



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO	08728/11
JURISDICIONADO	SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA
AUTORIDADE RESPONSÁVEL	LIVÂNIA MARIA DA SILVA FARIAS
ASSUNTO	EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 01/2011, do tipo "Melhor Técnica", para contratação de publicidade institucional.

RESOLUÇÃO RPL – T C - 00040/2011

RELATÓRIO

01. Trata o presente **Processo TC – 08728/11** do **Edital da Concorrência Pública nº. 01/2011**, tipo **"Melhor Técnica"**, realizado pela **Secretaria de Administração do Estado da Paraíba**, com fundamento na **Lei 12.232/10**.
02. O **objetivo** da referida **concorrência** é a **contratação de 08 (oito) agências de publicidade** para a **realização** de estudo, pesquisa, planejamento, concepção, execução e veiculação de campanhas e peças publicitárias "on line" e "off line", desenvolvimento e execução de ações promocionais, pesquisas de opinião, pesquisas de tracking de publicidade, elaboração de marcas, de expressões de propaganda, de logotipos, "jingles", de clipping da propaganda, marketing direto, marketing de relacionamento e de incentivo, telemarketing, mobile marketing e de outros elementos de comunicação, consultoria de marketing, criação e desenvolvimento de comunicação publicitária e peças de comunicação visual no ambiente digital, inclusive atuação em redes sociais e de outras formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias e dispositivos de veiculação, bem como a divulgação e publicação de atos oficiais.
03. O **Órgão Técnico** examinou o **edital** e emitiu relatório (**fls. 85/94**), com as **seguintes verificações**, a seguir **resumidas**:
 - O item 1.1 do Edital indica que a conta publicitária terá como contratadas oito agências. Entretanto, não há notícia de que foi publicada a metodologia de seleção prevista no art. 2º, §§ 3º e 4º da Lei 12.232/2010.
 - O tipo de licitação para o provimento em questão é "melhor técnica" constante no preâmbulo do Edital. Entretanto, deverão ser adjudicadas as empresas concorrentes que apresentarem melhores propostas técnicas e preços mínimos.
 - O item 3.1, indica que para o exercício de 2011, está estimado com gastos de publicidade o valor de R\$ 17.500,000,00, contudo, o item 2.1, estabelece que os serviços poderão ser prorrogados até o limite de 60 (sessenta) meses. Logo, o valor correto estimado é de R\$ 87.500,000,00, pois assim determina o art. 8º da Lei 8.666/93.
 - O item 5 do edital aponta, em vários incisos, prazos para impugnação e recursos. Quanto à impugnação, estabeleceu de forma linear tanto para licitantes quanto para cidadãos prazo limite de 5 dias úteis para sua interposição. Ocorre que a lei 8.666/93, prevê prazos distintos para ambos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

- O item 6, que trata das propostas e documentos de habilitação, deverá se posicionar nos seguintes termos: As propostas e a documentação serão apresentadas em 05 (cinco) invólucros (envelopes), a saber:
 - ✓ Invólucro n. 01 – Proposta Técnica (Plano de Comunicação Publicitária não identificado);
 - ✓ Invólucro n. 02 – Proposta Técnica (Plano de Comunicação Publicitária identificado);
 - ✓ Invólucro n. 03 – Proposta Técnica (Capacidade de Atendimento);
 - ✓ Invólucro n. 04 – Proposta de Preços;
 - ✓ Invólucro n. 05 – Documentos de Habilitação.
 - O item 8, que trata das condições de participação, veda, no subitem 8.3.6, a participação de licitantes cujas empresas tenham sofrido cisão, fusão ou incorporação. O estabelecido não se amolda ao art. 9º da Lei 8666/93. Ademais o subitem em comento contradiz o estabelecido na cláusula 5ª, subcláusula 5.38.1, do contrato, que prevê a ocorrência de fusão, cisão e incorporação da contratada. Não sendo condição para rescisão do contrato.
 - O subitem 10.9 contempla a análise e julgamento a ser executado por uma comissão técnica, no entanto não insere fórmula visando balizar o julgamento e dar segurança aos licitantes, como recomenda o Manual do TCU licitações e Contratos Orientações Básicas.
 - O item 10.37 prevê uma negociação com base no art. 46, § 1º, inciso II da Lei 8.666/93. Acontece que a casuística não contempla a negociação. Por arrastamento, a mesma razão aplica-se aos itens 10.38, 10.39 e 10.40.
 - O anexo 6º trata das exigências para habilitação. Contudo o inciso III utiliza casuística estranha às licitações, quando rotineiro é a imposição dos requisitos habilitatórios pela administração.
 - A casuística de forma alternativa “índice ou balanço” no item 1.3.4.1 não se amolda ao art. 31 e seguintes da lei 8.666/93.
 - Verificou ainda, que integra o edital como planilha de composição de custos, a tabela SINAPRO Paraíba e ressaltou que o planejamento promocional, materiais especiais, marketing eleitoral, material promocional por força da redação da Lei 12.232/11 foi excluído do escopo da publicidade institucional, portanto devendo ser subtraídos do edital.
 - E, ao final, considerando os **indícios suficientes de irregularidades no Edital** e que a **não suspensão da abertura do procedimento acarretará grave prejuízo jurídico à administração bem como aos licitantes**, recomendou a **concessão de cautelar** com vistas a **obstar a abertura da Concorrência Nº 01/2011**, levada a efeito pela Secretaria de Administração do Estado da Paraíba, **com abertura marcada para 25.07.2011**. Recomendou, também, a **notificação da autoridade responsável** para se posicionar quanto aos **itens** apontados pela **Auditoria**.
04. O **Relator**, no uso de sua **competência** consonante ao estabelecido no **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado** (Art. 87, X; Art. 195, §§ 1º, 2º) que **dispõe** acerca da **adoção de medida cautelar**, acatou a **recomendação bem fundamentada** da **Auditoria**, e em **22 de julho de 2011, decidiu**:
- **DETERMINAR** à Secretária da Administração do Estado da Paraíba, Sra. LIVÂNIA MARIA DA SILVA, para **obstar a abertura da Concorrência nº 01/2011** levada a efeito pela Secretaria de Administração do Estado da Paraíba.
 - **DETERMINAR** a expedição de **citação à autoridade responsável**, facultando-lhe a apresentação de **justificativa e/ou defesa**, no **prazo de 15 (quinze) dias**, sobre o **relatório da Auditoria**.
 - **DETERMINAR** a oitiva da **Auditoria** sobre a matéria, **após defesa e comprovação das providências adotadas**.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

05. **Citada**, a autoridade responsável **apresentou defesa** analisada pela **Auditoria**, que se pronunciou nos seguintes termos:

05.1. **Da alegação da Impugnante**

1. DA NÃO EXISTÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA

"[...] a continuação do certame não acarretará qualquer prejuízo na análise deste procedimento por este Tribunal, motivo pelo qual deve a Administração tão somente prosseguir com o processo licitatório, para ir analisando as propostas dos licitantes".

2. DO DIREITO

"[...], que a Secretaria de Estado da Administração **concorda em fazer as seguintes alterações**, haja vista que as mesmas **não afetam na formulação das propostas, não necessitando, portanto, reabrir o prazo inicialmente estabelecido**, quais sejam: **publicação no Diário Oficial do Estado da seleção interna; alteração do edital nos tópicos referentes ao prazo de impugnação (item 5.3), às exigências para habilitação (Anexo 6, item III), à Tabela Sinapro (índice), e às condições de participação (minuta do contrato, cláusula 5.38.1)".**

A preliminar não deve ser acolhida, por dois motivos: **1º.** - enquanto, persistirem falhas no edital, os requisitos do **FUMUS BONI IURIS** e do **PERICULUM IN MORA** estarão presentes; **2º.** - uma vez concedida a cautelar, a atribuição para apreciar a matéria de fato passa a ser da Câmara em que atua o relator, não podendo mais pronunciar-se de forma singular.

05.2. **Quanto ao mérito** - levando-se em consideração que se deve resguardar interesse do **contraditório e da ampla defesa**, analisados os fatos ventilados na impugnação verificou-se o seguinte:

- Serão **elididos** os questionamentos quanto a: **seleção interna, prazos de impugnação, ausência de fórmula a balizar o julgamento, exigências para habilitação, Tabela da SINAPRO, quando forem acatadas as observações da Auditoria.**

- **Concernente ao valor estimado para a contratação** - A impugnante laborou em alguns equívocos. Primeiramente, agiu acertadamente a Comissão de Licitação deste Tribunal de Contas, via seu Pregoeiro Oficial, ao estimar o valor do contrato no Pregão Presencial nº 008/2011. É que no caso do **Pregão**, segundo entendimento do **TCU**, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, **é meramente facultativa** (vide **Acórdão nº 392/2011-Plenário, TC-033.876/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.02.2011**).

Diante da presença da **jurisprudência e doutrina** colacionada, **concluí-se**, mesmo **diantes das proibições previstas no art. 73 da Lei Eleitoral, não existir impedimento de se realizar licitação** para contratação que ultrapasse a vigência dos créditos orçamentários, em razão do objeto contratual tratar de atividades inerentes às demandas da Secretaria de Estado da Comunicação Institucional.

A **título de orientação sugere-se** que seja **indicado no Edital o valor do orçamento estimado para o presente exercício financeiro**, podendo chegar ao **valor máximo** já levantado por esta **Auditoria**, caso ocorra **prorrogação do contrato**, haja vista que, **como houve escolha da modalidade mais ampla de licitação**, fica **afastada** a figura de **fracionamento de despesa**. Assim, fica **elidido** o questionamento, **se acatada a orientação supra**.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

- **No tocante ao item 5¹ apontado no relatório** entende-se estar o questionamento **elidido em parte**, visto que o **Edital deve conter textualmente o rito processual de julgamento contido no art. 46 da Lei 8.666/93**, em nome do atendimento ao **Princípio do Julgamento Objetivo** insculpido no **art. 3º da retromencionada Lei**.

- **Quanto às condições de participação do certame**, entende-se que melhor será a **retirada desta condição de participação contida no Edital**, por não está prevista nos **artigos 9º e de 27 a 31, da Lei 8.666/93**. Questionamento **elidido se acatada a presente sugestão**.

Ao final, o **órgão técnico concluiu** merecer reflexão os seguintes pedidos:

QUANTO A CONTINUAÇÃO DA ABERTURA DA CONCORRÊNCIA 001/2011 LEVADA A EFEITO PELA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA, SEM A REABERTURA DO PRAZO INICIAL – opinou pelo **conhecimento do pedido formulado**, considerando que as **alterações feitas no Edital não impactam as propostas a serem apresentadas**, haja vista que **ditas alterações interferem** mais precisamente na forma de **julgamento nas propostas técnicas e de preços**. No entanto, **entendeu ser razoável a fixação** de pelo menos o **prazo de 8 (oito) dias úteis** para **abertura da sessão pública**, a contar do **conhecimento da decisão exarada por esta Corte de Contas**.

QUANTO AO VALOR ESTIMADO PARA A CONTRATAÇÃO – opinou para que **seja acatada pela interessada a sugestão lançada na alínea “B”² do relatório técnico**.

Por fim, **sugeriu que sejam considerados elididos os demais questionamentos levantados pela auditoria, se efetuadas todas as alterações no Edital da Concorrência nº 001/2011** da Secretaria de Estado da Administração, na forma como **informadas pela impugnante**, mas que também sejam **observadas as opiniões expedidas nas alíneas “D”³ e “E”⁴ do relatório técnico**.

Quanto à **preliminar** levantada acerca da **decisão monocrática de suspensão da cautelar expedida pelo relator do presente feito**, recomendou que fosse feito **pelo colegiado da Câmara a qual se vincula o presente processo**.

¹ “5. No item 5.11 do Edital consta que após a classificação da proposta técnica a autoridade competente fará a adjudicação. Ocorre que, a casuística esbarra no art. 6º, inciso vi da lei de publicidade que dispõe que o julgamento final do certame será realizado após julgamento da proposta técnica e prego”.

² **Alínea B do Relatório Técnico** – “A título de orientação: sugerimos que seja indicado no Edital o valor do orçamento estimado para o presente exercício financeiro, podendo chegar ao valor máximo já levantado por esta auditoria, caso ocorra prorrogação do contrato, haja vista que como houve escolha da modalidade mais ampla de licitação, fica afastada a figura do fracionamento de despesa”.

³ **Alínea D do Relatório Técnico** - ...”o Edital deve conter textualmente o rito processual de julgamento contido no art. 46 da Lei 8.666/93, em nome do atendimento ao Princípio do Julgamento Objetivo insculpido no art. 3º da retro mencionada Lei”.

⁴ **Alínea E do Relatório Técnico** – “Conforme dito pela impugnante, o edital será modificado no seu item 5.38.1, passando a ter a seguinte redação:

5.38.1 – Na hipótese de fusão, cisão, incorporação ou associação da CONTRATADA com outrem, o CONTRATANTE deverá rescindir o contrato.

POSICIONAMENTO DA AUDITORIA: Entendemos que melhor será a retirada desta condição de participação contida no Edital, por não está prevista nos artigos 9º e de 27 a 31, da Lei 8.666/93”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Procurador Geral do Ministério Público de Contas, **Oral, na sessão**, após solicitar **vista** do processo, emitiu **parecer** acompanhando **integralmente o entendimento da Auditoria**, acrescentando que o **prazo de 8 (oito) dias para abertura da sessão pública**, seja **contado a partir da efetiva comprovação a este Tribunal de que foram procedidas**, conforme sugestão da **Auditoria**, **todas as alterações no Edital**. Após a **republicação do Edital com as devidas alterações**, que seja **revogada a medida cautelar**.

VOTO DO RELATOR

Inicialmente, convém salientar que, **pela primeira vez, este Tribunal de Contas discute a legalidade de edital à luz da Lei nº 12.232/10**, que estabelece normas gerais para **licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda**. A relevância da matéria a ser discutida tornou oportuna a **avocação** do processo à apreciação do **Tribunal Pleno**, de modo a firmar entendimento com a participação de todos os membros desta Casa.

O **edital da concorrência pública 01/11**, promovida pela Secretaria de Estado da Administração sofreu **restrições** por partes da **Unidade Técnica**, que motivaram a emissão de **cautelar** no sentido de **suspender o prosseguimento do certame**.

Todavia, no curso da instrução processual, **todas as falhas indicadas foram reconhecidas pela autoridade responsável, que se prontificou a corrigi-las, à exceção do valor estimado para a contratação**. Este, portanto, é o **cerne** da discussão e sobre ele é que teço as considerações que se seguem.

O **edital da licitação estima**, para o **exercício de 2011**, contrato de **R\$ 17.500.000,00**, com previsão de **prorrogação contratual em até 60 meses**, conforme **permissão legal**. A **Auditoria, na análise inicial**, entendeu que o **valor a ser previsto** deveria ser de **R\$ 87.500.000,00**, correspondente ao **total da despesa após possíveis prorrogações contratuais**.

De ver-se, em primeiro plano, que a **previsão de valor global do contrato, compreendidas as prorrogações contratuais, é útil para evitar o uso de modalidade mais simplificada de licitação quando caberia modalidade mais complexa**, conforme sinaliza a jurisprudência do **TCU**. No caso em exame, todavia, **não se vislumbra qualquer prejuízo da espécie, uma vez que foi adotada a modalidade mais completa prevista na legislação**.

Observando o tema à luz das disposições da **Lei de Responsabilidade Fiscal**, não me parece, a princípio, que a **despesa com publicidade esteja contemplada pelos artigos 16 e 17** da referida **Lei**. Não se trata de **criação ou expansão de ação governamental** – uma vez que a divulgação é atividade rotineira da Administração – ou ainda, **despesa obrigatória de caráter continuado**, pois, em que pese a continuidade dos serviços a serem prestados, o caráter contratual desfigura a obrigatoriedade a que se refere a lei. **Contratos podem ser rescindidos e a Lei 8.666/93 trata do tema, protegendo os interesses da Administração**.

E mais: ainda que se considere a **despesa como de expansão ou continuada de caráter obrigatório**, ainda estaria **cumprindo a legislação**, uma vez que:

1. **Estão previstas as dotações suficientes na Lei Orçamentária Anual;**
2. **A despesa está compatível com o PPA e a LDO em vigor.**

Por fim, é **importante** lembrar que as **prorrogações contratuais não se processam automaticamente**. Na **hipótese** de se configurar a **conveniência da Administração em prorrogar o contrato**, naturalmente deverão ser **verificados** os requisitos de conformidade



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

entre **os preços contratados e os praticados pelo mercado**, bem como evidenciado o **caráter vantajoso da medida para a Administração**.

Essa parece ser a **conclusão técnica em sua última manifestação**, na qual afirma, **in verbis**:

sugerimos que seja indicado no Edital o valor do orçamento estimado para o presente exercício financeiro, podendo chegar ao valor máximo já levantado por esta auditoria, caso ocorra prorrogação do contrato, haja vista que como houve escolha da modalidade mais ampla de licitação, fica afastada a figura do fracionamento de despesa.

Caberia, portanto, à **Administração Estadual**, antes de qualquer alteração contratual, **fazer prova da**:

1. Compatibilidade do **aditivo com o PPA e LDO vigentes à época**;
2. Adequação da alteração com o **limite de gastos autorizados pela lei orçamentária do exercício financeiro em que for firmado o termo aditivo**.

Por todo exposto, **voto** no sentido de que a autoridade responsável:

1. **Promova as alterações sugeridas pela Auditoria**, mantendo, contudo, o **valor contratual estimado para o exercício de 2011, fixando prazo de pelo menos 8 (oito) dias úteis, a partir da publicação do Edital com as alterações elencadas pela Auditoria e com a devida comprovação a este Tribunal**;
2. **Apresentar comprovação da republicação do Edital com as devidas alterações**, após o que será revogada, pelo Relator, a **medida cautelar expedida**, podendo então, a **autoridade competente proceder à abertura da sessão pública**;
3. Na **hipótese de alteração contratual**, demonstre a esta Corte:
 - a. **Compatibilidade do aditivo com o PPA e LDO vigentes à época**;
 - b. **Adequação da alteração com o limite de gastos autorizados pela lei orçamentária do exercício financeiro em que for firmado o termo aditivo**.

É o voto.

DECISÃO DO TRIBUNAL PLENO

Vistos, relatados e discutidos os autos do PROCESSO TC-08728/11, os MEMBROS do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE-Pb), na sessão realizada nesta data, RESOLVEM, à unanimidade, determinar que a autoridade responsável:

I. Promova as alterações sugeridas pela Auditoria, mantendo, contudo, o valor contratual estimado para o exercício, fixando prazo de pelo menos 8 (oito) dias úteis, a partir da publicação do Edital com as alterações elencadas pela Auditoria e com a devida comprovação a este Tribunal;

II. Apresente comprovação da republicação do Edital com as devidas alterações, após o que será revogada, pelo Relator, a medida cautelar expedida, podendo então, a autoridade competente proceder à abertura da sessão pública;

III. Na hipótese de alteração contratual, demonstre a esta Corte:

3.1. Compatibilidade do aditivo com o PPA e LDO vigentes à época;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

3.2. Adequação da alteração com o limite de gastos autorizados pela lei orçamentária do exercício financeiro em que for firmado o termo aditivo.

Publique-se, intime-se e registre-se.

Sala das Sessões do TCE-Pb – Plenário Ministro João Agripino.

João Pessoa, 10 de agosto de 2011

Conselheiro Fernando Rodrigues Catão – Presidente

Conselheiro Nominando Diniz – Relator

Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

Conselheiro Umberto Silveira Porto

Conselheiro Arthur Paredes da Cunha Lima

Procurador Márcilio Toscano Franca Filho
Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal