



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 12-03-2014 – MUNICIPAL

=====
Processos: TC-2512.989.13-8
TC-2518.989.13-2
TC-2525.989.13-3

Representantes: Ruy da Silva Varallo (OAB/SP nº 295.593), Adauto Osvaldo Reggiani (OAB/SP nº 116.982) e Marcelle Dornelles Costa (OAB/SP nº 321.656)

Representada: Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul

Assunto: Exame prévio do edital da concorrência pública nº 001/2013, do tipo técnica e preço, que tem por finalidade a *“Contratação de Agência de Publicidade para a prestação de serviços técnicos de publicidade para elaboração de projetos e campanhas da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL”*

Responsável: Paulo Nunes Pinheiro (Prefeito Municipal)

Valor estimado da contratação: R\$ 8.135.000,00

Advogada: Ana Maria Giorni Caffaro (OAB/SP nº 31.714)

=====

1. - RELATÓRIO

1.1. Trata-se do **exame prévio do edital** da concorrência pública nº 001/2013, do tipo técnica e preço, deflagrada pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL**, objetivando a *“Contratação de Agência de Publicidade para a prestação de serviços técnicos de publicidade para elaboração de projetos e campanhas da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL”*.

1.2. Os doutores **RUY DA SILVA VARALLO, ADAUTO OSVALDO REGGIANI** e **MARCELLE DORNELLES COSTA**, advogados, inscritos na OAB/SP sob nºs 295.593, 116.982 e 321.656, respectivamente, insurgem-se contra diversos aspectos do edital e requerem seja determinada a alteração do instrumento convocatório para fazer cessar os vícios apontados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



O dr. **RUY DA SILVA VARALLO**, em síntese, questiona:

a) O teor do item 7.1, incisos I e II¹, pois é possível verificar que *“a Prefeitura não cuidou de justificar adequadamente a limitação imposta para os descontos oferecidos, tampouco de prever os parâmetros de descontos caso os serviços sejam exclusivamente de pagamento de serviço ou suprimento, circunstância em que o percentual máximo de honorários seria da ordem de 10% (dez por cento), conforme estabelece o item 3.6.2 das normas padrão do CENP²”*, o que mostra-se prejudicial à economicidade da contratação almejada e, conseqüentemente, ao interesse público envolvido.

b) O texto do item 10.6.3, inciso I, por exigir a apresentação de *“certificado de qualificação técnica de funcionamento de que trata a Lei 12.232/2010, art. 4º e seu parágrafo primeiro, obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP)”*; contudo o dispositivo não expressa com fidedignidade as prescrições contidas no referido comando legal, que alarga as possibilidades de obtenção daquele documento a outras entidades equivalentes, legalmente reconhecidas como fiscalizadoras e certificadoras, como forma de dar maior competitividade ao certame.

c) O item 11 que estabelece que as propostas técnicas serão analisadas por subcomissão mista composta por três membros, formados ou que atuem nas áreas de comunicação, publicidade ou marketing, escolhidos em sessão pública, por sorteio, de uma relação de, no mínimo, nove integrantes previamente cadastrados, dos quais 1/3 não poderá ter qualquer vínculo funcional com a Prefeitura.

¹ **“7. ELABORAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇO**

“7.1. A Proposta de Preço deverá ser elaborada conforme modelo constante do Anexo 03, informando o percentual de honorário incidente sobre o preço dos serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à produção e à execução técnica de peça e ou material, assim como à criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária destinadas a expandir os efeitos das mensagens, em consonância com novas tecnologias e o desconto a ser concedido nos custos internos, calculados sobre a Tabela Referencial de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo, nos termos do art. 11 da Lei 4.680/65, observando-se ainda que:

I - não será aceito percentual de honorários superior a 15% (quinze por cento) e nem abaixo de 5% (cinco por cento) sobre serviços externos de produção;

II - não será aceito desconto superior a 50% (cinquenta por cento) sobre a Tabela Referencial de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo;”

² *“3.6.2 - Quando a responsabilidade da Agência limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, sobre o valor respectivo, o Anunciante pagará à Agência “honorários” de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento).”*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Apesar de expressa previsão editalícia (item 11.3.1) de que a relação dos nomes seria publicada no DOM, em prazo não inferior a 10 dias da data da sessão pública em que seria realizado o sorteio, não houve qualquer chamamento público para seleção de profissionais que, porventura, quisessem participar da subcomissão técnica, na qualidade de membro, em afronta ao artigo 10 da Lei nº 12.232/10.

d) O *briefing*, que se assemelha ao projeto básico das demais licitações, que “*deve apresentar não só o histórico do anunciante/cliente, quais os problemas que demandam uma atuação publicitária eficiente, quais os objetivos almejados, o público alvo que se quer atingir, além de outros pontos de interesse como, por exemplo, prazo de execução e custos envolvidos*”.

Nesse sentido, a ausência de elementos norteadores para a formulação de propostas factíveis remete ao julgamento das propostas, já que os membros da comissão julgadora não dispõem de parâmetros razoáveis e suficientes que permitam a mensuração apropriada das notas técnicas, alargando a margem de subjetividade na avaliação dos quesitos pontuáveis, razão porque reclama a elaboração de um *briefing* que espelhe adequadamente os objetivos almejados a servir de sustentáculo para a produção de uma proposta criativa e eficiente.

Já o dr. **ADAUTO OSVALDO REGGIANI** insurge-se contra a intempestividade da publicação dos nomes que comporão a Subcomissão Técnica, que ocorreu no dia 24-09-13, pouco menos de 48 horas antes do início da sessão de abertura das propostas, violando frontalmente as regras do item 11.3.1 do edital, que prevê “*prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio*”, bem assim contra o teor do item 7.1, inciso II, que proíbe o oferecimento de desconto acima de 50%, consoante citado alhures.

Além disso, acrescenta:

e) O preâmbulo do edital mencionou que a licitação seria do tipo “*melhor técnica e preço*”, em contrariedade ao artigo 45, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que veda a utilização de outros tipos de licitação não previstos no citado artigo.

Portanto, como o tipo adotado não está previsto dentre os arrolados no artigo 45, § 1º, I a III, da Lei nº 8.666/93 e nem no artigo 5º da Lei nº 12.232/10, que rege o certame, é necessário que o preâmbulo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



seja corrigido até mesmo para legitimar o tipo “técnica e preço” mencionado na cláusula “1 – DO OBJETO”.

f) De acordo com o item 9.1³, o critério de julgamento para a classificação das licitantes será o de “técnica e preço”, com atribuição de peso 0,80 para a proposta técnica e de 0,20 para a proposta de preços. Todavia, uma vez valoradas as propostas técnicas, serão avaliadas as propostas de preços com base nos critérios estabelecidos no edital, os quais estão baseados no *“oferecimento de desconto e de honorários, em termos percentuais e da valoração de tais desconto e honorários, segundo o nível decrescente em que se apresentam, de sorte que a Proposta de Preços com maior pontuação corresponda àquela com desconto e honorários mais convenientes ao erário público”*.

Disso se extrai que os itens 9.8.1⁴ e 9.8.2⁵ não encontram amparo no artigo 46, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que não autoriza, de forma

³ “9.1 O critério de julgamento para a classificação das licitantes será o de TÉCNICA E PREÇO, nos termos do art. 50 da Lei 12.232/2010 e dos arts. 45, parágrafo 1º, III, e 46, parágrafo 2º, incisos I e II da Lei 8.666/193, sendo que é estabelecido o peso 0,80 para a Proposta Técnica e peso 0,20 para a Proposta de Preço.”

⁴ “9.8.1. Uma vez classificadas as Propostas Comerciais, será composto o preço de referência através da fixação dos menores custos de todas as propostas das licitantes classificadas tecnicamente, ou seja, a referência deverá representar a maior “vantajosidade” ofertada, extraindo-se de todas as classificadas os itens de melhor preço (menores honorários e maiores descontos, nos limites estabelecidos por este edital) de forma que seja auferida a maior vantagem econômica aos cofres públicos.”

⁵ “9.8.2. Feita a classificação das Propostas Comerciais, serão avaliadas e valoradas as propostas segundo os critérios abaixo:

a) Desconto sobre honorários de produção externa, fixados nos limites estabelecidos no quesito 7, 1 (D1):

- Valor do maior desconto (x) := 20,00 pontos(1 00% de pontos)

- Os demais valores apresentados serão uma razão proporcional do maior desconto, sendo aplicada a mesma razão dos pontos determinados para o maior desconto.

- No resultado será considerado apenas duas casas decimais.

Ex:Classificação: 1º - 10%

2º - 9,5%

3º - 8,2%

Maior desconto: 10% = 20,00 pontos

Segundo maior desconto: 9,5% = 19,00 pontos

Terceiro maior desconto: 8,2% = 16,40 pontos

b) Desconto sobre a Tabela de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo, fixados nos limites estabelecidos no quesito 7, II (D2):

- Valor do maior desconto (x) := 20,00 pontos(1 00% de pontos)

- Os demais valores apresentados serão uma razão proporcional do maior desconto, sendo aplicada a mesma razão dos pontos determinados para o maior desconto.

- No resultado será considerado apenas duas casas decimais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



alguma, a composição de preços de referência. No seu entendimento, *“a licitante vencedora não será nem a que apresentar a melhor Proposta Técnica, e nem a que apresentar preços os mais convenientes, mas sim, a que apresentar a melhor média entre eles”*, no caso, segundo a seguinte fórmula:

$$NF = \frac{NPT(8) + NPP(2)}{100}$$

Onde:

NF = Nota final

NPT = Nota da Proposta Técnica

NPP = Nota da Proposta de Preços.

Assim, se o objetivo da Administração era negociar o preço, deveria ter licitado no tipo “melhor técnica”, único que permite a contratação da melhor proposta técnica pelo menor preço dentre os ofertados.

g) A avaliação da capacidade de atendimento não pode levar em conta, como critério de valoração, o *“porte e a tradição dos clientes atuais das licitantes e o conceito de seus produtos e serviços nos mercados”*, porque é discriminatório e frustra o caráter competitivo do certame, uma vez que inúmeras Agências não atendem a clientes *“de porte e tradicionais”*, que são poucos no mercado. Ademais as Agências nada tem a ver com *“o conceito dos produtos e serviços no mercado”*, porque a propaganda pode ser muito boa (responsabilidade da Agência) e os produtos e serviços podem ser de baixa qualidade, não gozando de bom conceito, mas isto é da responsabilidade do Cliente, não podendo ser imputado à Agência licitante.

Ex:Classificação: 1º - 10%

2º - 9,5%

3º - 8,2%

Maior desconto: 10% = 20,00 pontos

Segundo maior desconto: 9,5% = 19,00 pontos

Terceiro maior desconto: 8,2% = 16,40 pontos.

9.8.3. Será considerada a melhor proposta comercial aquela que atingir a maior pontuação através da fórmula abaixo:

NFPC = Nota final da Proposta Comercial

D1 - Desconto concedido sobre honorários de produção externa

D2 - Desconto sobre a Tabela de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo

$NFPC = \frac{2 \times (D1 + D2)}{40}$

40



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



h) Os itens 15.6 do edital e 2.2 da minuta do contrato preveem vigência do futuro ajuste de até 72 meses; contudo tal prazo não é correto, uma vez que a duração do contrato está limitada a 60 meses, admitindo-se a prorrogação por mais 12 meses apenas em caráter excepcional e devidamente justificado, consoante o artigo 57, § 4º, da Lei nº 8.666/93;

i) O subitem 8.1.1 da minuta do contrato afirma que o desconto a que se refere o item 8.1, *"é concedido à CONTRATADA pela concepção, execução e/ou distribuição de publicidade, por ordem e conta da PREFEITURA, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.232/2010"*, porém isso contradiz a própria proposta de preços, no tocante aos custos internos, uma vez que concepção e execução são serviços remunerados de acordo com a Tabela Referencial de Custos Internos emitida pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo, e não pelo desconto de mídia. Ademais, o art. 19 da Lei nº 12.232/10 dispõe sobre o lançamento do desconto de Agência na contabilidade do veículo, nada tendo a ver com o desconto enquanto remuneração da Agência

j) A Administração sequer se preocupou em revisar o edital que contém inúmeros erros materiais, como segue:

- ✓ no preâmbulo (*"Também se aplicam ao processo licitatório e à contratação os e a Lei Municipal 7.350/95 e 7.739/98"*);
- ✓ no item 2.1."c", que embora tenha mencionado o horário, não faz referência à data em que poderia ser retirado o invólucro nº 1;
- ✓ no item 6.2, há menção ao "Anexo 5" quando deveria ser "Anexo 6";
- ✓ no item 7.1."a", menciona-se o artigo 11 da Lei nº 4.680/65, que não diz respeito à matéria, e no inciso VI, cita o item 15 do edital, que diz respeito à contratação e não a honorários;
- ✓ o item 10.6.2.3 prevê prazo de 90 dias para validade da certidão que não o contenha, enquanto no item 10.6.2.4.I."b" menciona o mesmo prazo em 180 dias;
- ✓ o item 12.8, inciso I, faz menção ao subitem 5.2 quando deveria se referir ao subitem 5.3;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



- ✓ nos itens 15.8 e 4.1.2 da minuta do contrato, nos espaços reservados ao nome da cidade é preciso indicar “São Caetano do Sul” e, no primeiro item mencionado, corrigir a palavra “comprovante” por “comprovando”;
- ✓ o item 15.3.1 faz menção ao item 2.6, que não existe no edital, a exemplo do que fez o item 16.1 ao citar o item 1.3.2;
- ✓ na minuta do contrato: o item 4.1.7.2 faz menção ao item 9.2.1 do edital, que não o contém; o item 10.4.1 menciona o item 14.9, porém a matéria tratada neste não diz respeito ao “atesto” abordado naquele.

Por fim, a dra. **MARCELLE DORNELLES COSTA** também questiona diversos itens do edital, cujas impugnações já constam dentre as acima discriminadas, não havendo nenhum apontamento novo a merecer explanação.

1.3 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada e a medida liminar **referendada** por este E. Plenário.

Além das questões suscitadas pelos Representantes, determinei que a Administração se pronunciasse sobre o fato de o edital estar subscrito pela Presidente da Comissão Julgadora Permanente e não pela autoridade competente.

1.4 Regularmente notificada, a **Administração**, em **razões de defesa**, sustenta que o confronto dos itens 7.1 do edital e 3.6.1⁶ e 3.6.2⁷ das normas CENP permite extrair que *“não há diferenciação entre fornecedores de serviços e suprimentos externos, sejam eles produção cinematográfica, produção fonográfica, gráficas, fotográficas, etc, assim como pesquisas e outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos*

⁶ *“3.6.1 - Os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência “honorários” de 15% sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer fornecedores.”*

⁷ Referido item foi transcrito na nota de rodapé nº 2.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, assim como em relação à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária (incisos 1 e 111 do art. 2º da Lei 12.232)”.

Assim, o edital estabelece um limite de 5% para pagamento de honorários sobre serviços externos, sem se limitar a um ou outro serviço ou suprimento, na forma do item 3.6.1 das Normas Padrão, enquanto o *“percentual de 50% de desconto sobre a tabela de Custos Internos, tal como o percentual máximo e mínimo sobre produção externa, atendeu o princípio adotado pelo art. 44, parágrafo 3º e art. 48, inciso II da Lei 8.666/93, de forma, inclusive, para não tornar o contrato inexecutável”*.

O item 10.6.3, inciso I, do edital expressa com fidelidade as prescrições do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 12.232/10, que reconhece que o CENP, entidade sem fins lucrativos, criada pelo mercado publicitário para zelar pela observância das normas-padrão da atividade publicitária, tem legitimidade para emissão do certificado de qualificação técnica exigido pela Administração.

A lei específica, acima citada, *“não esclarece quais são os requisitos para se considerar uma instituição certificadora como entidade equivalente ao “CENP”, nem ao menos, com o devido acatamento, os d. órgãos técnicos apontam quais são as entidadesificadoras que podem expedir a documentação solicitada pela Municipalidade”*.

Acresce, a título de esclarecimento, que em editais de outros órgãos, nos quais constaram cláusulas redigidas nos estritos moldes do artigo 4º, § 1º, do diploma especial, tal prática acabou *“levando a erro as licitantes que não são capazes de apresentar nenhum certificado emitido por outras entidades legalmente reconhecidas”*, porquanto somente as empresas que estejam de acordo com as normatizações do CENP estão aptas a participar do certame.

Ao contrário do que afirmam os representantes, a Administração, em 12-09-13, divulgou comunicado de convocação da sessão pública para sorteio dos profissionais cadastrados, ou seja, 11 dias antes da data de sua efetiva realização, que ocorreu em 23-09-13, tudo em estrita observância ao artigo 10 da Lei nº 12.232/10.

Da mesma forma, a Municipalidade disponibiliza um *briefing* preciso, claro, objetivo e elaborado de acordo com o disposto no artigo 7º da Lei nº 12.232/10, a fim de verificar os conhecimentos técnicos e o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



desenvolvimento criativo da agência, considerando para pontuação critérios objetivos e previamente conhecidos dos licitantes, tais como: *“Plano de Comunicação Publicitária —composto dos subquestos Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia; capacidade atendimento; repertório e relato de soluções de problemas de comunicação, itens esses, tendo em vista o ramo publicitário, que demonstram se forma indubitável a qualidade técnica da proposta e a capacitação da futura contratada para o atendimento do objeto pretendido pela Administração.”*

Ademais, a Lei nº 12.232/10 não estipula atribuição de peso para análise das propostas, apenas assevera que a subcomissão técnica reavalie a nota atribuída a cada quesito quando a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20%.

Neste caso, o edital *“contemplou critérios de pontuação da proposta técnica que guardassem estrita correlação com a modalidade de serviço e o modelo de contratação de execução indireta pretendidos, a fim de identificar a empresa detentora de maior capacitação e aferir a qualidade técnica da proposta, com observância ainda, à economicidade, nos termos do disposto no art. 3º da Lei 8.666/93.”*

Portanto, é *“prerrogativa da Administração estabelecer os critérios de pontuação para técnica e para preço, podendo estabelecer um peso igualitário entre eles ou, em conformidade com as necessidades técnicas exigidas para o objeto da licitação, um peso maior para a técnica e outro menor para preço, enfatizando, dessa forma, a prioridade que se dá ao aspecto técnico em relação ao aspecto econômico (preço) ou vice-versa.”*

Anota que a denominação constante do preâmbulo do edital "melhor técnica e preço" não altera o tipo de licitação adotado para o certame, que é o de "técnica e preço", tanto assim que não houve qualquer dúvida por parte das agências licitantes quanto a isso e também porque o edital é claro em estabelecer que será vencedora do certame a proposta mais bem classificada, levando-se em conta a média ponderada entre a proposta técnica e o preço apresentados. Assim, a suposta falha não incorreu em nenhum erro que impedisse a apresentação regular das propostas.

No tocante à avaliação da capacidade de atendimento, informa que esta atribuição também constou de todos os editais



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



destinados à contratação de serviços de publicidade, divulgados por outras grandes cidades, das quais destaca, a exemplo, o da Prefeitura de Rio Claro que também foi objeto de análise prévia por esta Colenda Corte de Contas nos autos do processo TC 603/989/13.

A intenção da Administração com essa exigência visa apenas aferir a capacidade técnica da licitante de atender a "conta" de comunicação de um Município tão importante como São Caetano do Sul.

Reconhece que houve excesso de zelo em constar no edital e na minuta contratual o prazo de execução em até 72 meses, já considerando a possibilidade de prorrogação "excepcional" prevista no § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, *"logicamente, desde que mediante justificativa, parecer jurídico e autorização do Chefe do poder Executivo"*.

Quanto à impugnação feita ao item 8.1.1 da minuta do contrato, sustenta que o impugnante confunde remuneração pela criação e concepção paga pelo cliente anunciante (Administração Pública ou cliente do setor privado) à agência, conforme Tabela de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial, com o "desconto de agência" ou "honorários de mídia", que, de acordo com a Lei nº 4.680/65, as normas padrão da atividade publicitária e com o artigo 19 da Lei nº 12.232/10, é suportado pelos veículos de comunicação pela intermediação que a agência faz dos trabalhos por ela concebidos.

Por fim, alegou que os inúmeros erros materiais apontados pelos Representantes *"não passam de meros equívocos quando da elaboração do texto convocatório sendo certo que, com exceção da ausência de horário para a retirada do invólucro nº 01, referem-se a erros de digitação, corriqueiros, que a máquina administrativa está sujeita diante da elaboração de tantos editais com números volumosos de cláusulas editalícias"*.

1.5 Instada a manifestar-se, a **Assessoria Técnica** destacou o silêncio da Administração em relação à subscrição do edital pela Presidente da Comissão de Licitação e observou que das questões suscitadas pelos Representantes, apenas a direcionada ao item 11, que trata da subcomissão técnica, foi devidamente esclarecida pela Administração.

Destarte, opinou pela procedência parcial das impugnações.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.6 O DD. **Ministério Público de Contas** entendeu que a Municipalidade logrou demonstrar o cumprimento dos prazos e das formalidades previstas no artigo 10 da Lei nº 12.232/10, bem como afastou as críticas aos itens 8.1 e 8.1.1 da minuta contratual, que estão em consonância com o artigo 19 do mesmo diploma.

Também observou que as cláusulas 9.1, 9.8.1, 9.8.2 e 9.8.3 do edital, dedicadas ao julgamento das propostas, não desbordam das diretrizes legais, uma vez que os critérios de valoração estão clara e suficientemente discriminados, e o mesmo se pode dizer quanto à aferição dos pesos adotados para técnica e preço, não obstante o tópico em que se especifica *“capacidade de atendimento”* (9, II, a) deva ser retificado, pois *“Porte e a tradição dos clientes atuais da licitante e o conceito de seus produtos e serviços no mercado”* são aspectos absolutamente alheios à qualidade do trabalho da licitante e dizem respeito, exclusivamente, aos seus clientes.

Já o item 7.1, I e II, do edital, ao limitar o percentual de honorários *“sobre os serviços externos de produção”* e de desconto *“sobre a Tabela Referencial de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo”*, infringe o disposto no art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, que veda *“a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência”*.

No seu entender, o item 10.6.3 deve ser revisto de modo a contemplar que a prova de qualificação técnica de funcionamento se faça por certificado expedido pelo CENP ou por *“entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agência de propaganda”*, amoldando-se, pois, ao disposto pelo § 1º, do artigo 4º da Lei 12.232/10, e aos precedentes desse Egrégio Tribunal de Contas (TC's 603.989.13 e 1115/003/10).

Os itens 15.6 do edital e 2.2 da minuta contratual devem ser retificados, para que claramente correspondam ao teor do art. 57, II, da Lei 8.666/93, porquanto a prorrogação do contrato para além de 60 meses é situação excepcional, que, se e quando for o caso, deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente, nos termos do §4º desse art. 57.

A Municipalidade deverá revisar integralmente o texto do ato convocatório, pois as impropriedades, contradições e erros de grafia dificultam a elaboração de propostas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Por fim, a subscrição do edital pela Presidente da Comissão de Licitação destoa do entendimento desse Egrégio TCESP, cabendo a tarefa à autoridade competente para a deflagração do procedimento licitatório.

Portanto, conclui pela procedência parcial das impugnações.

1.7 A D. **Secretaria-Diretoria Geral** considerou superadas as impugnações feitas às cláusulas sobre a constituição da subcomissão técnica e aos itens 8.1 e 8.1.1 da minuta do contrato, pois tais dispositivos estão em consonância com os artigos 10 e 19 da Lei nº 12.232/10.

Observou que as disposições editalícias que tratam do percentual de honorários sobre serviços externos de produção e do desconto sobre a tabela de custos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo (item 7.1 e incisos) não requerem maiores preocupações, uma vez que não extrapolam as diretrizes fixadas na legislação que regula, entre outras coisas, a remuneração das agências de publicidade (Lei Federal nº 4.680/65 e Decretos Federais nº 57.690/66 e 4.563/02), as quais foram reproduzidas nas “Normas-Padrão da Atividade Publicitária”, editadas pelo CENP, notadamente, itens 3.6 e 3.6.1, reproduzidas alhures.

As demais questões, contudo, exigem retificação do edital.

É o caso do item 10.6.3, inciso I, que exige certificado de qualificação técnica de funcionamento obtido perante o CENP, em detrimento dos emitidos por entidades equivalentes; do item 9.2.“a”, sobre a avaliação da capacidade de atendimento ao objeto da licitação, com valoração do “porte dos clientes atuais da empresa e do conceito de seus produtos e serviços no mercado”, por falta de amparo legal; itens 15.6 do edital e 2.2 da minuta do contrato, que admite a possibilidade de prorrogação do ajuste até 72 meses, por inobservância do artigo 57, da Lei Federal nº 8.666/93, que fixa o limite de 60 (sessenta) meses para a duração dos contratos de serviços continuados (inciso II), admitindo a dilação desse prazo por mais 12 (doze) meses apenas em caráter excepcional e devidamente justificado (§ 4º), o que remete à situação futura e incerta.

Sobre o *briefing*, por se tratar de questão técnica, deve prevalecer a análise do Setor Técnico da Casa, segundo a qual se revelam procedentes as reclamações do dr. Ari da Silva Varallo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Anotou que a Representada acabou por reconhecer os erros materiais, ao aduzir que se trata de falhas formais e destacou a não apresentação de justificativa ou ato de delegação para a atribuição da subscrição do edital pela Presidente da Comissão de Licitações.

Nesse contexto, manifestou-se pela procedência parcial das impugnações.

2 - VOTO

2.1 A divulgação de edital repleto de erros materiais, que para a defesa não passam de “meros equívocos”, exige providências da Administração para que seja feita uma completa revisão de seu texto, o que, via de consequência, facilitará tanto a sua compreensão como a formulação correta de proposta.

Especial atenção deverá ser dada ao tipo de licitação adotado, a fim de torná-lo claro e objetivo, já que o artigo 5º da Lei nº 12.232/10 não admite o tipo “*melhor técnica e preço*”, conforme constou do introito do instrumento, mas, sim, os tipos “*melhor técnica*” ou “*técnica e preço*”.

2.2 No que se refere às questões de mérito, a censura feita à inclusão do subquesto *“porte e a tradição dos clientes atuais das licitantes e o conceito de seus produtos e serviços nos mercados”* (item 9.II, “a”), dentre os requisitos de valoração da “Capacidade de Atendimento”, na proposta técnica, não merece prosperar.

É que o artigo 8º⁸ da Lei nº 12.232/10 autoriza a Administração a obter dos licitantes informações que possam definir a capacidade de atendimento da agência a ser contratada e os trabalhos por ela realizados, indicando que referido diploma admitiu certa medida de subjetividade na avaliação do quesito ora impugnado.

Sobre essa questão, vale mencionar que este E. Plenário já decidiu, ao menos em dois casos, que cláusulas editalícias semelhantes não ofendem ao princípio da objetividade previsto na Lei Geral a justificar a retificação do instrumento convocatório. É o que se extrai do voto

⁸ “Artigo 8º - O conjunto de informações [referentes ao proponente] a que se refere o inciso III do art. 6º desta Lei será composto de quesitos destinados a avaliar a capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



proferido no TC-603/989/12, sessão de 19-06-13, por meio do qual a e. CONSELHEIRA CRISTIANA DE CASTRO MORAES assim expôs:

“A propósito disso, de acordo com regras do Edital, os itens “Capacidade de Atendimento”, “Repertório” e “Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação”, por conterem elementos que permitem o conhecimento de quem sejam os proponentes, não integram o Envelope nº. 1 - “Via não Identificada” do Plano de Comunicação Publicitária da proposta técnica.

Registro que situação similar já foi enfrentada por esta Corte em oportunidade anterior, no Exame Prévio de Edital TC-032797/026/10.

Na ocasião, o eminente relator, Conselheiro Renato Martins Costa, entendeu que “eventual subjetividade na aplicação desses critérios poderá ser reclamada por qualquer prejudicado, não sendo o fato, portanto, passível de análise nesta sede extraordinária de apreciação”.

Na esteira desse precedente e considerando a sujeição da matéria ao controle a posteriori, durante o rito ordinário da Fiscalização, a previsão legal expressa quanto aos critérios de avaliação de propostas, os quais, embora contendo certo grau de subjetividade, não ensejam, por si, direcionamento do Certame, não visualizo razões para determinar a modificação do Instrumento Convocatório.”

Portanto, considerando a semelhança dos apontamentos com os casos mencionados, não vislumbro razões para determinar a retificação da cláusula ora combatida.

2.3 A crítica feita aos itens 9.8.1 e 9.8.2 do edital, que estariam em contrariedade ao artigo 46, § 2º, da Lei nº 8.666/93, também não prospera.

A uma, porque o próprio dispositivo legal determina que a avaliação e a valorização das propostas de preços serão feitas de acordo com critérios objetivos (inciso I), enquanto a classificação dos proponentes será de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço (inciso II), todos preestabelecidos no instrumento convocatório, não se havendo em falar, sob esse aspecto, em ofensa à lei.

A duas, porque a forma de remuneração das agências de publicidade não é a mesma adotada para os demais serviços técnicos cujos certames sejam regulados exclusivamente pela Lei nº 8.666/93. Neste caso tal sistemática é regulamentada por legislação especial, como se demonstrará no item 2.4, a seguir.

Assim, não subsiste a alegação de que se o objetivo da Administração era negociar preço, deveria ter adotado o tipo de licitação melhor técnica, mesmo porque os próprios Representantes admitem que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



a licitante vencedora será aquela que apresentar a melhor média entre as propostas técnica e de preços.

A três, porque a jurisprudência desta Corte admite que a atribuição de maior pontuação às propostas técnicas, a exemplo do que ocorre nestes autos, está inserida na órbita do poder discricionário do administrador.

Destarte, não procede a impugnação aos itens 9.8.1 e 9.8.2 do edital.

2.4 A Lei nº 12.232/10 silencia sobre a definição do *briefing* e quais os elementos que deveriam integrá-lo, limitando-se a estabelecer que o instrumento deve conter, de forma precisa, clara e objetiva, informações suficientes para a elaboração de propostas.

Sobre o tema, vale mencionar a Instrução Normativa SECOM nº 04/2010, que, embora não seja aplicável ao caso em exame, contribui para facilitar o entendimento do instituto.

Referida instrução nada acresce ao conceito do *briefing*, porquanto também reproduz em seu artigo 1º, V, os termos da lei especial. No entanto, inovou ao descrever no seu “Anexo I” quais os elementos necessários à sua elaboração, os quais foram divididos em 10 itens, a saber: Situação Geral; Problema ou Desafio de Comunicação; Objetivos de Comunicação – Geral e Específicos; Público-alvo; Praças; Período; Verba Referencial para Investimento; Pesquisas e Outras Informações; Recursos Próprios de Comunicação; e Esforços Anteriores de Comunicação.

Da atenta leitura do “Anexo 06 – *Briefing*” do edital em exame, é possível concluir que, embora neste não constem todos os requisitos acima arrolados, não há elementos suficientes para que se determine a sua retificação.

No referido instrumento constam as informações necessárias para a elaboração da campanha publicitária que servirá de base para a elaboração da proposta técnica prevista no item 6 do edital, cujos quesitos serão pontuados de acordo com os critérios estabelecidos nos itens 9.2 e 9.3.

Por outras palavras, não se há falar na fixação de critérios objetivos no *Briefing* visando à pontuação da proposta técnica, já que esta, sim, é que será avaliada segundo os critérios definidos no edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.5 O mesmo não ocorre com as demais questões suscitadas.

Analisando as impugnações aos itens 7.1 do edital e 8.1 e 8.1.1 da minuta do contrato, que versam sobre a forma de remuneração da futura contratada, à luz da legislação de regência do mercado publicitário, quais sejam, a Lei nº 4.680/65 e o Decreto nº 57.690/66, alterado pelo Decreto nº 4.563/02, bem como as normas especiais sobre licitação e contratação de serviços de publicidade, a novel Lei nº 12.232/10.

De acordo com o artigo 17 da Lei nº 4.680/65, a atividade publicitária no Brasil *“será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”*.

Tal comando possibilitou a elaboração das “Normas-Padrão da Atividade Publicitária”⁹, publicadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão, instituição sem finalidade lucrativa, criada em 1998, por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências de publicidade.

Parte dessas normas-padrão, editadas com fundamento no artigo 11¹⁰ da Lei nº 4.680/65 e do artigo 7º¹¹ do Decreto nº 57.690/66, na redação dada pelo Decreto nº 4.563/02, estabeleceram, em diversos dispositivos, a forma de remuneração das agências publicitárias, dentre os quais destaco os itens 2.5, 2.5.1, 2.7, 2.8, 2.9, 3.4, 3.5, 3.6, 3.6.1, 3.6.2, 3.10, 3.11, 3.11.1 e 6.4, *in verbis*:

⁹ Disponíveis em http://www.cenp.com.br/PDF/NomasPadrao/Normas_Padrao_Portugues.pdf, acesso em 10-02-14.

¹⁰ “Artigo 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”.

¹¹ “Artigo 7º - Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão, com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob nº 263447, 263446 e 282131”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



“2.5 O “Desconto-Padrão de Agência” de que trata o art. 11 da Lei nº 4.680/65 e art. 11 do Decreto 57.690/66, bem como o art. 19 da Lei 12.232/10, é a remuneração destinada à Agência de Publicidade pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes.

2.5.1 Toda Agência que alcançar as metas de qualidade estabelecidas pelo CENP, comprometendo-se com os custos e atividades a elas relacionadas, habilitar-se-á ao recebimento do “Certificado de Qualificação Técnica”, conforme o art. 17 inciso I alínea “f” do Decreto nº 57.690/66, e fará jus ao “desconto padrão de agência” não inferior a 20% (vinte por cento) sobre o valor dos negócios que encaminhar ao Veículo por ordem e conta de seus Clientes.

(...)

2.7 É facultado à Agência negociar parcela do “desconto padrão de agência” com o respectivo Anunciante, observados os preceitos estabelecidos nos itens 3.5 e 6.4 destas Normas-Padrão.

2.8 É facultada, como exceção à regra do item 3.6.1, a negociação entre Agência e Anunciante dos honorários sobre os serviços e suprimentos externos, desde que seja expressivo o investimento bruto anual a ser aplicado em publicidade pelo Anunciante através da Agência contratada, bem como que a verba de mídia seja pelo menos duas vezes maior do que a da produção.

2.9 Conforme determina o art. 17, inciso I, alínea “f” do Dec. nº 57.690/66, é vedada a contratação de propaganda em condições antieconômicas, anticoncorrenciais ou que importem concorrência desleal, podendo o CENP, diante de tais condutas, aplicar as sanções previstas no art. 61 dos seus Estatutos, bem como representar à autoridade competente, para a imposição das sanções previstas na legislação aplicável.

(...)

3.4 Salvo prévia e expressa estipulação em contrário, a Agência deverá absorver o custo dos serviços internos e/ou externos de pesquisas regulares de audiência, auditoria de circulação e controle de mídia, disponíveis no mercado, necessários à prestação de serviços de controle da verba do Anunciante.

3.5 Nas transações entre Anunciantes e Agências tendo por objeto a parcela negociável do “desconto padrão de Agência”, adotar-se-ão como referência de melhor prática os parâmetros contidos no ANEXO “B” a estas Normas-Padrão.

3.6 Todos os demais serviços e suprimentos terão o seu custo coberto pelo cliente, deverão ser adequadamente orçados e requererão prévia e expressa autorização do Cliente para a sua execução. O custo dos serviços internos, assim entendidos aqueles que são executados pelo pessoal e/ou com os recursos da própria Agência, será calculado com base em parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato da base territorial onde a Agência estiver localizada e não será acrescido de honorários nem de quaisquer encargos.

3.6.1 Os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência “honorários” de 15% (quinze por cento) sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer Fornecedores.

3.6.2 Quando a responsabilidade da Agência limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, sobre o valor respectivo o Anunciante pagará à Agência “honorários” de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento).”

(...)

3.10 Como alternativa à remuneração através do “desconto padrão de agência”, é facultada a contratação de serviços de Agência de Publicidade mediante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



“fees” ou “honorários de valor fixo”, a serem ajustados por escrito entre Anunciante e Agência, respeitado o disposto no item 2.9 destas Normas-Padrão.

3.10.1 *O “fee” poderá ser cumulativo ou alternativo à remuneração de Agência decorrentes do “desconto padrão de agência”; de produção externa, de produção interna e de outros trabalhos eventuais e excepcionais, tais como serviços de relações públicas, assessoria de imprensa, etc.*

3.10.2 *Em qualquer situação ou modalidade de aplicação do “fee”, a Agência deverá ser remunerada em valor igual ou aproximado ao que ela receberia caso fosse remunerada na forma do item 2.5.1, sempre de comum acordo entre as partes, contanto que os serviços contratados por esse sistema sejam os abrangidos no item 3.1 e preservados os princípios definidos nos itens 2.7, 2.8, 2.9 e 3.4.*

3.10.3 *Para adequação dos valores de remuneração de Agência através de “fee”, como forma de evitar a transferência ou concessão de benefícios ao Cliente/Anunciante pela Agência, contrariando as Normas-Padrão, bem como as normas legais aplicáveis à espécie, recomenda-se a revisão, a cada 6 (seis) meses, dos valores efetivamente aplicados pelo Cliente/Anunciante em publicidade, em comparação aos valores orçados inicialmente (“budgets” de publicidade) e que tenham servido como parâmetro para a fixação dos valores do “fee”.*

3.11 *Nas contratações com o setor público, os anunciantes de cada Poder e Esfera Administrativa serão considerados como departamentos de um só anunciante, para efeito de aplicação dos dispositivos econômicos destas Normas-Padrão, ainda que os contratos sejam celebrados separadamente com cada órgão, autarquia, empresa, fundação, sociedade de economia mista ou outro tipo de entidade governamental.*

3.11.1 *Consideram-se esferas Administrativas distintas o Município, o Estado e a União.*

6.4 *É facultado à Agência negociar parcela do “desconto padrão de agência” a que fizer jus com o respectivo Anunciante, observados os parâmetros contidos no ANEXO “B” – SISTEMA PROGRESSIVO DE SERVIÇOS/BENEFÍCIOS, os quais poderão ser revistos pelo Conselho Executivo do CENP.”*

Essa forma de remuneração foi inicialmente refutada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do v. Acórdão nº 2062-45/06-P¹², que, dentre outras irregularidades, considerou ilegal o Decreto nº 4.563/02 e recomendou à Presidência da República a sua revogação.

No entanto, esse entendimento foi posteriormente reformado pelo próprio Plenário daquela Corte, que prolatou o v. Acórdão nº 3233-47/10-P¹³ dando provimento parcial a pedido de reexame interposto contra o v. Acórdão nº 2062-45/06-P, citado, em razão da superveniência da Lei nº 12.232/10.

Posteriormente, no âmbito da Administração Federal, a questão foi regulamentada pela Instrução Normativa SECOM nº 04/2010, que, em seus artigos 11 e 16, assim dispôs:

¹² Sessão de 08-11-06, Relator Ministro Ubiratan Aguiar.

¹³ Sessão de 1º-12-10, Relator Ministro Raimundo Carreiro.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



“Art. 11. A proposta de preços será constituída dos seguintes quesitos, a depender da composição dos serviços complementares integrantes do objeto:

I - percentual de desconto sobre os custos dos serviços executados pela contratada;

II - percentual de honorários incidente sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referentes à produção e à execução técnica de peça e ou material cuja distribuição não proporcione à licitante o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da [Lei nº 4.680, de 1965](#);

III - percentual de honorários incidente sobre os preços de serviços especializados prestados por fornecedores, referentes ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento pertinentes à execução do contrato;

IV - percentual de honorários incidente sobre os preços de 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.

§ 1º O anunciante, mediante justificativas técnicas, poderá propor à SECOM alteração, retirada ou acréscimo de quesitos.

§ 2º Os critérios de pontuação da proposta de preços serão fixados pelo anunciante em função das peculiaridades de suas ações de comunicação publicitária.

§ 3º O anunciante poderá solicitar à SECOM informações sobre descontos, honorários e repasses vigentes em contratações similares de outros integrantes do Poder Executivo Federal, para instrução de processo licitatório e prorrogação de vigência contratual.

(...)

Art. 16. No tocante à proposta de preços, o edital:

I - poderá estabelecer que não haverá remuneração ou ressarcimento para parte dos serviços mencionados nos incisos I, II, III e IV do art. 11, em função das peculiaridades das ações de publicidade do anunciante, considerando, sobretudo, a participação relativa da veiculação no total das despesas previstas;

II - estabelecerá que o ressarcimento dos custos dos serviços executados pela contratada, se previsto no edital, será feito com base na tabela referencial de custos internos do sindicato das agências de propaganda sediado na unidade da federação do anunciante responsável pela licitação;

III - determinará que o anunciante não pagará à contratada, honorário ou qualquer outra remuneração incidente sobre os preços dos serviços especializados prestados por fornecedores referentes à produção de peça e ou material cuja distribuição proporcione a ela o desconto devido às agências pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da [Lei nº 4.680, de 1965](#);

IV - estipulará a parcela do desconto de que trata o art. 11 da [Lei nº 4.680, de 1965](#), que a contratada repassará ao anunciante, de acordo com as normas em vigor;

V - determinará os critérios objetivos e automáticos de identificação da proposta de menor preço, em caso de empate na soma de pontos das propostas de preço, nas licitações do tipo 'melhor técnica'.

§ 1º Na unidade da federação em que não haja sindicato de agências de propaganda em funcionamento ou tabela referencial de custos internos, o anunciante deverá solicitar orientação da Federação Nacional das Agências de Propaganda (Fenapro), para os fins previstos no inciso II deste artigo.

§ 2º O edital determinará que o repasse de que trata o inciso IV deste artigo será efetuado sob a forma de desconto, quando do pagamento de cada fatura de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



veiculação, e estabelecerá, se for o caso, as condições a serem observadas pela contratada em relação à veiculação realizada no exterior.”

Da atenta leitura da Lei nº 12.232/10, é possível extrair o entendimento de que esse diploma especial recepcionou a forma de remuneração adotada pelas normas-padrão do CENP, conforme se pode deduzir do teor do seu artigo 1º, que admite a aplicação da Lei nº 4.690/65, de forma complementar, bem como do seu artigo 6º, V, segundo o qual *“a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário”*.

Contudo, a despeito do entendimento exposto, o item 7.1 comporta retificação.

É que o seu inciso I veda o oferecimento de percentual de honorários abaixo de 5% sobre o valor dos serviços externos de produção e o seu inciso II não admite seja concedido desconto superior a 50% sobre a *“Tabela Referencial de Custos Internos do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo”*.

Da forma como redigida, a referida cláusula acaba limitando a disputa entre os licitantes ao invés de incentivá-la, o que não se harmoniza com o princípio constitucional da livre concorrência e nem com o objetivo da licitação, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, prevista no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, de aplicação complementar ao caso em exame, conforme admite o artigo 1º da Lei Especial.

Além disso, as normas-padrão, transcritas alhures, não inibem a possibilidade de que as agências de publicidades ofereçam proposta no limite de sua estrutura de custos, não cabendo à Administração estabelecer óbices a maior ou menor lucratividade dessas empresas. Tampouco impedem a negociação do “desconto padrão de agência” (itens 2.7, 3.5, 3.10 e 6.4) e dos honorários dos serviços e suprimentos externos (item 2.8) entre o anunciante e a agência.

Dessa forma, deve a Administração retificar a redação do item 7.1 do edital, a fim de se ajustar à lei e às normas do CENP e, via de consequência, adaptar os itens 8.1 e 8.1.1 da minuta contratual, assim como o Anexo 3 – Modelo da Proposta de Preços e demais itens correlatos, em razão dos reflexos advindos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.6 A possibilidade de comprovação da qualificação técnica da licitante somente por meio de atestado de funcionamento obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP não se harmoniza com o teor do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 12.232/10.

O referido dispositivo admite que a qualificação técnica também seja comprovada com atestado fornecido “*por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda*”, sendo irrelevantes os argumentos de que a lei não definiu quais os requisitos para se considerar uma instituição equivalente ao CENP ou que os órgãos técnicos não tenham indicado quais seriam essas entidades ou, ainda, que nos órgãos onde foi adotada redação nos moldes preconizados na lei especial, tenha havido confusão na interpretação do texto pelas empresas interessadas.

Aliás, argumentos semelhantes já foram refutados por este Plenário, nos autos do TC-603/989/13, já citado, de cujo voto extraio o seguinte trecho de interesse:

“Também merece acolhida a censura dirigida à exigência de certificado de qualificação técnica de funcionamento, expedido pelo Conselho Executivo de Normas Padrão (CENP), em afronta ao que dispõe o artigo 4º, §1º, da Lei nº. 12.232/2010, porquanto referido dispositivo legal admite que tal condição seja atestada por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

O alegado desconhecimento quanto à existência destas últimas não autoriza que o Edital deixe de prever tal possibilidade, devendo o ato convocatório admitir expressamente a possibilidade de apresentação de Certificados emitidos por entidades equivalentes ao CENP”.

Portanto, o item 10.6.3, inciso I, do edital deve ser retificado.

2.7 No que se refere ao questionamento sobre a subcomissão que analisará e julgará as propostas técnicas, ouso divergir dos órgãos opinativos.

Ainda que não haja previsão legal de chamamento público para a seleção dos profissionais que porventura tenham interesse em integrar o referido órgão técnico, como pretendem os Representantes, o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



item 11 do edital comporta retificação a fim de se amoldar aos preceitos contidos no artigo 10¹⁴ da Lei nº 12.232/10.

A despeito de a Administração ter comprovado a realização do sorteio dos membros da referida “Subcomissão Técnica” e a publicação do respectivo resultado, não demonstrou a divulgação da relação contendo os nomes dos pretendentes a integrantes, previamente cadastrados, consoante exige o artigo 10, §§ 1º e 2º, da mencionada Lei Especial.

De acordo com o parágrafo 4º do mesmo dispositivo, essa relação é que deverá ser *“publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio”* e não o resultado deste, como insinua a Administração.

Tanto é assim, que uma vez publicada tal relação, o § 5º do citado artigo possibilita a impugnação de quaisquer dos nomes que dela constem, no prazo de até 48 horas antes da sessão pública prevista para o sorteio dos membros da subcomissão.

¹⁴ “Art. 10. As licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.

§ 1º As propostas técnicas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, pelo menos, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação.

§ 2º A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, **previamente cadastrados**, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação. (g.n.)

§ 3º Nas contratações de valor estimado em até 10 (dez) vezes o limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a relação prevista no § 2º deste artigo terá, no mínimo, o dobro do número de integrantes da subcomissão técnica e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

§ 4º A relação dos nomes referidos nos §§ 2º e 3º deste artigo será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio.

§ 5º Para os fins do cumprimento do disposto nesta Lei, até 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão pública destinada ao sorteio, qualquer interessado poderá impugnar pessoa integrante da relação a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo, mediante fundamentos jurídicos plausíveis.

(...)

§ 9º O sorteio será processado de modo a garantir o preenchimento das vagas da subcomissão técnica, de acordo com a proporcionalidade do número de membros que mantenham ou não vínculo com o órgão ou entidade responsável pela licitação, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Além disso, em razão do valor estimado da contratação, da ordem de R\$ 8.135.000,00, deverá a Administração atentar para o número de pretendentes a constar da relação a ser publicada e ajustá-lo ao que determina o § 3º do dispositivo legal em comento, que prevê, no mínimo, o dobro de integrantes para o órgão a ser formado.

Destarte, o item 11 do edital também deverá ser retificado.

2.8 A possibilidade de execução do objeto contratual em até 72 meses carece de amparo legal, razão porque os itens 15.6 do edital e 2.2 da minuta do contrato também devem ser retificados.

É que para contratos de prestação de serviços de natureza continuada o artigo 57, II, da Lei nº 8.666/93 admite a prorrogação de prazo até o limite de 60 sessenta meses, enquanto a dilação por mais 12 meses só é admissível em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o que aponta para a ocorrência de evento futuro, não sendo possível, portanto, sua previsão por ocasião da elaboração do instrumento convocatório.

2.9 A Administração silenciou acerca do fato de o edital ter sido subscrito pela presidente da comissão de licitações e não pela autoridade competente.

Assim, a ausência de justificativas, aliada à falta de comprovação de delegação para tal mister, impõe o reconhecimento da procedência do apontamento, devendo a Administração adotar as providências necessárias para superação da falha, porquanto o ato carece de amparo legal.

2.10 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente:

a) retifique a redação do item 7.1 do edital e demais correlatos, a fim de ajustá-lo à lei e às normas do CENP, em razão dos reflexos advindos, sem, no entanto, impor limitação às agências publicitárias de oferecerem o percentual de honorários que bem entenderem ou o de maior desconto sobre a tabela referencial ora adotada;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



b) inclua no item 10.6.3, inciso I, a possibilidade de comprovação da qualificação técnica por meio de atestados emitidos “*por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda*”, consoante o disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 12.232/10;

c) adapte a redação do item 11 do edital às disposições do artigo 10 do referido diploma especial;

d) reduza a previsão de vigência da contratação de forma a atender o disposto no artigo 57 da Lei nº 8.666/93;

e) ante a ausência de comprovação de delegação do ato, adote as providências para que o novo edital seja assinado pela autoridade competente e não pela presidente da comissão de licitações.

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Concluídas as anotações de estilo, com a inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos ao órgão de fiscalização competente para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado ou quando da fiscalização ordinária, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 12 de março de 2014.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO