Procedência: Secretaria de Estado de Governo

Interessado: Subsecretaria de Comunicação Social – SUBSECOM

Número: 15.535

Data: 21 de dezembro de 2015

Ementa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. LEI FEDERAL Nº 12.232/2010. ANÁLISE DE LEGALIDADE. RECOMENDAÇÕES PARA FINS DE PUBLICAÇÃO.

PARECER

1. RELATÓRIO

A Secretaria de Estado de Governo, por meio do OF/AJ nº 171/2015, encaminha para análise e manifestação desta Casa, expediente oriundo da Subsecretaria de Comunicação Social – SUBSECOM, acerca de minuta de Edital de Licitação para contratação de serviços de publicidade e propaganda do Estado de Minas Gerais.

Examinada a minuta do Edital, opina-se.

2. PARECER

Sabe-se que a Lei Federal nº 12.232, de 29 de abril de 2010, trouxe nova roupagem jurídica à disciplina da licitação pública para contratação de serviços de publicidade, e, ao fazê-lo, podemos notar que o legislador ordinário buscou minimizar muitas das falhas e irregularidades antes praticadas por conta

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

de deficiências na legislação pretérita, trazendo à baila regras mais rígidas, maior transparência e, assim, possibilidade de maior controle.

É, pois, com olhos na referida legislação que passaremos à análise da minuta do edital objeto da presente consulta, considerando, ainda, a aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93, além da jurisprudência e manifestações dos Tribunais de Controle acerca do tema, cuja análise demonstra que, mesmo após a vigência da novel legislação, alguns pontos ainda se revelam controvertidos.

Registre-se, por oportuno, que a presente análise jurídica não envolve valoração das especificações técnicas, tampouco do mérito das opções da autoridade administrativa competente. Nos limites da competência desta Consultoria Jurídica, cabe-nos fazer ressalvas e/ou advertências, quando for o caso, apontando as exigências legais e regulamentares.

2.1. OBJETO DA LICITAÇÃO

Em sede de definição do objeto da licitação, cumpre, desde logo, lembrar o disposto no art.37, §1º, da Constituição Federal, segundo o qual, "*A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos* ***deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social****, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.*"

Nos termos do art.2º da Lei Federal nº 12.232/2010, "*considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integralmente que tenha por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar ao público em geral*", vedada, nos termos do §2º, "*qualquer outra atividade, 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, a quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios.*"

Já segundo o art.5º, "*As licitações previstas nesta lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação,*

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

respeitadas as modalidades definidas no art.22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ***adotando-se como obrigatórios os tipos "melhor técnica" ou "técnica e preço".***

Compulsando o edital (**item 1.1**), note-se que a Administração optou por realizar a licitação, na modalidade concorrência pública, do tipo "*Técnica e Preço*", tendo por objeto "*a execução de atividades de publicidade previstas na Lei Federal nº 12.232, de 29 de abril de 2010, 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*", estando, pois, de acordo com a retro mencionada legislação federal.

O **item 1.2** do edital, por sua vez, especifica o que se entende por "*serviços de publicidade*" e o faz com amparo no retro transcrito art.2º da Lei Federal nº 12.232/2010.

Ainda, com respaldo no art.2º, §1º, da Lei Federal nº 12.232/2010, o edital admite, nos termos do **item 1.3**, a realização de "*atividades complementares*", quer dizer, a possibilidade de se executar serviços especializados umbilicalmente ligados aos serviços de publicidade.

Quanto ao **item 1.4**, que vem esclarecer quais pesquisas e avaliações poderão ser incluídas no objeto da licitação a título de "*atividades complementares*", ressalte-se que tal previsão se encontra em conformidade com o art.3º da Lei Federal nº 12.232/2010, que impõe que as pesquisas e avaliações ocorram apenas com "*a finalidade específica de aferir o desenvolvimento estratégico, a criação e a veiculação e de possibilitar a mensuração dos resultados das companhas publicitárias realizadas em decorrência da execução do contrato*", "***vedada a inclusão nas pesquisas e avaliações de matéria estranha ou que não guarde pertinência temática com a ação publicitária ou com o objeto do contrato de prestação de serviços de publicidade***". [1]

[1] Note-se que a redação do item 1.4 do edital é cópia fiel do §2º do art.9º da Instrução Normativa nº 04, de 21/12/2010, da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

Com efeito, em relação ao objeto da licitação previsto no edital, tem-se que o mesmo foi delimitado com observância à legislação (art.37, §1º da CF e Lei Federal nº 12.232/2010).

O **item 1.5** do edital reitera o que já dispõe o item 1.1 do edital, sendo, pois, prescindível.

Quanto ao **item 1.6**, recomenda-se nova redação: "*Serão licitados 07 (sete) agrupamentos, que serão adjudicados nos termos do item 2.8 deste edital.*"[2]

A partir de tudo que até aqui foi exposto acerca da definição do objeto da licitação, e lembrando que toda ação de publicidade somente poderá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, há de se convir que toda e qualquer contratação de agências de publicidade é possível somente para fins de veiculação de matéria relativa a publicidade institucional, razão pela qual me parece sem lógica a menção, contida **no item 1.7** da hipótese "***quando se tratar de veiculação de matéria relativa a publicidade institucional***".

Recomenda-se, pois, nova redação ao **item 1.7** do edital: "*Para execução dos serviços objeto do presente contrato, não fica a Administração Pública impedida de contratar diretamente com o Órgão Oficial do Estado, sem que caiba à CONTRATADA pagamento relativos a estes serviços.*"

Em relação à escolha pelo critério de julgamento "*técnica e preço*", não obstante tratar-se de uma das opções obrigatórias previstas na Lei Federal 12.232/2010, é importante ponderar que a Administração deve se pautar em critérios objetivos, de modo a minimizar a valoração eminentemente subjetiva das propostas. Impõe-se, ademais, **a apresentação de justificativa técnica capaz de demonstrar, no caso concreto da contratação almejada, parcela significativa de criação em comunicação social**. Ao eleger o critério de julgamento "*técnica e preço*", prepondera-se o trabalho intelectual na concepção do objeto.

2.2. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. O **item 2.4** do edital trata dos procedimentos para impugnação ao edital, cujas regras se encontram de

[2] Ressalte-se nova redação sugerida ao item 2.8, conforme comentários ao referido dispositivo constantes do presente parecer.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

acordo com o art.41 da Lei Federal nº 8.666/93, de aplicação subsidiária, já que não há regramento específico sobre o tema na Lei Federal nº 12.232/2010.

2.3. REGRAS DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME. O **Item 2.5** do edital tem amparo no art.4º da Lei 12.232/2010, e quanto ao disposto no **item 2.5.1**, nenhum óbice às regras impeditivas de participação no certame.

2.4. DURAÇÃO DO CONTRATO. Em relação à duração do contrato, fixada no **item 2.6** do contrato, como sendo de "*12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por igual período, respeitado o limite máximo de 60 (sessenta) meses*", cumpre ressaltar que a natureza dos serviços de publicidade – se contínua ou não -, sempre foi questão debatida na doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Controle.

O entendimento que até então prevaleceu nesta Casa[3], escorado em posicionamento do Tribunal de Contas da União[4], apontava para que os contratos de publicidade fossem sempre examinados ***caso a caso***, para se aferir a respeito de seu inclusão ou não no que legalmente se define como sendo contrato de natureza contínua (art.57, II, da Lei Federal nº 8.666/93).

Adverte-se, contudo, que, recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais debruçou-se sobre a questão, oportunidade em que entendeu que "*os contratos de publicidade institucional de programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo com agências de publicidade* ***não são contratos que possam ser considerados de natureza contínua,*** *devendo observância à regra prescrita pelo caput do art.57 da Lei nº 8.666/93*". (Processo nº 839016, Sessão de 25/06/2014 – Tribunal Pleno, Conselheiro Relator Wanderley Ávila).

Diante, pois, de recente manifestação do TCEMG acerca da matéria, compete à autoridade competente avaliar a conveniência de se manter, no edital, a previsão de prorrogação do contrato limitada a 60 (sessenta meses), sabendo-se do risco de questionamento por parte do Órgão de Controle do Estado.

[3] Nota Jurídica AGE nº 15.094, de 16/06/2011; Nota Jurídica nº 2.232, de 28 de maio de 2010; Nota Jurídica nº 3.814, de 24 de fevereiro de 2014.
[4] TCU, Acórdão nº 1.499/2006 – Plenário.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

De todo modo, competirá ao gestor público responsável justificar, nos autos, a opção administrativa que entenda por bem adotar no presente caso, ressaltando-se, por oportuno, que eventual admissibilidade da prorrogação do contrato limitada a sessenta meses fica condicionada à demonstração da natureza contínua dos serviços licitados, refletida nos "*briefings*" que, embora não encaminhados a esta Casa, devem compor o edital. [5]

2.5. LICITAÇÃO POR AGRUPAMENTOS (LOTES):

2.5.1. FRACIONAMENTO DO OBJETO EM LOTES.

A redação do **item 2.8** não está compatível com o previsto no item 2.8.1, o que deverá ser regularizado. Para fins de compatibilização das regras do edital, propõe-se a seguinte redação:

> *"2.8. O objeto licitado será adjudicado à agência de propaganda ou consórcio que vencer a concorrência de cada lote, observadas as regras previstas neste edital."*

Em análise do **item 2.8.1** do edital, note-se que a Administração optou por dividir o objeto da licitação em 7 (sete) lotes, cada qual correspondente a um agrupamento de órgãos da Administração Direta Estadual, com valor global estimado por lote.

Lembre-se que cada lote (agrupamento) corresponde a um procedimento próprio e independente, e, com isso, cada um possui julgamento próprio, resultando na celebração de contratos distintos/apartados.

De fato, a realização de licitação por lotes está amparada pelo art.23, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e, via de regra, é adotada para permitir um maior número de interessados, ampliando-se, pelo menos em tese, as chances de

---

[5] Segundo a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em Parecer nº 1485/2012, "*No âmbito do TCU, prevalece o entendimento de que a aferição da natureza dos contratos de publicidade (contínuo ou de escopo) **dependerá das circunstâncias do caso concreto**, **levando-se em consideração, para esta análise, os fins institucionais do órgão ou entidade contratante e a necessidade de divulgação permanente de algum tema relacionado a estes fins institucionais**".*

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

obtenção de melhores propostas. Isto sem falar na economia processual, já que, por meio de um único procedimento, a Administração firmará vários contratos.

Ainda que prevista em lei, cumpre advertir que a divisão do objeto da licitação em lotes deve ser fruto de estudos técnicos que demonstrem tratar-se, no caso concreto, de opção administrativa mais vantajosa sobre todos os aspectos (econômico, operacional, finalístico, etc). A divisão do objeto em lotes não pode, por exemplo, culminar na elevação do custo da contratação de forma global, nem tampouco afetar a integridade do objeto pretendido ou comprometer a perfeita execução do mesmo.

Segundo o Tribunal de Contas da União, *"a opção de se licitar por itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem da escolha, em atenção aos artigos 3º, §1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/93"*. (TCU, Acórdão 1592/2013)

Exige-se, pois, a juntada, nos autos, de **justificativa da autoridade competente que demonstre as razões técnicas da divisão do objeto licitado, sua viabilidade econômica e técnica no presente caso, os benefícios da adoção de tal medida para a competitividade do presente certame e para o interesse público, sendo, ainda, imprescindível que se demonstre como se deu a reunião dos órgãos que compõem cada lote, inclusive os critérios técnicos utilizados para agrupá-los, lembrando-se, aqui, que o agrupamento em lotes somente pode abranger itens de natureza semelhante, que guardem compatibilidade entre si.**

2.5.2. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO CUMULATIVA. Uma vez dividido o objeto em lotes, a Administração entendeu por bem limitar a participação de um mesmo licitante a no máximo três agrupamentos (lotes), seja individualmente ou via consórcio.

Assim, caberá ao licitante escolher, **previamente**, quais lotes são de seu interesse, limitando-se a escolha a três, num universo de sete lotes. Desde logo, evidencia-se a possibilidade de licitantes detentoras de melhor técnica optarem pelos mesmos lotes, seguindo-se à contratação de apenas uma das agências, o que coloca o Estado sob risco de não obter a melhor técnica em alguns lotes.

Flávia Caldeira Briant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

Embora o expediente não tenha sido instruído com as razões de ordem técnica que justificaram tal opção administrativa, ao que tudo indica, a Administração pretende evitar que todos os lotes (agrupamentos) sejam adjudicados a uma única agência de propaganda, ainda que eventual candidata detenha capacidade para execução e demonstre ter a melhor técnica e preço. **Trata-se de estratégia do edital que pode, em tese, ser cogitada se fundamentada em razões de INTERESSE PÚBLICO, que justifiquem o risco assumido pelo Estado de, eventualmente, não obter a melhor técnica em alguns lotes, exclusivamente por conta da limitação à participação cumulativa.**

Segundo Marçal Justen Filho, *"a restrição à participação cumulativa somente pode ser adotada nos casos de defesa da concorrência, de modo a evitar o risco de abuso de poder econômico – tema que deve ser examinado pelas autoridades. Como regra, então, é vedado à Administração limitar a formulação de proposta pelo licitante para apenas um ou alguns lotes."* (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrados, 15ª edição, p.313)

Com efeito, é de extrema importância para a legalidade da restrição à participação cumulativa de cada licitante, **que a autoridade competente apresente, nos autos, as razões de ordem técnica que justificam limitar a participação de cada interessado à apenas três lotes num universo de sete.** Adverte-se, mais uma vez, que o Estado pode estar abrindo mão de obter a melhor técnica em alguns lotes, razão pela qual há de se demonstrar o **interesse público** de tal conduta restritiva.

Por outro lado, em prol de uma maior competitividade e visando potencializar as chances de obtenção de melhor técnica em todos os lotes, **indaga-se se não seria mais vantajoso para a Administração admitir a livre participação no certame** (o licitante participaria de todos os lotes de seu interesse, nos limites de sua capacidade de execução, observada a acumulação dos requisitos de habilitação), **deixando para limitar só ao final - e se for o caso - o número de lotes a serem adjudicados por licitante.**

Não se descarta o inconveniente de se permitir a contratação da segunda melhor proposta em determinados lotes – o que significa dizer que o Estado, ainda assim, estaria abrindo mão de obter a melhor técnica/preço em

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

alguns lotes. Ocorre que, ao abrir a concorrência já com restrição de disputa por licitante (limitada a três lotes, como previsto no edital), certo é que o Estado perde a oportunidade de obter propostas técnicas melhores em todos os lotes ou no maior número deles, isto sem falar na disputa de preços, que, sendo maior, poderá ensejar preços menores.

Ademais, dependendo do mercado de agências de publicidade, a escolha prévia dos lotes para fins de disputa (como previsto no edital) pode favorecer conluios entre as licitantes interessadas. Já a disputa livre com limitação apenas na fase de adjudicação evita, senão dificulta, tal estratégia indesejada.

Fato é que a adoção de qualquer restrição à participação dos licitantes pode trazer prejuízos à obtenção da proposta mais vantajosa, razão pela qual esta Casa adverte à autoridade competente e às equipes técnicas responsáveis que tenham muita CAUTELA na elaboração do edital, para que o interesse público seja, de fato, preservado.

Recomenda-se, pois, que a autoridade competente avalie a adoção de qualquer restrição à participação dos licitantes, considerando todas observações e advertências arroladas por esta Casa nesta oportunidade. A legalidade de qualquer limitação à participação cumulativa dependerá, como visto, da plausibilidade da justificativa técnica apresentada e, pois, do interesse público em jogo.

Por fim, sob o ponto de vista formal, propõe-se que o edital utilize o termo "***lote***" em substituição ao termo "***agrupamento***".

2.6. GARANTIA CONTRATUAL. O **item 2.10** (igualmente, o **item 11**) prevê o oferecimento, pela agência contratada, de garantia contratual à razão de 3% do valor do seu contrato. Trata-se de opção administrativa autorizada pelo art.56 da Lei Federal nº 8.666/93, que, em razão de potencial restrição à competitividade do certame, **merece ser justificada**, de modo que fique demonstrada a compatibilidade entre a garantia exigida (percentual) e os ônus e riscos envolvidos em cada contrato. As modalidades de garantia admitidas são aquelas previstas no art.56 da Lei 8.666/93.

2.7. SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE EXECUÇÃO EXTERNA. O **item 2.11** admite a subcontratação dos serviços de execução

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

externa, os quais deverão ser interpretados na esteira do que a Lei Federal nº 12.232/2010 define em seu art.2º, §1º, incisos I a III como "*atividades complementares*", observada a sistemática definida no art.14 da lei federal mencionada. [6]

Eventual subcontratação de serviços ou suprimentos externos, nos termos da lei, deverá ocorrer somente com fornecedores CREDENCIADOS pelo Estado de Minas Gerais, não se admitindo a seleção aleatória pela agência de propaganda.

Note-se que os **itens 5.1.4.1, 5.1.4.2 e 5.1.4.3** trazem os procedimentos para subcontratação de serviços externos ou suprimentos. **Recomenda-se que fique mais clara a possibilidade de subcontratação apenas de credenciados no Estado de Minas Gerais e que se esclareça, no edital, os procedimentos para escolha da proposta mais vantajosa, observados os §§§1º, 2º e 3º do art.14 da Lei Federal nº 12.232/2010.** (Note-se que tais procedimentos estão previstos nas Disposições Gerais do edital, mais especificamente nos itens 17.6 e 17.7, tornando-o confuso, como se a subcontratação de serviços externos/suprimentos não estivesse enquadrada no escopo de atividades complementares.)

Ainda, cumpre notar que o edital inova ao excepcionar os casos de subcontratação de serviços gráficos diversos, incluindo produção e/ou instalação de placas para atendimento do objeto licitado, hipótese em que prevê a realização pelo próprio Estado, por meio da SUBSECOM, de cotação de preços, seguindo-se à contratação pela agência de publicidade considerando o melhor preço cotado.

De fato, em que pese a lei autorizar a colheita de três orçamentos de fornecedores credenciados no Estado, há de se convir que quando o Estado realiza, ele próprio, a cotação de preços de eventuais serviços externos, sobre cujo valor incidirá honorários em favor da agência de publicidade, há maior controle estatal sobre os preços contratados. Sem óbice, portanto, ao disposto no item5.1.4.2. Aliás, questiona-se quais seriam as razões pelas quais não se adotou tal procedimento como regra geral para subcontratação de serviços/suprimentos externos.

[6] Neste sentido, Nota Jurídica AGE nº 15.094, de 16 de junho de 2011.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

De todo modo, observa-se que o **item 5.1.4.3** afasta a cotação de preços quando tal não permitir a agilidade necessária, comprovada a necessidade de urgência, bem como nos casos em que houver a possibilidade de comprometimento da qualidade dos trabalhos, em virtude das especificações técnicas exigidas, mediante justificativa pela agência contratada e autorização da SUBSECOM.

Ora, o **item 5.1.4.3** afasta a cotação de preços pelo próprio Estado, mas não deixa claro os procedimentos para a subcontratação na hipótese ali aventada, dando a entender que, naqueles casos, poderia estar autorizada a contratação direta. Adverte-se que o edital não pode afastar os procedimentos previstos em lei para subcontratação dos serviços externos/suprimentos, que se apresentam, no escopo do contrato de publicidade, como sendo "*atividades complementares*", a menos que adote outro mecanismo eficiente de aferição de preços, o que não é o caso, já que restou afastada a cotação de preços pelo próprio Estado. **Recomenda-se, pois, que o item 5.1.4.3 do edital deixe claro que, afastada a cotação de preços pelo Estado, será mantida a regra geral de apresentação pela agência de 03 orçamentos de fornecedores credenciados no Estado, nos termos em que previsto no art.14 da Lei Federal nº 12.232/2010.**

Adverte-se, por fim, que eventual afastamento da cotação de preços pelo Estado exigirá muita cautela do gestor do contrato, considerando os benefícios que a cotação realizada pelo próprio Estado traz ao controle das despesas do contrato.

2.8. ENTREGA DE PROPOSTAS. Os **itens 3.1 a 3.5** do edital estabelecem as regras para entrega dos invólucros pelas licitantes – Invólucro 1 (Proposta Técnica – Via não identificada do Plano de Comunicação Publicitária), Invólucro 2 (Proposta Técnica – Via identificada do Plano de Comunicação Publicitária), Invólucro 3 (Conjunto de Informações), e Invólucro 4 (Proposta Comercial) - tudo em conformidade com o art.6º, 8º e 9º da Lei Federal nº 12.232/2010.

O **item 3.7** do edital, por sua vez, prevê a entrega do Invólucro 5 – Documentos de Habilitação -, conforme convocação específica dos licitantes classificados no julgamento final das propostas técnica e comercial. Trata-se, aqui, de licitação que ocorrerá com inversão de fases, nos termos em que

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

previsto no inciso I do art.6º e autorizado pelo art.11, ambos da Lei Federal nº 12.232/2010.

2.9. PROPOSTA TÉCNICA. Nos termos do **item 4.1**, "*a Proposta Técnica, cujo conteúdo é especificado no Anexo I deste Edital, será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing (Anexo H) e de um conjunto de informações referentes ao licitante*", o que está em conformidade com o disposto no inciso III do art.6º.

Ressalte-se que o Anexo H (*Briefing*) não foi encaminhado a esta Consultoria Jurídica. Não obstante, é oportuno lembrar que o Briefing deve trazer informações suficientes, estabelecidas de forma clara e objetiva, para que os interessados elaborem suas propostas (art.6º, inciso II, da Lei Federal nº 12.232/2010).

O **item 4.7** está conforme o §1º do art.9º; o **item 4.7.2** está de acordo com o inciso XII do art.6º; o **item 4.8** está de acordo com o §2º do art.9º; o **item 4.9** está em conformidade com o XIII do art.6º, todos os dispositivos da lei Federal nº 12.232/2010. Note-se que o **item 4.11** possui o mesmo conteúdo do item 4.8, sendo, pois, redundante.

2.10. PROPOSTA COMERCIAL. Segundo dispõe o inciso V do art.6º da Lei Federal nº 12.232/2010, " *a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário.*"

O critério de preço escolhido pela Administração deve se dar considerando as especificidades dos serviços a serem executados, observados, contudo, as formas de remuneração vigentes no mercado publicitário.

Nos termos do **item 5** do edital, caberá à licitante apresentar o **percentual de honorários** que lhe serão devidos **sobre:**

a) o valor previsto na relação de preços descrita na Lista de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Minas Gerais, a título de ressarcimento dos custos internos dos serviços executados pela licitante (item 5.1.1);

b) o valor dos serviços prestados por fornecedores, quando a responsabilidade da Agência não envolver qualquer tipo de criação e

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento (item 5.1.2);

c) o valor dos serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária destinadas a expandir os efeitos das mensagens, em consonância com novas tecnologias (item 5.1.3);

d) o valor dos suprimentos externos e serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à produção e à execução técnica de peça ou material (item 5.1.4);

Em relação ao **item 5.1.1**, esta Consultoria, em pesquisa de editais de publicidade publicados no país, inclusive no âmbito do Estado de Minas Gerais, constatou que, via de regra, adota-se a **oferta de desconto** sobre o valor previsto na relação de preços descrita na Lista de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Minas Gerais. Nesse sentido, inclusive, no âmbito federal, é o critério de preço autorizado pela Instrução Normativa nº 04/2010, da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

De fato, a adoção do critério de desconto sobre os custos dos serviços executados pela contratada evidencia maior vantagem para o Estado, que deixará de pagar o valor cheio da referida Tabela, mediante aplicação do desconto proposto pela licitante. Manter-se o edital nos termos em que apresentado significa dizer que o Estado não só abre mão do desconto, como pagará o valor cheio da tabela acrescido de honorários. **Recomenda-se, pois, melhor avaliação quanto ao critério de preço utilizado no item 5.1.1, competindo ao gestor responsável comprovar, nos autos, que a opção administrativa adotada ensejará maior vantagem para a Administração Pública.**

Quanto ao **item 5.1.2**, parece-me vedada a hipótese de a agência responsabilizar-se, exclusivamente, por eventuais contratações ou pagamento de serviços/suprimentos, sem que tais estejam necessariamente ligados a um serviço intelectual de criação. **As agências não podem figurar como meras intermediadoras, razão pela qual recomenda-se a exclusão de tal critério de preço na proposta comercial.**

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

Nenhum óbice ao **item 5.1.3**, e quanto ao **item 5.1.4**, ressalte-se que, **observado o art.11 da Lei Federal nº 4.680/65**[7], serão devidos honorários sobre o valor dos suprimentos/serviços externos especializados prestados por fornecedores, referentes à produção e à execução técnica de peça ou material, **cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, o que deve ser acrescentado ao final do item em questão (5.1.4)**

Note-se a preocupação com a exequibilidade da proposta comercial mediante a fixação de limites mínimo e máximo às propostas dos licitantes, o que não é vedado por se revelar meio via de regra utilizado para afastar propostas aventureiras, no entanto, **é dever do administrador público responsável apresentar, nos autos, os estudos técnicos que embasaram a escolha dos percentuais mínimos e máximos então fixados no edital, observados os valores de mercado.**

O **item 5.1.5** traz a forma de apuração da Proposta de Preços (pontuação), valendo-se de critérios e fórmulas que fogem à análise jurídica desta Casa.

O **item 5.1.7** fixa as taxas de administração que serão devidas à agência de publicidade nos casos de veiculação de publicações legais. Optou-se por já fixar os percentuais das taxas, conforme a veiculação local, estadual ou nacional/internacional. **Recomenda-se que o gestor avalie a possibilidade de colocar também estes serviços como item de aferição da Proposta de Preço, abrindo disputa em relação aos percentuais – o que pode trazer maior vantagem para o Estado. De todo modo, qualquer opção administrativa que venha a adotar deve ser justificada nos autos, o que inclui, se for o caso, a apresentação dos estudos técnicos que embasaram a escolha dos percentuais fixados no edital.**

Por fim, o **item 5.1.8** dispõe que, em relação à veiculação, os serviços publicitários serão remunerados considerando os descontos concedidos pelos

7 "Art. 11 - A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.
Parágrafo único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei."

Flávia Caldeira Brandt Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

veículos sobre seus preços de tabela, nos termos de normas do CENP (Conselho Executivo das Normas Padrão. Tratam-se, aqui, de descontos legais, e, pois, de observância obrigatória.

2.11.DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO. Se, por um lado, com base no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, deverão ser evitadas, nos editais de licitação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam, ou frustrem o caráter competitivo do certame - ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato -, por outro, é possível que a Administração exija do licitante experiência específica desde que tal se revele imprescindível para garantia de boa execução do objeto do contrato e desde que, obviamente, relacione-se com parte relevante do futuro contrato.

Não custa, aqui, repisar que o intuito da Administração Pública, ao elaborar o edital, dentro dos parâmetros previstos na legislação vigente, deve ser sempre o de obter a proposta mais vantajosa, dentre os interessados que demonstrem condições de atender às suas necessidades, com qualificação técnica e estrutura operacional adequadas e suficientes ao cumprimento das obrigações contratuais decorrentes da licitação.

Em nenhum momento o edital deve estabelecer preferências, mas apenas definir as condições necessárias e indispensáveis à realização dos serviços objeto da licitação.

Desde logo, portanto, infere-se que os requisitos de habilitação, especialmente os de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica, não devem corresponder a uma limitação da competição no certame, mas a uma delimitação dentro do princípio da razoabilidade, baseada em avaliações e estudos que abarcam a conveniência e discricionariedade da Administração Pública, a fim de que lhe seja garantido um mínimo de segurança quanto à capacidade efetiva de execução do objeto pelas licitantes.

Nos termos do **item 6** do edital, a licitante que concorrer e classificar-se em mais de um agrupamento, deverá cumprir os requisitos de habilitação de forma cumulativa. Note-se que a Administração entendeu por bem exigir os requisitos de habilitação proporcionalmente ao lotes objeto de concorrência pelo licitante, o que ressalta sua preocupação em exigir a habilitação de forma compatível com o objeto que a licitante se propõe a executar, assegurando-se,

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

assim, de que a agência licitante que concorrerá a mais de um lote possuirá, de fato, capacidade para cumprir com todas as obrigações assumidas.

2.12. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO JURÍDICA E REGULARIDADE FISCAL. Os documentos exigidos a título de habilitação jurídica (**item 6.1**) e de regularidade fiscal (**item 6.2**) estão em conformidade com as exigências do arts.28 e 29, da Lei Federal nº 8.666/93, respectivamente, **ressalvando-se, contudo, a necessidade de se exigir prova de inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho, nos termos do inciso V do art.29 da Lei de Licitações.**

Atenta-se apenas para a "*observação*" prevista **ao final da letra "e" do item 6.2**, segundo o qual as certidões que não trouxerem consignados os respectivos prazos de validade, somente serão aceitas se emitidas até (seis) meses antecedentes à data de sua apresentação. Ora, por se tratar de prova de regularidade fiscal da licitante, se a Comissão de Licitação desconhece a validade atribuída à certidão no âmbito do Estado/Município/União Federal (dependendo do caso), deve diligenciar a respeito e não simplesmente pressupor um prazo de validade, exigindo-se, portanto, regularização do edital. [8]

2.13. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. A qualificação econômico-financeira exigida no **item 6.3**, por sua vez, encontra-se de acordo com o art.31 da Lei Federal nº 8.666/93, tendo a Administração optado por não exigir garantia de proposta.

A exigência de patrimônio líquido mínimo à razão de 5% (cinco por cento) sobre o valor do agrupamento (lote) encontra-se dentro dos limites admitidos no §3º do referido dispositivo legal, eis que considerado cada agrupamento (lote) uma licitação individualizada. Se, contudo, os licitantes concorrerem a mais de um agrupamento deverão comprovar o patrimônio líquido de 5% (cinco por cento) calculado sobre o valor total dos agrupamentos que disputam. Desta forma, o patrimônio líquido está sendo exigido proporcionalmente ao valor do lote em disputa, o que favorece a competitividade.

[8] A exemplo do que o presente parecer adverte quanto à utilização de "notas" em editais (vide comentários de pg.22, acerca das regras de consórcio), ressalte-se a irregularidade, sob o aspecto formal, da utilização de "observações" em editais, cujas regras devem aparecer numeradas em sequência.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

No caso de consórcio, admite-se a soma do patrimônio líquido das agências consorciadas, o que, ressalte-se, deve ser admitido na proporção de participação de cada agência na constituição do consórcio. **Recomenda-se que o item 6.3.1, "d", passe a contar com nova redação**: "*Na hipótese de consórcio, o patrimônio líquido exigido no item anterior será calculado pela somatória do patrimônio líquido das empresas consorciadas, na proporção de sua respectiva participação na constituição do consórcio.*"

Vale lembrar, para fins de avaliação da autoridade competente, que o inciso III do art.33 da Lei de Licitações possibilita à Administração exigir, para o consórcio, um acréscimo de 30% dos valores exigidos para licitante individual, salvo no caso de consórcio formado exclusivamente por micro e pequenas empresas.

De todo modo, observa-se que "*A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e* ***devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório,*** *vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.*" *(§5° do art.31)*

Com efeito, os índices escolhidos deverão estar justificados no processo que instrui a licitação, conforme lição de Jessé Torres Pereira Júnior, *in verbis*:

> *"A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. Este apenas refletirá o exame e consequente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastantes para o julgamento objetivo da matéria. As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexo causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar."* (*in* Comentários à Lei das

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.344

Licitações e Contratações da Administração Pública. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380).

Segundo o Tribunal de Contas da União, "*é vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.*" (*in* Acórdão 170/2007 – Plenário, DOU 16/02/2007).

No mesmo sentido, o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nas palavras da Conselheira Adriene Andrade, para quem "*a exigência de índices contábeis não usuais para a avaliação da qualificação econômico-financeira dos licitantes compromete a competitividade no certame e constitui irregularidade que justifica a manutenção da multa aplicada ao responsável, pois não se trata de mera falha formal.*" (Recurso Ordinário 808.260, Revista do TCMG, julho-setembro/2011, v.80, Sessão 01/06/2011)

Com efeito, **compete à equipe técnica responsável pela presente licitação justificar a aplicação dos índices contábeis previstos no edital**, nos termos em que exigido em lei.

2.14. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. A exigência de Certificado de Qualidade Técnica expedido pelo CENP – Conselho Executivo de Normas Padrão, encontra amparo no §1º do art.4º da Lei Federal nº 12.232/10, ressaltando-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União acerca da legalidade de sua exigência (RESP nº 1233816, DJe 19/02/2013; Acórdão TCU nº 2.062/2006 – Plenário, respectivamente).

Como é sabido, as exigências de qualificação técnica têm por objetivo demonstrar a capacidade dos licitantes para a execução do futuro contrato, permitindo à Administração verificar sua *expertise* e know-how em relação ao objeto licitado, evitando-se, assim, a participação de licitantes que venham a demonstrar, no decorrer do contrato, falta de capacidade técnica para cumprir com suas obrigações, em detrimento da Administração Pública e do erário.

Neste contexto, é que o art.30, II, da Lei Federal nº 8.666/93, dispõe que a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á à "

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.344

comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos".

Com efeito, compete à Administração definir, no edital, o que entende necessário para se ter comprovado, no caso concreto, a aptidão para execução do objeto da licitação, e, ao fazê-lo, deve fazer exigências que se adequam à realidade do objeto licitado, quer dizer, que sejam proporcionais ao objeto da licitação, buscando sempre aliar segurança para o Estado das efetivas condições técnicas da licitante à maior competitividade.

Consta do **item 6.4, "b",** do edital, a exigência de comprovação, mediante pelo menos 01 (hum) atestado ou contrato firmado no qual tenha a licitante criado ou veiculado campanha publicitária com orçamento superior a 10% do valor do agrupamento a que concorre.

Não está clara a pretensão da Administração no que tange à possibilidade, ou não, de soma de atestados, seja para o caso de consórcio, seja na hipótese de licitantes individuais. Note-se que ao final do item 6.4, o edital conta com uma "NOTA", que visa a tratar da habilitação dos consórcios, no entanto, faz menção apenas aos itens 6.3.1 (habilitação econômico-financeira) e ao item 6.3.2, que sequer está previsto no edital.

Com efeito, a soma de atestados para fins de qualificação técnica deve ser esclarecida no edital. Quer dizer, a Administração precisa esclarecer se pretende exigir que a agência apresente atestado que comprove um único contrato com orçamento superior a 10% do valor do agrupamento, ou se tal comprovação poderá se dar considerando mais de um contrato, cujos valores somem o montante de 10% do valor do lote, alertando-se que eventual soma de atestados, se admitida, deve o ser tanto para o caso de consórcio como para o licitante que concorrer individualmente, sob pena de afronta ao princípio da isonomia. **De todo modo, há de ser juntado ao expediente justificativa técnica que demonstre a razoabilidade e proporcionalidade das exigências de qualificação técnica previstas no edital em relação ao objeto da licitação.**

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

O **item 6.4, "c",** do edital, por sua vez, refere-se à comprovação de estrutura física e técnica (equipe profissional) necessária à execução do objeto da licitação.

Segundo Jessé Torres Pereira Junior, não há como "*imaginar-se que um profissional, isoladamente, seja capaz de obter resultados satisfatórios sem o apoio de infra estrutura da empresa em que atua, ou tendo à sua retaguarda infra estrutura empresarial deficiente ou obsoleta. A qualificação técnica de pessoa jurídica resulta do seu conjunto de recursos organizacionais e humanos. Tanto que o inciso II do art.30 cuida, em sua primeira parte, de elementos organizacionais, deixando para a segunda parte a referência ao pessoal técnico. Este, sem estrutura empresarial apta a produzir os insumos e apoios, na medida e no tempo certos, não logra execução adequada. Por conseguinte, o edital pode e deve estabelecer as exigências, por meio de atestados, que sejam suficientes para que a Comissão Julgadora verifique se cada licitante dispõe daquele conjunto de recursos, sob pena de inabilitação.*" (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª edição, p.392).

Nos termos do item 6.4, "c" do edital, a Administração exige "*declaração da licitante de que no prazo de 30 dias após adjudicado o objeto, apresentará relação da estrutura básica da licitante compatível com o objeto licitado, contendo indicação das instalações e do aparelhamento adequado e disponível à execução dos serviços, bem como da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*". Em seguida, arrola a equipe técnica mínima exigida, dispondo, ainda, que a licitante deverá contar com equipes distintas nos casos em que participar de mais de um agrupamento, individualmente ou em consórcio.

Em primeiro lugar, exigir-se a apresentação "*da relação da estrutura básica da licitante compatível com o objeto licitado*" é deixar nas mãos dos próprios licitantes a definição de qual estrutura básica seria compatível com o objeto licitado, **ficando a Administração sem parâmetros** para verificar se o licitante cumpriu ou não referido requisito de qualificação técnica. Importa, aqui, ressaltar que as regras de habilitação devem ser bem delineadas no edital, evitando-se, assim, qualquer margem para questionamentos e julgamentos subjetivos.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

Com efeito, **recomenda-se que a autoridade competente, calcada em razões de ordem técnica, definam no edital o que entendem como "*estrutura básica compatível com o objeto licitado*", admitindo-se, para tanto, por exemplo, a exigência de uma estrutura física mínima, que seja, evidentemente, proporcional à realidade da licitação.**

De todo modo, cabe ao gestor justificar no expediente a estrutura física e equipe profissional mínimas exigidas, demonstrando sua compatibilidade com o objeto licitado, inclusive as razões técnicas pelas quais exige equipes distintas nos casos em que a licitante participar de mais de um lote, individualmente ou em consórcio.

Como bem adverte Jessé Torres Pereira Junior, é DEVER da Administração fundamentar todas as exigências inseridas no edital adequadamente, demonstrando de forma inequívoca sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado, de modo a afastar eventual possibilidade de restrição ao caráter competitivo do certame (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª edição, p.393).

Em segundo lugar, de fato, não deve a Administração exigir que a licitante conte com o aparelhamento físico e profissional já na data de entrega das propostas, evitando-se, assim, que ela tenha despesas para participar do certame sem ao menos saber se lhe será adjudicado o objeto licitado, o que poderia restringir a concorrência.

Em relação, pois, à **estrutura física mínima** - que deverá ser arrolada no edital, conforme recomendado -, é possível que a Administração exija apenas **declaração na qual a licitante se comprometa que possuirá, até a data de assinatura do contrato, a estrutura física apresentada na fase de habilitação.**

Já no que tange à equipe profissional exigida, o edital deve dispor que a licitante comprove possuir a **equipe técnica mínima exigida**, por meio de comprovação de contratos de trabalho com a licitante (CTPS) ou vínculo societário, ou outro documento que ateste compromisso de que firmará contrato de prestação de serviço ou contrato de trabalho (com firma reconhecida do profissional) caso a licitante seja declarada vencedora do certame. Tal recomendação se justificativa no fato de que não se deve conceber que as licitantes sejam obrigadas a manter profissionais – às vezes de alta qualificação

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.344

-, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, o que restringiria sobremaneira a competição. Neste sentido, confira-se: Acórdãos TCU nºs 2297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1547/2008, 1908/2008, 2382/2008, 103/2009, 80/2010, 326/2010, 103/2009, todos do Plenário, e 434/2010-2ª Câmara; TC-020.314/2010-8, de 11.08.2010.

Por fim, em relação à "NOTA 1" prevista no item 6.4, que visa esclarecer regras sobre o consórcio, adverte-se que, sob o ponto de vista formal, não é comum a utilização de "notas" em editais de licitação, pelo contrário, em se tratando da "lei" que veicula o certame, o edital deve contar com enumeração de itens numerados, à semelhança da redação de atos normativos. **Recomenda-se, pois, a exclusão da previsão de "notas" no edital, adotando-se a numeração em itens.**

2.15. CONSÓRCIO. Admite-se a participação de empresas em consórcio (item 8), sendo que a disciplina da sua constituição está obediente à legislação de regência.

2.16. COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO E SUBCOMISSÃO TÉCNICA. Há 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, cujo procedimento de escolha dos membros que comporão a subcomissão técnica deve ser definido com atenção ao art.10 da Lei Federal nº 12.232, de 2010.

Observa-se que o **item 9.2** já deve definir o número certo de membros da Subcomissão Técnica, e não dispor que essa será composta por, no mínimo, 9 (nove) membros. E isto porque as regras já devem estar definidas no edital para conhecimento dos licitantes, além do que o sorteio dos membros que comporão a Subcomissão Técnica partirá de uma lista que deve, nos termos da lei, contar com, no mínimo, o triplo (ou o dobro) do número de integrantes fixado no edital para composição da Subcomissão (§2º e §3º do art.10).

Observadas tais regras, à toda evidência que o número de nomes da lista para sorteio não poderá ser o mesmo do número de integrantes que comporão a Subcomissão técnica, **pelo que os itens 9.2 e 9.3 do edital merecem ser adequados ao procedimento legal previsto no dispositivo mencionado.**

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.844

2.17. PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. Os **itens 9.7 a 9.20** do edital dispõem sobre as regras para julgamento das propostas, cujo procedimento está de acordo com o art.11 da Lei Federal nº 12.232, de 2010.

De todo modo, é oportuno lembrar o art.12 da retro mencionada lei, que chama a atenção dos administradores públicos quanto às responsabilidades administrativa, civil ou criminal que lhe podem ser imputadas se envolvidos em irregularidades na condução do julgamento, que ensejem o conhecimento da autoria do plano de comunicação publicitária fora do tempo previsto na legislação.

Em relação ao **item 9.21.2**, remete-se aos comentários feitos ao **item 15.3.**

2.18. HOMOLOGAÇÃO E JULGAMENTO. Impõe-se a retificação do item 9.21 do edital, para definir a adjudicação para a agência de publicidade ou consórcio que vencer o agrupamento. Propõe-se nova redação:

> *"9.21. Reconhecida a habilitação, o objeto licitado será homologado e adjudicado à agência de propaganda ou consórcio que vencer a concorrência de cada lote, observada a ordem de classificação das propostas."*

2.19. RESULTADO DA CONCORRÊNCIA. Muito embora a publicação do resultado da concorrência – que envolve os atos de homologação e adjudicação – seja providência que realiza o princípio da publicidade e da transparência, de fato, não existe determinação legal para a Administração fazê-la. A Lei Federal nº 8.666/93 apenas determina que tais atos sejam devidamente documentados e autuados no processo administrativo, sem impor sua publicação, ao contrário do que ocorre em relação ao contrato, cujo extrato deve ser publicado, inclusive para fins de eficácia, nos termos do art.61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93.

Ademais, salvo melhor juízo, não há no âmbito estadual, normatização que determine a publicação do resultado da concorrência, a exemplo do que ocorre no âmbito federal, que assim exige, expressamente, no caso de licitações realizadas na modalidade Pregão, consoante Decreto Federal nº 3.555/2000.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

Com efeito, nenhum óbice ao disposto no presente edital (**item 10**), no que tange à dispensa de publicação do resultado da licitação **desde que todos os licitantes estejam presentes no ato em que for adotada a decisão final da concorrência**, já que, neste caso, evidencia-se a ausência de qualquer prejuízo ao direito de recurso dos licitantes.

2.20. SANÇÕES E REVOGAÇÃO/ANULAÇÃO DO CONTRATO. Nenhuma ilegalidade dos **itens 12 a 14** do edital, que obedecem ao disposto na Lei Federal 8.666.

2.21. ASSINATURA DO CONTRATO. Diz o **item 15.3** que, no caso de a adjudicatária não assinar o contrato na data prevista, o Estado poderá convocar a segunda classificada, e, assim sucessivamente, "*observadas as condições propostas pela primeira classificada, inclusive quanto ao preço*".

Trata-se de uma **faculdade** atribuída por lei à Administração Pública - art.64, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93 -, cuja conveniência de adotá-la deve ser avaliada de acordo com o caso concreto. De todo modo, cumpre observar que, por se tratar de uma licitação onde a técnica (criação intelectual) é relevante, é prudente prever no edital a possibilidade de revogação da licitação, nos termos em que previsto no referido dispositivo legal.

Observa-se, ainda, o **item 9.21.2** do edital, que assim dispõe: "*Na hipótese de eventual agência não se interessar e renunciar o direito sobre o lote a que faça jus, será convocada a próxima classificada naquele agrupamento, conforme ordem de pontuação.*"

Para melhor compreensão quanto à adoção da faculdade prevista no §2º do art.64 da Lei Federal nº 8.666/93, se for o caso, **recomenda-se compatibilização das regras previstas nos itens 9.21.2 e 15.3,** evitando-se, assim, dúvidas de interpretação.

2.22. DISPOSIÇÕES GERAIS DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. De acordo com o art.15, parágrafo único da Lei Federal 12.232, o **item 17.1.1** do edital prevê que pertencem ao Estado as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidas pelo veículo de divulgação.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.344

O **item 17.1.1.1** do edital, por sua vez, trata da faculdade de se conceder planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, cujos frutos constituirão receita própria da agência, observado, pois, o art.18 da Lei Federal 12.232/2010.

Carlos Pinto Coelho Motta, sobre o tema, assim dispõe:

> "*O ordenamento do caput do art.18, bem como os de seus parágrafos, terão certamente o desígnio de soterrar a discussão que antes se 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.*" (*in* Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade, Editora Fórum, 2010, p.191)

Adverte-se quanto à necessidade de constante e eficaz fiscalização a respeito dos custos e das despesas de veiculação apresentados ao Estado, a fim de se identificar e assegurar as vantagens devidas ao erário, por força de lei.

Itens 17.2, 17.3 e 17.4 obedecem, respectivamente, aos §1º, §2º e §3º do art.18 da Lei federal nº 12.232/2010; os itens 17.5, 17.6, 17.7, e subitens 17.7.1 e 17.7.1.1 encontram-se em conformidade com o art.19 e art.14, ambos da lei federal em comento.

2.23. PROCEDIMENTOS PARA JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. O Anexo I trata do conteúdo da Proposta Técnica e respectivo julgamento. Está previsto que o quesito referente ao "Plano de Comunicação Publicitária" (envelope 1 e 2), conterá os seguintes subquesitos: raciocínio básico, estratégia de comunicação publicitária, ideia criativa e estratégia de mídia e não mídia, tudo em conformidade com o art.7º da Lei Federal nº 12.232.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 • OAB/MG 69.344

Os demais quesitos, relativos às informações sobre os proponentes, versam sobre a capacidade de atendimento, investimento em estrutura de atendimento, portfólio e "cases", observado, pois, o art.8º da Lei federal nº 12.232/2010.

Neste passo, os diversos subitens previstos no **ANEXO J** descrevem a forma e conteúdo destes quesitos de avaliação.

A despeito da natureza especial dos contratos de publicidade, que, de fato, contam com certa margem de subjetividade - afinal de contas trata-se de uma contratação de serviços de natureza intelectual, que envolvem "*criação e ideias*" -, **adverte-se ao Administrador responsável que não basta transcrever os quesitos de avaliação previstos na legislação e fixar a respectiva pontuação total. Faz-se, aqui, obrigatório o dever de se estipular objetivamente os parâmetros de avaliação para atribuição da pontuação, o que, inclusive, servirá de fundamento para a Comissão na eventualidade de ser questionada acerca dos pontos atribuídos a cada licitante.**

Ademais, a atribuição dos pontos relacionada a cada quesito retratado no edital deve guardar proporcionalidade com a importância de cada item avaliado, o que deve ser observado, por exemplo, na definição da regra contida no item 2.2. do Anexo em comento (ANEXO J).

A matéria é de ordem técnica e especializada, fugindo, portanto, ao controle de legalidade desta Consultoria Jurídica. Não obstante, **cabe a esta Casa advertir para o fato de que o edital deve ser o mais claro e OBJETIVO possível quanto à valoração que se dará a cada item de avaliação, evitando-se subjetivismos. Neste contexto, é que o edital deve descrever os PARÂMETROS que cada um dos itens deve conter para valoração dos pontos correspondentes para efeito de julgamento, evitando-se, ao máximo, imprimir ao edital carga subjetiva no julgamento das propostas.**

Outro aspecto a ser considerado, ao se adotar o critério de julgamento "*técnica e preço*" como mecanismo de aferição da proposta comercial mais vantajosa é o equilíbrio entre os percentuais a serem aferidos quando do julgamento.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.841

Na minuta do edital em exame, tem-se a prevalência da técnica sobre o preço da ordem de 70% (setenta por cento) para aquela e de 30% (trinta por cento) para este quando da apuração da proposta comercial mais vantajosa.

Segundo já ponderado por esta Casa em outras oportunidades de exame de editais de publicidade – e cabe aqui reiterar -, este desequilíbrio tem sido fortemente criticado pelos órgãos de controle, os quais orientam a prevalência de um percentual equilibrado de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos critérios ou, no máximo, de 60% (sessenta por cento) e 40% (quarenta por cento), sempre com a necessária justificativa técnica, especialmente quando o percentual prevalecente pende a favor do critério técnica.9

Com efeito, compete ao Administrador Público responsável justificar o critério de julgamento adotado no presente caso – "técnica e preço" – e, paralelamente avaliar a conveniência de se adotar o equilíbrio entre os critérios aludidos, conforme orientação dos Tribunais de Controle, ou, na eventualidade de optar pela adoção de um percentual maior a favor da técnica, recomenda-se ser ele o máximo 60% (sessenta por cento), acompanhado de justificativa técnica deste predomínio, para fins de se diluir ou, se possível, eliminar qualquer subjetividade quando da aferição da técnica.

Por fim, em análise do **item XI do Anexo J**, que trata da "*Apuração dos vencedores*", note-se a uma fase de "*equalização da proposta comercial ao limite da proposta comercial de menor preço*", o que, ressalte-se, não condiz com a licitação tipo "técnica e preço", então adotada no edital.

Não custa lembrar os procedimentos para julgamento de uma licitação do tipo "**técnica e preço**", bem definidos no §2º do art.46 da Lei Federal nº 8.666/93, a saber: apura-se, em primeiro lugar, a pontuação das propostas técnicas; em seguida, as propostas de preços são avaliadas e valoradas, classificando-se as propostas de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preços, observados os pesos estabelecidos no edital. A adjudicação, por sua vez, deverá ocorrer obedecida a ordem de classificação.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.341

[9] Nota Jurídica AGE nº 3.329, de 03 de setembro de 2012.

Não se cogita, em licitações do tipo "técnica e preço", da convocação para negociações quanto ao preço.

Ressalte-se que os procedimentos para julgamento da licitação "***técnica e preço***" não se confundem com aqueles previstos para licitação do tipo "***melhor técnica***", cujas regras se encontram bem delineadas na Lei Federal nº 8.666/93. À Administração, portanto, não cabe inovar na adoção de procedimento não previsto em lei.

Ademais, se a Administração optou por adotar o tipo "***técnica e preço***", não pode simplesmente desconsiderar a técnica da primeira classificada no certame – que é a melhor -, e contratar outra classificada que aceite o preço menor oferecido no certame, não obstante a inferioridade de sua técnica. Ao fazê-lo, aliás, a Administração estará privilegiando o menor preço, em total detrimento da técnica, sendo que ambos já foram devidamente pontuados, em flagrante subversão da licitação ao tipo "menor preço", que, como é sabido, não é admitido na Lei Federal nº 12.232/2010.

Com efeito, **recomenda-se que a adjudicação de cada lote siga os procedimentos da lei, *in casu*, a ordem de classificação das propostas,** observados os critérios de pontuação definidos no edital.

2.24. MINUTA DO CONTRATO.

Da leitura da minuta do contrato, depreende-se a adoção de cláusulas acompanhadas de §§, quando, via de regra, os contratos se compõem de cláusulas e subcláusulas, enquanto os §§ são geralmente utilizados em atos normativos, para detalhar regras previstas no *caput* ou incisos de dispositivos legais. **Sob o aspecto formal, portanto, esta Casa recomenda a substituição da previsão de §§ por subcláusulas.**

De todo o exposto em relação à minuta do edital, note-se que várias das recomendações ali realizadas refletem na minuta do contrato, com necessidade, portanto, de se proceder à adequação das cláusulas que se seguem:

Cláusula segunda: Excluir do §1º (a ser substituído pela cláusula 2.1), a menção à "*quando se tratar de veiculação de matéria relativa a publicidade institucional*", conforme fundamentação dada no momento de exame do item 1.7 do edital.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

Cláusula terceira: Recomenda-se substituição do título "DO PREÇO" por "DO VALOR DO CONTRATO". Em seguida, sugerimos nova cláusula que esclareça o valor do contrato:

> *"O valor estimado do presente contrato é de R$ .... (valor do respectivo agrupamento), e será pago à medida em que apresentada, pela CONTRATADA, fatura ou nota fiscal dos serviços prestados, observada sua proposta comercial e os procedimentos previstos na cláusula quinta do presente contrato."*

Recomenda-se substituir §1º por cláusula 3.1: Previsão de observância às bonificações legais devidas ao CONTRATANTE, cuja legalidade foi analisada no exame do item 5.1.8 do edital.

Quanto ao teor do §2º da cláusula terceira (quer dizer, cláusula 3.2), remete-se à leitura dos comentários feitos quando do exame do item 5.1 do edital, seguindo-se, pois, à adequação de seu conteúdo conforme opção administrativa adotada para a proposta comercial prevista no edital.

Em relação ao §3º da cláusula terceira (diga-se, cláusula 3.3), igualmente, remete-se aos comentários do item 5.1.7 do edital, seguindo-se à adequação do seu conteúdo conforme opção administrativa escolhida para remuneração de serviços prestados de veiculação de publicações legais.

Recomenda-se, por fim, adequação da cláusula seguinte (cláusula 3.4), para dispor que "*o **VALOR** previsto na cláusula terceira*" (e não "o PREÇO referido no *caput* desta cláusula", como mencionado) inclui todos os custos diretos e indiretos necessários à execução dos serviços, conforme exemplificação ali prevista, razão pela qual nenhum outro valor será devido pela CONTRATANTE em decorrência da execução dos serviços contratados.

Cláusula décima: Remete-se aos comentários realizados no exame do item 2.6 do edital acerca do prazo de duração do contrato, de modo que o conteúdo da referida cláusula contratual corresponda à opção administrativa do gestor responsável, nos termos em que fundamentada no expediente.

Cláusula décima-terceira: Necessidade de adequação do item IV na parte que trata da forma de remuneração da CONTRATADA, que, aqui, deve corresponder ao percentual de honorários objeto de sua proposta comercial, nos termos do item 5.1.5 do edital.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

Todas as demais cláusulas do contrato, não destacadas no corpo do presente parecer, afiguram-se em consonância com a legislação de regência.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, para fins de publicação, orienta-se sejam realizados os aperfeiçoamentos do edital, conforme recomendações constantes no corpo do presente estudo.

Chama-se atenção da autoridade competente para a importância de bem avaliar suas escolhas, e bem fundamentá-las, considerando, para tanto, o interesse público em jogo em consonância com os princípios que regem a licitação, dentre outros, o da moralidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da maior competitividade, da igualdade. Tudo isto para dizer que até mesmo em relação aos atos discricionários, a liberdade de escolha do gestor público encontra limites nos princípios que regem a conduta administrativa.

Ressalte-se ser **imprescindível** a instrução do expediente interno da licitação com todas as JUSTIFICATIVAS ora exigidas, para fins de legalidade das disposições do edital e respectivo contrato.

Atenta-se para o que adverte José Torres Pereira Junior, "*a lição que deve ser sabida de cor e salteado pelos gestores alinhados com os princípios postos na cabeça do art.37 da Constituição Federal: o falseamento de motivos, seja para super ou subdimencionar fatos, tal como afirmar-se de alta complexidade técnica o que não é, também constitui vício de motivo (conjunto de fatos e direitos que justifica o ato administrativo), a comprometer a validade dos atos administrativos.*"(*in* op.cit., p.419)

É o parecer. À consideração superior.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2015.

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
OAB-MG 69.844 – MASP 1127022-0

APROVADO EM 15/12/2015

DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840

Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo
Procuradora do Estado
MASP 1.127.022-0 - OAB/MG 69.844

Onofre Alves Batista Júnior
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO
15/12/15