



MANIFESTAÇÃO TÉCNICA - CONT/SECONT Nº 024/2014

PROCESSO Nº:	64069796
ORGÃO/ ENTIDADE:	Superintendência Estadual de Comunicação Social - SECOM
OBJETO:	Análise de licitação, na modalidade concorrência, tipo melhor técnica, para contratação 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 estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão de execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meio de divulgação.
VALOR ESTIMADO:	R\$ 61.820.000,00

Exmo. Sr.  
Subsecretário de Estado de Controle,

**CONTEXTUALIZAÇÃO**

Versam os autos sobre análise do procedimento licitatório, na modalidade concorrência, do tipo melhor técnica, para contratação 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 estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão de execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meio de divulgação.

A Minuta de Edital apresenta a divisão do objeto em 05 lotes (lote 01 – publicidade institucional – total: R\$ 17.160.000,00; lote 02 – prestação de contas – total: R\$ 14.000.000,00; lote 03 – publicidade utilidade pública e publicidade institucional – total: R\$ 12.695.000,00; lote 04 – publicidade utilidade pública e publicidade institucional – total: R\$ 12.115.000,00; e lote 05 – publicidade mercadológica – total: R\$ 5.850.000,00), totalizando o valor global de R\$ 61.820.000,00.



Os autos foram encaminhados a esta Secretaria pela SECOM, por meio de despacho à fl. 351, para conhecimento e análise.

## ANÁLISE

Vale frisar que a base das conclusões desta manifestação são as informações lançadas nos autos pelos agentes públicos que aqui se manifestaram, as quais se revestem, para os efeitos desta análise, dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Considerando a competência legal da SECONT prevista na Lei Complementar nº 295/2004, a análise compreenderá a regularidade da fase interna ou preparatória, na forma dos normativos, da jurisprudência e das boas práticas administrativas consentâneas com os princípios aplicáveis à administração pública, tendo em vista, principalmente os parâmetros de controle decorrentes da Lei 8.666/1993 e Lei nº 12.232/2010. Assim, passamos à análise.

Podemos conferir que a instrução processual contemplou os seguintes documentos e informações básicas inerentes ao procedimento licitatório em tela:

- I. Solicitação inicial e justificativa da contratação (fls. 01/03);
- II. Projeto Básico (fls. 04/24)
- III. Quadro de detalhamento de despesa – exercício de 2014 (fls. 025/063 e fls. 244/245);
- IV. Declaração orçamentária e de atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal dos órgãos participantes da contratação (fls. 064/182)
- V. Portaria de designação da Comissão Administrativa Especial de Licitação da SECOM, com a finalidade para contratar empresa para prestação de serviços de publicidade do Governo do Estado (fl. 217);
- VI. Tabelas de preços do Sindicato das Agências de Propaganda – SINAPRO/ES (fls. 219/231);
- VII. Pesquisa de preços (fls. 232/240);
- VIII. Mapa comparativo de preços (fl. 241);
- IX. Justificativa para licitação do tipo “melhor técnica” (fls. 242/243);
- X. Minuta do Edital de Pregão Eletrônico (fls. 246/324 e 327/335);
- XI. Parecer da Procuradoria Geral do Estado (fls. 334/348), aprovado à fl.350;
- XII. Encaminhamento à SECONT (fl.351).



Nas declarações orçamentária de alguns órgãos, observamos valores inexistente ou igual a zero. Diante dessa situação, recomendamos que seja apresentada aos autos, antes da abertura do certame, a dotação orçamentária, conforme indicada no edital, dos órgãos que deixaram de apresentá-la, em cumprimento ao art. 14 da Lei 8666/93.

Ademais, não consta dos autos a declaração orçamentária e de atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal da SEAMA, participante do edital. Falta que deverá ser suprida, antes da publicação da abertura licitação, para que o referido órgão seja participante.

Analisado o edital, observamos algumas inconsistências, as quais merecem nossa atenção, assim, apresentamos algumas considerações e recomendações que merecem destaque.

Como sabido, o edital encontra-se dividido em 05 lotes. No entanto, não encontramos qualquer justificativo ou critérios que demonstrem ser esta a forma mais vantajosa e competitiva para o certame.

Atenta-se para o entendimento do C. Tribunal de Contas da União sobre o tema, trazido por meio do Informativo nº 157, que afirma:

**“A opção de se licitar por lote de itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem dos agrupamentos adotados, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993.”**

Deste modo, para uma melhor instrução processual, recomendamos que o órgão consulente apresente justificativa para a divisão dos lotes, expondo os motivos que levaram a opção da divisão em cinco lotes, não em seis ou quatro, objetivando trazer clareza e transparência na instrução processual.

Com relação ao item 5.4 do edital (correspondente à cláusula 9.2 da minuta contratual), alertamos para o disposto no § 3º do art. 86 e § 1º do art. 87, o qual preleciona que a multa só poderá ser descontada do pagamento devido à contratada, após esgotada a garantia contratual.

A legislação pátria prevê expressamente a possibilidade de retenção de pagamento nos contratos administrativos apenas na hipótese de rescisão unilateral do contrato, até o limite dos eventuais prejuízos causados à Administração. É o que se depreende do art. 80, inciso IV, cumulado com art. 79, inciso I, ambos da Lei n. 8.666/93.



A luz do exposto, recomendamos a correção do item 5.4 e do edital e 9.2 do contrato, para que conste em sua redação que se a multa eventualmente aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

Quanto às hipóteses de desclassificação das propostas das licitantes, observamos que o item 9.4.3 diz que será desclassificada a proposta que “*apresentar percentual de desconto superior a 50% (cinquenta por cento) sobre...*” (grifo nosso).

A imposição de valores mínimos para as propostas de preços configura limitação indevida à possibilidade de competição e violação dos princípios da eficiência e economicidade, podendo causar prejuízos aos cofres públicos.

Nesse contexto, salvo melhor juízo, o item (9.4.3) deveria se basear na pesquisa de preços realizada pela SECOM (às fls. 232/240), que apresentou alguns valores de desconto apresentadas por empresas consultadas, resultando num desconto médio e trazendo o limite mínimo de desconto que as licitantes deveriam apresentar.

Portanto, recomendamos a correção do item 9.4.3 do edital, para que conste em sua redação os descontos mínimos que a licitantes deverão apresentar, baseando-se na pesquisa de preços realizada pelo órgão.

Outro ponto que merece destaque é o reajuste contratual previsto no item 11.2.1 do edital (e 7.12.5 do contrato).

Lembramos que para a realização do reajuste, em cumprimento a Lei 10.192/2001, só é permitido após passados 12 meses da data limite para apresentação da proposta, sendo necessário que haja critérios claros para sua aplicação, bem como deve corresponder o forma de remuneratória contratual.

Observamos que o edital/contrato prevê quatro formas de remuneração à contratada, quais sejam:

- a) percentual de desconto sobre os custos internos baseados na tabela de preços do SINAPRO/ES;
- b) percentual de honorários incidente sobre custos dos serviços e suprimentos externos orçados junto a fornecedores especializados, quando não geram veiculação;
- c) percentual de honorários incidente sobre custos dos serviços e suprimentos externos orçados junto a fornecedores especializados, quando geram veiculação;



- d) e percentual de honorários incidente sobre o valor original de direitos autorais de obras consagradas, incorporadas e peças publicitárias, a ser pago pelo Governo do Estado do ES aos detentores destes direitos, na reutilização das peças.

Sobrevém que foi previsto no edital/contrato o reajuste por índice (IGP-DI), o qual entendemos ser incompatível com a forma de pagamento por percentual. Uma vez que, o percentual de desconto sobre a tabela SINAPRO/ES será um percentual fixo e a tabela é corrigida anualmente por critérios do próprio Sindicato. Temos ainda, que os honorários sobre custos de serviços serão fixos, mas os valores dos serviços são os de mercado da época em que ocorrerem.

Desta forma, como se trata de contratação sem valor fixo, e sim de pagamento por percentuais sobre valores atualizados, recomendamos a exclusão da previsão de reajuste do edital/contrato.

Observamos também, que o item 12.1 do edital, vincula o pagamento à contratada a conta corrente no BANESTES. Ocorre que o Decreto nº 3397-R, de 26 de setembro de 2013, que dispõe sobre pagamentos de bens e serviços prestados ao Estado, regulamentando que a Administração deverá incluir em seus contratos a exclusividade do pagamento no BANESTES, traz em seu art. 3º<sup>1</sup> a ressalva desta cláusula aos contratados que não tenham domicílio no Estado do Espírito Santo.

Nesses moldes, recomendamos inserir no item 12.1 a ressalva disposto no art. 3º do Decreto nº 3397-R/2013.

Quanto a exigência no edital de prova do capital social registrado e integralizado (item 7.21.1.1 "I"), cumulada com a apresentação de garantia contratual (17.2) e com o índice de liquidez corrente (Anexo XI), passamos a tecer os alguns comentários.

Entendemos que a cumulação desses requisitos trará restrição indevida à participação de interessados no certame, pois contraria o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, uma vez que excedem às condições mínimas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, ferindo o princípio da isonomia.

Vale trazer a baila precedentes publicados na Revista do TCEMG, quais sejam:

“Representação. **Exigência de capital mínimo integralizado.** “A Lei de Licitações **não exige capital social mínimo integralizado, o que impede**

<sup>1</sup> Decreto 3397-R/2013 – Art. 3º Será dispensada a exigência de abertura de conta de depósito no BANESTES e o pagamento exclusivo nessa instituição financeira, nos moldes dos Art.s 1º e 2º, dos contratados que não tenham domicílio no Estado do Espírito Santo.





**a Administração, mesmo no uso de seu poder discricionário, de exigilo.** Nesse mesmo sentido, tem apontado a jurisprudência pátria, como se depreende no seguinte julgado: '(...) Fixação de capital mínimo integralizado, à guisa de prova de capacidade financeira. Relacionamento com o momento do certame e não com instantes prefixados em demasia inútil. Exclusão anti-isonômica de interessados no certame. Resultado antagônico à finalidade da licitação' (Apelação em Mandado de Segurança n. 101.692 – PE (3498344), DJ 28/6/84)". (Representação n.º 712424. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 13/05/2008) (g.n.)

"Representação. **Caráter alternativo dos elementos de comprovação da qualificação econômico-financeira.** "(...) ante o disposto no §2.º do art. 31 da Lei de Licitações, observa-se que a Administração 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, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. **Assim, a Administração poderá estabelecer a exigência de comprovação limitada a um dos elementos previstos no parágrafo, visto que esses são alternativos e não cumulativos**". (Representação n.º 742151. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 11/12/2007) (g.n.)

"Licitação. **Não-cumulatividade dos elementos de comprovação da qualificação econômico-financeira.** "(...) a exigência contida no edital de cumulação de capital social mínimo ou patrimônio líquido e garantia de propostas contraria o art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, e ainda restringe a ampla participação. (...) **as irregularidades verificadas comprometem a isonomia do certame,** favorecendo atributos de qualificação técnico e econômico-financeira que não refletem justificativas técnicas referentes às necessidades da contratação, em afronta à legislação vigente". (Licitação n.º 703633. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 18/10/2005) (g.n.)

Outrossim, nosso C. TCE proferiu o seguinte entendimento no ACÓRDÃO TC-448/2013 - PROCESSO - TC-8120/2009 (APENSOS: TC-8121/2009 E TC-2306/2010), vejamos:

"(...)

**Item 01 – EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO:**

Primeiramente, insta observar que o art. 31, § 2º e 3º, da Lei 8.666/93, o qual regulamenta o art. 37, XXI, da CF/88, dispõe:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

...

§ 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.

Nesse sentido, constata-se que a lei não exige que o capital seja integralizado, como está disposto no item 12.1.11. do edital: "Comprovação de **Capital Social, integralizado**, de no mínimo 10% (dez por cento) do valor global do contrato, conforme determina a Lei nº 8666/93..."

É oportuno ressaltar que na Administração Pública vigora o princípio da legalidade na acepção de que ao agente público só é permitido fazer o que a lei prevê. Esse também é o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo, ao mencionar que "a administração pública, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei. (A atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*)".

**Sobre o tema, fixou o TCU que:**

Acórdão n. 1.871/2005-Plenário, ao analisar situação análoga, em que o órgão exigia comprovação de capital integralizado, reafirmou a jurisprudência deste Tribunal, de que são indevidas exigências de habilitação que não estejam expressamente previstas na lei. **Não se pode exigir comprovação de o capital estar integralizado, uma vez que esta exigência não consta da lei.** (grifos nossos)

Verifica-se que esse assunto não é pacífico nos Tribunais de Contas Estaduais e da União no tocante ao capital ser integralizado ou subscrito, e, também, que o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, às fls. 1027/1029, coaduna em parte com o entendimento da área técnica conclusiva em seus fundamentos ao dizer que a exigência de capital social a ser integralizado deve respeitar o mínimo de 10%, caso contrário violará a Lei 8.666/93 e, que não é correto, no caso em análise, fazer uma interpretação restritiva da lei.

Além disso, o próprio responsável Paulo Sérgio Lima Pereira afirmou que, a fim de evitar situações semelhantes em outros certames, está se **abstendo de incluir nos editais a exigência de capital social integralizado**. Dessa forma, constata-se que o responsável exige o requisito da integralização por sua vontade, e não do legislador.

**Face o exposto, a cláusula editalícia nº 12.1.11, do Pregão Presencial nº 189/2009, ao prever que o capital social seja integralizado como requisito para a participação no certame, viola a Lei nº 8.666/93, uma vez que tal exigência não encontra amparo legal.**" (destaquei)



nº 8.666/93, sem quaisquer exigências de justificativas ou outras restrições, bem assim a relação de compromissos, a qual deve ser calculada em função do patrimônio líquido atualizado, conforme dispõe o art. 31, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

...

§ 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.”

A título de sugestão, que ficará a cargo da Administração, trazemos o entendimento do C. TCU a respeito da habilitação econômico-financeira dos licitantes:

Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico-financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:

As **licitantes** deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

**Capital Circulante Líquido – CCL:**

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

**Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:**

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

**Relação de Compromissos e Demonstração do Resultado do Exercício – DRE:**

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com



a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do **licitante**, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.

**Certidão Negativa de Falência:**

1.4. Certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do **licitante**;"  
**(ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – Plenário)**

Quanto à cláusula 7.14 da minuta contratual, que traz a previsão sobre a cessão de direitos autorais, recomendamos inserir a explicação de como se dará esta cessão, a título de sugestão, trouxemos a seguinte redação:

"7.14.1.1 A CONTRATADA cede à CONTRATANTE os direitos patrimoniais do autor das ideias (incluídos os estudos, análises e planos), campanhas, peças e materiais publicitários, de sua propriedade, de seus empregados ou prepostos, concebidos e criados em decorrência deste contrato."<sup>2</sup>

Assim, as demais cláusulas deverão ser renumeradas. Outrossim, ao fim da cláusula atual 7.14.1.1, a redação deve ser corrigida, fazendo constar a seguinte redação: "7.14.1.2 O valor dessa cessão é considerado incluído nas modalidades de remuneração definidas neste contrato".

Por fim, constatamos algumas incorreções no edital, quais sejam:

- o item 6.1.7.4.1.3.3 traz a mesma redação dos itens 6.1.7.4.1.2.1 e 6.1.7.4.1.2.2;
- existem itens com numeração repetida, são eles: 6.1.7.4.1.2, 6.1.7.4.1.3 (aparece 3x) e 6.1.7.4.1.3.1.

Portanto, recomendamos uma revisão no edital a fim de corrigir a numeração e erros gramaticais que, por ventura, possam existir.

<sup>2</sup> Constante do EDITAL DE CONCORRÊNCIA DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE CONCORRÊNCIA Nº 02 /2013, do Ministério do Turismo.



## RECOMENDAÇÕES

Ante o relatado acima, seguem as seguintes recomendações ao órgão consulente:

1. Inserir nos autos, antes da abertura do certame, a dotação orçamentária, conforme indicada no edital, dos órgãos que deixaram de apresentá-la;
2. Inserir nos autos a Declaração orçamentária e de atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal da SEAMA;
3. Justificar a divisão dos lotes;
4. Reformular o item 5.4 e o edital e 9.2 do contrato, para que conste em sua redação que se a multa eventualmente aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente;
5. Corrigir o item 9.4.3 do edital, para que conste em sua redação os descontos mínimos que a licitantes deverão apresentar, baseando-se na pesquisa de preços realizada pelo órgão;
6. Excluir a previsão de reajuste do edital/contrato;
7. Inserir no item 12.1 a ressalva disposto no art. 3º do Decreto nº 3397-R/2013;
8. Constar no edital apenas a exigência da garantia contratual, excluindo, portanto, a exigência de capital registrado e integralizado, conforme fundamentos expostos acima;
9. Realizar as alterações sugeridas na cláusula 7.14 – Direitos Autorais, da minuta contratual, conforme exposto acima;
10. Revisar no edital a fim de corrigir a numeração, itens em duplicidade e erros gramaticais que, por ventura, possam existir.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, não vemos óbice ao prosseguimento do certame, desde que atendidas pelo órgão consulente às observações e recomendações feitas nesta oportunidade, ou apresentada, à parte, justificativa com as razões da divergência no entendimento das questões apontadas.

Assim, recomendamos o retorno dos autos ao órgão de origem.

É a nossa manifestação que submetemos à consideração superior.

Vitória/ES, 23 de janeiro de 2014.

  
**Daniela Cristina Abreu Jové de Araújo**  
Auditora do Estado