTRATADA se compromete a fazer constar, em destaque, em todos os orçamentos de produção, os custos dos cachês, os de cessão de direito de uso de obra(s) consagrada(s), incorporada(s) à peça e os de cessão dos demais direitos. (grifou-se)

22. Em síntese, pois, a proposta da licitante MP viola frontalmente os itens 7.17.2 e 7.13.4 do edital **nos quatro lotes** da concorrência uma vez que os custos unitários que apresentou para a sua produção de mídia divergem daqueles que obrigatoriamente deveriam ter sido utilizados.

23. **Note-se que se trata nada menos do que maquiar o custo da criação/produção da campanha elaborada para a licitação**, a fim de fazê-la parecer mais viável e vantajosa aos cofres públicos.

24. Vale recordar que, nos termos do item 15.2 do edital, **a licitante é responsável pela fidelidade e legitimidade das informações prestadas ao poder público durante a licitação:**

15.2 - O proponente é responsável pela fidelidade e legitimidade das informações prestadas e dos documentos apresentados em qualquer fase da licitação. A falsidade de qualquer documento apresentado ou a inverdade das informações nele contidas implicará a imediata desclassificação do proponente que o tiver apresentado, ou, caso tenha sido o vencedor, a rescisão do contrato, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

25. **A questão é grave, objetiva e, *data maxima venia*, tinha passado despercebida pela d. Comissão de Licitação. E a consequência inexorável para o vício é a desclassificação da licitante.**

26. Deste modo, tendo em vista o evidente descumprimento do edital pela MP Publicidade e o dever da Administração rever seus atos em havendo ilicitude/ilegalidade, requer-se a reforma da decisão desta d. Comissão de Licitação para que a referida empresa **seja desclassificada dos quatro lotes da Concorrência Pública nº. 001/2017, nos termos do que prevê o item 15.21 do ato convocatório.**

II.2. Utilização de marchinhas de carnaval pela MP Publicidade sem o cômputo dos direitos autorais – Violação ao item 7.13.4 – Necessidade de desclassificação no lote 1

27. No lote 01, a MP Publicidade propôs a criação e produção de *jingle* de carnaval contendo um *pout pourri* com supostas paródias de famosas marchinhas carnavalescas, a saber: “*Saca-rolhas*”, “*Mamãe eu quero*”, “*Me dá um dinheiro aí*”, “*ALLAH-LA-Ô*”, “*Aurora*” e “*Marcha do Remador*”.

28. Como a proposta da MP Publicidade foi apresentada sem a adição do custo relativo aos direitos autorais de cada uma das obras, a ora recorrente tratou da questão em seu primeiro recurso administrativo, momento em que, inclusive, colacionou às suas razões o orçamento de direitos autorais de cinco das seis obras utilizadas, evidenciando, pois, que a proposta da MP não correspondia à realidade (doc. 04).

29. Assim, na peça recursal ficou evidenciado que para as marchinhas intituladas “Aurora” e “Mamãe eu quero”, a título de direitos autorais, deveria ser pago um valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por cada obra, sendo que para “Saca-rolhas”, “Me dá um dinheiro aí” e “ALLAH-LA-Ô”, os direitos autorais ficavam em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por obra. (doc. 04)

30. Em resposta ao recurso, a MP Publicidade afirmou que as marchinhas foram utilizadas em um contexto de *paródias* e que, por essa razão e, tendo em vista o que prevê o art. 47 da Lei 9.610/1998, “*não dependem de qualquer autorização de seus autores, nem acarretam qualquer forma de custo ou dano*” (fl. 26 das contrarrazões ao recurso)

31. Como na decisão do recurso administrativo a questão não foi enfrentada pela d. Comissão de Licitação, faz-se necessária a sua apreciação neste momento, sobretudo em observância ao já mencionado princípio da autotutela da Administração Pública.

32. A valer, o pagamento dos direitos autorais de uma obra é dispensado apenas e tão somente quando as obras são utilizadas para a confecção de paródias, nos termos do que dispõe o art. 47 da Lei 9.610/1998:

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

33. Parte da doutrina entende que mesmo no caso de paráfrases e paródias é necessária ao menos prévia autorização do autor da obra original, interpretação baseada no art. 29, III, da Lei 9.610/98, que tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
(...)

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; (grifou-se)

34. Para essa corrente, portanto, se faz indispensável a autorização expressa do autor para transformação de sua obra, sob pena de, não requerida, ser devida indenização.

35. Ciente da controvérsia, a ora recorrente formulou consulta à editora IRMÃOS VITALE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, detentora dos direitos autorais de três das seis marchinhas utilizadas pela MP PUBLICIDADE. A referida editora respondeu ao questionando confirmando expressamente a necessidade de autorização para a utilização das marchinhas mesmo que em uma paródia, confira-se:

“Uma paródia de uma obra protegida só pode ser feita com autorização dos autores/editora. No caso, as obras intituladas SACA-ROLHA (Zé da Zilda, Zilda e Waldyr Machado), ME DÁ UM DINHEIRO AÍ (Ivan Ferreira, Homero Ferreira e Glauco Ferreira) e ALLAH-LA-Ô (Haroldo Lobo e Nássara) são todas protegidas e, portanto, qualquer tipo de alteração será necessário obter uma autorização.” (grifou-se) (doc. 05)

36. Ou seja: a editora detentora dos direitos autorais de parte das canções empregadas na suposta paródia da MP Publicidade **confirmou que mesmo para a utilização das obras em paródia seria imprescindível a obtenção de autorização** – sem a qual, portanto, restaria inviabilizada a campanha com o uso das mesmas.

37. De qualquer forma, ainda que se pretendesse aderir ao posicionamento da doutrina contrária, que toma a expressão "livres" do art. 47 da Lei de Direitos Autorais de forma ampla – isto é, de modo a dispensar não apenas o pagamento de direitos autorais, mas também a autorização para o uso da obra original – o fato é que **o jingle criado rigorosamente não é uma paródia a ensejar a aplicação do art. 47 da Lei 9.610/1998.**

38. Segundo o dicionário Michaelis, paródia é a *“imitação satírica e jocosa de uma obra literária, musical, teatral etc.”*¹, tendo o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA assim se posicionado a respeito da definição desse conceito:

¹ Disponível em: <<<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/par%C3%B3dia/>>> acessado em 28.12.2017.

“(…) é possível afirmar que a paródia é imitação cômica de uma composição literária, filme, música, uma obra qualquer. Quase sempre dotada de comicidade, utilizando-se do deboche e da ironia para entreter. É fruto de interpretação nova, é adaptação de obra já existente a um novo contexto, com versão diferente, debochada, satírica.

(…)

De fato, a ironia e a crítica são a essência da paródia. Quando a lei prevê e protege esse tipo de manifestação e expressão está protegendo a irreverência do conteúdo apresentado. (REsp 1548849/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 04/09/2017).

39. A partir da definição da mais alta Corte Federal do país, fica claro que **um *jingle* criado para uma campanha de conscientização dos perigos do trânsito durante o carnaval não se encaixa na previsão do art. 47 da Lei 9.610/1998, sendo a utilização das obras condicionada, sem sombra de dúvidas, ao pagamento de direitos autorais, sob pena de ser considerada plágio.**

40. Questões como a presente já foram enfrentadas diversas vezes pelos tribunais pátrios, que acabaram com a condenação dos indivíduos ao pagamento, não dos direitos autorais, mas de vultosa indenização por danos morais e do impedimento de continuar a veiculação das mídias. A título de exemplo, cita-se o Recurso Especial nº 1131498/RJ, de relatoria do Ministro Raul Araújo.

41. Por meio do referido recurso, o CARREFOUR COMÉRCIO INDÚSTRIA LTDA. se insurgiu contra a sua condenação ao pagamento dos danos materiais decorrentes da utilização indevida da obra "*Roda, Roda, Roda*", vinheta do programa televisivo Cassino do Chacrinha. A canção foi utilizada com a letra alterada em propaganda veiculada na Rede Globo no ano de 2004 sem autorização e a devida remuneração.

42. Além da condenação por danos materiais, o CARREFOUR também foi impedido de veicular a propaganda ou utilizar a obra sem autorização, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), além de condenado ao pagamento de indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

43. O fundamento de “defesa” do CARREFOUR era o

mesmo de que se vale a MP Publicidade na presente licitação: que o trecho da música foi utilizado com a letra modificada, em uma paródia, sendo o caso de aplicação do art. 47 da Lei 9.610/98.

44. Contudo, apreciando esses fundamentos, a **Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça** concluiu pela manutenção da condenação da rede de supermercados, uma vez que o conteúdo veiculado não se tratava de uma paródia, dependendo, portanto, de autorização do autor da obra. Confira-se:

“(…) verifica-se que na hipótese dos autos a letra original da canção foi alterada de modo a atrair consumidores ao supermercado da ré, não havendo falar em paráfrase, **pois a canção original não foi usada como mote para desenvolvimento de outro pensamento, ou mesmo em paródia, isto é, em imitação cômica, ou em tratamento antitético do tema. Foi deturpada para melhor atender aos interesses comerciais do promovido na propaganda.**” (REsp 1131498/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011) (doc. 06)

45. O resultado da ação movida pela editora contra a rede de supermercados é de fácil acesso já que, além do julgamento do recurso ter sido disponibilizado no *site* do Superior Tribunal de Justiça, foi também notícia em diversos sítios eletrônicos tais como o G1, da globo.com², UOL³, “Migalhas”⁴, “Consultor Jurídico”⁵, dentre outros.

46. Outro caso emblemático diz respeito à utilização da música “O Portão”, de Roberto Carlos e Erasmo Carlos, pelo então Deputado Federal “Tiririca”, na campanha eleitoral do ano de 2014, sem a prévia e expressa autorização da editora detentora dos direitos autorais da composição.

47. Na referida propaganda, o candidato cantava um trecho da música “O Portão” com a letra modificada, substituindo as estrofes “*eu voltei, agora pra ficar*” e “*porque aqui, aqui é meu lugar*” por “*eu votei, de novo eu vou votar... Tiririca, Brasília é o seu lugar*”.

48. Naquela demanda, o requerido, assim como a MP

² <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2011/06/supermercado-pagara-r-50-mil-por-uso-indevido-de-musica-de-chacrinha.html>>

³ << http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=63970>>

⁴ << http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI134786,71043-

STJ+Rede+de+supermecados+deve+indenizar+autor+de+musica+do+Chacrinha>>

⁵ <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-02/carrefour-indenizar-autor-musica-chacrinha-comercial>>

Publicidade na presente licitação, arguiu que o uso da canção era isento de autorização prévia do autor, nos termos do artigo 47 da Lei nº 9.610/98; isto é, que se tratava de uma paródia da obra musical mencionada.

49. O **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, ao apreciar a questão, concluiu que a propaganda eleitoral não era (e nem poderia ser) um programa humorístico e que, por isso, não estava caracterizada paródia a ensejar a aplicação do art. 47 da Lei de Direitos Autorais. Vejamos trecho do acórdão:

“Com efeito, restou incontroversa a utilização, pelos réus, de trecho da sobredita obra musical, de forma adaptada, na campanha eleitoral do candidato que integra o polo passivo, no ano de 2014 e sem autorização da autora. Substituíram as seguintes estrofes originais daquela música:

"Eu voltei, agora pra ficar" e "Porque aqui, aqui é meu lugar" pela versão "Eu votei, de novo eu vou votar...Tiririca, Brasília é o seu lugar".

Sustentam os réus que a situação trata de paródia e, bem assim, tem seu livre uso assegurado, independente de prévia autorização do titular, à luz do que dispõe o artigo 47 da Lei 9.610/98.

No entanto, razão não lhes assiste, eis que não se cuida de paródia, que se resume a imitação cômica de uma obra e que, conforme define De Plácido e Silva: “Do latim parodia, na terminologia jurídica, sem se afastar do sentido gramatical, entendese a imitação burlesca de obra literária alheia, ou a sua deformação num sentido cômico. Nessa imitação, há perfeita adaptação às situações, ao enredo, às próprias frases, à forma literária, etc., mas em aspecto ou em sentido diverso. A paródia pode, igualmente, ser feita à música. A paródia, no entanto, não é plágio nem reprodução abusiva. É como ensina Clóvis Bevilacqua, 'uma criação, um produto de engenho, muito embora inspirado em obra alheia, cujo desenvolvimento acompanha, dando-lhe outra intenção'.” (in VOCABULÁRIO JURÍDICO, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2001).

Ora, no caso em exame, a utilização de trecho de obra musical (com letra originária modificada) não possuía destinação humorística. Foi claramente utilizada para fins eleitoreiros. Integrou - e isso bem assinala a r. sentença guerreada a publicidade eleitoral do então candidato demandado. A evidência, buscava atrair o eleitorado, "ou seja, chamar de algum modo a atenção do eleitor para, quem sabe, merecer seu voto, sem, contudo, dar um tratamento antiético para a obra (...)"

A argumentação contida no apelo dos demandados de que, por se tratar de composição musical antiga (idos de 1974), a utilização aqui discutida teria despertado a curiosidade e o retorno da música às "paradas musicais", mostra-se totalmente desarrazoada. A música é de fato, antiga, mas extremamente popular e imortalizada na voz do cantor Roberto Carlos. Teve sua letra e melodia amplamente conhecidas alterada, distorcida, com o nítido propósito de angariar vantagem ao então candidato, em sua propaganda eleitoral.

À evidência, referida utilização, sem a devida autorização, encerra violação a direito autoral, sendo irrelevante que apenas trecho da música tenha sido utilizado (aliás, o conhecidíssimo refrão).

Contrariou, pois, o disposto no artigo 28 da Lei 9610/98 que determina que: "Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica". (grifou-se) (doc. 07)

50. Diante disso, o deputado foi condenado ao pagamento dos danos materiais pelo uso e alteração da letra da obra e à abstenção da utilização da música em seus anúncios eleitorais.

51. Com efeito, no mesmo sentido dos julgados supracitados foram os dois pareceres, confeccionados por advogadas especialistas em direito autoral contratadas pela ora recorrente para apreciar a questão. Ambos concluem que a proposta da MP Publicidade não se trata de paródia e que, portanto, imprescinde do pagamento de direitos autorais para utilização. (doc. 08)

52. Assim, tem-se que, na esteira do que decidem os tribunais pátrios, o produto elaborado pela MP Publicidade não é uma paródia, de modo que a referida licitante tinha a obrigação de incluir em sua planilha de custos os valores relativos ao pagamento dos direitos autorais, nos termos do item 7.13.4 do edital:

7.13.4 - A CONTRATADA se compromete a fazer constar, em destaque, em todos os orçamentos de produção, os custos dos cachês, os de cessão de direito de uso de obra(s) consagrada(s), incorporada(s) à peça e os de cessão dos demais direitos. (grifou-se)

53. Por conseguinte, ao não fazê-lo, a MP Publicidade lançou mão de proposta inverídica a ensejar a sua desclassificação nos termos do já citado item 15.2 do edital.

II.3. Uso da logomarca – Violação aos itens 6.7 e 7.13 e ao briefing do lote 1 (Anexo I) do edital – Necessidade de desclassificação das licitantes MP Publicidade e a Fire Comunicação no lote 1

54. A Lei nº. 12.232/10 prevê, como não poderia deixar de ser, que serão desclassificados os licitantes que descumprirem quaisquer disposições do instrumento convocatório:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

XIV – será desclassificado o licitante que descumprir o disposto nos incisos XII e XIII deste artigo e demais disposições do instrumento convocatório. (grifou-se)

55. Especificamente no que tange ao plano de comunicação publicitária integrante da proposta técnica, o art. 11, §4º, III da lei em questão ratifica que será desclassificada aquela que desatender as exigências editalícias:

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.

(...)

§ 4º O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

(...)

III - análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inciso XIV do art. 6º desta Lei; (grifou-se)

56. A exigência primordial a ser atendida por qualquer plano de comunicação publicitária à luz da Lei nº. 12.232/10 é o *briefing*, um conjunto de informações “precisas, claras e objetivas” suficiente à elaboração da proposta:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de



junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

II - as informações suficientes para que os interessados elaborem propostas serão estabelecidas em um briefing, de forma precisa, clara e objetiva;

III - a proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing, e de um conjunto de informações referentes ao proponente; (grifou-se)

57. Nesse sentido, o edital desta Concorrência nº. 001/2017 dispôs em seu item 7.13 que, para fins de avaliação da proposta técnica, as licitantes deveriam apresentar uma campanha simulada contendo plano de comunicação publicitária, em conformidade com o briefing constante do Anexo I:

7.13 – Para efeito de avaliação no julgamento das Propostas Técnicas, a licitante deverá apresentar uma campanha simulada sobre o tema hipotético, conforme “briefing” no Anexo I, contendo Plano de Comunicação Publicitária. (grifou-se)

58. Adiante, em seu itens 8.16 e 15.21, já citados anteriormente, o edital também prescreve que serão desclassificadas as propostas que não observarem as exigências do edital e de seus anexos:

8.16 - Serão desclassificadas as licitantes cujas Propostas:

I - não atenderem às exigências do presente Edital e de seus Anexos;

II - não alcançarem, no resultado geral, a nota mínima de 75 (setenta e cinco) pontos;

III - Tiverem o Plano de Comunicação identificado antes da abertura do Invólucro B. (grifou-se)

15.21- A Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM se reserva o direito de proceder a buscas, diligências e extrair certidões para averiguar a veracidade das informações constantes nos documentos apresentados, caso julgue necessário, estando sujeita à inabilitação e/ou desclassificação, o licitante que apresentar documentos e/ou proposta em desacordo com as regras estabelecidas neste Edital, além de incorrer nas sanções previstas neste Edital, concomitantemente com legislações específicas. (grifou-se)

59. Por conseguinte, não há dúvida de que, nos termos da

lei e do instrumento convocatório, a **consequência para a apresentação de plano de comunicação publicitária em desconformidade com os dados do briefing é a desclassificação**.

60. Firmada essa primeira premissa, passa-se ao exame do *briefing* integrante do edital para o lote 1.

61. Da leitura desse *briefing*, especificamente do histórico e dos desafios ali contemplados, extrai-se que:

“HISTÓRICO

O Movimento Rua Coletiva foi lançado em maio de 2016, com a intenção de criar ações próprias de conscientização/divulgação relacionadas à prevenção de acidentes, embasadas no tema Maio Amarelo durante todo o mês.

É válido contextualizar que, a campanha “Maio Amarelo 2016” tinha por objetivo a conscientização da população, por meio da educação e da promoção das leis para o conhecimento de todos e proporcionar engajamento ao debate das questões relacionadas ao trânsito, destacando os seis principais focos de atenção, sendo eles: o celular; o cinto de segurança; o capacete para motociclistas; a cadeirinha para crianças; o excesso/controlado de velocidade e a alcoolemia.

Havia a necessidade de criar um conceito amplo que conectasse os mais variados temas (bebida e direção, motociclistas, férias escolares, acidentes entre outros) e que conversasse de uma só vez com todos os possíveis agentes do trânsito (pedestres, motociclistas, motoristas, ciclistas, quaisquer um, de forma geral), de forma contínua e frequente, criando assim o recall não só da marca institucional do Detran/ES, como do programa e das ações educativas.

Dessa forma, nasceu o Programa “Movimento Rua Coletiva”, com o intuito de enfatizar a humanização no trânsito, ancorado no conceito “Uma convivência melhor a cada esquina”. O programa Rua Coletiva não possui identidade própria, sua estética e forma de aplicação deve seguir o conceito da campanha a ser desenvolvida.

DESAFIOS

Após um pouco mais de um ano do lançamento do programa Movimento Rua Coletiva, temos um novo desafio: ampliar, fomentar e dar sequência na implantação do Programa e seus pilares.

É preciso transformar o Movimento Rua Coletiva numa “bandeira” da sociedade, conectando os mais variados temas (celular, bebida e direção, motociclistas, férias escolares, acidentes, etc.) aos possíveis agentes do trânsito (pedestres, motociclistas, motoristas, ciclistas, entre outros), de forma contínua e frequente.

Além disso, devemos acompanhar as diretrizes indicadas pelo Conselho Nacional de Trânsito (Contran) e orientar o público sobre o que diz o Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Também é preciso educar e conscientizar a população para um trânsito mais gentil e humano e destacar que uma escolha pessoal faz a diferença no coletivo.

Também é necessário trabalhar em prol da redução dos índices de acidentes e valorização da vida, alertando quanto à importância da prevenção no dia-a-dia, com ênfase nos seis principais focos de atenção, sendo eles: o celular; o cinto de segurança; o capacete para motociclistas; a cadeirinha para crianças; o excesso/controle de velocidade e a alcoolemia.

Por fim, é preciso aproximar e humanizar o diálogo entre a sociedade e o Detran/ES, além de gerar identificação para que aconteça o engajamento da mensagem.” (grifou-se)

62. Portanto, para fins de elaboração da proposta técnica para o lote 1, o edital previu uma campanha publicitária de ampliação e fomento do já existente Programa “Movimento Rua Coletiva”.

63. De acordo com o *briefing*, o programa não possui identidade própria, de maneira que sua estética e forma de aplicação deveriam seguir o conceito da campanha a ser criada pelas licitantes.

64. Ainda do *briefing* se extrai, no tocante aos requisitos do plano de comunicação, o seguinte:

ESTRUTURAÇÃO DO PROJETO DE COMUNICAÇÃO

O projeto de comunicação deve ser estruturado e apresentado segundo critérios estabelecidos no edital de licitação e pelo *briefing* do lote correspondente, a saber:

a) Planejamento da campanha: explicar desde o raciocínio básico até a elaboração das estratégias de comunicação, incluindo estratégias voltadas para o meio *online* e *offline*.



b) Ações de comunicação: apresentar as ações de comunicação propostas, descritas em detalhe.

c) Plano de Mídia: apresentar planejamento de mídia estruturado, levando em conta o público-alvo, os índices de audiência, periodicidade e abrangência dos veículos de comunicação. O plano deverá ter abrangência estadual e distribuir a verba disponível para a campanha por peça, por meio, por veículo e por período de veiculação.

d) Ideia criativa: apresentar a ideia criativa, sua relevância para o público-alvo e sua aplicação nos formatos e meios trabalhados.

e) Assinatura da Campanha: a campanha deverá ser assinada com a logomarca do Detran e o brasão do Governo do Estado.

f) Verba disponível para a campanha: R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). (g.n.).

65. Assim, dentre as exigências feitas para o plano de comunicação está o de que **a campanha seja assinada com a logomarca do Detran e o brasão do Governo do Estado.**

66. Em resumo, pois – e essa é a segunda premissa de inevitável formulação – pode-se afirmar com segurança que a única informação relevante fornecida pelo *briefing* relativamente à ideia criativa foi no sentido de que a estética e a forma de aplicação do Programa “Rua Coletiva” nas peças integrantes da proposta técnica deveriam seguir o conceito da campanha formulada pelas licitantes, com o uso, em assinatura, (i) da logomarca do Detran e (ii) do brasão do Governo do Estado.

67. Apesar disso, conforme já registrado anteriormente, **duas licitantes – a MP Publicidade e a Fire Comunicação – incorporaram a logomarca já existente do Programa “Rua Coletiva” em suas campanhas, e a ela deram importante destaque em suas peças publicitárias.**

68. Cumpre frisar, embora já seja bem claro, que a atual logomarca do Programa “Rua Coletiva” não consta em absolutamente nenhum elemento do instrumento convocatório; tratando-se de um dado que não foi levado ao conhecimento das licitantes na forma do item 6.7 do edital:

6.7 - A CAEL/SECOM fornecerá aos interessados, além do Edital e seus Anexos, outros elementos que, a seu critério, sejam considerados indispensáveis ao pleno conhecimento da presente licitação.

69. **A incorporação da logomarca já existente nas peças publicitárias torna INEGÁVEL que a estética e forma de aplicação do**

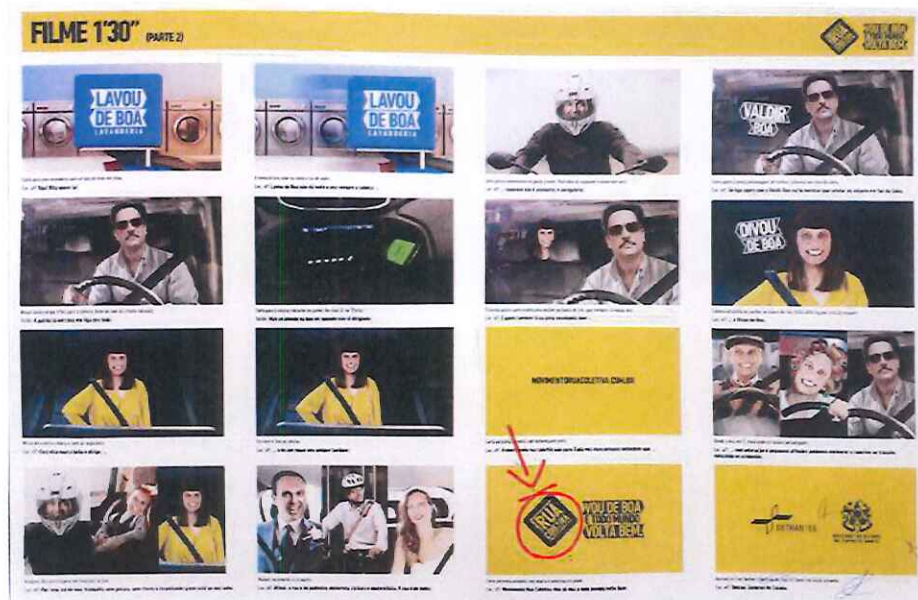
Programa “Rua Coletiva” NÃO SEGUIRAM CONCEITO *desenvolvido pelas licitantes.*

70. A violação ao item 7.13 e ao briefing do lote 1 (Anexo I) do edital é cristalina. E o vício é grave e relevante pelo simples fato de que desenvolver uma campanha aproveitando-se de um elemento estético-conceitual já existente é DIFERENTE de desenvolver uma campanha sem o uso da referência.

71. Importa destacar, a propósito, que a MP Publicidade se apropriou do conceito preexistente e da identidade visual do Programa “Rua Coletiva” – cuja campanha de lançamento se deu em maio de 2016 no âmbito do “Maio Amarelo 2016” – como um todo. Ei-los:



72. E eis as imagens das peças produzidas pela MP Publicidade em sua proposta apresentada no lote 1 desta Concorrência nº. 001/2017:



[Handwritten signature]

**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados



73. Por conseguinte, não se tratou (i) de simples utilização da logomarca, mas também (ii) de uso massivo cor (amarela) da campanha de

[Handwritten signature]

lançamento do programa e inclusive *(iii)* de emprego da mesma fonte na escrita (**doc. 09**):

74. Em suas contrarrazões ao primeiro recurso administrativo interposto pela A4, essa empresa argumentou que atendeu ao *briefing* do lote 1 porque não seria possível fomentar a continuidade do programa “*substituindo ou anulando o próprio nome do programa*” (fl. 1136).

75. Ora, deveras é fora de questão que não cabia aos licitantes a substituição do nome do programa. Ocorre, porém, que a MP Publicidade não se limitou ao uso do nome, e sim, repita-se, aproveitou-se de todo o conceito preexistente do Programa “Rua Coletiva” (logomarca, cor e fonte).

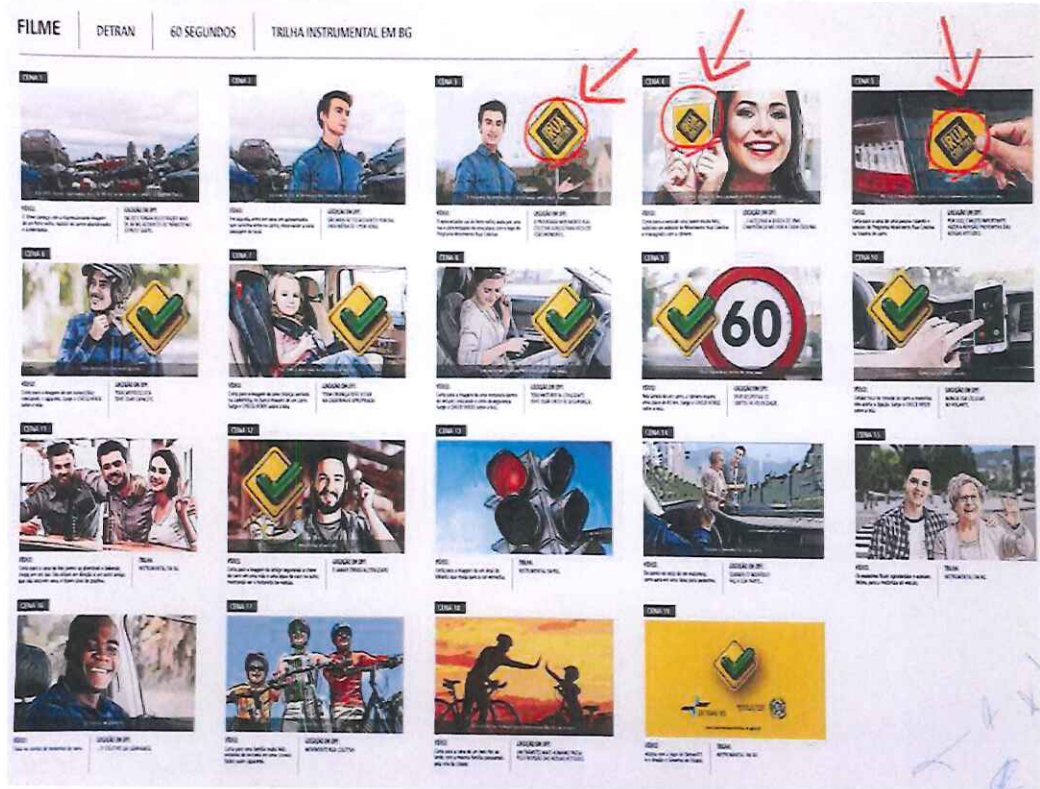
76. Quanto à Fire Comunicação, a licitante também se valeu da logomarca e da cor de sua campanha de lançamento, empregando-a em cenas de sua peça corporificada VT (**doc. 10**):

77. Confrontada com esse fato quando da interposição do primeiro recurso administrativo pela ora recorrente, a licitante sustentou que a peça apresenta “*uma mera menção, uma citação ao referido PROGRAMA*”, consistindo numa “*homenagem ao seu sucesso junto à sociedade capixaba*” (fl. 1189).

78. Como se percebe, a licitante não nega – porque inegável é – que não se trata de um elemento integrante do edital da concorrência nos termos do item 6.7 do edital.

79. De outra parte, a tentativa de justificar o uso da logomarca já existente afirmando se tratar de uma “homenagem” não prospera: note-se que o contexto das cenas do VT revela o **nítido propósito de manutenção do uso dessa logomarca** – o que está claramente evidenciado, por exemplo, pela sugestão de que a mesma seja um “adesivo” a ser apostado pelos cidadãos em seus veículos:





80. Assim sendo, não há dúvida de que o uso da logomarca pela MP Publicidade e pela Fire Comunicação --- a qual, repita-se, não integrava a licitação e pertence ao Estado --- deu a essas licitantes uma importante vantagem competitiva, posto que **inequivocamente reduziu o labor criativo empenhado no desenvolvimento da campanha.**

81. Confrontada com esse fato anteriormente – quando da análise do recurso administrativo interposto contra a primeira decisão de julgamento das propostas técnicas, substituída pela ora recorrida – esta d. Comissão Especial de Licitação se limitou basicamente a pontuar que as licitantes haviam ‘assinado o material conforme recomendado no edital’. Assim:

3. Item 03 do Recurso

f) “Desclassificação da Licitante MP do Lote 01 por afrontar as disposições editalícias aplicando a identidade do Programa Movimento Rua Coletiva na proposta técnica (itens 3 e 6 do presente recurso)”.

[Handwritten signature]

**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados

Ao se manifestar formalmente durante a fase de esclarecimentos aos questionamentos, a CAEL informou que, conforme definido no edital (briefing do lote), a assinatura do material deveria ser com a logomarca do Detran e o brasão do Governo do Estado. Informou, ainda, que o programa Movimento Rua Coletiva não possui identidade própria.

A licitante MP assinou o material conforme recomendado no edital, portanto a Subcomissão Técnica e a Comissão Administrativa Especial de Licitação decidem por INDEFERIR o pedido da Recorrente.

i) "Desclassificação da Licitante FIRE no Lote 01 por afrontar às disposições editalícias aplicando a identidade do Programa Movimento Rua Coletiva na proposta técnica (item 3 do presente recurso)".

❖ Resposta:

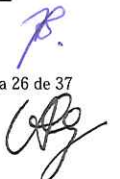
Ao se manifestar formalmente durante a fase de esclarecimentos aos questionamentos, a CAEL informou que, conforme definido no edital (briefing do lote), a assinatura do material deveria ser com a logomarca do Detran e o brasão do Governo do Estado. Informou, ainda, que o programa Movimento Rua Coletiva não possui identidade própria.

A licitante FIRE assinou o material conforme recomendado no edital, portanto a Subcomissão Técnica e a Comissão Administrativa Especial de Licitação decidem por INDEFERIR o pedido da Recorrente.

82. O ponto, contudo, não é esse. O fato de o material ter sido assinado "conforme recomendado no edital" – isto é, com o brasão do Estado e a logomarca do Detran – **não neutraliza o fato de que essas licitantes utilizaram um elemento que não havia sido levado ao conhecimento das concorrentes do certame e, ao assim procederem, gozaram de vantagem na elaboração de sua campanha.**

83. Que fique bem claro: a circunstância de a logomarca do Programa "Rua Coletiva" ser de conhecimento público é inteiramente irrelevante do ponto de vista da estrita legalidade administrativa.

84. A *uma* porque, ainda que seja pública, não significa que era efetivamente do conhecimento de todos – possivelmente não o era das agências de fora do Estado; inclusive, houve duas que demonstraram interesse em participar do certame (v. fl. 350 e 356). *A duas* porque, ainda que todas as agências efetivamente a conhecessem, a maioria delas partiu da premissa de que não poderiam utilizá-la, já que não integrava o edital.



85. Destarte, houve, repita-se, violação aos itens 6.7 e 7.13 e ao briefing do lote 1 (Anexo I) do edital, e esse vício é substancial na medida em que comprometeu a necessária isonomia entre os licitantes.

II.4. Criação de logotipo para o Movimento Rua Coletiva – Ideia Criativa com seis peças publicitárias – Afronta ao item 7.4 do edital – Necessidade de desclassificação da licitante AMPLA Comunicação no lote 01

86. Como visto, duas licitantes – a MP Publicidade e a Fire Comunicação – incorporaram a logomarca já existente do Programa “Rua Coletiva” em suas campanhas, e a ela deram importante destaque em suas peças publicitárias, incorrendo em grave afronta ao edital.

87. Além dessa ocorrência, outra empresa licitante, a AMPLA Comunicação, se valeu do Movimento Rua Coletiva, criando nova marca para o já conhecido movimento.

88. Fosse só isso, não haveria qualquer problema, haja vista que a empresa, diferentemente da MP e da Fire, não estaria se valendo da marca já existente e amplamente divulgada do programa. O problema, na verdade, é outro.

89. É que a AMPLA compôs a sua ideia criativa com propostas para **(1) outdoor, (2) flipperama itinerante, (3) filme, (4) eye banner, e (5) monstro rádio, incluindo nas quatro primeiras peças um (6) novo logotipo para o Programa “Rua Coletiva”, tendo apresentado, portanto, uma sexta e proibida peça publicitária à sua ideia criativa.**

90. Como se verifica do plano de comunicação apresentado pela AMPLA, o logotipo criado pela licitante foi incluído em quatro das cinco peças, passando a compor a ideia criativa da mesma:

**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados



91. Trata-se, à toda evidência, da apresentação de uma sexta peça publicitária, uma vez que, embora a licitante não tenha juntado ao seu plano uma prancha avulsa para a arte do logotipo, este foi criado com as **palavras “Movimento Rua Coletiva” numa só peça, usando tipografia de letras e cores características.**

92. Deveras, do item 7.14.c edital prevê que a ideia criativa será apresentada por meio de um número máximo de 5 (cinco) peças:

7.14 - O Plano de Comunicação Publicitária (envelopes “A” e “B”) versará sobre os seguintes quesitos, a serem apresentados na ordem abaixo determinada:


(...)

c) Ideia Criativa: Apresentação em forma de texto da síntese da estratégia de comunicação publicitária, expressa sob a forma de uma redução de mensagem, que pode ou não assumir a forma de um slogan, que constitua uma proposta de solução para o problema específico de comunicação. **A ideia criativa deverá ser acompanhada de anexos, sendo estes exemplos de peças que a corporifiquem objetivamente, apresentados sob a forma de roteiros e textos digitados, limitados a um para cada tipo de peça, em número máximo de 05 (cinco) anexos, podendo ser anexados “layouts”, storyboards, “monstro de rádio”, etc. Roteiros para materiais em vídeo poderão ser ilustrados/exemplificados exclusivamente por meio de storyboards, sendo proibida a anexação “monstro de TV”, sob pena de desclassificação (texto + anexos).** (grifou-se)

93. Nesse sentido, a confecção de logotipo para o Movimento Rua Coletiva trata da patente confecção de uma sexta peça publicitária pela AMPLA, tendo a empresa incorrido em violação ao item 7.14 do edital, vício que também compromete a necessária isonomia entre os licitantes.

II.5. Estratégia de mídia da A4 para o lote 1 – Item “criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia” – Violação ao item 8.9 do edital

94. Dos vícios ocorridos no julgamento da proposta técnica da ora recorrente, especialmente de seu plano de comunicação publicitária, tratar-se-á aqui de um bastante objetivo.

95. Como sabido, um dos quatro quesitos de avaliação do plano de comunicação publicitária é a “**estratégia de mídia e não mídia**” (item ).

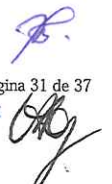
7.17 do edital). A estratégia foi avaliada a partir de cinco itens, para cada um dos quais se estabeleceu a nota máxima possível de 3 (três) pontos; totalizando a pontuação máxima de 15 (quinze) pontos para o quesito.

96. Um dos itens avaliados foi a “**criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos da comunicação**” (anexo IV do edital, p. 59):

Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação.	3	Apresentou	
		Ótimo	3,0
		Bom	2,4
		Regular	1,8
		Não Atendeu	0,6
		Não Apresentou	0

97. Pois bem. Abaixo consta quadro comparativo dos meios propostos pela ora recorrente e pelas demais licitantes para o lote 1:

	A4	MP	Ampla	Fire
TV	X	X	X	X
Rádio	X	X	X	X
Revista	X			
Jornal	X			X
Outdoor	X	X	X	X
Busdoor	X		X	X
Backbus	X	X		
Envelopamento		X		
Painel	X		X	
Painel digital	X			
Empena			X	
Banca Jornal	X			
Taxidoor	X			
Totem Praia	X			
Bikedoor	X			
Facebook	X	X	X	X
Instagram	X	X		X
Youtube	X	X	X	X
Outbrain	X			
Waze	X			
Spotify	X			
Google Rede			X	



**CHEIM JORGE
ABELHA RODRIGUES**

Advogados Associados

Display				
Google Adwords		X		X
Mídia programática	X			
Portais	X		X	
TV Sync		X		
Cinema	X	X	X	
Ação Cinema	X	X		
Ação Shopping	X	X		
Ação rua	X	X	X	X
Blitz Rádio		X		

98. Como se percebe, a recorrente apresentou soluções de mídia e não mídia mais amplas e diversificadas do que todos os demais licitantes – trata-se de um dado objetivo.

99. Não obstante, recebeu pontuação 1,8 (“regular”) de quatro membros da comissão técnica, e pontuação 0,6 (“não atendeu”) do quinto membro (a coluna com as pontuações da recorrente são as terceiras da esquerda para direita de cada um dos quadros abaixo):

Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação	Ótimo	3,00	1,80	3,00	0,60	1,80	1,80	1,80
	Bom	2,40						
	Regular	1,80						
	Não Atendeu	0,60						
	Não Apresentou	0,00						

Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação	Ótimo	3,00	1,80	3,00	1,80	1,80	1,80	1,80
	Bom	2,40						
	Regular	1,80						
	Não Atendeu	0,60						
	Não Apresentou	0,00						

Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação	Ótimo	3,00	1,80	3,00	1,80	1,80	1,80	1,80
	Bom	2,40						
	Regular	1,80						
	Não Atendeu	0,60						
	Não Apresentou	0,00						

	Não Apresentou	0,00						
Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação	Ótimo	3,00						
	Bom	2,40						
	Regular	1,80	1,80	3,00	1,80	0,60	0,60	1,80
	Não Atendeu	0,60						
	Não Apresentou	0,00						

	Não Apresentou	0,00						
Criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos de comunicação	Ótimo	3,00						
	Bom	2,40						
	Regular	1,80	0,60	2,40	1,80	0,60	0,60	1,80
	Não Atendeu	0,60						
	Não Apresentou	0,00						

100. Com o devido respeito, não há explicação razoável para tal disparidade. E nesse contexto se apresenta relevante a **frontal violação ao item 8.9 do instrumento convocatório** – vício que, em verdade, permeou o julgamento das propostas técnicas de uma maneira geral.

101. O que dispõe esse item, inclusive em observância à regra (cogente) do art. 11, §4º, IV da Lei nº. 12.232/10, é o seguinte:

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.

(...)

§ 4º O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

(...)

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;

8.9 - A Subcomissão Técnica elaborará ata de julgamento do Plano de Comunicação Publicitária e encaminhará à Comissão Administrativa Especial de Licitação, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso.

102. Em síntese, tanto a lei quanto o edital são claros no sentido de que, **além das “planilhas com as pontuações”** atribuídas a cada quesito, cabe à Subcomissão Técnica declinar a justificativa escrita do que fundamentou o seu o entendimento em cada caso.

103. No caso desta licitação, as **“planilhas com as pontuações”** obviamente foram preenchidas, mas as **justificativas escritas inexistem**. E, numa situação objetiva tal qual a ora narrada, esse vício assume

expressão ainda mais evidente.

104. Sendo assim, impõe-se a revisão da nota atribuída pelos membros da Subcomissão Técnica à ora recorrente nesse item (“criatividade e inovação nas soluções de mídia e não mídia para atingir os objetivos da comunicação”, integrante do quesito “estratégia de mídia e não mídia”), **mediante justificativas escritas que demonstrem o real exame das soluções de mídia e não mídia utilizadas pela ora recorrente, inclusive à luz das soluções apresentadas pelos demais licitantes.**

II.5. Resolução de problemas (cases) apresentados pela A4 para o lote 1 – Violação ao item 8.11 do edital

105. Além dos vícios havidos na análise e julgamento dos planos de comunicação publicitária, sobre os quais já se discorreu longamente, descompasso também houve no exame do conteúdo do envelope C – conjunto de informações do proponente relativamente ao lote 1.

106. Com efeito, no quesito “relatos de soluções de problemas de comunicação” a ora recorrente recebeu a pontuação **3,52**.

107. Nos termos do item 7.19.1 III do edital, a recorrente apresentou “02 (dois) cases stories, sob forma de texto descritivo dos problemas enfrentados, das soluções encontradas e dos resultados alcançados, para outros clientes, tanto do setor público quanto do setor privado”.

108. Pois bem. Os dois cases apresentados para o lote 1 (**doc. 11**) já haviam sido utilizados pela recorrente quando de sua participação na concorrência de 2015 desta SECOM (Edital de Concorrência nº. 001/2015), especificamente também no lote 1 desse certame (**doc. 12**).

109. Naquela ocasião, a média final recebida pela recorrente no quesito foi **4,68**, conforme comprova o documento em anexo, disponível no site desta SECOM (**doc. 13**):

RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS (CASES)	AVALIADOR / NOTA					MÉDIA
	1	2	3	4	5	
Relevância dos resultados apresentados.	2,00	2,00	1,60	2,00	2,00	1,92



Clareza e lógica da exposição.	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
Evidência de planejamento publicitário.	0,80	0,80	0,80	0,80	1,00	0,84
Consistência das relações de causa e efeito entre problema e solução.	1,00	0,80	0,80	1,00	1,00	0,92
TOTAL	4,80	4,60	4,20	4,80	5,00	4,68

110. Assim sendo, no caso da presente concorrência, a A4 recebeu no mesmo quesito, para o qual utilizou os mesmos cases, uma nota inferior em 1,16 ponto de um total de 5 (cinco) pontos.

111. Ou seja: na concorrência de 2015 a ora recorrente logrou obter o equivalente a 93,6% da pontuação máxima do quesito; ao passo que neste certame, com o uso dos mesmos cases, obteve apenas 70,4% da pontuação do quesito.

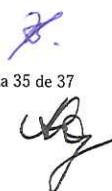
112. Note-se que não se está a afirmar que o resultado do julgamento levado a efeito na concorrência anterior deva ser reproduzido nesta, até porque os avaliadores são distintos.

113. Ocorre, porém, que a ausência de justificativa escrita das razões que fundamentaram as notas de cada item do quesito não permite que a recorrente tenha clareza do que foi avaliado negativamente neste momento.

114. Mais uma vez, portanto, a ausência de motivação, neste caso em franca violação à regra do item 8.11 do edital – que reproduz o conteúdo do art. 11, §4º, VI da Lei nº. 12.2323/10 – simplesmente inviabiliza o controle do ato administrativo, comprometendo-lhe a legalidade:

8.11 - A Subcomissão Técnica elaborará ata de julgamento do Conjunto de Informações do Proponente e encaminhará à Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso.

115. Dessa forma, também aqui é imperiosa a revisão da nota atribuída pelos membros da Subcomissão Técnica à ora recorrente nesse quesito, mediante justificativas escritas que demonstrem o real exame dos itens que o integram.



III. Conclusão e requerimento

116. Por todo o exposto, não há dúvida de que o julgamento das propostas técnicas, especialmente dos planos de comunicação publicitária delas integrantes, padece de vícios substanciais decorrentes de violação direta e objetiva a regras do instrumento convocatório; ao qual esta d. Comissão está vinculada na forma da lei (art. 3º e art. 41 da Lei nº. 8.666/93).

117. Impõe-se, pois, seja o presente recurso conhecido e provido para o fim de reformar a decisão recorrida, desclassificando-se, em conformidade com a fundamentação constante destas razões recursais, as licitantes MP Publicidade (para todos os lotes), Fire Comunicação (para o lote 1) e Ampla Comunicação (para o lote 1), bem como revisando-se a nota atribuída à ora recorrente nos quesitos indicados nesta peça.

118. É o que se requer.

Nestes termos, pede deferimento.
Vitória/ES, 03 de janeiro de 2018.

Flávio Cheim Jorge
OAB/ES 262-B


Bárbara Dalla Bernardina Lacourt
OAB/ES 14.469


Amanda Loyola Goulart
OAB/ES 24.474

Rol de Documentos:

- Doc. 01** – Procuração;
- Doc. 02** – Lista referencial SINAPRO/2017;
- Doc. 03** – Tabelas que evidenciam a existência de subpreço nas propostas da MP Publicidade nos quatro lotes da Concorrência e orçamento de cachê do ator Lúcio Mauro Filho;
- Doc. 04** – Orçamentos dos valores dos direitos autorais das obras utilizadas no *jingle* produzido pela MP Publicidade para lote 1;
- Doc. 05** – E-mail encaminhado pela Editora detentora dos direitos de 3 das 6 músicas utilizadas pela MP Publicidade em seu *jingle* para o lote 01;
- Doc. 06** – Acórdão do REsp nº. 1131498/RJ do Superior Tribunal de Justiça;
- Doc. 07** – Acórdão da Apelação nº. 1092453-03.2014.8.26.0100 (caso Tiririca) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- Doc. 08** – Pareceres jurídicos;
- Doc. 09** – Espelho das peças apresentadas pela MP Publicidade no lote 1;
- Doc. 10** – Espelho do VT apresentado pela Fire Comunicação no lote 1;
- Doc. 11** – Cases apresentados pela recorrente no lote 1 desta concorrência ;
- Doc. 12** – Cases apresentados pela recorrente no lote 1 da Concorrência nº. 001/2015;
- Doc. 13** – Julgamento dos cases do lote 1 na Concorrência nº. 001/2015.