



O Advogado-Geral do Estado, Dr. Marco Antônio Rebelo Romanelli, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 16/06/2011”

Procedência: Secretaria de Estado de Governo

Interessado: Subsecretário de Comunicação Social

Número: 15.094

Data: 16 de junho de 2011

Ementa:

MINUTA DE EDITAL PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE – OBSERVÂNCIA DAS LEIS FEDERAIS N.ºS 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993 E 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010 – APROVAÇÃO DA MINUTA DO EDITAL, COM RECOMENDAÇÕES

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OFICIO GAB N.º 029/11, pedido de exame e emissão de parecer a respeito da minuta do Edital que disciplinará licitação pública a ser deflagrada pelo Estado de Minas Gerais a qual tem por objeto a contratação de serviços de publicidade.

2. Informa o ilustre consulente que a minuta mencionada já se encontra em consonância com a Lei federal n.º 12.232, de 29 de abril de 2010.
3. Examinada a minuta do Edital, opina-se.

PARECER

4. Com efeito, foi promulgada no ano de 2010 a lei acima mencionada, que trouxe nova roupagem jurídica para a disciplina da licitação pública referente à contratação de serviços de publicidade. Sobre a nova legislação,



manifestou o Prof. Edgar Guimarães (in, Licitações: a nova lei para contratação de serviços de publicidade, extraído do site www.parana-online.com.br, acessado aos 19/05/2011):

Este Diploma Legal, em vigência desde a sua publicação, torna mais rígidas as regras para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, minimiza, mas não sepulta definitivamente, o julgamento subjetivo de competições desta natureza e propicia uma transparência e um controle mais eficaz.

5. De se dizer, ainda inicialmente, que a nova legislação decorreu da necessidade de se melhor disciplinar esta peculiar contratação pública a partir de análises realizadas no âmbito do Tribunal de Contas da União, oportunidade em que, entre outras providências recomendadas, apontou-se:

Convém destacar que, tomando-se como exemplo os trabalhos de auditoria realizados por esta Unidade Técnica, chega-se à conclusão que as falhas e irregularidades decorrem, em grande parte, de deficiência na legislação que regula a matéria, exigindo, portanto, em um primeiro momento, alterações nos normativos pertinentes, sob pena de inviabilizar não só a continuidade da prestação dos serviços de publicidade e propaganda do governo federal objeto dos contratos em vigor, como também, a médio prazo, qualquer contratação futura de tais serviços no âmbito da Administração Pública Federal.

(TCU, Relatório do TC n.º 013.142/2005-4, Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário, DOU de 15.03.2006)

6. Na ótica do Prof. Carlos Pinto Coelho Motta (in, Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade, Editora Fórum, 2010, p. 58), o novel diploma legal “revela a preocupação do legislador em proporcionar maior segurança jurídica ao agente da Administração Pública que contrata uma agência de publicidade; e, reciprocamente, oferecer melhores condições ao contratado, executor dos serviços, na colaboração com o Poder Público”. O citado doutrinador, após contextualizar a legislação em referência, aponta, ao seu sentir, as principais inovações dela decorrentes:

No texto da lei, destacam-se, como temas básicos, a conceituação clara de “publicidade” para efeito de contratação; a institucionalização do Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) como órgão certificador de qualidade do setor; a vedação do pregão como modalidade de licitação; a determinação do critério de julgamento na licitação como “melhor técnica” ou “técnica e preço”; a composição de uma subcomissão de *experts* para julgar as propostas técnicas dos concorrentes ao certame.



7. Nestas considerações iniciais ainda merece destacar advertência do Tribunal de Contas da União constante do Acórdão n.º 3.233/2010 – Plenário, quando, em sede de reexame do Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário, determinou, *verbis*:

9.1.1. modificar as redações dos subitens 9.1.9 e 9.6.2 do Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário, que passam a ter o seguinte teor:

“9.19. oriente os integrantes do Sicom para que se abstenham de implementar ações de publicidade que não estejam estritamente vinculadas aos fins educativo, informativo ou de orientação social, em conformidade com o disposto no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal, sendo vedada a publicidade que, direta ou indiretamente, caracterize promoção pessoal de autoridade ou de servidor público;”

“9.6.2. vedação explícita da implementação de ações de publicidade que não estejam estritamente vinculadas aos fins educativo, informativo ou de orientação social, ou que, direta ou indiretamente, caracterizem promoção pessoal de autoridade ou de servidor público”.

8. Assim, com a permanente preocupação de se respeitar o texto constitucional (art. 37, § 1º, da CR/88), conforme assinalado pelo Tribunal de Contas da União, orientação esta extensiva aos Estados e Municípios, da leitura que fiz da minuta do Edital tenho que o mesmo se encontra em conformidade com a Lei federal n.º 12.232, de 2010, merecendo algumas recomendações adiante identificadas.

9. Em relação ao objeto da licitação, tem-se que foi corretamente delimitado restringindo-se a licitação pública à contratação de “serviços de publicidade”, “vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza”, definindo-se no subitem 1.2 o que se entende por serviços de publicidade para os fins do certame, em conformidade com o art. 2º, *caput*, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

9.1 Igualmente, ainda em sede de definição do objeto licitado, há a previsão de se permitir a realização de “atividades complementares”, que se trata de serviços especializados umbilicalmente ligados aos serviços de publicidade, e possui respaldo no art. 2º, § 1º, da citada Lei federal n.º 12.232, de 2010. Excluiu-se, também aqui (subitem 1.4), atividades que não possuem relação direta com serviços de publicidade em consonância com a nova



legislação. A propósito, o Prof. Carlos Pinto Coelho Motta (in, *op. cit.* p. 79), bem esclarece:

Resta igualmente claro que todas as atividades arroladas, tanto as substantivas quanto as complementares, são interdependentes e formam um bloco homogêneo, autorizando-se, portanto, sua inclusão no objeto de um único certame. Trata-se da concepção de “agência completa”, já referida em outro tópico deste estudo e, hoje, consagrada pela arte e técnica mercadológica.

(...)

Em lapidar decisão do TCU, citada em outros momentos deste estudo, foi severamente condenada a extrema abrangência do objeto licitado por determinada entidade pública, qualificado pela área técnica da referida Corte como “muito aberto”. A decisão foi no sentido de delimitar e restringir com exatidão a ação de publicidade almejada:

“9.2.1.8. o novo objeto a ser licitado não deve conter a possibilidade de contratação de serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas, de organização de eventos, exposições e feiras, assim como de realização de pesquisas, que deverão ser objeto de processos licitatórios específicos, em consonância com entendimento já firmado nesta Corte de Contas, conforme Decisão n.º 650/1997 – Plenário”.

10. Sobre a modalidade de escolha da licitação pública e do seu critério de julgamento definidas pela minuta do Edital, quais sejam, concorrência pública do tipo técnica e preço, tem-se que se encontra em obediência ao comando do art. 5º, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

10.1 Aqui adianto que o procedimento definido no Anexo J da minuta do Edital para a apuração da proposta mais vantajosa – considerada a técnica e o preço – pautaram-se por critérios e fatores de julgamento objetivos, observadas as recomendações, sobretudo, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União de modo a minimizar a valoração eminentemente subjetiva das propostas comerciais, fixando-se fórmula de cálculo para a apuração da média ponderada final com esboço nos princípios jurídicos da proporcionalidade e da razoabilidade.

11. Em relação à duração do contrato, fixada no subitem 2.6 como sendo de “12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por igual período, respeitado o limite máximo de 60 (sessenta) meses”, há de ser dito que os contratos de publicidade deverão ser, caso a caso, examinados para se aferir a respeito de



sua inclusão ou não no que legalmente se define como sendo contrato de natureza contínua (art. 57, inciso II, da Lei federal n.º 8.666, de 1993), conforme precedente do Tribunal de Contas da União, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, veja-se:

A par do exposto, entendo que o enquadramento dos serviços de publicidade e propaganda, em face de sua vastidão, como serviço de natureza contínua deva ser analisado *para cada caso concreto* e não como *uma determinação de caráter genérico e amplo*.

(TCU, Acórdão n.º 1.499/2006 – Plenário)

11.1 Assim, não obstante concordar com o posicionamento do Ministro Fernando Gonçalves, tenho que no caso em exame é perfeitamente defensável a adoção da natureza contínua dos serviços de publicidade do Estado de Minas Gerais, os quais não deverão sofrer solução de continuidade.

12. Permitiu-se a participação de mais de uma agência de publicidade para a execução do objeto licitado, observado o agrupamento e respectivos valores financeiros previamente definidos. Aqui, há de ser ponderado que a situação fática descrita na minuta do Edital não contaria a disposição contida no art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei federal n.º 12.232, de 2010. No entanto, merece a seguinte reflexão e adequação de seus termos.

12.1 É que referido preceptivo legal, determinou:

Art. 2º: (...)

§ 3º: Na contratação dos serviços de publicidade, faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de licitação.

§ 4º: Para a execução das ações de comunicação publicitária realizadas no âmbito dos contratos decorrentes das licitações previstas no § 3º deste artigo, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial.

12.2 Ora, no caso da minuta do Edital em exame percebe-se que a apresentação das propostas tanto de habilitação como a comercial serão dirigidas para a integralidade do objeto, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, sendo que o agrupamento se faz de modo a ordenar as atividades a cargo da Administração Pública, circunstância esta que se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. Ademais, a divisão das atividades nos



agrupamentos delineados na minuta do Edital se dará somente após a adjudicação do objeto em seu todo. A esse respeito, pondera Carlos Pinto Coelho Motta (*in, op. cit.* p. 85):

Na concepção da Lei n.º 12.232/10, licitar-se-á o objeto *em seu todo*, facultando-se a adjudicação desse objeto a mais de um executor; e somente *depois* de adjudicados e contratados os vencedores será feita a divisão e a atribuição de cada parcela a seu executor respectivo.

12.3 Entretanto, parece-me necessário, conforme exigência legal, seja elaborada, na fase interna do certame, justificativa técnica para a adjudicação do objeto da licitação pública para mais de uma agência de publicidade, bem como se defina previamente, a fim de que não haja surpresa para os concorrentes, o procedimento de seleção interna entre as contratadas, procedimento este que deverá ser amplamente divulgado. Neste sentido, tenha-se o seguinte precedente do Poder Judiciário:

O edital, lei interna a regular o procedimento, deve conter todas as condições, bem como os critérios a serem observados no julgamento, não sendo admissível sejam os concorrentes surpreendidos com critérios dos quais não tinham conhecimento. A igualdade de tratamento entre os licitantes é princípio constitucional que desatendido constitui em desvio de poder, reparável pelo Mandado de Segurança.

(TJPR, Reexame necessário n.º 40/83, Acórdão n.º 2.335, 2ª Câmara Cível, Banco de Dados de Jurisprudência do TJPR)

12.4 Colaciona-se escólio do Prof. Edgar Guimarães (*in, op. cit.*):

Faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa, devendo, neste caso, o órgão ou a entidade instruir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial. Esta hipótese é motivo de grande preocupação, pois a seleção interna somente será válida se guardar conformidade com os princípios jurídicos das licitações, notadamente os da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e julgamento objetivo.

12.5 De se dizer, por relevante, que o Tribunal de Contas da União, ao acolher esta metodologia de permitir a adjudicação do objeto global da licitação pública de publicidade, ao reexaminar o Acórdão n.º 2.062/2006 –



Plenário, em voto do eminente Ministro Relator Benjamin Zyler (Acórdão n.º 3233/2010 – Plenário), retificando-o no particular, orientou:

93. Passou a ser comum na Administração Pública a contratação de, por exemplo, três agências, ao mesmo tempo, para atendimento de demandas publicitárias. A execução de determinada peça ou campanha, posteriormente, ficará com aquela agência que apresentar a melhor solução de comunicação, a critério do contratante. De todo modo, cada agência tem a garantia de ser adjudicada de um percentual mínimo do total dos serviços. (...)

96. Tenho para mim, de um olhar mais amplo do que o citado artigo, que a lei guia a Administração a buscar, acima da proposta mais vantajosa, a contratação mais vantajosa. Isto inclui, antes do menor preço e da técnica mais apurada, obtidos da oferta do licitante, também a definição, pelo poder público, da melhor maneira de execução do objeto. (...)

98. Dentro de um contrato de publicidade, no entanto, há subobjetos que, tecnicamente, podem ser incumbidos a pessoas distintas, sem causar nenhuma complicação para o resultado. Não haveria problema, por ilustração, que cada campanha fosse executada por uma agência, desde que respeitada a linha geral de comunicação do contratante.

99. Ocorre que o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva. É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades.

100. Exatamente por isso é que as agências de propaganda ficam de prontidão, para poderem agir de forma rápida quando convocadas. Do contrário, o poder público perderia a ocasião de se dirigir à população para transmitir mensagens relevantes.

101. Dadas as características peculiares da contratação de serviços de publicidade, acredito até que se torna mais interessante para um ente público ter mais de uma agência à sua disposição. De fato, assim se pode instaurar uma nova competição interna para a escolha da melhor solução para situações concretas. É como se fosse uma licitação dentro da outra. (...)

103. Posso deduzir, então, que, como justificado pela recorrente, a disponibilidade de mais de uma agência para cuidar da publicidade faz a prestação do serviço tornar-se mais eficiente e conveniente



para o ente público contratante, na medida em que lhe acrescenta agilidade e qualidade.

12.6 Dessa maneira, embora não vislumbre qualquer ilicitude no subitem 2.8, faz-se necessária a advertência constante do item 12.3 supra, e mais, para que se afaste qualquer dúvida a respeito, sugere-se a supressão da expressão “...de contas...”, constante da redação atribuída ao citado subitem passando a constar nele a seguinte redação:

2.8 O objeto licitado será adjudicado para 7 (sete) agências de propaganda, de acordo com o agrupamento e respectivos valores financeiros que seguem:

13. O subitem 2.11 admite a subcontratação dos serviços de execução externa, os quais deverão ser interpretados na esteira do que a Lei federal n.º 12.232 define em seu art. 2º, § 1º, incisos I a III como “atividades complementares”, observada a sistemática definida no art. 14, da lei federal mencionada.

13.1 Logo, faz-se necessário retificar em parte o subitem 5.1.3 de modo que “os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados”, desde que credenciados pelo Estado de Minas Gerais, não se admitindo a sua seleção aleatoriamente pela agência de propaganda. Aliás, tal previsão constou das disposições gerais da execução do contrato na minuta do Edital (subitem 17.6). Daí recomenda-se seja afastada a alternativa constante do referido subitem 5.1.3. Frise-se que o *caput* do art. 14 da Lei federal n.º 12.232, de 2010 não permite margem de dúvida a esse respeito, veja-se:

Art. 14: Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

13.2 A advertência acima feita se estende a cláusula quinta, parágrafo quinto da minuta do contrato que acompanha a minuta do Edital, identificado como sendo o Anexo D, merecendo também ali seja feita a retificação indicada no item 13.1 supra.

13.3 Ainda sobre este tópico sobre a possibilidade de subcontratação há de ser feita a seguinte ponderação. A minuta do Edital, preocupada com a exequibilidade da proposta comercial, fixou limite para o desconto das



eventuais “atividades complementares” que se revelem necessárias (subitem 5.1.1), o que me parece adequado tendo em vista exatamente a segurança jurídica da contratação.

14. Relativamente aos percentuais de pagamento devidos à agência de propaganda, há de ser dito que a atual legislação previu a favor do contratante “as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações, que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação” (art. 15, parágrafo único da Lei federal n.º 12.232, de 2010), o que, adverte-se, impõe fiscalização eficaz a respeito dos custos e das despesas de veiculação apresentados ao contratante a fim de se identificar e assegurar tais vantagens para o erário. Obtempera Carlos Pinto Coelho Motta (*in, op. cit.* p. 191):

O ordenamento do *caput* do art. 18, bem como os de seus parágrafos, terão certamente o desígnio de soterrar a discussão que antes de travava, (dada a inconclusiva redação da legislação e normatização anteriores) acerca da validade de tais planos de incentivo proporcionados por veículos; bem como acerca da obrigatoriedade, ou não, de a agência reverter à Administração (no todo ou em parte) aquele *plus* eventualmente auferido.

Restam agora peremptoriamente definidos os parâmetros de uma distribuição de proveitos – que se supõe equitativa – entre contratante e contratado: o parágrafo único do art. 15 alinha-se em benefício do contratante, e o *caput* do art. 18, em benefício do contratado.

15. No que tange à documentação comprobatória da habilitação técnica, exigiu-se a apresentação do “Certificado de Qualidade Técnica expedido pelo CENP – Conselho Executivo de Normas Padrão”, o que está em consonância com a novidade veiculada pelo art. 4º da Lei federal n.º 12.232, de 2010 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que sobre esta matéria orientou expressamente:

9.2.1.5. para a qualificação técnica, em adição aos atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que atestem a qualidade técnico-operacional dos serviços, passe a exigir também o Certificado de Qualificação técnica expedido pelo CENP, conforme Normas-Padrão da Atividade Publicitária;
(TCU, Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário)

16. Admitiu-se a participação de empresas em consórcio (subitem 8), sendo que a disciplina da sua constituição está obediente à legislação de regência.



17. Sobre o itinerário traçado para a verificação da proposta mais vantajosa e da idoneidade dos licitantes, adota-se a inversão das fases, isto é, iniciando-se pela aferição das propostas comerciais – tanto a proposta técnica, quanto a proposta de preço – para, definida esta classificação, proceder a abertura da documentação de habilitação, respeitando-se, em todas as etapas, o contraditório e a ampla defesa, tudo em conformidade com a nova lei de regência.

18. Há a previsão na minuta do Edital da participação de ambas as comissões de licitação, ou seja, a comissão permanente e a subcomissão técnica, importante novidade legislativa em prol do prestígio da análise objetiva e imparcial das propostas técnicas, tendo sido regularmente definido o procedimento de escolha dos membros que comporão a subcomissão técnica, em respeito ao art. 10, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

19. Sob o aspecto formal, sugere-se alterar na minuta do Edital a expressão “Governo do Estado de Minas Gerais” presente nos subitens que compõem o item 9, sem prejuízo da verificação de sua presença em outros pontos da minuta do Edital, para que passe a constar tão somente a expressão Estado de Minas Gerais.

19.1 Também será necessário, antes da publicação da minuta do Edital, que se promova a sua correção ortográfica e a verificação de eventuais omissões, tal como a existente no subitem 5.3, em que se suprimiu a palavra licitantes.

Do que vem de ser exposto, sob o ângulo da juridicidade, manifesta-se a Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado favoravelmente a minuta do Edital que lhe foi submetida para análise, o qual segue por mim rubricado, podendo ser, observadas as recomendações constantes do corpo deste estudo, regularmente publicado.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2011

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp. 598.222-8
OAB/MG-62.597