

MEGGIE STEFANI LECIOLI VASCONCELOS

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
PARA CONTRATAÇÃO DE
SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Procedimento baseado na Lei 12.232/2010,
Lei 4.680/65 e Lei 8.666/93.

LECIOLIVASCONCELOS
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

MEGGIE STEFANI LECIOLI VASCONCELOS

Advogada e Consultora Jurídica.

Graduada em Direito pela Universidade Paulista.

Empreendedora, pesquisadora e autora de artigos e obras jurídicas.

meggie@leciolivasconcelos.com

www.leciolivasconcelos.com

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Procedimento baseado na Lei 12.232/2010,
Lei 4.680/65 e Lei 8.666/93.

“A Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa de suas próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua razão de existir”.

Celso Antônio Bandeira de Mello

RESUMO

Esse conteúdo foi elaborado com a finalidade de ser fonte de orientação e pesquisa para Agências de Publicidade, Prefeituras, Câmaras Municipais, Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e demais Entidades controladas diretamente ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Destaca-se primariamente a importância dos princípios licitatórios para a transparência das contratações com a Administração Pública. Para tal reflexão, analisa-se o procedimento licitatório de serviços de publicidade e seu dever intrínseco de honrar sua finalidade, observando fielmente sua base principiológica, para que o procedimento possa transcorrer de modo transparente e eficaz.

Ao realizar a licitação de serviços que, fogem dos padrões sugeridos pelo legislador para a Lei Geral de Licitações, ou seja, serviços incomuns, questiona-se a segurança jurídica da utilização das regras contidas na Lei nº 8.666/93.

Aborda-se neste trabalho os termos subjetivos presentes para julgamento das propostas em certame licitatório referente a Lei nº12.232/10, e sua compatibilidade em relação a Lei nº 8.666/93 para contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública.

Conclui-se, por pontuar e elucidar questões importantes incidentes em todo o procedimento licitatório de contratação de serviços de publicidade, sob ponto de vista legal e formal para realização de contratação em âmbito da Administração.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Contratos. Licitação. Serviços de Publicidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ABEMA	Associação Brasileira de Órgãos Estaduais do Meio Ambiente
CENP	Conselho Executivo das Normas-Padrão
CFRB	Constituição Federativa da República do Brasil
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPMI	Comissão Parlamentar Mista de Inquérito
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LTDA	Limitada (sociedade por quotas e responsabilidade limitada)
MPF	Ministério Público Federal
SECOM	Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	8
2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E SEU CONTEÚDO JURÍDICO CONTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	10
2.1 IMPESSOALIDADE NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES.....	14
2.2 MORALIDADE E PROIBIDADE	16
2.3 A PUBLICIDADE DOS ATOS.....	18
2.4 ISONOMIA OU IGUALDADE ENTRE OS PARTICIPANTES	19
2.5 PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE	21
2.6 VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	22
2.7 OBJETIVIDADE NO JULGAMENTO.....	23
2.8 ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AO VENCEDOR.....	24
3. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PRESTADOS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO.....	25
3.1 DEFINIÇÕES	25
3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	27
3.3 VALOR DO CRITÉRIO SUBJETIVO NOS CONTRATOS DE PUBLICIDADE ..	32
4. LICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE	36
4.1 PREPARAÇÃO E EXECUÇÃO	36
4.2 ELABORAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO	38
4.2.1 PREÂMBULO	39
4.2.2 EXTENSÃO DO OBJETO DO CONTRATO	39
4.2.3 CONTEÚDO NECESSÁRIO	40
4.2.4 MODALIDADE LICITATÓRIA DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS e tipos MELHOR TÉCNICA E TÉCNICA E PREÇO.....	41
4.3 PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	42
4.4 IMPUGNAÇÃO AO EDITAL	43
4.5 CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO.....	44
4.5.1 CERTIFICAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA	44
4.6 CREDENCIAMENTO DE REPRESENTANTES.....	46
4.7 COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO E SUBCOMISSÃO TÉCNICA	47

4.8 ENTREGA DA PROPOSTA TÉCNICA DE PREÇOS	48
4.9 APRESENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS	50
4.10 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS	50
4.11 APRESENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DA PROPOSTAS DE PREÇOS	51
4.12 VALORAÇÃO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS.....	52
4.13 JULGAMENTO FINAL DAS PROPOSTAS	52
4.14 ENTREGA E FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO	53
4.14.1 ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO	54
4.14.2 HABILITAÇÃO JURÍDICA.....	54
4.14.3 HABILITAÇÃO QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.....	55
4.14.4 REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA	55
4.14.5 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.....	56
4.15 PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA LICITAÇÃO.....	62
4.15.1 PRIMEIRA SESSÃO	62
4.15.2 SEGUNDA SESSÃO	65
4.15.3 TERCEIRA SESSÃO	66
4.15.4 QUARTA SESSÃO	67
4.16 HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO	68
4.17 DIVULGAÇÃO DOS ATOS LICITATÓRIOS.....	68
4.18 RECURSOS ADMINISTRATIVOS	68
4.19 RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS	69
4.20 GARANTIA	71
4.17 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO	72
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	74

1.INTRODUÇÃO

Ao delimitar o tema proposto, levou-se em conta a condição histórica recente de ilícitos envolvendo órgãos da Administração Pública em todo o Brasil e a relação direta desses acontecimentos relacionados com as normas regulamentadoras para contratações mediante licitação pública de serviços de publicidade.

Para abordagem e justificação do tema, foi utilizado o método indutivo com procedimento histórico e exploratório, utilizando-se de pesquisas de normas contidas em nosso ordenamento jurídico, doutrina e costumes, para delimitar se tais valores ali contidos, acompanham as necessidades e a evolução da sociedade.

Muito se pode responsabilizar a lei vigente ou a falta dela, para determinar o nível de fragilidade nas contratações da Administração Pública por procedimentos licitatórios no país. O bom funcionamento do sistema de contratações é prioridade para que se tenha segurança jurídica e estabilidade na economia.

Serão apreciados os princípios contidos na Constituição Federal que são aplicáveis aos procedimentos licitatórios nas contratações pela Administração Pública. A conceituação legal dos serviços de publicidade. O contexto histórico da criação de uma lei específica para regulamentação da contratação pela administração pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda. E a preparação e execução do procedimento licitatório para contratação de serviços de publicidade.

A Lei Geral de Licitações, Lei 8.666/93 regula o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, trata-se de fundamento jurídico de todos os procedimentos licitatórios no país.

A criação da Lei 12.232/10, Lei essa específica para contratação de agências de publicidade pelo Poder Público, foi recebida em caráter de urgência, visto a necessidade de regulamentação do setor.

Com a introdução da referida lei no ordenamento jurídico, de fato evidenciou uma redução de inseguranças quanto a fragilidade das contratações entre Administração Pública e terceiros prestadores de serviços de publicidade.

Entretanto, a Lei 12.232/2010, relativamente nova, não dispõe de rico entendimento doutrinário ou jurisprudencial. O presente estudo, aborda de maneira modesta, o contexto histórico que precedeu a criação da lei, sua utilidade prática, contemplação e aplicabilidade pelo legislador e seu ponderamento diante do princípio constitucional da publicidade. Sem ter o objetivo de exprimir pontualmente todo o conteúdo necessário para uma completa abordagem do tema, analisaremos ao final a prática da contratação precedida por licitação e suas necessárias particularidades procedimentais regidas pela norma e costumes.

2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E SEU CONTEÚDO JURÍDICO CONTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O procedimento licitatório é regido pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. A Lei Geral de Licitações regulamenta o previsto na Constituição da República de 1988 no art. 37, inciso XXI.

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹

A disposição expressa no referido artigo determina que as contratações feitas pela Administração Pública deverão ser precedidas em regra de procedimento licitatório no qual se assegurará obrigatoriamente a igualdade de condições à todos os participantes.

A Lei Geral de Licitações regula e determina que o Poder Público deverá se utilizar do procedimento licitatório para contratações ou aquisições de bens e serviços. A realização de um certame ou disputa, deverá ser fundada no princípio da isonomia entre os interessados. Todos deverão observar um procedimento rigoroso, sequencial, determinado por lei, com atos jurídicos ordenados e previamente determinados, para que seja escolhida ao final a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 37, inciso XXI

A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos em âmbito público é determinada pelo inciso XXVII, do art. 22, da Emenda nº 19/98, que determina a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, submetendo todos os entes federativos, União, estados, Distrito Federal e municípios.

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.²

Diversos entes são obrigados a licitar, submete-se ao dever de realizar o procedimento licitatório, contido na Lei Geral de Licitações, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.³

A criação da Lei 8.666/93, Lei Geral de Licitações, trouxe a regulamentação específica da matéria e organizou o procedimento licitatório objetivando a satisfação do interesse público, proporcionou o aumento da segurança jurídica na realização de contratos com o Poder Público e limitou a discricionariedade e aspectos subjetivos do administrador no exercício de suas funções relacionadas ao procedimento licitatório.

O procedimento licitatório faz parte dos atos procedimentais previstos e administrados pela lei, no qual a Administração Pública convida particulares a

² Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, art. 22, XXVII.

³ Art. 37, caput e inciso XXI da CRFB e art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

apresentarem suas propostas para que realizem uma competição, cujo objetivo é escolher a melhor proposta ou mais vantajosa dentre as apresentadas.

As regras para as contratações com a Administração Pública são ditadas de forma ordenada na forma da lei e por atos administrativos. O procedimento licitatório, e outros atos e atividades no âmbito da Administração Pública são envoltos por regras e princípios próprios que pretendem disciplinar a atividade Estatal.

O Poder Público em regra, deverá preceder qualquer contrato, por um procedimento licitatório. O procedimento licitatório é regido por lei e tem fundamentação principiológica própria, aplicável com base no conteúdo jurídico do texto constitucional.

Para alcançar sua finalidade, ou seja, realizar a melhor contratação disponível, a autoridade administrativa vai além do simples *poder*. É concedido à administração o chamado *poder-dever*, ou seja, o dever de usar o poder existente para agir conforme a obrigação de alcançar objetivos previamente definidos. O dever de agir é na verdade a obrigação de perseguir a satisfação das necessidades dos administrados. Na realização de procedimento licitatório, ou em qualquer outro ato, como no procedimento licitatório, a administração pública exerce *função*, seus atos administrativos, portanto, exercício de *função administrativa*.

A administração deve zelar pelo bom andamento do procedimento licitatório, atentando-se a sua função e observando em todas suas fases princípios e normas. Sua função vai além do simples poder de contratação, visa proteger e manejar com eficiência todos os recursos colocados à sua disposição. Sua força de decisão afeta diretamente os administrados, portanto, tem o dever de objetivar à satisfação do interesse público.

Os princípios aplicáveis aos procedimentos licitatórios têm seu fundamento no caput do art. 37 da Constituição. Os princípios licitatórios trazidos no art. 3º da Lei 8.666 de 21.6.1993 são impulsionadores aos princípios gerais aplicáveis à Administração Pública, com enfoque específico para o procedimento licitatório fundamentam-se no disposto constitucional para contratações com o Poder Público.

Tais princípios norteadores do procedimento licitatório previstos e consagrados, fundamentam-se nos preceitos constitucionais, quais sejam, *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, somados com os princípios licitatórios específicos da Lei Geral de Licitações, *procedimento formal, publicidade de seus atos, competitividade, igualdade, sigilo na apresentação das propostas, vinculação ao edital, julgamento objetivo, adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa*.

Para se analisar qualquer artigo de lei, ato ou decisão administrativa que seja relacionada com o procedimento licitatório, deve-se necessariamente entender a regência principiológica e a verticalidade da fundamentação constitucional, cuja aplicação fundamenta o processamento e julgamento de todo e qualquer procedimento licitatório.

2.1 IMPESSOALIDADE NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES

Com o fim de preservar a segurança jurídica dos atos procedimentais da administração pública, o *princípio da impessoalidade* é descrito como o justo modo de proceder, para que possa ser conservada a isenção e a retidão dos que possam estar tanto na função administrativa, como qualquer terceiro que possa a se relacionar ou depender de ato próprio da administração.

Com sua base constitucional, a isonomia entre os participantes é a manifestação da impessoalidade, ou igualdade prevista no art. 5º da CFRB. Constitui a garantia constitucional fundamental a todos os participantes e interessados no procedimento licitatório. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

Objetiva preservar e garantir a supremacia do interesse público sobre o privado e proteger os atos da administração de possíveis favoritismos, privilégios e eventuais animosidades ou discriminações, este princípio baseia-se na garantia máxima de igualdade, cuja origem remonta o final do século XVIII, onde os surgiram os primeiros debates entre ingleses e franceses que criaram o conceito de isonomia.

Visto que nenhum tipo de perturbação por motivos de preferências ou perseguições é permitida, é positiva a aplicação de sanções por parte do Estado para então promover a igualdade nos momentos em que for aplicável e nos termos da Administração Pública, quando a lei assim o disser.

O Poder Público deve, na forma da lei, ou com total diretriz determinada por esta, sempre contratar através de procedimento licitatório realizado com total rigor e observância ao princípio da impessoalidade em seus tratos, e neste caso será garantida a imparcialidade dos concorrentes a fim de terem todos igualdade de condições para contratarem com a administração pública.

A grande dificuldade da garantia da impessoalidade estatal reside na circunstância de que as suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali, em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas delas⁴

Podemos concluir que a Administração Pública está adstrita ao importante princípio da impessoalidade, cuja finalidade e origem constitucional visa preservar a total exclusão do subjetivismo dos participantes, concedendo às relações da Administração Pública decisões livres de influências particulares. Tais atos, livres de influências pessoais, garantem e preservam igualdade entre as partes licitantes da relação jurídica e terceiros interessados.

Qualquer ato procedimental ou julgamento da Administração Pública deverá ser objetivado para equidade de tratamento e ampla transparência. Ao atender os interesses públicos ou privados, nenhum ato poderá beneficiar ou desfavorecer uma parte. Assim devem os administradores em todos os seus atos, agir com neutralidade, independentemente de quais sejam suas convicções particulares, tais não poderão interferir no desempenho de sua função, ou influenciar nos critérios de julgamento das propostas.

⁴ Carmem Lúcia Antunes Rocha. LIMA, OLIVEIRA, NETO, 2014 p.14

2.2 MORALIDADE E PROIBIDADE

Previsto no art. 37 da Constituição e no art. 3º da Lei 8.666/93, o *princípio da moralidade* compreende outros dois principais princípios gerais, o *princípio da lealdade* e o *princípio da boa-fé*, além de estar intimamente relacionado ao *princípio licitatório da vinculação ao edital*.

Para reforçar a obrigatoriedade da moralidade administrativa no âmbito dos procedimentos licitatórios, rememoremos seu significado, para então explicitar sua aplicação, consoante a etimologia da palavra e conceito doutrinário.

O dicionário jurídico de Plácido e Silva define sobre a palavra *Moral*, com origem no latim *moralis*, remete-nos aos costumes do que é correto, acertado ou honesto. Podemos destacar com facilidade que diferentemente das normas de Direito, regidas por nossos diplomas legais, um possível *código moral*, não pode ter outra base diferente do que estamos acostumados, tais normas não são necessariamente expressas, mas são de fácil constatação. As normas relativas a moral estão relacionadas aos costumes ou hábitos justos, honestos, leais, que são comuns a consciência humana.

A moralidade é dever nos procedimentos licitatórios e em todos os atos da Administração Pública. Tem sua origem no que é cotidiano, aceitável, honesto e leal conforme a moral da consciência humana.

A Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.⁵

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed., de acordo com as Emendas Constitucionais 84, de 2014. São Paulo: Malheiros, 2015, P. 123.

A vinculação obriga as partes envolvidas a observarem estritamente os termos do edital, incluindo-se aqui a Administração Pública, que terá irrelevante margem de alteração, não podendo editar critérios posteriores a publicação oficial, ainda que mais vantajosos à Administração.

Após a reflexão sobre a palavra moral e seu significado, poderíamos pensar erroneamente que a moralidade dos atos administrativos advém da consciência individual, particular do agente em sua função administrativa, que em exercício de sua função, se depara com situações atípicas, não previstas na lei, e tem suficiente discricionariedade para decidir o que fazer conforme sua consciência. Em hipótese alguma será admissível que uma conduta de um particular ou do administrador, ofenda os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Ao contrário, a ausência de regra específica a ser adotada, não autoriza que o administrador decida com base em sua consciência.

Os atos praticados no procedimento licitatório devem refletir a lealdade compatível, honestidade e seriedade, abstendo-se de contaminação por interesses individuais e egoísticos. Caso seja praticado um ato em meio ao procedimento licitatório, que tenha como estímulo e cujo o objetivo seja causar vantagens ou prejuízos a quem quer que seja, tal ato não será aceito. Comprovado o objetivo desvirtuado, como por exemplo favoritismo, desonestidade, vantagem indevida, o ato subjetivo eivado de incompatibilidade com os princípios e ordem jurídica, deverá ser invalidado, pois o interesse público deve prevalecer diante de interesses de terceiros. Devendo sempre, serem observados os valores éticos e jurídicos compatíveis com a moralidade e probidade para todos os atos no âmbito da Administração, buscando e mantendo como objetivo a preservação do interesse público.

Alguns poucos doutrinadores afirmam que esse princípio pode se confundir com o princípio da legalidade, porém cabe nos citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro que discorda e cita: “*non omne quod licet honestum est*” que significa “nem tudo o que é legal é honesto”. Algo necessariamente legal pode não ser totalmente honesto

e de boa-fé. Wallace Paiva Martins Júnior diz que o princípio da moralidade não pode ser reduzido a mero integrante do princípio da legalidade por ser o “princípio dos princípios, um princípio informador dos demais, o precedente lógico de toda conduta administrativa, pois a moralidade afina-se com o conceito de interesse público”.

Todos os participantes e terceiros devem, portanto, atuar objetivando uma disputa baseada na honestidade e valorada por todos os princípios que cercam o procedimento, cuidando para que sua atuação esteja de acordo com costumes e expectativas probas e morais já consagradas pelo sistema jurídico e regida pelas normas pertinentes aplicáveis ao procedimento licitatório. Esforçando-se na satisfação das necessidades, cujo interesse primário é agir com lealdade fazendo prevalecer o interesse público.

2.3 A PUBLICIDADE DOS ATOS

O princípio da publicidade, previsto expressamente no art. 37, caput da CFRB e no art. 3º da Lei Geral de Licitações, garante aos administrados, particulares e interessados em licitar com o Poder Público, transparência plena em todos os atos do procedimento licitatório. Alcança desde de os atos iniciais, aviso de abertura do certame, passando pelo conhecimento do edital e seus anexos, exame da documentação e propostas, até a motivação das decisões tomadas nos julgamentos relacionados a disputa.

Dispõe o art. 3º, § 3º da Lei 8.666/93 “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. ” Completa o art. 4º que qualquer pessoa pode acompanhar o andamento do procedimento licitatório. Em primeiro plano, objetiva o amplo acesso ao procedimento e em segundo, conseqüentemente

ao primeiro objetivo, quanto maior for a repercussão da disputa, mais fiscalização haverá, dificultando atos evitados de ilegalidade.

Só se permite na esfera da licitação o sigilo temporário em relação ao conteúdo das propostas. Todos os demais atos devem ser divulgados e motivados, para que todos possam acompanhar o procedimento licitatório.

2.4 ISONOMIA OU IGUALDADE ENTRE OS PARTICIPANTES

A igualdade entre os licitantes é dever da Administração Pública, não são aceitos atos motivados por discriminação entre os participantes do certame. O dever de agir de modo isonômico veda favorecimentos ou vantagens, sejam esses contidos em cláusulas do instrumento convocatório ou em julgamentos subjetivos. O princípio garante que quando um particular participar de uma licitação, todos os licitantes devem ser tratados com a devida igualdade necessária para uma competição justa. Esse princípio tem expressa previsão constitucional:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁶

⁶ Art. 37, XXI da CRFB.

É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.⁷

Quando violado esse princípio, tem-se configurado o desvio de poder, pois com a quebra da isonomia entre os licitantes, perde-se a busca ou vantagem de interesse público. O Poder Judiciário tem anulado tais procedimentos quando comprovado eventuais favoritismos ou perseguições.

Todavia, não há quebra do *princípio da igualdade entre os licitantes* quando o instrumento convocatório estabelece alguns requisitos mínimos para participação na licitação. Não há ilegalidade quando são estabelecidos critérios diferenciados visando a execução do contrato com medida de segurança e perfeição para atendimento do interesse público.

O *Sigilo na apresentação das propostas* inclui-se como consequência do *princípio da igualdade entre os licitantes*. Visando não criar vantagens, não serão conhecidas antes da hora determinada, as propostas dos concorrentes. Se um dos licitantes tomasse conhecimento da proposta antes da apresentação da sua, teria este uma posição vantajosa em relação a aquele. O sigilo é necessário até o momento do recebimento de todas as propostas, até a data designada para abertura dos invólucros.

A revelação do conteúdo da proposta apresentada em procedimento licitatório de forma antecipada constitui ilícito penal com pena de detenção e multa previsto no art. 94 da Lei de Licitações e enseja a anulação do procedimento.

⁷ Art. 44, §1º da Lei 8.666/93.

2.5 PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

O *princípio da proporcionalidade ou razoabilidade*, aplicado à licitação, tem sua base constitucional nos arts. 5º, II, 37 caput, e 84, IV. Resulta em equilíbrio na ponderação de princípios diversos, mas com igual importância e relevância. Em uma busca pela isonomia entre os competidores, não poderá a Administração Pública sacrificar a busca pela proposta mais vantajosa. A efetiva aplicação de um princípio não pode sacrificar outro valor de igual importância.

A proporcionalidade entre princípios deverá ser observada ao longo de todo o procedimento licitatório. Tal regra de ponderação entre os princípios, deve nortear todas as fases do procedimento licitatório, e ser ainda incidente nos atos de cunho decisórios.

No início, quando o agente administrativo decide realizar a contratação, deverá fazê-lo de modo a ponderar a proporcionalidade, levando em conta o objeto do contrato e a verba pública que será utilizada. A observância da proporcionalidade baseada nos princípios é obrigatória para que os atos produzam efeitos válidos. Se ao contrário, a Administração Pública se basear somente em um único princípio em seu posicionamento, tal decisão restringirá os demais princípios incidentes ao tema e será um ato desproporcional que deverá ser considerado inválido.⁸

É considerado inválido a fundamentação de uma decisão considerando exclusivamente um único princípio, quando existem outros a serem aplicados ao ato decisório. Na maior parte dos casos, a grande dificuldade está entre escolher a proposta mais vantajosa e a aplicação do princípio da igualdade entre os licitantes.

A Administração Pública honra o princípio da proporcionalidade e razoabilidade quando motiva seus atos de cunho decisório, por justificar e

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2002. P. 68.

demonstrar quais foram os valores considerados para a decisão, apontando a incidência dos princípios aplicáveis a questão.

2.6 VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Tidos por alguns doutrinadores como um princípio próprio do procedimento licitatório, a vinculação aos termos do edital está expressamente prevista no art. 41 da Lei 8.666/93. Este princípio é inerente a qualquer licitação, determina que o instrumento convocatório é lei interna do procedimento licitatório e vincula seus participantes e a própria Administração Pública que o expediu.⁹

Deve-se questionar se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório trata-se de fato de um princípio, visto que *essa vinculação* tem sua origem no *princípio da moralidade*, dado o fato que a Administração tem o dever moral de se apegar aos termos, por ela próprios editados, do instrumento convocatório,

Após a convocação dos participantes pela expedição do instrumento convocatório, não se poderá realizar alterações durante o procedimento, de modo que se ocorrer alguma inviabilidade, o procedimento deverá ser anulado, para que seja reaberto posteriormente com novo instrumento convocatório.

A vinculação ao instrumento convocatório não é considerada como regra absoluta e poderá sofrer pequenas flexões em questões irrelevantes que não influenciem na finalidade e no objetivo principal. A administração, utilizando-se de outros princípios como o da proporcionalidade, não agirá com rigor excessivo ao verificar em determinadas situações, haver a possibilidade de flexão do princípio da

⁹ Art. 41 da Lei 8.666/93. “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. ”

vinculação ao instrumento convocatório, onde não sejam infringidos princípios legais, ou constitucionais.

Assim, devem os atos serem criteriosos de modo a evitar rigor excessivo, pois tal postura seria inadequada ao interesse público, inviabilizando a competição. Deve-se saber que não serão desclassificadas propostas que contenham defeitos ou omissões irrelevantes para o alcance do interesse público.¹⁰

2.7 OBJETIVIDADE NO JULGAMENTO

O *princípio da objetividade no julgamento* encontra guarida no art. 3º da Lei Geral de Licitações e sua aplicação dependerá da estrita observância legal, tanto do instrumento convocatório, quanto das propostas apresentadas à luz do determinado pela norma. A Administração Pública basear-se-á para julgar, em critérios anteriormente fixados por ela, quando da apresentação do instrumento convocatório.

As propostas serão levadas a confronto com os termos objetivos contidos no instrumento convocatório e serão ponderadas questões concretas solicitadas pela Administração Pública, juntamente com o conteúdo das propostas.

A objetividade no julgamento das propostas subordina-se a limitação ou redução de critérios subjetivos, que possam influenciar ou afetar o interesse público da Administração Pública, exercido por seus administradores. Como resultado da aplicabilidade desse princípio no procedimento licitatório, deverão ser cumpridos os dispositivos legais referentes ao procedimento licitatório com análise e observância dos princípios incidentes em conformidade com as determinações prévias estabelecidas pelo instrumento convocatório. Dessa forma, tais cuidados resultarão em uma decisão com exclusão de aspectos subjetivos do julgador.

¹⁰ STJ, 1ª Seç., MS 5.418.

Devem subordinar-se aos critérios objetivos, as preferências pessoais dos julgadores. Tais critérios reduzirão a subjetividade presente no íntimo do administrador, que, em exercício de sua função, busca a vantajosidade da proposta para Administração Pública se valendo de critérios claros e objetivos presentes no ato convocatório.

2.8 ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA AO VENCEDOR

Finalizado o procedimento licitatório, deve-se obrigatoriamente ser adjudicado o objeto ao legítimo vencedor, consoante com o art. 38, VII da Lei Geral de Licitações. Excetuada as hipóteses de desistência expressa ou não cumprimento do prazo fixado por parte do vencedor, que deverá realizar a sua justificção motivada.

O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor veda que seja aberta nova licitação enquanto seja considerada válida a adjudicação anterior.

O direito do vencedor limita-se a adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, não ao contrato imediato. Isso é determinado pela possibilidade de revogar ou anular o procedimento, adiar, caso haja motivos para que a Administração assim decida.

Enquanto seja considerada válida a adjudicação, não poderá a Administração Pública realizar um novo procedimento licitatório, ou mesmo revogar ou protelar indefinidamente a adjudicação do objeto sem motivação justa.

Após a homologação e adjudicação, o procedimento licitatório é encerrado, passando-se para assinatura do contrato.¹¹

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

3. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PRESTADOS NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

3.1 DEFINIÇÕES

As atividades realizadas por agências de publicidade são por sua natureza, consideradas complexas. Explicitado em seu próprio conceito legal, são diversas as modalidades de atuação e demonstram a exclusividade e imparidade dessa atividade se comparada com outras obrigatoriamente precedidas de procedimento licitatório. Conceitua o texto de lei:

Para fins desta Lei, **considera-se serviços de publicidade** o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham 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 o público em geral. ¹² (Grifo nosso)

São Publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em

¹² Artigo 2º da Lei 12.232 de 29 de abril 2010.

quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.¹³ (Grifo nosso)

Consideram-se **Agenciadores de Propaganda** os profissionais que, vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.¹⁴ (Grifo nosso)

A **Agência de Propaganda** é pessoa jurídica, e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.¹⁵ (Grifo nosso)

São **veículos de divulgação**, para os efeitos desta Lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários.¹⁶ (Grifo nosso)

Compreende-se por **propaganda** qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.¹⁷ (Grifo nosso)

¹³ Art. 1º da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965.

¹⁴ Art. 2º da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965.

¹⁵ Art. 3º da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965.

¹⁶ Art. 4º da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965.

¹⁷ Art. 5º da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965.

3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A Lei 8.666 de 1993 regulamentou o artigo 37 da Constituição Federal e estabeleceu regramento formal para as contratações com o Poder Público elevando a obrigatoriedade da licitação, a status de princípio constitucional. O prévio procedimento licitatório para as compras e alienações com a Administração Pública direta e indireta, passaram a ser regra, por qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O texto constitucional assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes.¹⁸ O princípio constitucional da isonomia está relacionado com a igualdade de condições entre os licitantes. Considerado pela doutrina a primeira finalidade do procedimento licitatório, garante que os particulares atraídos para licitação, sejam tratados de modo igual. A segunda finalidade do procedimento licitatório é a escolha da proposta mais vantajosa e a terceira finalidade é o desenvolvimento nacional.¹⁹

A criada Lei de Licitações, Lei 8.666/93, destinou-se a garantir o disposto no artigo 37, inciso, XXI, do texto constitucional, para que no curso do procedimento licitatório, os participantes sejam tratados com isonomia, ao selecionar a proposta mais vantajosa em conformidade com as finalidades da Administração Pública e com observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, probidade, publicidade, isonomia, proporcionalidade, vinculação ao instrumento convocatório, objetividade no julgamento e adjudicação compulsória.

Quanto aos serviços de publicidade, não foi verificada a inexigibilidade do procedimento licitatório na Lei 8.666/93, Lei de Licitações, pelo contrário, corroborando com o artigo 22, inciso, IX do Decreto-lei 2.300/86 foi afastada a

¹⁸ Art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

¹⁹ Art. 3º da Lei 8.666/93.

inexigibilidade de procedimento licitatório para serviços de publicidade e divulgação. Entendemos que mesmo antes da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, o dever de realizar o procedimento licitatório para serviços de publicidade já existia, portanto com somente foi regulado posteriormente pela Lei 8.666/93.

O artigo 25, inciso II da Lei de Licitações, trouxe expressa e total vedação da inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. Sendo portanto, obrigatório o prévio procedimento licitatório para contratação de serviços de publicidade no âmbito da Administração Pública.

Pode-se dizer que a tentativa da Lei 8.666/93 em abarcar várias espécies de produtos e serviços dentro de um único tipo procedimento, no âmbito de contratação pela Administração Pública, resultou em problemas tão sérios, quanto seria se dada total liberdade ao administrador para realizar contratos sem prévia licitação.

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.²⁰

Ao confirmar expressamente a necessidade de procedimento licitatório para os serviços de publicidade, fazendo menção da obrigatoriedade do procedimento inclusive para os contratos de publicidade, a Lei 8.666/93 ampliou seu escopo, mais do que tinha capacidade, gerando situação semelhante de total liberalidade, dada a incompatibilidade da lei em diversos aspectos, resultando em desvios significativos, deflagrando-se esquemas de corrupção por todo país.

É de ser lembrado aqui os recentes escândalos do “mensalão” (compra de votos) e do financiamento de campanhas, ambos

²⁰ Art. 2º da Lei 8.666/93.

divulgados a exaustão nos meios de comunicação a partir do final do primeiro semestre do ano de 2005, que, em tese, configuram novos casos a atingir a já combatida credibilidade do Congresso Nacional e do próprio Governo Federal, não só perante a população, mas, também, perante a comunidade internacional, não sendo por outro sentido que o Brasil, segundo o ranking de índice de percepção de corrupção divulgado pela Ong Transparência Internacional em 2004, ocupa uma incomoda 59ª posição entre 146 países avaliados, obtendo a pontuação de 3,9, repetindo o desempenho obtido no ano anterior, situação que não melhorou em nada no ano de 2005, no qual o Brasil aparece agora em 62ª posição entre 159 países, obtendo pontuação de 3,7.²¹

O esquema de corrupção, lavagem de dinheiro e compra de votos relacionado com as agências SMP&B e DNA Comunicação de Marcos Valério e seus sócios, expuseram a fragilidade legal referente a contratação de serviços de publicidade por procedimento licitatório e reafirmou a importância da Lei 12.232/2010 com regulamentação específica ao tema.

O relator da Ação Penal 470, ministro Joaquim Barbosa, votou hoje (16) pela condenação do deputado federal João Paulo Cunha (PT-SP) por corrupção passiva e dos sócios das empresas SMP&B e DNA Comunicação, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz, por corrupção ativa.

Neste momento, Barbosa continua a proferir o voto em relação a João Paulo Cunha e aos sócios do publicitário Marcos Valério. Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), onde a ação, conhecida pelo nome de mensalão, está sendo julgada, ainda votarão sobre a condenação ou absolvição dos acusados.

²¹ MIRANDA, Gustavo Senna. Corrupção pública: uma pandemia nacional. **CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**, Brasília, DF, 25, nov. de 2014. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/521-corrupcao-publica-uma-pandemia-nacional.html>>. Acesso em 01 setembro 2016.

"A vantagem indevida de R\$ 50 mil, oferecida pelo sócio da agência [de Marcos Valério] foi um claro favorecimento privado [...] em benefício próprio de João Paulo Cunha", argumentou Joaquim Barbosa.

[...]

O relator descreveu como foi elaborado o edital que daria a vitória à SMP&B como prestadora de serviços de publicidade à Câmara. De acordo com ministro-relator, a partir de janeiro de 2004, João Paulo autorizou a contratação de serviços pela SMP&B, um dia após o recebimento dos recursos. Apenas R\$ 17 mil de um contrato de R\$ 10 milhões em serviços foram prestados pela agência de Marcos Valério.

Barbosa ressaltou que não havia dúvida de que o dinheiro recebido por Cunha não era do PT ou do ex-tesoureiro do partido Delúbio Soares “e, sim, dos funcionários da agência. O réu conhecia a origem do dinheiro e aceitou a vantagem oferecida pelos sócios”. Barbosa destacou ainda que Cunha mudou sua versão após a descoberta dos documentos com as quebras de sigilo e buscas de apreensão, dizendo que recebeu o dinheiro de Delúbio Soares.

Para o ministro-relator, Marcos Valério se aproximou de parlamentares do PT para ter acesso a licitações e contratos públicos. “E isso está provado nos autos”, disse. Segundo Joaquim Barbosa, até 2002, a Câmara dos Deputados contava apenas com atividades de rádio, TV, do Jornal da Câmara e do site para informar ao público sobre as atividades do órgão. Depois daquele ano, a Casa passou a fazer licitação para a contratação de agências de publicidade.

Segundo advogado de defesa Alberto Zacharias Toron, João Paulo é uma figura “lateral” no esquema. O defensor rebateu a acusação de que João Paulo recebeu R\$ 50 mil para favorecer a empresa SMP&B Comunicação, disse que a licitação foi legal e que o dinheiro sacado pela mulher de João Paulo foi disponibilizado pelo PT para pagar uma pesquisa eleitoral.

“Se [o dinheiro] fosse de corrupção, mandaria a esposa receber? Marcos Valério esteve, no dia anterior, na casa dele e, se fosse o caso, levaria o dinheiro em mãos e não [faria a transação] pelo

banco”, disse o advogado, alegando que a descrição do suborno pelo Ministério Público Federal, na denúncia, foi uma “nítida criação mental”²². (Grifo nosso).

Esse cenário de desvios se agravou, gerando uma deflagração de corrupção infecciosa e generalizada, cujo início se deu no ano de 2005 com o “mensalão”, em inglês como *big monthly allowance* (grande pagamento mensal) e *vote-buying* (compra de votos), posteriormente descobriu-se, que o “mensalão” foi apenas um ensaio do que de fato estaria por vir. No ano de 2014 a Operação Lava a Jato iniciou a maior investigação da história do país. No chamado “petróleo” o MPF investiga o desvio de R\$ 20 bilhões de reais.²³

Nesse contexto absorvido, no ano de 2009 José Eduardo Cardozo encaminhou o Projeto de Lei à Câmara, nº 197, que posteriormente resultaria na Lei 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Atendendo às necessidades da propaganda aos moldes dos procedimentos licitatórios, com utilização subsidiária da Lei 8.666/93.

²² João Paulo Cunha e Marcos Valério são considerados culpados pelo relator do "mensalão". **Agência Brasil**, Brasília, DF, 16 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2012/08/joao-paulo-cunha-e-marcos-valerio-sao-considerados-culpados-pelo-relator>>. Acesso em 1 de setembro de 2016.

²³ Propinas investigadas pela Lava Jato chegam a R\$ 10 bilhões, diz procurador. Empresa Brasil de Comunicação. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 09, outubro de 2015. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/10/propinas-investigadas-pela-lava-jato-chegam-r-10-bilhoes-diz-procurador>>. Acesso em 1 de setembro de 2016.

3.3 VALOR DO CRITÉRIO SUBJETIVO NOS CONTRATOS DE PUBLICIDADE

A Lei 8.666/93, Lei de Licitações, é dotada de formalidades e procedimentos sucessivos, que se fazem necessários para se fazer cumprir as disposições suprapositivas contidas na Constituição Federal, as regras positivadas pela lei são aplicáveis de maneira geral para contratações de produtos e serviços das mais diversas naturezas.

A pretensão de subordinar os contratos de publicidade à previa licitação regida apenas pela Lei 8.666/93 foi considerada um erro por alguns doutrinadores, sustenta-se que trata-se de hipótese de inviabilidade de competição. Pois a espécie do contrato de publicidade, remete-nos ao disposto no art. 25 da Lei 8.666/93, vejamos.

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.²⁴

²⁴ Art. 25 da Lei de Licitações, Lei 8.666/93.

Confirmando o que já se entendia, a Lei 8.666/93, determinou que os contratos de prestação de serviços de publicidade deveriam ser necessariamente precedidos de procedimento licitatório. Na tentativa de subordinar os serviços de publicidade, complexos por natureza, aos procedimentos formais da Lei de Licitações, qual regra geral a todos os procedimentos licitatórios, não se teve êxito, dado os conflitos existentes relacionados com a exclusividade da prestação dos serviços publicitários como mostra-nos a história corrente.

A regra trazida pela lei, veio após a constatação, de que na área de publicidade, eram contratadas agências de publicidade sem nenhum tipo de critério objetivo ou impessoal. Por diversas vezes, os governantes acabavam premiando agências de publicidade com quem havia trabalhado durante o período eleitoral. Essa prática tornou-se comum, as agências de publicidade prestavam auxílio na campanha de um candidato durante o período eleitoral, e se o candidato fosse eleito, privilegiava-se a agência durante o período de mandato com a prestação de serviços, realizando grandes contratos com a Administração. Após excessos reiterados, o legislador obrigou a realização de licitação prévia para contratação de serviços publicitários.²⁵

O critério técnico fundamental adotado nos casos de serviços publicitários é altamente subjetivo, o que ocasiona variações não passíveis de controle. Anteriormente, era possível exigir uma motivação acerca do porquê da escolha de determinado profissional, agora essa explicação é dispensada, pois existe o procedimento licitatório próprio regido por lei.

A maior fragilidade do procedimento, nesta época foi provavelmente a prática adotada na formação de comissões de licitação para a seleção da agência de publicidade. Os membros das comissões eram escolhidos pela Administração central, com uma intervenção direta por alguém com superioridade hierárquica. Inclusive sustentado pela doutrina a inconstitucionalidade dessa prática, somente era adotada restritivamente nos procedimentos licitatórios de serviços de

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2002. P. 51.

publicidade, se fazendo ainda pior, em uma competição onde o critério técnico fundamental é altamente subjetivo.

O modo de indicação dos membros da Comissão, interferia diretamente na escolha final e assegurava que a agência premiada fosse a de maior conveniência do governante de hierarquia mais elevada. Conduta essa incompatível com o princípio da moralidade.

Com a edição da Lei 12.232/2010 a observância de novas regras quanto a escolha dos membros da subcomissão técnica, melhorou a situação de total discricionariedade anterior. As propostas técnicas serão analisadas e julgadas pela subcomissão técnica e está deverá ser constituída de pelo menos três membros formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas. Ainda a lei determina que pelo menos 1/3 (um terço) dos membros da subcomissão técnica não poderá manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação.

Houve de fato uma evolução quanto ao que tínhamos anteriormente a Lei 12.232/2010. Hoje, com a obrigatoriedade dos membros da subcomissão técnica não possuírem vínculo com a Administração ou órgão responsável, houve uma abertura para fiscalização desses terceiros não interessados, que serão parte dos membros julgadores.

Entretanto, a fragilidade envolve justamente o julgamento dos quesitos e subquesitos. São analisados dentro do apresentado pelos participantes quesitos principais e subquesitos: Plano de Comunicação Publicitária com seus subquesitos: raciocínio básico, estratégia de comunicação publicitária, ideia criativa, estratégia de mídia e não mídia; Capacidade de Atendimento; Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação.

O procedimento licitatório é regido com formalidades existentes para assegurar e se evitar subjetividades do administrador e de interessados, a fim de preservar a isonomia do certame. O julgamento do procedimento licitatório de serviços de publicidade não é de fato objetivo, mas é realizado nos moldes do

procedimento licitatório objetivo, com observância aos princípios e base na Lei 8.666/93.

De fato, ao realizar um julgamento por procedimento licitatório, e julgar o subquestito de *ideia criativa*, a análise se prende a adequação ao problema proposto, originalidade, simplicidade, pertinência ao contexto social, entre outros pressupostos altamente subjetivos.

Essa faculdade da subcomissão técnica ao analisar questões criativas, portanto, altamente subjetivas, superam a discricionariedade e se equiparam a total liberdade de escolha. Não há compatibilidade da Lei 8.666/93, Lei de Licitações, consagrada pelo procedimento formal isonômico e objetividade no julgamento, com subjetividades inerentes as questões enfrentadas nos julgamentos técnicos pelo procedimento licitatório dos serviços publicitários.

4. LICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

4.1 PREPARAÇÃO E EXECUÇÃO

Devem os atos praticados pela Administração Pública serem desenvolvidos e determinados pela necessidade a ser atendida, devendo manter uma sequência lógica. A prática separa a licitação em *fase interna* e *externa*.

Todo o procedimento deve ser público e amplamente divulgado, com exceção ao conteúdo das propostas técnicas, que deverão aguardar em sigilo até a data de abertura dos envelopes.

Inicia-se o procedimento na *fase interna ou preparatória*, dada a necessidade de delimitar o objeto do contrato, elaborado um termo estimativo de custos e condições, além do conteúdo necessário para elaboração do instrumento convocatório.²⁶

A *fase externa ou executória* inicia-se com a publicação do edital e conclui-se com a contratação e prestação do serviço.

Materializar-se-á a documentação necessária em um processo administrativo, com a autorização para contratação, indicação do objeto e confirmação da existência de recursos para efetivação da despesa.

A fase preparatória do procedimento de licitação pública deverá se dar com observância aos seguintes atos preparatórios sequenciais:

²⁶ A ausência de cumprimento da fase de interna da licitação inviabiliza o conhecimento integral do objeto que se pretende contratar e as estimativas de custos a ele inerentes. A realização da fase interna da licitação e condição previa essencial a contratação, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação. **TCU - Acórdão 2684/2008 Plenário**

Solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;

Aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;

Autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;

Elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base em projeto básico ou em termo de referência apresentado;

Elaboração de projeto básico, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços, em caso de concorrência, tomada de preços e convite;

Elaboração de termo de referência, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de bens e serviços comuns, em caso de pregão;

Estimativa do valor da contratação, por comprovada pesquisa de mercado, em pelo menos três fornecedores do ramo correspondente ao objeto da licitação;

Indicação dos recursos orçamentários para fazer face à despesa;

Verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, quando for o caso;

Elaboração de projeto executivo, que pode ser concomitante com a realização da obra ou serviço;

Definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Deverão ser juntados ao processo administrativo licitatório:

Edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;

Comprovante de publicações do edital resumido ou da entrega do convite;

Ato de designação da comissão de licitação [...] e equipe de apoio ou do responsável pelo convite;

Original das propostas e dos documentos que as instruírem;

Atas, relatórios e deliberações da comissão julgadora;

Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação[...];
Atos de adjudicação do objeto da licitação e da homologação;
Recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
Despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
Termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
Outros comprovantes de publicações;
Demais documentos relativos à licitação.²⁷

4.2 ELABORAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O ato convocatório, edital ou convite, determina as regras e condições de participação dos interessados e ainda determina o desenvolvimento do procedimento licitatório até o momento da contratação. O conteúdo do ato convocatório tem força de lei entre os envolvidos e deve ser observado e cumprido em sua integralidade, ressalvados eventuais ilegalidades. O sucesso do procedimento está diretamente relacionado à qualidade do instrumento convocatório.

Deverão conter no ato convocatório, instrução e prazos de recursos e impugnações do instrumento, informações quanto ao objeto do contrato, formalidades para apresentação das propostas e documentação, entre outras. Deverá publicado e divulgado a todos os interessados.

²⁷ LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. P.140-141.

4.2.1 PREÂMBULO

Deverão conter no preâmbulo do instrumento convocatório:

Número de ordem da licitação em série anual;

Nome do órgão ou entidade contratante e do setor interessado;

Modalidade de licitação Concorrência;

Tipo da licitação: melhor técnica ou técnica e preço;

Menção de que o procedimento licitatório será regido pela Lei 12.232/2010, mediante aplicação de forma complementar, das Leis Federais 4.680 de 18.06.1065 e 8.666 de 21.06.1993; Disposições Complementares normas Federais, Estaduais e Municipais;

Local, dia e hora para recebimento da proposta técnica, de preço e abertura dos envelopes.

4.2.2 EXTENSÃO DO OBJETO DO CONTRATO

Objeto da licitação deve ser descrito de forma sucinta e clara, o objeto do contrato da licitação dos serviços de publicidade é definido pela Lei 12.232/2010 no artigo 2º, que considera objetos do serviço publicitário: a. estudo, b. planejamento, c. conceituação, d. concepção, e. criação, f. execução, g. intermediação, h. supervisão, i. intermediação, j. distribuição.²⁸

Os serviços de agência de publicidade, por conceituação do texto legal inclui tanto a concepção como a intermediação. A concepção está relacionada a criação, desenvolvimento de campanhas, idealização e projeção de peças publicitárias. Já a intermediação, refere-se à contratação de veículos de comunicação, com objetivo de difundir ideias ou informar o público, a respeito de organizações ou instituições que

²⁸ Art. 2º, parágrafo 1º, incisos I, II e III da Lei 12.232/2010 com ressalva dos serviços não compreendidos do Art. 2º, parágrafo 2º da Lei 12.232/2010

estiverem à disposição deles. Além de intermediar a contratação de fornecedores complementares por conta e ordem da administração pública.

Pode se incluir na intermediação, consoante o § 1º do art. 2º os serviços complementares os serviços pertinentes ao planejamento e à execução de pesquisas, instrumentos de avaliação e conhecimento de mercado, público-alvo, meios de divulgação de campanhas e peças produzidas pela agência e os resultados das campanhas realizadas.

A disposição legal veda, entretanto, a ampliação do objeto do contrato para atividades de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos, festas de qualquer natureza. Tais atividades devem ser contratadas por procedimento licitatório próprio, em observância a legislação em vigor.

4.2.3 CONTEÚDO NECESSÁRIO

Devem conter no instrumento convocatório necessariamente:

Informações sobre o local, período e horário de retirada ou disponibilização eletrônica do edital;

Via para esclarecimentos sobre o edital, prazos e informações;

Forma e prazos para impugnação do edital e recursos administrativos;

Número de agências de publicidade que serão contratadas;

Eventual indicação, caso forem divididos os serviços em lotes, itens ou contas;

Condições de participação e credenciamento de representantes;

Entrega e forma de apresentação dos documentos de habilitação;

Forma e apresentação das propostas de técnica e de preço com indicação de local, data, horário para entrega das propostas;

Informações sobre a comissão especial ou permanente de licitação e subcomissão técnica;

Critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

Procedimentos de licitação;

Homologação e adjudicação;

Anexos com especificações e complementos;

4.2.4 MODALIDADE LICITATÓRIA DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS E TIPOS MELHOR TÉCNICA E TÉCNICA E PREÇO

As licitações serão regidas por determinação legal, incluindo a escolha da estrutura do procedimento. Refere-se a Lei 12.232, no art. 2º de forma genérica ao cabimento da utilização das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei 8.666, porém, não são todas as cabíveis, dada sua natureza procedimental e objetividade.

Compatível em sua natureza com contratos de maior vulto, o procedimento licitatório de serviços de publicidade utiliza a modalidade de “concorrência” com os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, por serem os tipos compatíveis com os ditames da Lei 12.232/2010.

Nesses tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço”, a proposta mais vantajosa para Administração é escolhida posteriormente a negociação das

condições ofertadas com a licitante melhor classificada, adequando-se ao determinado pela Lei 12.232/2010.

Na modalidade “técnica e preço” o critério de seleção é a média ponderada considerando as notas obtidas nas propostas de técnica e preço.

4.3 PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O poder público fará a publicação do edital para que haja a convocação dos interessados no procedimento licitatório. Deverá ser publicado na imprensa oficial e em jornal diário de grande circulação. O aviso deverá conter as informações necessárias fundamentais, como: objeto, data, horário, especificação, local onde poderá ser lido o ato convocatório.

A depender da modalidade e do valor estimado da contratação, os avisos com os resumos dos editais, à disposição do público nas repartições, serão publicados:

No caso das modalidades tomada de preços e concorrência:

No Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, ou ainda quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

No Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual/Municipal ou do Distrito Federal;

Em jornal diário de grande circulação no Estado e, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço ou fornecido o bem, podendo a

Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição;²⁹

4.4 IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

A impugnação ao edital poderá ocorrer sempre quando forem notados pontos discriminatórios ou omissos, pode-se valer da impugnação administrativa qualquer cidadão e todos aqueles interessados em participar do certame licitatório.

Deve constar no edital o prazo para que qualquer cidadão se manifeste no sentido de impugnar os termos do edital perante a Comissão Especial de Licitação. O prazo para envio e recebimento da impugnação é de até cinco dias úteis antes da data de recebimento das Propostas Técnicas e de Preços para os cidadãos e de dois dias úteis para as licitantes participantes. Deverá constar ainda o prazo de dois dias úteis para resposta e julgamento da impugnação.

A impugnação deverá ser formal com indicação de eventuais falhas ou irregularidades. Deverá constar no edital o endereço, horário de atendimento para protocolos físicos e endereço eletrônico para envio das impugnações por e-mail.

Havendo impugnações fora do prazo, são consideradas e utilizadas como meros informativos. Partindo da licitante, a impugnação tempestiva, não impedirá de participar no processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

²⁹ LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. P. 281.

4.5 CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

4.5.1 CERTIFICAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Os serviços de publicidade são prestados por agências de propaganda que tenham sua atividade regulada pela Lei 4.680/65 e devem necessariamente obter certificado de qualidade técnica de funcionamento como requisito obrigatório para contratação com o Poder Público.

A certificação de qualificação técnica é um dos requisitos dentro dos documentos necessários para a habilitação técnica ou denominada pela lei de qualificação técnica, para contratação de agência de publicidade pela Administração Pública. Limita-se no art. 30 da Lei Geral de Licitações os documentos que poderão ser exigidos para comprovação da qualificação técnica.³⁰

Essa regra está prevista na Lei 12.323/2010 no art. 4º, limita eventual discricionariedade do administrador, sendo por lei, obrigatória a certificação de qualificação técnica para todas as agências participantes no certame.³¹

Com a Lei 12.232/2010 a certificação de qualidade é necessária para que haja cumprido o requisito da habilitação. A certificação de qualificação técnica é uma avaliação dos requisitos técnicos, feitas por intermédio de um terceiro, totalmente

³⁰ Art. 30 da Lei 8.666/93 - A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - 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 do 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; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

³¹ Lei 12.232/2010 Art. 4º - Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei no 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

desvinculado com a Administração Pública, com competência técnica e credibilidade para analisar os padrões de qualidade e por fim certifica-la da capacidade para prestação dos serviços por preencher determinados requisitos técnicos.

Essa certificação poderá ser obtida perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP ou entidade similar reconhecida legalmente com igual reconhecimento de fiscalizadora das atividades e condições técnicas de agências de propaganda.³²

A certificação de qualidade técnica é requisito determinado pela lei para que somente agências certificadas, portanto, possam se candidatar como prestadora de serviços à Administração Pública. Não são admitidas empresas que se dediquem a áreas ramificadas da comunicação, como assessoria de imprensa e pesquisas ou quaisquer atividades complementares.

A comprovação da capacidade de atendimento da agência de publicidade, se dá com a apresentação do plano de comunicação publicitária. Essa será submetida a avaliação dos requisitos necessários, quando da apresentação da proposta técnica pertinente ao tema proposto pela Administração Pública no briefing de informações.³³

A capacidade de operação ou de atendimento será determinada com o conjunto de informações, dos quais possuem os requisitos destinados a avaliar a

³² Artigo 4º § 1º da Lei 12.232/2010 - O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

³³ Art. 8º da Lei 12.232/2010 - O conjunto de informações 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. Art. 6º, inciso, III - a proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing, e de um conjunto de informações referentes ao proponente;

capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes.

O instrumento convocatório poderá exigir até três declarações, expedidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que atestem que agência licitante prestou às declarantes serviços compatíveis com os do objeto da licitação, além de cópia autenticada do certificado de qualificação técnica de funcionamento de que trata a Lei nº 12.232/2010, art. 4º e seu § 1º, obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP.

4.6 CREDENCIAMENTO DE REPRESENTANTES

As licitantes têm a faculdade de realizar o credenciamento dos participantes no procedimento licitatório. Quando verificada a necessidade de estabelecer um representante da licitante, podendo ser este sócio, dirigente ou procurador, deverá o representante realizar o credenciamento junto à Comissão de Licitação, seja especial ou permanente. Portando o documento juntamente com o documento de identidade, realizará o credenciamento no ato de apresentação das propostas técnica e de preço.

O edital poderá estabelecer quais os documentos serão necessários, para que seja o representado aceito na participação dos atos durante o procedimento licitatório. Ao apresentar o documento de credenciamento, sendo este credenciado, está autorizado a participar também das sessões futuras.

Caso a proponente não possa enviar um representante, poderá enviar suas propostas por meio de um terceiro ou simples portador, atentando-se para período, local e horário de recebimento. A falta de credenciamento não impedirá que qualquer interessado acompanhe o procedimento. Caso seja necessário substituir

um credenciado, deverá ser realizado um novo credenciamento para sua substituição.

4.7 COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO E SUBCOMISSÃO TÉCNICA

A Comissão de Julgamento processará e julgará o procedimento licitatório, com exceção ao julgamento das Propostas Técnicas, que competirá a uma Subcomissão Técnica realizar a valoração pelo julgamento.

Para constituir os membros da Subcomissão Técnica, são chamados pelo menos três participantes formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que pelo menos um terço deles não poderão manter qualquer vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto com o órgão ou entidade responsável pela licitação. Não existe impedimento para atuação em órgão ou governo diverso da Administração, sendo direto ou indireto.

Para realizar a escolha dos membros da subcomissão técnica, realizar-se-á um 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.

Haverá a publicação da lista dos nomes na imprensa oficial, no prazo mínimo de dez dias antes da data do sorteio, para que qualquer interessado possa impugnar pessoa integrante da relação. Se admitida a impugnação, o impugnado terá direito de abster-se de atuar na subcomissão técnica declarando-se impedido ou suspeito, antes da decisão da autoridade competente.

Nas contratações de valor estimado em até 10 (dez) vezes o limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei 8.666, a relação 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.

Se tratando de entes pequenos e nos casos de licitação na modalidade convite, se não houver possibilidade de se formar uma subcomissão técnica por ausência de profissionais qualificados, havendo a comprovação de tal impossibilidade na formação da subcomissão, esta será substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo esta, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.³⁴

4.8 ENTREGA DA PROPOSTA TÉCNICA DE PREÇOS

A Proposta Técnica deverá ser entregue à Comissão Especial de Licitação, no local, dia e hora determinados pelo edital, acondicionada nos Invólucros nº 1, nº 2 e nº 3. A Proposta Técnica compõe-se do Plano de Comunicação Publicitária e de documentos probatórios da capacidade de atendimento, repertório, relatos de soluções de problemas de comunicação. Serão apresentados em três invólucros.

O 1º invólucro é fornecido pelo órgão da Administração Pública, devendo ser solicitado formalmente. Neste haverá o acondicionamento do Plano de Comunicação

³⁴ Art. 10 § 10 da Lei 12.232/2010 - Nas licitações previstas nesta Lei, quando processadas sob a modalidade de convite, a subcomissão técnica, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e sempre que for comprovadamente impossível o cumprimento do disposto neste artigo, será substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo esta, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.

Publicitária via não identificada, apócrifo e não poderá conter nenhum sinal identificador como amassado, rubrica, lacre ou etiqueta.

No Invólucro nº 2 deverá conter o Plano de Comunicação Publicitária, via identificada e sem os demais documentos apresentados no invólucro nº 1. Deverá ser lacrado e rubricado no fecho. Deverá ter identificação: Invólucro nº 2; Proposta Técnica: Plano de Comunicação Publicitária, via identificada; Nome da empresa e CNPJ da licitante; Número da Concorrência.

No Invólucro nº 3 serão acondicionados os documentos relativos à Capacidade de Atendimento, o Repertório e os Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação, fechado e rubricado no fecho. Deverá constar na identificação: Invólucro nº 3; Proposta Técnica: Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação. Identificação da licitante e CNPJ. Número da Concorrência.

Para elaboração da Proposta de Preço, a licitante deverá se atentar ao Estado onde se realizará o procedimento licitatório e verificar tabelas referenciais e normas-padrão da atividade publicitária e percentuais aplicáveis àquele Estado. Não serão aceitas propostas com valor global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado. Os descontos concedidos devem ser razoáveis a fim de não ocasionarem a inexecutabilidade do contrato.³⁵

No invólucro de n. 4, deve conter a Proposta de Preço, deverá estar fechado e rubricado no fecho e identificado com os seguintes dizeres: Invólucro nº 4; Proposta de Preços; Nome da empresa e CNPJ da licitante; Número da Concorrência.

³⁵ Artigo 44 da Lei Geral de Licitações § 3º- Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

4.9 APRESENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS

Tanto a apresentação quanto a elaboração da Proposta Técnica deve estar detalhadamente nos termos do edital. A Proposta Técnica deverá conter: a) Plano de Comunicação Publicitária, composto de: (1) raciocínio básico; (2) estratégia de comunicação publicitária; (3) ideia criativa; (4) estratégia de mídia e não mídia. b) capacidade de atendimento; c) repertório; d) relatos de soluções de problemas de comunicação.

4.10 JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS

A Subcomissão Técnica tem o papel de analisar e pontuar as Propostas Técnicas das licitantes quanto ao atendimento das condições estabelecidas no edital e seus anexos.

A seguir serão levados em conta pela Subcomissão Técnica, como critério de julgamento técnico, os seguintes atributos da Proposta, em cada quesito ou subquesito: Plano de Comunicação Publicitária; Raciocínio Básico - a acuidade de compreensão do briefing e seu desenvolvimento; Estratégia de Comunicação Publicitária e seus subquesitos; Ideia Criativa com seus subquesitos; Estratégia de Mídia e Não Mídia e subquesitos; Capacidade de Atendimento e subquesitos; Repertório e subquesitos; Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação com relevância dos resultados.

A nota da Proposta Técnica será limitada ao máximo de 100 (cem) pontos e será apurada conforme a metodologia a seguir: Aos quesitos ou subquesitos serão atribuídos, no máximo, os seguintes pontos:

Quesitos de Plano de Comunicação Publicitária 65 pontos; Subquesitos: Raciocínio Básico 10 pontos; Estratégia de Comunicação Publicitária 25 pontos; Ideia Criativa 20 pontos; Estratégia de Mídia e Não Mídia 10 pontos; Capacidade de

Atendimento 15 pontos; Repertório 10 pontos; Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação 10 pontos. Totalizando cem pontos. ³⁶

4.11 APRESENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DA PROPOSTAS DE PREÇOS

Para apresentação e elaboração da Proposta de Preço deve estar detalhadamente nos termos do edital. A Proposta de Preços da licitante deverá ser: a) apresentada em caderno único, em papel que identifique a licitante, ter suas páginas numeradas sequencialmente e ser redigida em língua portuguesa, salvo quanto a expressões técnicas de uso corrente, com clareza, sem emendas ou rasuras; b) elaborada em dois documentos distintos, conforme descrito no edital; c) datada e assinada nos documentos referidos no ato convocatório, por quem detenha poderes de representação da licitante, na forma de seus atos constitutivos, devidamente identificado.

Deverá ainda, a licitante apresentar Planilha de Preços Sujeitos a Valoração, observando o dispositivo no art. 15, parágrafo único, da Lei nº 12.232/2010, a licitante deverá elaborar declaração na qual estabelecerá os percentuais máximos a

³⁶ Fixe com clareza e precisão as regras para o julgamento de propostas técnicas, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas. Faça constar em documento, de forma expressa, as razões e os critérios observados nos exames técnicos produzidos em apoio à aferição valorativa das propostas técnicas apresentadas em certame licitatório, de modo a evitar ou, ao menos minimizar, a avaliação de caráter subjetivo, em conformidade com o princípio da publicidade e do julgamento objetivo das propostas, previstos no art. 3º, “caput”, bem como no art. 44, § 1º, ambos da Lei nº 8.666/1993. Abstenha-se de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, observado o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal. LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. P.120.

serem pagos pelo órgão licitante. Ainda a licitante deverá comprometer-se a obter as melhores condições nas negociações comerciais junto a fornecedores de serviços especializados e veículos.

A responsabilidade sobre o conteúdo da proposta de preço é de exclusiva responsabilidade da licitante, não sendo possível alterar as condições propostas durante a vigência do contrato. Portanto, ao elaborar a proposta a licitante deverá ter cuidado e atenção, visto que na vigência do contrato eventual alegação de erro ou outro pretexto não será admissível para alterar as condições propostas.

4.12 VALORAÇÃO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS

O instrumento convocatório deverá estabelecer todas as condições para a análise quanto ao atendimento das condições. Serão selecionadas as propostas de preços que tiverem sido classificadas no julgamento das propostas técnicas.

Não poderão apresentar preços baseados em outras Propostas ou condições nos termos. Os quesitos de avaliação deverão estar contidos expressamente no ato convocatório. Deve-se levar em conta a relação prevista na tabela do sindicato correspondente para indicação dos valores. A Comissão Especial de Licitação será a responsável para pontuar cada quesito conforme previsão no ato convocatório.

4.13 JULGAMENTO FINAL DAS PROPOSTAS

Para se classificar como vencedora do certame licitatório, deverá a licitante ser posicionada em primeiro lugar quanto a apresentação da proposta técnica e deverá ter apresentado o menor preço ou ainda concordar em praticar o menor preço dos apresentados pelas licitantes classificadas.

4.14 ENTREGA E FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Cabe à Administração Pública, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir a documentação do licitante, conforme o exposto no art. 27 da Lei Geral de Licitações, exigir-se-á dos interessados em participar de licitação, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e IV – regularidade fiscal e trabalhista; Qualquer exigência além, deverá constar expressamente em legislação especial.

Todos têm o direito de participar da licitação, porém, a Administração desconhece quem de fato preenche os requisitos para contratar. Ao realizar esse exame do direito de licitar, a Administração realiza a fase procedimental chamada de habilitação.

Essas exigências são verdadeiras condições, para que o participante possa contratar com a Administração Pública. Para participar, é necessário comprovar os requisitos previsto na lei e no instrumento convocatório para o objeto específico.

Deve-se ainda observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade ao estabelecer os documentos e demais requisitos. As exigências habilitatórias não podem restringir a competitividade ou de caráter irrelevante, mas devem ser compatíveis com o ramo do objeto licitado.

Os documentos de habilitação devem ser entregues à Comissão Especial de Licitação, no dia e hora previamente determinados no edital, após às licitantes serem classificadas para o julgamento final. Deverão ser acondicionados no invólucro nº5, providenciado pela licitante os documentos de habilitação, deve se manter inviolável e rubricado no fecho com a seguinte identificação: Invólucro nº 5; Documentos de Habilitação; Nome empresarial e CNPJ da licitante
Concorrência nº 01/2012;

4.14.1 ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

A competência para análise dos documentos de habilitação ficará a cargo da Comissão Especial de Licitação. Os licitantes que atenderem aos requisitos contidos no instrumento convocatório e atenderem os requisitos de modo completo e satisfatório, serão julgadas habilitadas para efetivação do contrato.

Caso não se ache nenhuma participante habilitada, deverá ser reanalisado os documentos habilitatórios das licitantes classificadas no julgamento final das Propostas.

4.14.2 HABILITAÇÃO JURÍDICA

A documentação exigida para à habilitação jurídica está prevista no art. 28 da Lei 8.666/93, conforme o caso, consistirá em:

- a) cédula de identidade dos responsáveis legais da licitante;
- b) registro comercial, em caso de empresa individual;
- c) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, em se tratando de sociedades comerciais, devidamente registrado e acompanhado de documentos de eleição de seus administradores, quando se tratar de sociedades por ações;
- c1) os documentos mencionados na alínea 'c' deverão estar acompanhados de suas alterações ou da respectiva consolidação e deles deverá constar, entre os objetivos sociais, a execução de atividades da mesma natureza ou compatível com o objeto desta concorrência;
- d) inscrição do ato constitutivo em cartório de Registros de Pessoas Jurídicas, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova da diretoria em exercício.

O estatuto social das sociedades por ações, regidas pela Lei nº 6.404/1976, deve estar acompanhado dos documentos de eleição de seus administradores para ser considerado em vigor, deve observar as exigências previstas em lei, dentre as quais estar cumulativamente: registrado na junta comercial; publicado na imprensa oficial da União, ou do Estado, ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia e publicado em jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.

Quando se tratar de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, será necessário o decreto de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

A habilitação jurídica não é comum a todos os licitantes, dependerá de cada caso especificamente. O Ato constitutivo ou contrato social das demais sociedades devem estar acompanhados de todas as alterações efetuadas ou da consolidação respectiva. Para ser considerado em vigor, devem observar as exigências previstas em lei, dentre as quais estar registrados na junta comercial.

4.14.3 HABILITAÇÃO QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Vide tópico 4.5.1 Certificação de Qualificação Técnica.

4.14.4 REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

Para satisfazer a legislação quanto a regularidade fiscal e trabalhista, deverá o licitante apresentar-se isento de infrações às leis fiscais. O sujeito com irregularidade fiscal será impedido de contratar com a Administração Pública, sendo um meio de cobrança indireto de dívidas, porém constitucional.³⁷

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:³⁸

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

³⁷ Art. 195, § 3º da Constituição da República - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (Vide Medida Provisória nº 526, de 2011) (Vide Lei nº 12.453, de 2011).

³⁸ Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011.

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.³⁹

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.⁴⁰

4.14.5 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Na análise da documentação relativa à habilitação econômico-financeira verifica-se a existência de recursos econômico-financeiros e conseqüentemente a boa situação do licitante para execução do objeto do procedimento licitatório.

Consoante ao disposto no Art. 31 da Lei Geral de Licitações, a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

³⁹ Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994.

⁴⁰ Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011.

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4o Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5o 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.

Deverão as sociedades empresariais, registrar ou autenticar seu balanço patrimonial na Junta Comercial da sede ou do domicílio da licitante, acompanhado de cópia do termo de abertura e de encerramento do Livro Diário do qual foi extraído.⁴¹

No caso de sociedades anônimas regidas pela Lei nº 6.404/1976, deverá ser registrado ou autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante e publicado em Diário Oficial e em Jornal de grande circulação.⁴²

Para as sociedades simples, será necessário realizar o registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas no local de sua sede, caso a sociedade simples adote um dos tipos de sociedade empresária, deverá sujeitar-se às normas fixadas para as sociedades empresárias, inclusive quanto ao registro na Junta Comercial.

As sociedades constituídas no exercício em curso ou com menos de um ano deverão apresentar balanço conforme abaixo discriminado, com a assinatura do sócio-gerente e do responsável por sua contabilidade e a indicação do nome deste e

⁴¹ Art. 5º, § 2º, do Decreto-Lei nº 486/1969.

⁴² Art. 289, caput e § 5º, da Lei nº 6.404/1976

do seu número de registro no Conselho Regional de Contabilidade, devidamente registrado ou autenticado na Junta Comercial da sede ou do domicílio da licitante, balanço de abertura, no caso de sociedades sem movimentação e balanço intermediário, no caso de sociedades com movimentação.

A comprovação da boa situação financeira da licitante será feita por meio da avaliação da empresa e deverá ser avaliada mediante aplicação de índices contábeis previstos no ato convocatório de forma objetiva. São vedadas as exigências de índices e valores que não são usualmente adotados para avaliação da boa situação financeira de empresas.

A Instrução Normativa/MARE nº 5, de 21 de julho de 1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastramento Unificado de Serviços Gerais (Sicaf), disciplina que a comprovação da boa situação financeira das empresas inscritas nesse sistema terá por base a verificação dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação:⁴³

a) do balanço referido na alínea 'b' do subitem cujos índices de Liquidez Geral (LG), de Solvência Geral (SG) e de Liquidez Corrente (LC), resultantes da aplicação das fórmulas a seguir, terão de ser maiores ou iguais a um (> ou = a 1):

$$\begin{aligned}
 & \text{Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo} \\
 \text{LG} = & \frac{\text{-----}}{\text{Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo}} \\
 & \text{Ativo Total} \\
 \text{SG} = & \frac{\text{-----}}{\text{Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo}}
 \end{aligned}$$

⁴³ LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. P. 431.

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

b) do balanço discriminado com assinatura do sócio-gerente e do responsável por sua contabilidade, cujo Índice de Solvência, obtido conforme fórmula a seguir, terá de ser maior ou igual a um (> ou = a 1):

$$S = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Exigível Total}}$$

A licitante que apresentar resultado menor que 1 (um), no cálculo de quaisquer dos índices referidos na alínea 'a', ou menor que 1 (um), no cálculo do índice referido na alínea 'b', para ser considerada habilitada no quesito qualificação econômico-financeira e poderá de ter que comprovar patrimônio líquido mínimo, incluindo a documentação da comprovação no invólucro nº 5.

O regulamento mencionado determina as regras em relação aos índices para comprovação da exigência de habilitação. Sendo o resultado apresentado igual ou menor do que 1, em qualquer um dos índices apurados, deverão as licitantes comprovar capital mínimo conforme o determinado na Lei 8.666/93 e devendo ser confirmada a exigência no ato convocatório.

Para compras de bens para entrega futura, execução de obras ou prestação de serviços, a Administração Pública poderá exigir, para efeito de habilitação do licitante, desde que previsto no instrumento convocatório do certame, comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993. Essas exigências, que não podem ser cumulativas, não excederão os seguintes percentuais: capital social mínimo/patrimônio líquido: até 10% do valor estimado da licitação; garantia de participação da licitação (garantia de proposta): até 1% do valor estimado da licitação.

Na definição de capital social ou de patrimônio líquido a ser exigido, deve o gestor atentar-se para que o percentual estabelecido não restrinja o universo de participantes, ainda que dentro do limite de 10% previsto na Lei de Licitações.

Valores correspondentes aos percentuais exigidos deverão estar estabelecidos no ato convocatório.

Com relação ao capital social e patrimônio líquido, é permitido que sejam atualizados desde a data do balanço até a data da apresentação da proposta, por meio de aplicação de índices oficiais estabelecidos no ato convocatório.

Pode a Administração exigir da licitante relação dos compromissos assumidos que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção da disponibilidade financeira da empresa, calculada diante da rotatividade e do patrimônio líquido atualizado.⁴⁴

Deverá também incluir no invólucro nº5 declaração de que não emprega menor de 18 (dezoito) anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de 16 (dezesesseis) anos, na forma do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição e também deverá juntar a declaração de elaboração independente de proposta conforme modelo editalício.

⁴⁴ LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. P. 431.

4.15 PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA LICITAÇÃO

Para processamento e julgamento da licitação deverão ser realizadas quatro sessões públicas, observadas a Lei Geral de Licitações e a Lei 12.232/2010. Em todas as sessões deverão ser lavradas atas circunstanciadas dos atos e fatos dignos de registro, assinadas pelos membros da Comissão Especial de Licitação e pelos representantes das licitantes presentes devidamente credenciados. Não poderão participar nestas ocasiões os membros da Subcomissão Técnica.

Por vezes o edital prevê a possibilidade dos representantes das licitantes presentes formarem uma comissão constituída de alguns entre eles para que, em seu nome, tome conhecimento e rubrique as Propostas e Documentos nas sessões públicas.

O julgamento das Propostas Técnicas e de Preços e o julgamento final do procedimento licitatório deverá cumprir exclusivamente os termos e critérios contidos no instrumento convocatório.

4.15.1 PRIMEIRA SESSÃO

A primeira sessão pública será realizada no dia, hora e local previstos no Edital e terá a seguinte pauta inicial:

- a) identificar os representantes das licitantes, por meio da documentação exigida no edital.
- b) receber os Invólucros nº 1, nº 2, nº 3 e nº 4;
- c) conferir se esses invólucros estão em conformidade com as disposições do Edital.

O Invólucro nº 1, com a via não identificada do Plano de Comunicação Publicitária, só será recebido pela Comissão Especial de Licitação se não:

- a) estiver identificado;

- b) apresentar marca, sinal, etiqueta ou outro elemento que possibilite a identificação da licitante antes da abertura do Invólucro nº 2;
- c) estiver danificado ou deformado pelas peças, material e ou demais documentos nele acondicionados de modo a possibilitar a identificação da licitante antes da abertura do Invólucro nº 2.

A primeira sessão prosseguirá com a seguinte pauta básica:

- a) rubricar, no fecho, sem abri-los, os Invólucros nº 2 e nº 4, que permanecerão fechados sob a guarda e responsabilidade da Comissão Especial de Licitação, e separá-los dos Invólucros nº 1 e nº 3;
- b) retirar e rubricar o conteúdo dos Invólucros nº 1;
- c) abrir os Invólucros nº 3 e rubricar seu conteúdo;
- d) colocar à disposição dos representantes das licitantes, para exame, os documentos que constituem os Invólucros nº 1 e nº 3;
- e) informar que as licitantes serão convocadas para a próxima sessão pública na forma estabelecida pelo Edital.

Se, ao examinar e ou rubricar os conteúdos dos Invólucros nº 1 e nº 3, a Comissão Especial de Licitação e ou os representantes das licitantes constatarem ocorrências que possibilitem, inequivocamente, a identificação da autoria do Plano de Comunicação Publicitária, a Comissão Especial de Licitação desclassificará a licitante e ficará de posse de todos os seus invólucros até que expire o prazo para recursos relativos a essa fase.

Após abertos os Invólucros nº 1 e nº 3, as licitantes não poderão desistir de suas Propostas, a não ser por motivo justo, decorrente de fato superveniente, e aceito pela Comissão Especial de Licitação.

Se as licitantes estiverem expressamente de acordo com as decisões tomadas pela Comissão Especial de Licitação na primeira sessão, os procedimentos de licitação terão continuidade em conformidade com o previsto no edital.

Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, serão adotados os seguintes procedimentos:

a) encaminhamento, pela Comissão Especial de Licitação à Subcomissão Técnica, dos Invólucros nº 1, com as vias não identificadas do Plano de Comunicação Publicitária;

b) análise individualizada e julgamento, pela Subcomissão Técnica, das vias não identificadas do Plano de Comunicação Publicitária, de acordo com os critérios especificados neste Edital;

c) elaboração e encaminhamento, pela Subcomissão Técnica à Comissão Especial de Licitação, da ata de julgamento dos Planos de Comunicação Publicitária, de planilha com as pontuações e de justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;

d) encaminhamento, pela Comissão Especial de Licitação à Subcomissão Técnica, dos Invólucros nº 3, com a Capacidade de Atendimento, o Repertório e os Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação;

e) análise individualizada e julgamento, pela Subcomissão Técnica, da Capacidade de Atendimento, do Repertório e dos Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação, de acordo com os critérios especificados no Edital;

f) elaboração e encaminhamento, pela Subcomissão Técnica à Comissão Especial de Licitação, da ata de julgamento das Propostas referentes à Capacidade de Atendimento, ao Repertório e aos Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação, de planilha com as pontuações e de justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso.

Se alguma Proposta Técnica for desclassificada a Subcomissão Técnica atribuirá pontuação a cada quesito ou subquesito da Proposta, conforme as regras previstas neste Edital, e lançará sua pontuação em planilhas que ficarão acondicionadas em envelope fechado e rubricado no fecho pelos membros da Subcomissão Técnica, até que expire o prazo para recursos relativos a essa fase.

As planilhas previstas conterão, respectivamente, as pontuações de cada membro para cada subquesto do Plano de Comunicação Publicitária de cada licitante e as pontuações de cada membro para os quesitos Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação de cada licitante.

4.15.2 SEGUNDA SESSÃO

Após receber as atas de julgamento das Propostas Técnicas (Invólucros nº 1 e nº 3), respectivas planilhas de julgamento e demais documentos elaborados pela Subcomissão Técnica, a Comissão Especial de Licitação convocará as licitantes, na forma do Edital, para participar da segunda sessão pública, com a seguinte pauta básica:

- a) identificar os representantes das licitantes presentes e colher suas assinaturas na lista de presença;
- b) abrir os Invólucros nº 2;
- c) cotejar as vias não identificadas (Invólucro nº 1) com as vias identificadas (Invólucro nº 2) do Plano de Comunicação Publicitária, para identificação de sua autoria;
- d) elaborar planilha geral com as pontuações atribuídas a cada quesito de cada Proposta Técnica;
- e) proclamar o resultado do julgamento geral da Proposta Técnica;
- f) informar que o resultado do julgamento geral das Propostas Técnicas será publicado na forma do edital, com a indicação dos proponentes classificados e dos desclassificados, em ordem decrescente de pontuação, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto no edital.

Além das demais atribuições previstas no Edital, caberá à Subcomissão Técnica manifestar-se em caso de eventuais recursos de licitantes, relativos ao julgamento das Propostas Técnicas, se solicitado pela Comissão Especial de Licitação.

4.15.3 TERCEIRA SESSÃO

Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, a Comissão Especial de Licitação convocará as licitantes, na forma do Edital, para participar da terceira sessão pública, com a seguinte pauta básica:

a) identificar os representantes das licitantes presentes e colher suas assinaturas na lista de presença;

b) abrir os Invólucros nº 4, com a Proposta de Preços, cujos documentos serão rubricados pelos membros da Comissão Especial de Licitação e pelos representantes das licitantes presentes ou por comissão por eles indicada;

c) colocar à disposição dos representantes das licitantes, para exame, os documentos integrantes dos Invólucros nº 4;

d) analisar o cumprimento, pelas licitantes, das exigências deste Edital para a elaboração das Propostas de Preços e julgá-las de acordo com os critérios nele especificados;

e) identificar a Proposta de menor preço e dar conhecimento do resultado aos representantes das licitantes presentes;

f) efetuar com a licitante mais bem-classificada na fase da Proposta Técnica caso não tenha apresentado a Proposta de menor preço, a negociação prevista na Lei nº 8.666/1993, art. 46, § 1º, inciso II, tendo como referência a Proposta de menor preço entre as licitantes classificadas;

g) adotar procedimento idêntico, na falta de êxito na negociação mencionada na alínea precedente, sucessivamente com as demais licitantes classificadas, até a consecução de acordo para a contratação;

h) declarar vencedora do julgamento final das Propostas Técnica e de Preços a licitante mais bem-classificada na Proposta Técnica que tiver apresentado a Proposta de menor preço ou que concordar em praticar o menor preço entre as propostas apresentadas pelas licitantes classificadas;

i) informar que o resultado do julgamento da Proposta de Preço e do julgamento final das Propostas será publicado na forma do Edital, com a indicação da ordem de classificação, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto no edital.

4.15.4 QUARTA SESSÃO

Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, a Comissão Especial de Licitação convocará as licitantes, na forma do Edital, para participar da quarta sessão pública, com a seguinte pauta básica:

a) identificar os representantes das licitantes presentes e colher suas assinaturas na lista de presença;

b) receber e abrir os Invólucros nº 5, cujos documentos serão rubricados pelos membros da Comissão Especial de Licitação e pelos representantes das licitantes presentes ou por comissão por eles indicada;

c) analisar a conformidade dos Documentos de Habilitação com as condições estabelecidas neste Edital e na legislação em vigor;

d) colocar à disposição dos representantes das licitantes, para exame, os documentos integrantes dos Invólucros nº 5;

e) informar:

e1) o resultado da habilitação;

e2) que o resultado da habilitação será publicado na forma do Edital, com a indicação dos proponentes habilitados e inabilitados, abrindo-se prazo de 5 (cinco) dias úteis para interposição de recurso, conforme disposto no art. 109, I, 'a' da Lei nº 8.666/1993;

e3) que será publicado na forma do Edital o nome da licitante vencedora do procedimento licitatório, caso não tenha sido interposto recurso na fase de

habilitação, ou tenha havido a sua desistência ou, ainda, tenham sido julgados os recursos interpostos.⁴⁵

4.16 HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO

Não tendo sido interposto recurso na fase de habilitação, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados todos os recursos interpostos, será homologado resultado da licitação e concedida a adjudicação do objeto à licitante vencedora.

4.17 DIVULGAÇÃO DOS ATOS LICITATÓRIOS

A Comissão Especial de Licitação, determinará quais as decisões deverão ser divulgadas referentes ao procedimento licitatório. Entre as quais, as de publicação obrigatória no Diário Oficial da União correspondente à esfera do órgão público que realiza a licitação:

- a) nas sessões de abertura de invólucros;
- b) no Diário Oficial da União;
- c) por qualquer outro meio que permita a comprovação inequívoca do recebimento da comunicação pelas licitantes.

4.18 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Eventuais recursos referentes à presente concorrência deverão ser interpostos no prazo máximo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da

⁴⁵ Processos Licitatórios nº 373/201 e nº 23123.000285/2012-30.

lavratura da ata, em petição escrita dirigida ao Subsecretário de Assuntos Administrativos, por intermédio da Comissão Especial de Licitação, no endereço mencionado no edital. Interposto o recurso, o fato será comunicado às demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis.

Cabe recurso dos atos da Administração decorrentes da realização de licitações nos casos de: Habilitação ou inabilitação do licitante; Julgamento das propostas; Anulação ou revogação da licitação; Indeferimento de pedido de inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento; Rescisão do contrato, quando determinada por ato unilateral da Administração; Aplicação das penas de advertência, multa ou suspensão temporária.

Recebidas as impugnações, ou esgotado o prazo para tanto, a Comissão Especial de Licitação poderá reconsiderar a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, no mesmo prazo, submeter o recurso, devidamente instruído, e respectivas impugnações ao Subsecretário de Assuntos Administrativos, que decidirá em 5 (cinco) dias úteis contados de seu recebimento.

Não haverá obrigação de reconhecimento de recurso interposto fora do prazo legal ou subscrito por representante não habilitado legalmente ou não identificado no processo como representante da licitante.

4.19 RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Em regra, os contratos administrativos têm sua vigência limitada aos respectivos créditos orçamentários, com a devida observância ao princípio da anualidade do orçamento, vigorando até 31 de dezembro do exercício financeiro em que foram formalizados, independentemente do início.

Os contratos de prestação de serviços de publicidade por meio de agências de publicidade, são contratos de natureza contínua e poderão ultrapassar, a vigência dos respectivos créditos orçamentários.

Os serviços de natureza contínua, são serviços auxiliares e necessários à Administração no desempenho das respectivas atribuições. Se forem interrompidos, podem comprometer a continuidade de atividades essenciais.

Aplica-se aos contratos de prestação de serviços de publicidade, são contratos que podem se estender por mais de um exercício financeiro, para assegurar a publicidade dos atos da administração pública, preservando o interesse dos administrados para que possam acompanhar de maneira contínua e transparente os atos praticados pelo Poder Público.

A lei admite esta exceção quando o contrato for de natureza contínua, nesses casos, poderá ter sua duração prolongada por até sessenta meses, prorrogáveis por mais 12 meses, mesmo que ultrapasse a vigência dos créditos orçamentários.

Os contratos de prestação de serviços de publicidade são de natureza contínua e, se enquadram nas disposições legais do artigo 57 da Lei 8.666/93, podendo ser prorrogados a critério da Administração Pública, desde que objetivem a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses, prorrogável por mais doze meses em caráter excepcional devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior.⁴⁶

A vantagem para Administração Pública é requisito essencial para configuração de condição necessária para prorrogação do contrato. Nos casos de serviços prestados por agência de publicidade, existe a obrigatoriedade de se realizar estudos e planejamento de longo prazo das necessidades do órgão licitante, sejam promocionais ou institucionais, para que possa haver sucesso e consequentemente redução de custos.

⁴⁶ Art. 57, inciso II e § 4º da Lei 8.666/93. II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

No edital conterà o valor das despesas com o contrato pelos primeiros doze meses, e estimativa total do exercício financeiro vigente. Para prorrogação do contrato, deverá ser consignada anotações correspondentes dotações necessárias ao atendimento dos pagamentos previstos.

4.20 GARANTIA

O órgão licitante poderá exigir prestação de garantia como condição de participação em licitação pública. Para exigir, deverá fazer constar no ato convocatório. O valor da garantia não poderá exceder a 1% do custo estimado da contratação.

Cabe ao licitante optar por uma das seguintes modalidades: caução em dinheiro; títulos da dívida pública; seguro-garantia⁴⁷ ou fiança bancaria.⁴⁸

Quanto a garantia de participação, também denominada de garantia de proposta prestada em dinheiro, a devolução será feita após devidamente atualizada.⁴⁹

⁴⁷ O Seguro-garantia é uma modalidade de garantia oferecida por licitantes ou contratados, por meio de empresa seguradora, para assegurar o fiel cumprimento de obrigações assumidas em procedimentos licitatórios e em contratos celebrados pela Administração Pública.

⁴⁸ A Fiança Bancária é uma modalidade de garantia oferecida por licitantes ou contratados, com a interveniência de instituição bancaria, para assegurar o fiel cumprimento de obrigações assumidas nos procedimentos licitatórios e nos contratos celebrados pela Administração Pública.

⁴⁹ É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. **Acórdão 701/2007 Plenário.**

4.17 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO

A Administração Pública pode revogar a licitação se for considerada inoportuna ou inconveniente ao interesse público, em razão de fato superveniente, mediante a devida comprovação e justificação da conduta. Poderá ainda, anular a licitação, por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Seja nos casos de revogação ou anulação, a decisão deverá ser motivada com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos. Em todas as fases do procedimento licitatório, incluindo a anulação e revogação, será permitida a manifestação do licitante. Deverá ser assegurada, antes da decisão de anulação ou revogação, o contraditório e ampla defesa.⁵⁰

O ato anulatório atinge todo o procedimento licitatório que deve ser encerrado em sua totalidade. Havendo uma nulidade insanável no procedimento, teremos um contrato nulo.

Caso seja uma nulidade sanável, isto é, um ato defeituoso que não seja prejudicial ou que não cause danos, ao interesse público e prejuízos a terceiros, caberá a Administração Pública, se assim decidir realizar a convalidação do ato.

O procedimento licitatório anulado por uma ilegalidade, não causa ao licitante contratado o dever de indenizar.

A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

⁵⁰ Lei 8.666/93 §3º do Art. 49. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.⁵¹

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁵²

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.⁵³

A Administração Pública que interromper um contrato por vício ou nulidade do contrato, tem o dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada a anulação e além de outros prejuízos regularmente comprovados. Porém, o dever de indenizar não será aplicável se o contratado tiver dado causa ao ato ilegal. Deverá a Administração apurar a responsabilidade de quem deu causa ao vício.

⁵¹ Art. 59, Parágrafo único da Lei Geral de Licitações.

⁵² Súmula 473 do STF.

⁵³ Súmula 346 do STF.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O procedimento licitatório no Brasil objetiva a garantia e preservação da isonomia para quem deseja contratar com o Poder Público. Todo o procedimento tem sua fundamentação nos princípios trazidos na Constituição Federal e na Lei Geral de Licitações. O procedimento licitatório só pode alcançar seu fim, se de fato sua essência estiver principiológica for aplicada, ponderada, filtrada, focada no objetivo a que se persegue.

Pretendeu-se sintetizar de forma metódica a necessidade da observância e vinculação que se submete desde a Administração Pública e todos os interessados, participantes ou não do procedimento licitatório. Pretendeu-se esclarecer o dever de todos, na participação de questões de interesse público, sejam os órgãos ou entes, o próprio administrador de modo particular em exercício de suas funções, seja a sociedade fiscalizando os atos e colaborando com a observância da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e isonomia.

Intenta-se com o exposto, contribuir e auxiliar em questões cuja interpretação do texto legal, enseje reflexão de princípios do procedimento licitatório, evitando-se vícios procedimentais, prejuízos e irregularidades.

A legislação existente ou conteúdo jurídico legal do procedimento licitatório, quando aplicado de modo individual não consegue externar por completo a raiz ou a conduta, posicionamento ou inclinação a seguir. Entretanto, observando e analisando os preceitos fundamentais com a necessária equalização dos princípios aplicáveis, o posicionamento ou a determinação, que antes podia ser questionada, se mostra clara e inequívoca. Os princípios abrangem e buscam a valorização e a credibilidade da Administração Pública, determinando como se posicionar em relação a um caso concreto, quando o próprio texto de lei não tem a conduta a ser tida de maneira expressa.

Toda a eficácia desejada pelo alicerce legal é acentuada na prática com a existência e necessidade de previsibilidade dos atos sequenciais contidos e expressos no instrumento convocatório. Além da legislação geral e específica, deve-se cumprir os termos contidos no edital por todos envolvidos, além de conjuntamente aplicar ao procedimento licitatório os fundamentos e objetivos principiológicos para a questão.

As referências observadas quanto ao conteúdo editalício necessário para contratação de serviços de publicidade por intermédio de agência de propaganda, tiveram por fonte diversos procedimentos adotados em inúmeros processos licitatórios, observando-se também o modelo fornecido e divulgado pela Secom - Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República e legislação aplicável Lei nº 12.232/2010 e, de forma complementar, das Leis nº 4.680/1965 e nº 8.666/1993. Ressalta-se que tais referências deverão ser adaptadas conforme as necessidades de cada órgão ou entidade, observando-se as expressas disposições legais e normativas que regem a matéria.

Recomenda-se por fim, a interação da sociedade para fiscalizar os atos daqueles que tem a comissão de realizar o procedimento licitatório, não excetuando a necessidade da conferência dos serviços prestados, publicitando de forma ampla e acessível todos os atos e conseqüentemente reunindo grande número de pessoas, participantes e fiscalizadoras evitando desvios e irregularidades.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18/02/2014.

BRASIL. **Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 jun., 1993; republicado e retificado em 6 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 18/02/2014.

BRASIL. **Lei n.º 12.232 de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em 18/02/2014.

BRASIL. **Lei n.º 4.680 de 18 de junho de 1965**. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 18 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4680.htm>. Acesso em 18/02/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed., de acordo com as Emendas Constitucionais 84, de 2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2002.

LICITAÇÕES E CONTRATOS: **Orientações e Jurisprudência do TCU** 4. ed, Brasília, TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

MIRANDA, Gustavo Senna. Corrupção pública: uma pandemia nacional. **CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público**, Brasília, DF, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/521-corrupcao-publica-uma-pandemia-nacional.html>>. Acesso em 01 setembro 2016.

João Paulo Cunha e Marcos Valério são considerados culpados pelo relator do "mensalão". **Agência Brasil**, Brasília, DF, 16 de agosto de 2012. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2012/08/joao-paulo-cunha-e-marcos-valerio-sao-considerados-culpados-pelo-relator>>. Acesso em 1 de setembro de 2016.

Propinas investigadas pela Lava Jato chegam a R\$ 10 bilhões, diz procurador. Empresa Brasil de Comunicação. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 09, outubro de 2015. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/10/propinas-investigadas-pela-lava-jato-chegam-r-10-bilhoes-diz-procurador>>. Acesso em 1 de setembro de 2016.