



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo n° 64069796

À SECOM,

No exercício da competência delegada por intermédio da Portaria PGE n° 056-S/2003 e tendo em vista o pedido de análise em caráter de urgência, avoco os presentes autos sem a prévia manifestação da Procuradoria de Consultoria Administrativa e passo a me manifestar sobre a matéria nele versada, com auxílio do Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Informações Jurídicas, Dr. Rodrigo Francisco de Paula.

1. Trata-se de análise da minuta de edital licitação, na modalidade concorrência, do tipo melhor técnica, cujo escopo é a contratação, por intermédio da SECOM, de agências de publicidade e propaganda, empresa especializada na prestação de serviços técnicos de projetos de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos e instituições da Administração Estadual - Espírito Santo, compreendendo o estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão de execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação.

A solicitação do serviço (fl. 01) foi instruída com detalhada justificativa (fls. 02/03) e o projeto básico, produzido pela própria SECOM, foi acostado às fls. 04/24, com aprovação expressa da autoridade competente.

Às fls. 26/63 foram acostados aos autos os quadros de detalhamento de despesa referentes a cada órgão e entidade da Administração Estadual, à exceção do BANDES e do BANESTES, seguidos de ofícios com a indicação discriminada da fonte de

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

recursos para atender a despesa e a declaração de que trata o art. 16, inc. II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 64/182).

Os autos estão instruídos, ainda, com **(i)** Parecer Jurídico da Zênite Consultoria sobre a possibilidade de coexistirem duas comissões de licitação num mesmo procedimento licitatório (fls. 184/188); **(ii)** Parecer/Consulta TC-014/2003 (fls. 189/215), do E. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, sobre os critérios a serem adotados para a composição especial de licitação, a competência para a nomeação da comissão, bem como sobre a possibilidade de servidores, não pertencentes ao quadro de pessoal da entidade responsável pela licitação, integrarem a comissão, mesmo quando ocupantes de cargos de provimento em comissão; **(iii)** comprovante de publicação do ato de designação dos membros da comissão administrativa especial de licitação (fl. 217); **(iv)** a Tabela Referencial de Custos do Sindicato das Agências de Propaganda do Espírito Santo - SINAPRO-ES (fls. 219/231).

Providenciada a coleta de preços (fls. 233/241), foi organizado um mapa comparativo com as propostas de 03 (três) agências de publicidade, organizadas em 04 (quatro) itens: **(i)** desconto, em percentual, sobre os custos internos, baseados na Tabela Referencial do SINAPRO-ES; **(ii)** honorário, em percentual, incidente sobre o custo dos serviços e suprimentos externos **orçados junto a fornecedores especializados, selecionados pela agência ou indicados pela contratante, quando não geram veiculação;** **(iii)** honorário, em percentual, incidente sobre o custo dos serviços e suprimentos externos **orçados junto a fornecedores especializados, selecionados pela agência ou indicados pela contratante, quando geram veiculação;** **(iv)**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

repassse ao contratante, em percentual, do desconto obtido sobre o preço de tabela ou pelo valor total efetivamente negociado com veículo de comunicação na intermediação da contratação de espaço/tempo publicitário.

Justificou-se, às fls. 242/243, a escolha da modalidade concorrência, pelo tipo melhor técnica, sob o argumento de que se pretende *"contratar empresa definida como 'tecnicamente mais capacitada', aliado aos maiores descontos possíveis"*.

A autoridade competente declarou, à fl. 244, o cumprimento dos incs. I e II do art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, indicando a fonte discriminada de recursos para atender a despesa (fl. 245).

A minuta do edital de licitação foi, então, acostada às fls. 246/324, dividindo-se o objeto da licitação em 05 (cinco) lotes, conforme a natureza dos serviços a serem contratados: **(i)** lote 01: publicidade institucional; **(ii)** lote 02: prestação de contas; **(iii)** lotes 03 e 04: publicidade de utilidade pública e publicidade institucional; **(iv)** lote 05: publicidade mercadológica.

Os autos foram, então, encaminhados à PGE, pelo que se passa à análise solicitada.

2. Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que a análise da PGE sobre as minutas dos editais de licitação restringe-se ao exame de seus aspectos jurídicos, cabendo à autoridade competente a avaliação da conveniência e oportunidade da realização do certame, na ocasião em que determina a abertura do procedimento licitatório (art. 38, caput, da Lei Federal nº 8.666/93).

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

3. Quanto ao exame da regularidade do procedimento administrativo até aqui, convém ressaltar, quanto ao objeto da licitação, que se trata de concorrência para a contratação de serviços de "publicidade" (ou "propaganda"), de acordo com o conceito fixado no art. 3º da Lei Federal nº 4.680/65, executado por pessoa *"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 idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público"*.

Já o art. 2º do Decreto Federal nº 57.690/66 - que regulamenta a Lei Federal nº 4.680/65 - identifica a publicidade como uma *"forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado"*.

Assim, o objeto da licitação se enquadra na definição de "serviço" do art. 6º, inc. II, da Lei Federal nº 8.666/93, figurando a Administração como anunciante, contratante do serviço publicitário, sendo que a modelagem da contratação, atualmente, encontra-se regulamentados pela Lei Federal n.º 12.232/12.

Nos contratos administrativos que têm por objeto a prestação de serviços de publicidade e propaganda, as agências contratadas também são remuneradas, geralmente, através de valores recebidos segundo tabela referencial organizada por entidade representativa da classe (no caso, o sindicato das agências de propaganda), para remuneração dos custos internos, além de

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

outras formas de remuneração, calculada sobre o custo dos serviços externos e das veiculações.

Tais valores também são estipulados na tabela referencial segundo valores fixos estabelecidos para os custos internos e percentuais incidentes sobre os custos dos serviços/suprimentos externos orçados junto a fornecedores especializados e sobre o preço de tabela ou o valor efetivamente negociado com veículo de comunicação na intermediação da contratação de espaço/tempo publicitário.

Como se sabe, antes da edição da Lei Federal nº 12.232/12, em ampla investigação sobre a legalidade das licitações e contratos de prestação de serviços de publicidade e propaganda, o TCU encontrou falhas e irregularidades que podem ser assim relacionadas: objeto múltiplo e/ou indeterminado, ausência de projeto básico e orçamento detalhados; regime ilegal de execução do contrato; adjudicação de um mesmo objeto a várias agências; ausência de repasse para a Administração de bonificação de volume (BV); prorrogação de contratos não-respalhada por análise técnica; falhas de controle quanto à realização das despesas (cf. Acórdão nº 2062/06, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 08.11.2006).

No que interessa mais de perto aqui, cabe destacar os motivos que levaram o TCU a considerar ilegal o regime de execução de vários contratos de prestação de serviços de publicidade e propaganda.

É que se estabelecia, nos referidos contratos, um regime de "administração contratada", em que uma parcela expressiva da

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

remuneração da agência contratada se dava através de um percentual sobre o custo dos serviços subcontratados:

Na prática, "o que ocorreu, de fato, foi uma contratação fundamentada em um regime denominado 'administração contratada'", onde, segundo Di Pietro: 'a Administração defere a terceiro a incumbência de orientar e superintender a execução de obra ou serviço, mediante pagamento de importância proporcional ao seu custo total'. Destaca-se, porém, que o instituto da 'administração contratada', que outrora já havia sido adotado pelo Direito brasileiro, na vigência do Decreto-lei n.º 2.300/86, não mais perdura no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista o veto presidencial apostado à alínea 'c' do inciso VIII do art. 6º da Lei n.º 8.666/93".

Ainda no mesmo sentido, Marçal Justen Filho, in 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 5ª ed., Dialética, p. 97, acrescenta:

'A diferença entre empreitada e administração contratada reside na determinação do preço. Na empreitada, o preço é fixado de antemão (seja global, seja unitário). **Na administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado.** A administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão. Logo, o lucro do particular é certo, ainda que delimitado. Corresponderá ao valor da comissão. Na empreitada, o lucro é incerto e variável. Corresponderá à diferença entre as despesas do particular e o valor recebido. Se o particular lograr reduzir suas despesas, aumentará seu lucro.

É, justamente, esse regime de execução indireta que fora objeto de veto presidencial, na ocasião do sancionamento da Lei n.º 8.666/93. Reputou-se, ao efetivar o veto, que o regime de administração contratada importaria risco de potenciais prejuízos ao interesse público. **O particular seria incentivado a ampliar o custo da obra ou do serviço, porque isso acarretaria aumento da própria remuneração.** Ademais, o regime de administração contratada não permite uma delimitação prévia precisa acerca dos custos do contrato. A Administração desembolsará os montantes que vierem a se fazer necessários. Portanto, poderão ser estimados os custos, dentro de certos parâmetros, os quais nunca serão exatos e rigorosamente determinados. **Sob esse ângulo, o regime da administração contratada apresenta certa incompatibilidade com o princípio de**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo **Procuradoria Geral do Estado**

que a contratação dependerá de rigorosa estimativa de custo. No entanto, o Congresso insistiu na manutenção da figura, que voltou a ser objeto de veto por ocasião do sancionamento da Lei nº 8.883/93.' (grifo nosso)

Nos contratos em questão, observa-se que salvo a existência de uma estimativa dos valores totais dos serviços a serem prestados, durante um determinado período de tempo, todas as demais características dos instrumentos contratuais poderiam ser enquadradas no regime de 'administração contratada'.

Segundo apontado pelo TCU, a ilegalidade desse regime de execução contratual decorre da insanável contradição estabelecida entre os interesses das partes contratantes: enquanto para a Administração interessaria a obtenção dos menores preços na subcontratação, já que seu objetivo seria obter a prestação do serviço pelo menor preço, para a agência contratada quanto maiores os preços da subcontratação, maior a sua remuneração.

Isso não significa que o TCU tenha determinado, nos contratos de prestação de serviços de publicidade e propaganda, que fosse abolida a figura da subcontratação e, por conseguinte, da remuneração da agência contratada com base em percentual do custo dos serviços subcontratados.

Até porque o mercado adota tal forma de remuneração para os serviços publicitários, nas relações estabelecidas entre o anunciante (ou cliente), a agência, os produtores de conteúdo e os veículos de mídia, sendo certo que a Administração não pode, simplesmente, pretender desconsiderar essa dada da realidade.

O que se mostra necessário é, preservando-se as características próprias do mercado publicitário, cuidar para que nas contratações sejam observadas normas que regem as licitações e os contratos administrativos.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Assim, a recomendação explícita do TCU foi no sentido de que fossem estabelecidos mecanismos adequados para se lidar com as especificidades do mercado publicitário, apontando, dentre outras coisas, a necessidade de adoção das seguintes providências:

9.1.3.6. sejam implantados mecanismos efetivos de controle, no âmbito da Administração Pública Federal, em cumprimento ao que dispõem o artigo 63 da Lei 4.320/1964 e o artigo 55, § 3º, da Lei 8.666/1993, para comprovar a execução dos serviços, inclusive com:

9.1.3.6.1. controle das inserções de veiculações;

9.1.3.6.2. exigência de comprovação da execução de serviços subcontratados;

9.1.3.6.3. verificação da validade das três propostas apresentadas como condição para subcontratação de serviços;

9.1.3.6.4. verificação da adequação dos preços subcontratados em relação aos de mercado;

9.1.3.6.5. cumprimento de cláusulas contratuais relativas aos percentuais devidos às agências e às condições da subcontratação;

9.1.3.6.7. as minutas dos contratos contenham cláusulas que:

9.1.3.6.7.1. exijam das agências de publicidade contratadas a realização de negociações com veículos de comunicação e com fornecedores, com vistas à obtenção de descontos e bônus em função do volume de recursos despendido, prevendo a obrigatoriedade de participação de representante da Administração Pública nessas negociações;

9.1.3.6.7.2. vedem a subcontratação de serviços afetos à criação/concepção das ações de publicidade;

Para regulamentar a contratação de serviços de publicidade e propaganda, à luz das especificidades levantadas pelo TCU, veio a edição da já mencionada Lei Federal nº 12.232/10, que deve ser aplicada conjuntamente com a Lei Federal nº 8.666/93.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Assim, a modelagem econômico-financeira da contratação - **que deve ser, obviamente, analisada pela SECONT** -, precisa estar em consonância com os parâmetros acima indicados.

No que diz respeito aos aspectos jurídicos, a modalidade de licitação - "concorrência" - foi escolhida respeitando-se o disposto no art. 23, inc. II, "c", da Lei Federal nº 8.666/93, ao passo que o tipo - "melhor técnica" - está em consonância com a norma geral do art. 46, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, e com a norma específica do art. 5º, *caput*, da Lei Federal nº 12.232/10, uma vez que os serviços a serem contratados são de natureza predominantemente intelectual, por envolverem não só a execução da propaganda, mas o seu estudo e concepção, de acordo com a arte e a técnica publicitária.

Em relação à minuta do edital, algumas recomendações merecem ser feitas.

A divisão do objeto da licitação em lotes deve ser melhor justificada, em atenção ao art. 23, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, porque precisa ser identificada não só a viabilidade técnica e econômica da divisão, mas, principalmente, a sua vantajosidade.

No **preâmbulo do edital** e na **Cláusula Segunda da minuta do contrato** (Anexo XII), é necessário acertar o regime de execução, porque não existe a "empreitada por lote": sendo a forma de execução indireta, a empreitada ou é "por preço global", "por preço unitário" ou "integral", nos termos do art. 6º, inc. VII, "a", "b" e "d", da Lei Federal nº 8.666/93.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

No **item 3.3** do edital e no **item 4.3 da Cláusula Quarta** da minuta do contrato, prevê-se um prazo de vigência contratual diferente daquele previsto no projeto básico, em que se limitou a possibilidade de prorrogação ao prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses. **Tal contradição deve ser sanada.**

No **item 4.1** do edital, prevê-se, como exigência de qualificação técnica da licitante, o comprovante de registro no sindicato das agências de propaganda de sua base territorial ou na Associação Brasileira de Agências de Publicidade - ABAP, apontando-se, como fundamento, o art. 30, inc. I, da Lei Federal nº 8.666/93.

Todavia, o que prevê o referido dispositivo legal, como exigência de qualificação técnica, é o registro ou inscrição na entidade profissional competente, no caso do exercício de profissões regulamentadas. Somente se houver previsão em lei determinando que o exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão dependa do atendimento de determinados requisitos, nos termos do art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal, é que se pode falar no exercício de profissão regulamentada. Nesses casos, atribui-se, na lei, a fiscalização do exercício da profissão a uma entidade profissional.

Tratando-se da prestação de serviços de publicidade e propaganda, a exigência que existe na lei (art. 4º, caput, da Lei Federal 12.232/10) é que as agências de propaganda, ao exercerem as atividades disciplinadas na Lei nº 4.680/65, obtenham o certificado de qualificação técnica de funcionamento expedido pelo Conselho Executivo de Normas Padrão - COENP, sujeitando-se ao cumprimento das Normas-padrão da Atividade Publicitária.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Essa exigência, inclusive, já se encontra prevista no item 4.3 do edital.

Não há - e nem poderia haver - previsão na lei determinando, como requisito para o exercício da profissão de publicitário ou agenciador de propaganda, o comprovante de registro no sindicato das agências de propaganda de sua base territorial ou na Associação Brasileira de Agências de Publicidade - ABAP.

Afinal, tanto a liberdade de associação sindical quanto a liberdade de associação em geral proscurem a obrigatoriedade de registro em entidade sindical ou entidade associativa, seja porque *"ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato"* (art. 8º, inc. V, da Constituição Federal), seja porque *"ninguém será poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"* (art. 5º, inc. XX, da Constituição Federal).

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo editou a Súmula 18: *"em procedimento licitatório, é vedada a exigência de comprovação de filiação a Sindicato ou a Associação de Classe, como condição de participação"* (Processo TCA - 29.268/026/05, Rel. Claudio Ferraz de Alvarenga, publicado em 21.12.2005).

Assim, **deve ser excluído do edital o item 4.1**, acertando-se a redação do item 7.21.2 (que prevê a entrega do documento constante do referido item no Envelope "E" - **HABILITAÇÃO**).

Quanto ao item 5.1, (reproduzido na Cláusula Nona da minuta do contrato - Anexo XII), prevendo-se a graduação para fins de

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

aplicação de multa compensatória, como sanção administrativa, trata-se de iniciativa louvável, que prestigia a proporcionalidade, erigida como princípio do direito administrativo sancionador.¹

O item 7.21.1.2 do edital está com redação confusa. Deve-se adotar, com adaptações, a redação sugerida nas minutas padronizadas pela PGE:

7.21.1.2 - Os licitantes cadastrados no CRC/ES poderão deixar de apresentar a documentação exigida no item 7.21.1.1;

a) somente serão dispensados os documentos exigidos nas alíneas "c" a "i" do item 7.21.1.1 que se encontrarem dentro do prazo de sua validade;

b) caso algum documento apresentado junto ao CRC/ES já esteja vencido, esse deverá ser apresentado junto à Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM para fins de comprovar sua regularidade habilitatória;

c) o cadastro no CRC/ES não exime os interessados de apresentar a documentação relativa à qualificação técnica (item 4) e econômico-financeira complementares (alínea "l" do item 7.21.1.1) exigidas, salvo se previamente encaminhada ao Núcleo de Cadastro e devidamente cadastrada;

d) em todo o caso, fica o licitante - cadastrado ou habilitado parcialmente - obrigado a declarar, sob as penalidades legais, a eventual ocorrência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação;

e) Declarando o licitante que possui cadastro no CRC/ES, competirá a Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM verificar a veracidade da afirmação por meio de consulta ao referido Sistema, devendo ser juntados aos autos os comprovantes da consulta.

1 "Em seu sentido estrito, o princípio da proporcionalidade veda a imposição de sanções administrativas excessivas e desproporcionais à situação fática que serve de motivo para a imposição da punição. É preciso que a competência punitiva seja exercida na 'justa medida', utilizando-se novamente a expressão de Gomes Canotilho. A insentidade da sanção administrativa deve corresponder à gravidade da conduta ilícita praticada pelo infrator: quanto mais grave a conduta, mais intensa deve ser a sanção" (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 173-174).

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br - Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2012.02.000739



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

346
①

Especificamente no que diz respeito à exigência de prova do capital social registrado e integralizado ou de patrimônio líquido (**alínea "1" do item 7.21.1.1 do edital**), o fundamento está no art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, **recomendando-se, contudo, a apresentação de justificativa que respalde a exigência, a ser analisada pela SECONT.**

No mesmo sentido, no **item 17.2** do edital há previsão da exigência de garantia de execução contratual equivalente a 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) do valor global da contratação, com fundamento no art. 56 da Lei Federal nº 8.666/93, **tratando-se, igualmente, de questão econômico-financeira que merece ser analisada pela SECONT.**

Por outro lado, quanto à possibilidade de se instituir duas comissões especiais de licitação para atuar no procedimento licitatório, há determinação expressa no art. 10 da Lei Federal nº 12.232/10, no sentido de que a análise e julgamento das propostas técnicas devem ser feitas por subcomissão técnica, consoante previsto no item 8.4.4 do edital.

Vale ressaltar, desde logo, que no referido item do edital, ora a subcomissão técnica é designada de "Comissão Técnica Especial de Licitação" (itens 8.4.5 e 8.4.6), ora de "Subcomissão Técnica" (itens 8.5 a 8.10). Contudo, **deve haver uma uniformização na designação dessa subcomissão técnica.**

Pelo mesmo motivo, no **item 7.21.1.1**, deve-se substituir a expressão "Comissão e Licitação" por "Comissão Administrativa Especial de Licitação - CAEL/SECOM", para se manter uniformidade.

① NH



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Além disso, as manifestações tanto da Consultoria da Zênite quanto do TCEES, juntadas às fls. 184/215, anteriores ao advento da Lei Federal nº 12.232/10, devem ser compreendidas à luz do novo marco regulatório estabelecido para a contratação de serviços de publicidade e propaganda.

Com efeito, não há exigência de que apenas uma única comissão de licitação reja o procedimento de licitação, desde que fiquem bem clara a competência que se delegará a cada uma delas, para se evitar conflito de atribuições, como ocorre, por força de lei, na contratação de serviços de propaganda e publicidade, solução que, de resto, já vinha sendo admitida pela doutrina.²

Assim, **deve ser observada a regra do art. 10, § 3º, da Lei Federal nº 12.232/10, para a escolha dos membros e composição da subcomissão técnica**, considerando que o valor estimado da contratação é superior a R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais).

Por fim, em aplicação analógica do art. 32, par. ún., do Decreto Estadual nº 2.458-R/10, **os autos deverão ser encaminhados à SECONT para análise dos aspectos econômico-financeiros da contratação, devendo se pronunciar expressamente sobre as questões de sua competência aqui levantadas.**

4. Do exposto, desde que atendidas as recomendações acima indicadas, mostra-se possível a deflagração da licitação.

2 "Admite-se que a comissão que aprecia a presença dos requisitos para habilitação seja distinta daquela que julga as propostas. A lei alude a 'comissão', o que não conduz à conclusão da impossibilidade de múltiplas comissões deliberarem acerca das diversas etapas da licitação" (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 1998. p. 457).



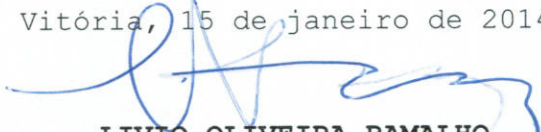
Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

O edital definitivo deverá ser devidamente preenchido, datado e assinado, antes de sua regular divulgação, devendo ser respeitado, entre a publicação do aviso de licitação - na imprensa oficial e em jornal de grande circulação local (art. 21, incs. II e III, "b", da Lei Federal nº 8.666/93) - e a data de recebimento das propostas, o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 21, § 2º, inc. I, "b", da Lei Federal nº 8.666/93).

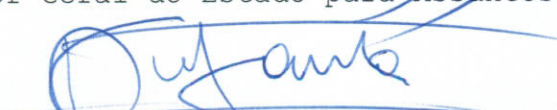
Após o cumprimento das diligências aqui solicitadas será desnecessário o retorno dos autos para nova análise conclusiva.

A teor do que estabelece o art. 5º, § 1º, do Decreto Estadual nº 1.939/07, a SECOM poderá deixar de remeter os autos à PGE ao tempo da celebração do ajuste com o licitante vencedor do certame, desde que restem cumpridas todas as diligências apontadas nesta manifestação e desde que sejam preenchidos os requisitos previstos no art. 4º, § 1º, do Decreto Estadual nº 1.939/07, a saber: disputa transcorrida sem qualquer impugnação ou recurso dos particulares e sem a ocorrência de qualquer óbice apontado pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública.

Vitória, 15 de janeiro de 2014.


LIVIO OLIVEIRA RAMALHO

Subprocurador Geral do Estado para Assuntos Jurídicos


RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Informações Jurídicas