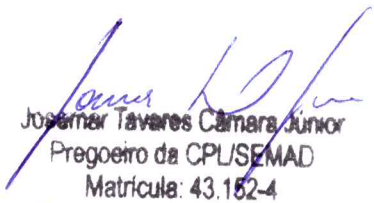


**Ilustríssimo Senhor Presidente da Comissão Permanente de  
Licitação da Prefeitura Municipal de Natal - RN**

**Concorrência Pública n.º 24.001/2019 - SEMAD**

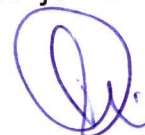
  
Josémar Tavares Câmara Junior  
Pregoeiro da CPL/SEMAD  
Matrícula: 43.152-4

25-05-2019

AS 12:32

**CRIOLA PROPAGANDA LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o número 04.152.108/0001-50, sediada à Rua Souza Pinto, nº. 1107 548 - Tirol - Natal, RN - CEP: 59.022-260, vem, à presença de Vossa Senhoria, requerer nos autos do processo licitatório do tipo Concorrência Pública n.º 24.001/2019 - SEMAD, que visa à Contratação de 05 agências de publicidade, propor RECURSO ADMINISTRATIVO nos termos do art. 109 da lei 8.666/93, o que faz mediante os seguintes termos.

Trata-se de certame licitatório que visa à contratação de 05 agências de publicidade para executar os serviços de “propaganda e comunicação digital, incluindo estudo, planejamento, concepção, execução, distribuição e controle de veiculação de programas e campanhas publicitárias institucionais e mercadológicas para as ações, serviços, obras, eventos internos e externos, divulgações de caráter legal, educativo, informativo ou de orientação social da Prefeitura Municipal de Natal, controle das inserções publicitárias (mídias contratadas) nos veículos de divulgação, tais como jornal impresso, sites, tv, rádio, dentre outros”.



Ao abrir os envelopes contendo os documentos de habilitação, o Município através da sua Comissão Permanente de Licitação resolveu inabilitar a empresa recorrente e habilitar todas as demais empresas classificadas.

Entretanto, a decisão merece reparo pelos fatos a seguir detalhados;

## **HABILITAÇÃO NA LICITAÇÃO**

### **Da Qualificação Econômico-financeira**

#### **1. Da exigência da Certidão Negativa de execução patrimonial**

O legislador pátrio, ao inserir na Lei Federal n.º 8.666/1993 a obrigatoriedade da fase procedimental de habilitação dos interessados em contratar com a Administração Pública, buscou garantir ao Poder Público a avaliação em relação à reunião, pelos eventuais contratados, das condições mínimas exigidas para a execução do objeto, sendo, desse modo, preservada a segurança jurídica da avença, eis que considerada previamente a capacitação jurídica e técnica do interessado, bem como sua idoneidade..

Os índices econômicos indicados na Lei de Licitações, notadamente no artigo 31, §§ 1º e 5º, destinam-se exclusivamente à seleção dos licitantes com capacidade econômico-financeira suficiente a assegurar a execução integral do contrato. O objetivo, portanto, é prevenir a Administração Pública para que empresas aventureiras e sem quaisquer responsabilidades ou respaldo financeiro, pudessem vir





a participar e vencer o certame e, durante a execução da obrigação contratada, não apresentassem capacidade para concluir o objeto da obrigação.

Por conseguinte, a empresa deverá dotar-se de capacidade financeira para, além de cumprir com toda a obrigação contratual, contar com possíveis atrasos no pagamento. Nesse sentido, não é demais ressaltar que essa capacidade é atestada pela apresentação de duas certidões, exigidas no Edital<sup>1</sup>: a certidão de falência e concordata, e a certidão de execução patrimonial.

Certidão negativa de falência e concordata é o documento fornecido pelo Tribunal de Justiça onde consta a existência ou a inexistência de ações de falência e concordata, em uma determinada Comarca.

Já a certidão de execução patrimonial tem por finalidade de informar se a pessoa física ou jurídica apresenta processos de âmbito fiscal ou não, seja por órgão fiscalizador, municipal, estadual e federal, ou seja, se não foi pago os devidos impostos e assim se tornando insolvente, ou se foi multado e também não cumpriu com o prazo estipulado, quando é inscrito em alguma classe profissional e é devido o pagamento de mensalidade e deixa de cumprir e ainda assim qualquer pendência ou restrição que seja gerada pelo órgão fiscalizador. Essa última é solicitada ao Tribunal de Justiça estadual por meio de formulário próprio e essas informações encontram-se unificado com a certidão cível.

---

<sup>1</sup> 15.2.5. Qualificação Econômico-financeira:

(...)

c) Certidão negativa de falência, concordata, de execução patrimonial expedida pelo distribuidor da sede do licitante, com validade de no máximo 90 (noventa) dias, caso não conste no documento original e prazo de validade.

A Execução fiscal difere-se das demais certidões pois faz referência à existência de processos de execução movida pela Fazenda Pública (municipal, estadual e federal) junto aos contribuintes inadimplentes, de crédito que lhe é devido oriundo de imposto, multas ou mensalidade de classe profissional, etc. São os processos que executam bens suficientes ou garantias para o pagamento do valor a ser cobrado, sendo que sempre deverá existir um título executivo comprobatório que confirme a legalidade e fundamento para tal prática.

A demonstração dessa segurança patrimonial estabelece condição mais favoráveis à Administração (contratante), e essa exigência tem sua importância e relevância, se avaliada sob a luz da boa situação financeira da empresa de suportar eventuais atrasos no pagamento. A boa situação financeira, deve enquadrar-se no contexto da circunstância fático-jurídica que afira a qualificação econômico-financeira para assegurar a execução de um contrato administrativo.

A qualificação econômico-financeira ou a boa situação financeira, conforme estabelecido no artigo 31<sup>2</sup>, da Lei Federal nº. 8.666/93, poderá ser apurada, além dos índices, por outras formas de avaliação e o edital é claro, objetivo e transparente ao exigir “c) certidão negativa de falência, concordata, de execução patrimonial (...)”. que não é uma exigência abusiva, mas autorizada pela própria lei, e nem mero formalismo da comissão licitante, pois configura documento hábil a conferir autenticidade da situação patrimonial apresentado pelo

---

<sup>2</sup> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

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;



interessado que demonstra a boa situação financeira, comprovada de forma objetiva, ou seja, concreta e exata.

Só exigência de índices não atende à finalidade da Lei. Por óbvio, a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações não pode restringir-se tão somente à análise de índices; a aferição da capacidade de uma empresa deve permear outros fatores que, estes sim, impactam diretamente na capacidade de adimplir suas obrigações (econômico-financeira e técnica): sua estrutura; pessoal; contratos anteriores (atestados de capacidade técnica); demonstração de resultados; capital social, patrimônio líquido; certidões negativas de falência, concordata e de execução patrimonial. Esse é o entendimento do tribunal de Contas de São Paulo, no processo TC-038223/026/08:

Como se sabe, as certidões ligadas à execução patrimonial se referem à verificação de demandas propostas para valoração de eventual estado de insolvência civil, como se dá no caso da existência de débitos que superem os bens e direitos daqueles que não se sujeitam ao regime jurídico falimentar ou de recuperação da Lei n.º 11.101/05. Segunda Câmara. Sessão de 29/11/2011. Relator: Conselheiro Renato Martins Costa.

No presente processo, a comissão de licitação habilitou as empresas Executiva Agência de Comunicação LTDA, CNPJ n.º. 08.060.544/0001-50; RAF Comunicação & Marketing LTDA, CNPJ n.º. 70.312.244/0001-95; Base Propaganda LTDA, CNPJ n.º. 05.601.650/0001-06; e ART&C Comunicação Integrada LTDA, CNPJ n.º. 02.692.183/0001-89, sem que estas tivessem apresentado a referida



certidão de execução patrimonial. Além disso, saliente-se que qualquer argumento de que a certidão de falência e concordata supre a comprovação de boa situação financeira, não é válido, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte emite essas certidões separadamente. Além disso, é totalmente possível para qualquer licitante apresentar a certidão de execução patrimonial, uma vez que foi apresentada pela empresa DOIS A PUBLICIDADE EIRELI - CNPJ: 35.644.418/0001-16.

No caso examinado, observou-se que as exigências editalícias não foram observadas pelas licitantes, nem mesmo pelos membros da Comissão de Licitação. Em qualquer caso, é obrigatório juntar ao Envelope E, no processo licitatório, a certidão negativa de execução patrimonial, o que não foi realizado. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, a comissão deixou de analisar amplamente o conjunto de “ferramentas” colocadas à disposição pelo artigo 31 da Lei Federal nº. 8.666/1993 (qualificação econômico-financeira), medida eficaz para aferição da real capacidade da empresa na assunção de obrigações compatíveis com sua verdadeira estrutura e capacidade operacional.

É de se dizer que a contratação a ser realizada pela Administração Pública, no caso o Município de Natal, vincula-se aos termos definidos no Edital da licitação, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento vinculatório e do julgamento objetivo, como assevera o art. 3º, da Lei no 8666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa





para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Neste sentido, define o sempre recorrido autor Marçal Justen Filho, em sua obra **COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**:

Ao submeter à administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei no 8.666/93 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar de modo expreso e exaustivo, no corpo do edital.



Como se sabe, as possíveis discussões de ilegalidade atribuídas aos documentos exigidos em Edital devem ser discutidas no momento exatamente propício a isto, ou seja, na fase de impugnações ao Edital. Todavia, no que diz respeito ao presente certame, nenhuma impugnação foi feita, ou seja, as concorrentes aceitaram, sem questionamento algum, o que ali estava posto.

Não pode a Comissão de Licitação deixar de cumprir uma exigência inserida no edital de licitação por ela mesma. Nesse sentido, vejamos o que dispõe o edital da licitação:

**15.2.5. Qualificação Econômico – Financeira:.**

**c) Certidão negativa de falência, concordata, de execução patrimonial expedida pelo distribuidor da sede do licitante, com validade de no máximo 90 (noventa) dias, caso não conste no documento original e prazo de validade;**

Rememore-se que nos termos do art. 38 da lei de licitações, o edital de qualquer licitação deve passar pelo crivo da assessoria jurídica do órgão licitante. Ou seja, caso a exigência fosse ilegal, certamente não teria passado pelo crivo do competente corpo técnico do Município.

Partindo dessa premissa e a de que a Comissão de Licitação deverá julgar a habilitação das empresas de maneira estritamente objetiva com o que o edital preconiza, não há margem de interpretação





outra senão inabilitar as empresas que não apresentaram a referida certidão.

**2. Da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis e a necessidade de se apresentar os termos de abertura e encerramento do respectivo Livro Diário, pertinente às demonstrações financeiras**

É cabível, nas licitações, a exigência do balanço contábil, acompanhado do Termo de Abertura e Encerramento do Livro Diário, uma vez que isso é necessário à garantia do cumprimento do respectivo contrato. As empresas que tem interesse em participar do certame, mas que não atendem a este requisito, devem ser desclassificadas por descumprimento do respectivo edital, uma vez que sua contratação pode trazer irreparáveis consequências, possibilitando a anulação ou revogação da licitação, que torna-se obrigatória, haja vista ser uma das funções da Administração Pública resguardar o interesse público e o erário público de despesas comprovadamente onerosas.

Preconiza a Constituição Federal:

Art. 37. [...]

(...)

XI - 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. [gn]

Consequentemente, a qualificação econômica exigível é aquela indispensável (nem menos nem mais) à garantia do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato derivado da respectiva licitação.

Acontece que em determinados casos não é exigível, apenas, o balanço contábil, como por exemplo, no artigo 3º, do Decreto 6.204, de 05 de setembro de 2007<sup>3</sup>, que trata do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as ME/EPP nas contratações públicas federais de bens, serviços e obras

Em regra, é cabível a exigência de apresentação do balanço e de sua correspondente inscrição no Livro Diário, o que é comprovada através dos termos de abertura e encerramento do livro, em face dos compromissos que o contratado deverá assumir.

O edital da licitação em discussão foi taxativa ao exigir o termo de abertura e encerramento do balanço, senão vejamos:

---

<sup>3</sup> Artigo 3º. Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.





**15.2.5. Qualificação Econômico – Financeira:**

**a) Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social já exigíveis e apresentados na forma da lei, ou cópia autenticada do Livro Diário, pertinente ao Balanço Patrimonial e demonstrações financeiras, neste caso, inclusive, juntando-se cópia dos termos de abertura e encerramento do referido livro, já exigíveis e apresentados na forma da lei, em qualquer das situações devidamente registrados na Junta Comercial, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices sociais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta. O balanço das sociedades anônimas ou por ações deverá ser apresentado em publicações no Diário Oficial;**

Segundo o a jurisprudência pátria, entendimento já pacificado e praticado em diversos tribunais do país, as empresas licitantes deverão apresentar, obrigatoriamente, registros e controles das operações realizadas e, dentre elas, estão os termos de abertura e encerramento do livro diário, vejamos:



Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - TOMADA DE PREÇO - APRESENTAÇÃO DO TERMO DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DO LIVRO DIÁRIO - EXIGÊNCIA EXPRESSAMENTE CONTIDA NO EDITAL - DESCUMPRIMENTO - EMPRESA CONSIDERADA INABILITADA - LIMINAR DENEGADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. É certo que nas licitações deve-se evitar rigorismos inúteis e formalidades ou documentos desnecessários à qualificação dos interessados. Nesta toada, a exibição o termo de abertura e encerramento do livro diário não representa mero formalismo da comissão licitante, pois configura ele documento hábil a conferir autenticidade ao balanço patrimonial apresentado pelo interessado. Ademais, tratando-se de exigência expressamente contida no instrumento convocatório, vige o princípio da vinculação ao edital, devendo o licitante observá-lo para que possa ser regularmente habilitado. Agravo de Instrumento AI 105565 SC 2009.010556-5 (TJ-SC). Publicado em 11/02/2010.

Ementa: DIREITO ADQUIRIDO NÃO VERIFICADO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO ACOMPANHADO DOS TERMO DE ABERTURA E ENCERRAMENTO POR PARTE DE MICROEMPRESAS OPTANTES



DO SIMPLES NACIONAL. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO ARTIGO 1.179 DO CÓDIGO CIVIL COM O ARTIGO 68 DA LEI Nº 123/2006. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. a) Tratando-se de recurso para reforma de decisão que indeferira liminar em mandado de segurança, é mister, para reformá-la, a concorrência do periculum in mora com a demonstração de direito líquido e certo; b) À luz da legislação aplicável às obrigações escriturais das microempresas, infirma-se a alegada liquidez e certeza do direito colimado; c) Os privilégios deferidos às microempresas optantes do simples são de natureza meramente fiscal, portanto, não interferem em obrigações de outro jaez (comerciais e contábeis, especialmente); d) O balanço com termos de abertura e encerramento é de imperiosa apresentação por todas as empresas obrigadas à manutenção de livro diário, isto é, todas aquelas que contem com faturamento bruto anual superior a R\$ 36.000,00, conclusão aferida a partir da interpretação combinada do artigo 1.179 do Código Civil com o artigo 68 da Lei nº 123/2006 (Estatuto das Microempresas); e) Assim, havendo a obrigação legal da manutenção de tais documentos, por parte da agravante, a fim de demonstrar sua regularidade financeira, não sobrevive o argumento






recursal de ilegalidade da cláusula editalícia exigente da apresentação daqueles; f) Agravo de Instrumento ao qual, unanimemente, nega-se provimento. Agravo de Instrumento AG 165083 PE 001200700967815 (TJ-PE). Publicado em 07/04/2009.

Aquilo que para fins fiscais pode parecer opcional (contabilidade simplificada) para a licitação é imperioso e, necessariamente, impositivo para a Administração Pública no que concerne à Licitação que realiza. As circunstâncias do caso concreto determinam quais documentos são exigíveis, dentro dos limites legais aplicáveis, e dentre eles os termos de abertura e encerramento do livro diário.

Ao contrário do que dispõe a jurisprudência, a Comissão de Licitação não fez valer a regra e habilitou, erroneamente, as empresas EXECUTIVA AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO LTDA, CNPJ nº. 08.060.544/0001-50 e DOIS A PUBLICIDADE EIRELI, CNPJ nº. 35.644.418/0001-16, o que trás a indignação da recorrente, diante da possibilidade de ocorrência de dano irreparável à Administração Pública, diante do ato praticado.

O balanço patrimonial e comprovação das demonstrações contábeis do último exercício social devem ser exigidos cumulativamente, devendo o Edital exigir os registros e arquivamentos na junta comercial. Com relação à licitação, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis devem constar das páginas correspondentes do Livro Diário, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede ou do domicílio do licitante (ou em outro órgão equivalente), comprovado pela apresentação dos termos de abertura e de encerramento do respectivo livro.



### **3. Da validade das Certidões Negativas, em específico para fins de Qualificação Econômico-financeira**

As Certidões são emitidas “negativas” quando não há pendências em nome do sujeito passivo relativas a débitos, inscrição na Dívida Ativa, ou execuções judiciais fiscais e patrimoniais. A validade da certidão é necessária para que as pessoas jurídicas exerçam uma série de atividades, como, por exemplo, participar de licitações ou obter financiamentos.

Essas Certidões são expedidas para realização de atos para fins de um determinado período de validade e visam a evitar os efeitos decorrentes de crise financeira para a atividade econômica da Administração Pública.

As certidões negativas são requeridas em processos de licitação, de concorrência, de cadastro ou homologações, e contratações, no caso de uma empresa estar regular com suas obrigações fiscais e tributárias.

Conforme se observa no processo licitatório, a empresa Base Propaganda LTDA, CNPJ nº. 05.601.650/0001-06, apresentou no “Envelope E” sua Certidão de Falência e Concordata vencida e, mesmo assim, foi habilitada, sendo totalmente desconsiderado o fato pela Comissão de licitação.

A Certidão emitida pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Norte foi emitida em 21 de janeiro do corrente ano, sendo sua validade por





30 (trinta) dias. Considerando isto, estava vencida na data de abertura do citado envelope, na data de 03 de março de 2020.

O equívoco é inescusável, tendo em vista que apenas às microempresas e empresas de pequeno porte é facultado a apresentação de regularização da regularidade fiscal a posteriori.

Com isso, a empresa está, absolutamente e objetivamente, inabilitada, por falta de qualificação econômico-financeira, nos termos da Lei Federal nº. 8.666/1993, vez que não apresentou qualquer das certidões exigidas, seja de falência, concordata e execução patrimonial, e do Edital, item 15.2.5 “c”.

## **DOS DIVERSOS MOTIVOS PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO**

### **DA NULIDADE DA SESSÃO DE ABERTURA DOS ENVELOPES “E”**

Ocorre que aos 03 dias do mês de março último, ocorreu a fase de abertura dos “Envelopes E” das empresas qualificadas da análise de propostas, para habitação jurídica da Concorrência Pública nº. 24.001/2019. Quando da realização de tal procedimento, a Comissão de Licitação cometeu erro grave, passível de nulidade, uma vez que descumpriu preceitos legais da Lei Geral de Licitações (Lei Federal nº. 8.666/1993), bem como da Lei Federal nº. 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), quando decidiu abrir os envelopes de, apenas, os cinco primeiros colocados na classificação das propostas.



O fato é que, segundo a Lei Federal nº. 8.666/1993, "uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório", in verbis:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento

convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

(...)

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

(...)

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Doravante, a Lei Federal nº. 12.232/2010 dispõe que, ao julgamento da licitação, serão convocados os licitantes classificados no julgamento das propostas para apresentação dos documentos de habilitação, no caso os "Envelopes E":

Art. 11. Os invólucros com as propostas técnicas e de preços serão entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório.

(...)

§ 4º O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

(...)

XI - convocação dos licitantes classificados no julgamento final das propostas para apresentação dos documentos de habilitação;



XII - recebimento e abertura do invólucro com os documentos de habilitação dos licitantes previstos no inciso XI deste artigo, em sessão pública, para análise da sua conformidade com as condições estabelecidas na legislação em vigor e no instrumento convocatório;

Diante disto, certifica-se que devem ser abertos e analisados TODOS os envelopes de habilitação de TODAS as empresas classificadas, isto é, não apenas das 05 primeiras colocadas, pois na hipótese de análise e desabilitação de alguma empresa, sucessivamente, deve-se analisar, na sessão pública, as empresas subsequentes.

O presente requerimento encontra guarida no art. 53 da Lei Federal 9.784/1999, cabendo a anulação de seus próprios atos, em razão do interesse público, por ato da própria administração. Tal dispositivo do procedimento é de uma clareza exemplar no momento em que dispõe:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Neste momento, vale ressaltar que a Administração Pública tem o poder-dever, com ou sem provocação, de anular o ato administrativo, sem que isso se constitua em ato de ilegalidade ou abuso de poder, lição assentada posicionamento da Jurisprudência pátria pelo STF, nos enunciados das Súmulas 346 e 473:





STF Súmula nº 346 - Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

STF Súmula nº 473 - Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos: 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.

Desta feita, diante da constatação de equívoco que torne o ato ilegal, sendo irreparáveis as consequências do ato, resta possibilitada sua anulação ou revogação, que se torna obrigatória, haja vista ser uma das funções da Administração Pública resguardar o interesse público e o erário público de despesas comprovadamente onerosas.

Espanque de dúvidas, o processo licitatório é formal e deve seguir estritamente os comandos da lei, no caso a lei 12.232/10, além de dever obediência aos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

A empresa Recorrente apresentou manifestação requerendo, naquele instante, a anulação da sessão de abertura dos envelopes E.

Entretanto, mesmo tendo reconhecido o erro no procedimento a Comissão de licitação decidiu remarcar uma data para abertura apenas dos envelopes da empresa Recorrente.



Com a devida venia, o procedimento não encontra respaldo legal, ferindo por morte, o festejado princípio da legalidade administrativa que disciplina que ao agente público só lhe é capaz de fazer o que a lei o permite.

Marcar uma sessão para abertura dos envelopes apenas da recorrente foi uma inovação da Comissão, fugindo totalmente do formalismo inerente ao processo licitatório.

Portanto, desde já reitera-se o pedido de anulação da sessão de abertura dos envelopes E de todas as empresas classificadas.

### **DA FLAGRANTE E ENORME DESPROPORÇÃO DESARRAZOADA ENTRE A TÉCNICA E O PREÇO**

É cediço que, nos termos da lei 8.666/93, as licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço”, previstas no art. 45, são utilizadas em situações excepcionais, pois a regra é a licitação de menor preço, conforme disciplina no art. 46 da referida lei.

Esses tipos de licitação serão adequados nas circunstâncias em que a Administração necessitar de um serviço em que a técnica prepondere em relação ao preço. Em outras palavras, situações em que a variação de qualidade técnica afetar a satisfação do interesse estatal.



Nessa esteira, a lei 12.232/10, reconhecendo a relevância do critério técnico para a licitação de publicidade e propaganda, disciplina que o certame deverá ser do tipo melhor técnica ou técnica e preço, in verbis;

Art. 5º As licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

Observa-se que a opção por um ou outro critério é um ato discricionário do Administrador. Entretanto, a discricionariedade que a Administração dispõe ao optar entre “melhor técnica” ou “técnica e preço” não se estende à determinação a seu bel prazer do fator de ponderação entre um e outro, sob pena de desvirtuar totalmente o espírito da lei.

Assim, quando optar pela “técnica e preço”, a Administração deverá fixar no instrumento convocatório os pesos da nota técnica e da nota de preço que deverão compor a média ponderada a que se refere o art. 46, parágrafo segundo, inciso II da lei 8.666/93 para que os licitantes tenha conhecimento das regras impostas no certame. Além disso, deve justificar sempre que houver disparidade entre os dois critérios.





Ademais, não há dúvidas que, em qualquer licitação do tipo técnica e preço, seja regida pela lei 8.666/93, seja pela lei 12.232/10, o administrador deve obediência ao princípio Constitucional da proporcionalidade, tendo em vista que o privilégio excessivo do critério técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, certamente resultará em contratação a preços desvantajosos para a Administração, da mesma maneira que pode ocorrer a restrição da competitividade.

Esse é o posicionamento uníssono do Tribunal de Contas da União, senão vejamos;

Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar 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.

Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras



irregularidades, critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuir peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator destacou deliberação de sua relatoria sobre o tema (Acórdão 526/2013-Plenário), dirigida a essas mesmas entidades, na qual restou consignado que “de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados, estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável”. Destacou ainda, desse precedente, que “a simples adoção da licitação do tipo ‘técnica e preço’ já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa”. Por fim, o relator lembrou que, por meio desse julgado, “já havia determinado às referidas entidades (...) que se abstivessem de prever, em caso de



licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito 'técnica', em detrimento do 'preço', sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa ...". A despeito da revogação do certame pelas entidades, concluiu o relator pelo "não afastamento dos indícios de irregularidades apontados", motivo pelo qual propôs julgar a Representação parcialmente procedente, com expedição de determinação e ciência das irregularidades às entidades licitantes. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão[i]743/2014-Plenário, TC 019.659/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.3.2014.

Da leitura da decisão supra transcrita, observa-se que o Tribunal de Contas da União considerou desproporcional e irregular o fator de ponderação 7 para a técnica e 3 para preço.

Em pesquisas feitas em editais com objetos semelhantes, observa-se que é comum o fator de ponderação 6 e 4. A partir disso, as Cortes de Contas apontam como irregular.





Pois bem! No caso da presente licitação o edital traz um fator de ponderação bastante incomum em licitações públicas.

Ao estabelecer uma pontuação de 90 para a parte técnica e 10 para preço, o edital, pasmem!, estipulou o fator de ponderação 9 para a técnica e 1 para preço!!!! Com a devida vênia, nem de longe obedeceu ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade causando, dessa forma, uma desvirtuação do processo licitatório.

Ora! Para chegar a esse fator de ponderação a Administração está afirmando, ainda que tacitamente, que o fator técnico é 9 vezes mais importante que o fator preço. Se assim o fosse, não haveria justificativa para realizar licitação do tipo técnica e preço, mas apenas melhor técnica! Não há qualquer sentido ou justificativa para tamanha disparidade!

E não se argumente que o serviço de publicidade e propaganda exige um trabalho eminentemente intelectual a justificar tal disparidade! Não! Foi por reconhecer essa prevalência da parte técnica que a lei 12.232/2010 preconizou a obrigação de escolher entre os tipos melhor técnica ou técnica e preço, desprezando o tipo "menor preço" para esse tipo de contratação.

A respeito do tema o Ministro Augusto Sherman, ao analisar possível irregularidade ocorrida no Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio de Janeiro - CAU/RJ, relacionada à Tomada de Preços 3/2016, cujo objeto consiste na contratação de empresa de serviços de publicidade a serem prestados por intermédio de agência



de propaganda, proferiu brilhante voto no acórdão 2251/2017, do pleno do Tribunal de contas da União, arrematou:

21. Conforme já aduzi anteriormente nestes autos, no Acórdão 526/2013 - Plenário este Tribunal deixou assente não serem suficientes justificativas de que a atividade publicitária tem muitos fatores críticos para sua execução a justificar uma técnica com valoração mais que o dobro do preço ofertado. Tamanha disparidade deveria ser justificada mediante estudo capaz de sustentá-la, de modo a afastar a contraposição de pesos pela relação 6 x 4 ou de paridade entre as propostas, na relação técnica x preço. Não basta que haja justificativa no processo, necessita ela efetivamente dar sustentação ao tipo adotado, ou seja, a justificativa deve ser razoável e adequada.

22. Conforme já tive oportunidade de expor, por ocasião da apreciação do agravo interposto contra a cautelar deferida nestes autos, a justificativa para a adoção dos pesos indicados no edital não se revelou adequada para tamanha disparidade, nem observou o entendimento deste Tribunal explicitado em deliberação especialmente dirigida às então agravantes, tendo em vista o que restou



consignado no referido Acórdão 526/2013 - Plenário, envolvendo essas mesmas entidades: 'De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para 'a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados', estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável (item 33 do relatório e 11 do voto condutor do Acórdão 1.488/2009-Plenário) . Ainda de acordo com esse acórdão, 'a simples adoção da licitação do tipo 'técnica e preço 'já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa '(item 15 do voto) . Esse também é o entendimento constante dos Acórdãos 1.782/2007, 29/2009, 2017/2009, 327/2010 e 1.041/2010, todos do Plenário, dentre outros. '(destaquei)

Para se ter como um bom parâmetro, no âmbito Federal, as licitações para contratação de agência de publicidade utiliza o fator de ponderação 60 para técnica e 40, nos termos da instrução normativa 03 da secretaria geral da presidência da república.





Instrução Normativa 03/2018.

“Disciplina as licitações e os contratos de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda a órgão ou entidade do Poder Executivo federal”.

Art. 31. Dada a natureza intelectual dos serviços de publicidade, nos termos do §2º do art. 6º desta Instrução Normativa, na adoção do tipo de licitação "técnica e preço", o peso técnico (PT) e o peso de preços (PP) deverão ser, respectivamente, seis e quatro.

Mesmo reconhecendo que norma regra não se aplica diretamente aos Municípios, é inegável que o parâmetro apresentado é de extrema importância, pois está alinhado com as decisões dos tribunais de contas do país.

Registre-se, por oportuno, que inclusive o Tribunal de Contas da União já se posicionou especificamente a respeito da nulidade de processo de licitação que visava à contratação de agência de publicidade, em razão da desproporção entre o fator de ponderação, senão vejamos:

“9.3.6. 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, a exemplo do Acórdão nº 1.782/2007-Plenário...”

“52. No que tange ao item ‘d’ da diligência, que trata do cumprimento do Acórdão 1488/2009-Plenário pelo Ministério do Esporte, tendo em vista as informações prestadas e os documentos apresentados, consideram-se atendidos todos os itens do acórdão, questionados por meio da diligência, a exceção do item ‘d4’, que trata justificativa técnica para atribuição de peso 6 para a proposta técnica e peso 4 à proposta de preço.”



53. Em relação a esse assunto, o Ministério, de início, cita alguns itens do edital (item 12 do edital cotejado com os subitens 6.6 e 6.7 do Apêndice III do Anexo I do edital). Verificando esses itens, observou-se que eles não justificam os pesos atribuídos aos quesitos técnica e preço, apenas informam como se dará o cálculo do índice técnico.

54. Ao tentar justificar a ponderação 6 e 4 para técnica e preço, respectivamente, o Ministério limita-se a declarar que 'por se referir a serviços com características efetivamente técnicas, ficou entendido pela área demandante da contratação, que a proposta técnica deveria ser vista com critérios mais apurados'. Ou seja, o Ministério, mais uma vez, não prestou justificativas técnicas, suficientemente embasadas, para explicar a ponderação feita entre a técnica e o preço, configurando descumprimento de determinação do Tribunal.





No mesmo sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, reconhecido como um tribunal de vanguarda entre as cortes de contas, também se manifestou pela irregularidade da licitação que estabeleceria fatora de ponderação 8 para técnica e 2 para o preço, senão vejamos;

DENÚNCIA. EDITAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. IRREGULARIDADES. OBJETO DESCRITO DE FORMA GENÉRICA. AUSÊNCIA DO PLANO ANUAL DE COMUNICAÇÃO. MODELO DE BRIEFING INADEQUADO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO OBJETIVO NO JULGAMENTO DA PROPOSTA TÉCNICA. VALORAÇÃO EXCESSIVA DA PROPOSTA TÉCNICA. ENQUADRAMENTO COMO SERVIÇO DE NATUREZA CONTINUADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÃO AO GESTOR.

1. É vedada a realização de processo licitatório para contratação de serviços incertos e imprecisos, sem a devida especificação das campanhas e serviços a serem realizados.

2. A Administração deve planejar as ações de comunicação a serem desenvolvidas no exercício financeiro e, a partir desse Plano de Comunicação, elaborar o briefing e, com a programação pronta, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários.

3. O briefing, por se consubstanciar em resumo informativo, preliminar ao planejamento e à criação de cada campanha, deverá ser elaborado para cada campanha publicitária e apresentar, de forma precisa e completa, clara e objetiva, todas as informações que a Administração Pública deve fornecer para orientar o trabalho da agência de publicidade.

4. O edital deve detalhar os critérios de avaliação e a metodologia de trabalho da comissão de licitação, objetivando diminuir a margem de subjetividade, por ocasião do julgamento das propostas técnicas.

5. Valoração excessiva conferida à técnica, em detrimento do preço, deve ser acompanhada de justificativa apta a demonstrar a razoabilidade de tal medida e que não proporcionará aumento de custos, bem como que não haverá ofensa aos princípios da isonomia e competitividade.



6. Os contratos de publicidade institucional de programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo com agências de publicidade não são considerados de natureza contínua, devendo prevalecer, nesse caso, a regra contida no caput do art. 57 da Lei no 8.666, de 1993.

7. Julgam-se procedentes, em parte, os itens examinados na denúncia, multam-se os responsáveis e expedem-se recomendações ao atual gestor da Prefeitura Municipal de Ouro Branco.

No bem articulado voto, o eminente relator asseverou que:

“Ausência de razoabilidade na fixação de pontos para as propostas técnica e preço”.

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou desproporção na fixação de pontos para as propostas técnica e preço.

De acordo com o entendimento do Parquet de Contas, a fixação de 80% (oitenta por cento) dos pontos para o critério técnico e 20% (vinte por cento) dos pontos para o critério preço, na forma estabelecida no edital, em licitação do tipo técnica e preço, não apresentou





razoabilidade, além de não estar justificada na fase interna.

De fato, o risco existente no caso de licitação do tipo técnica e preço, em que a técnica é valorada como o fator mais importante, é sagrar-se vencedor concorrente que obtenha a mais alta pontuação técnica, embora ofereça preço elevado.

A relação entre os pesos estabelecidos para os índices técnicos e de preços deve ser razoável e proporcional. O TCU tem jurisprudência pacífica de que a definição de pesos que valorizem a técnica em detrimento do preço deve ser objetivamente justificada, senão vejamos:

Em relação aos pesos estabelecidos para os índices técnicos e de preços (7x3), a escolha do Ministério deveria, conforme jurisprudência deste Tribunal (vide Acórdãos 2.079/2006 e 1.782/2007, ambos do Plenário), estar acompanhada de um estudo demonstrando que a grande disparidade verificada (a nota técnica tem peso superior ao dobro da proposta de preços) é justificável (ocorrência descrita na alínea "b" do item 3 supra).



A Prefeita e a Pregoeira de Ouro Branco sustentam que o trabalho realizado é eminentemente intelectual e depende do fator criatividade, o que não se pode ser medido por meio do preço ofertado. Alegam que o preço praticado no mercado é auferido por meio de desconto padrão de agência ou taxa sobre o custo da produção, e que o preço varia pouco de uma empresa para outra. In casu, acrescentam que o município fixou o desconto padrão e a taxa, variando o percentual de desconto “que será concedido ao Município de Ouro Branco, incidente sobre os custos internos de criação da Empresa Licitante, apurados em relação à Tabela do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Minas Gerais, vigente à época da prestação dos serviços, respeitado o limite de até 70% (setenta por cento) de desconto de remuneração.

De fato, a remuneração no mercado publicitário é feita basicamente por meio do chamado desconto padrão, previsto no art. 11 da Lei no 4.680, de 1965, no art. 11 do Decreto no 57.690, de 1966, no art. 19 da Lei no 12.232, de 2010, e nas Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) emandas do Conselho Executivo das Normas-Padrão – CNEP. O



desconto padrão representa percentual que incide sobre o valor cobrado pelos veículos de divulgação para a exibição da peça publicitária (não inferior a 20%, a teor do item 2.5.1 das NPAP). Trata-se, pois, de “comissão de veiculação.

In casu, considerando que no edital se fixou o desconto padrão, quanto maior o desconto, concedido ao Município de Ouro Branco, sobre custos internos, e o percentual de honorários da agência na determinação da forma de cálculo dos pontos das propostas de preço, menores serão os dispêndios da Administração Pública, o que demonstra a influência da proposta de preço no julgamento das propostas.

Em que pese, no que se refere ao preço, as agências de publicidade e propaganda possuem regras próprias do setor, a valoração excessiva conferida à técnica em detrimento do preço deve ser acompanhada de justificativa apta a demonstrar sua razoabilidade de modo a comprovar-se que ela não proporcionará aumento de custos em prol da obtenção de pequenas vantagens técnicas.





Na linha propugnada pela Unidade Técnica, a exacerbação da valoração da nota técnica deve ser evitada para preservar a isonomia, a competitividade e a obtenção de preços razoáveis.

Na análise do caso concreto, verifico a participação de cinco das seis licitantes que demonstraram efetivo interesse no objeto, o que permite concluir que foi conferida efetividade àqueles princípios.

Relativamente ao preço, constato que a proposta vencedora se encontrava em conformidade com os paradigmas retirados do Acórdão no 3.233/2010 – TCU – Plenário, prolatado como resultado do trabalho de consolidação dos achados de auditorias efetuados pelo Tribunal na área de publicidade e propaganda (fls. 171 e 172).

E conclui: “recomendo ao atual gestor que, nos editais futuros, na hipótese de previsão de uma técnica com valoração mais que o dobro da nota atribuída ao preço ofertado, seja ela justificada mediante estudo capaz de sustentá-la”.

Em outro julgado, a respeitável corte de contas mineira foi taxativa no sentido da necessidade de justificar qualquer alteração na proporção de 50% para cada fator de ponderação:



LICITAÇÃO N. 886268

Prefeitura Municipal de Areado Rubens Vinícius

Bornelli DENÚNCIA: 858973

Cristina Andrade Melo

EMENTA

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE  
MINAS GERAIS

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE  
ANDRADE

LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL.  
TOMADA DE PREÇOS. IRREGULARIDADES.  
FALTA DE RAZOABILIDADE NOS PESOS DA  
PONTUAÇÃO DOS CRITÉRIOS TÉCNICOS.  
NÃO APRESENTAÇÃO DO ORÇAMENTO  
ESTIMADO EM PLANILHAS DE  
QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS  
COMO ANEXO AO EDITAL. AUSÊNCIA DO  
PROJETO BÁSICO. NÃO APRESENTAÇÃO  
DA ESTIMATIVA DOS QUANTITATIVOS  
REFERENTES À VISITA TÉCNICA E AO  
TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE  
PESSOAL. NÃO APRESENTAÇÃO DAS  
EXIGÊNCIAS MÍNIMAS RELATIVAS À  
EQUIPE TÉCNICA ADEQUADA E  
DISPONÍVEL PARA SUPORTE (REMOTO E  
PRESENCIAL) AOS SISTEMAS INSTALADOS



PELA CONTRATADA E TREINAMENTO DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO. EXIGÊNCIA DE CADASTRAMENTO ATÉ TRÊS DIAS ANTES DA DATA DA LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL.

1. Por via de regra, o tipo de licitação é o “menor preço”. Licitação do tipo “técnica e preço” somente se impõe quando o trabalho for de natureza predominantemente intelectual. A exacerbação da valoração da nota técnica deve ser evitada para preservar a isonomia, a competitividade e a obtenção de preços razoáveis. Se destoarem de 50%, os fatores de ponderação das notas das propostas devem ser expressamente justificados e guardar relação de proporcionalidade com o grau de complexidade dos serviços a serem contratados (Manual de Boas Práticas em Licitação para Contratação de Sistemas de Gestão Pública).

2. É pacífico o entendimento desta Corte de que a Administração Pública tem o dever de anexar ao ato convocatório o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários, em atendimento ao disposto no inciso II do § 2º do art. 40 da Lei no 8.666/1993, sendo imprescindível a sua divulgação aos interessados, evitando-se, assim, tratamento desigual aos licitantes.





3. O Termo de Referência ou o Projeto Básico são obrigatórios e necessários e, além disso, neles havendo falhas ou incompletudes, a licitação redundará em vício, passível de colocar sob séria e grave ameaça o sucesso da contratação, os objetivos perseguidos pela Administração e, a toda evidência, a tutela sobre o gasto público.

4. A falta de indicação das exigências relativas às visitas técnicas e ao suporte pode permitir que a Administração Pública efetue uma contratação desvantajosa, uma vez que o melhor preço unitário da visita técnica e da hora de trabalho do consultor para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal não representa, necessariamente, o menor custo da contratação, pois cada sistema pode gerar uma demanda distinta desses serviços.

5. O edital não pode conter cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame e estabeleçam preferências ou distinções em razão de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

6. O § 2º do art. 22 da Lei de Licitações admite a participação tanto de interessados devidamente cadastrados quanto daqueles que

atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, mesmo que os respectivos certificados não tenham sido emitidos.

Diante de tudo o exposto, não há qualquer dúvida com relação à nulidade do edital de licitação que estipula o fator de ponderação 9 para técnica e 1 para preço.

#### **DA AUSÊNCIA DE PESQUISA MERCADOLÓGICA**

A pesquisa de preços é passo importante e obrigatória na instauração de processo licitatório ou de qualquer contratação. Não há dúvidas que, por muitas vezes, enfadonho procedimento de pesquisa é indispensável para a verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública e serve de base, mas também e principalmente, para confronto e exame de propostas em licitação, pois sua principal função é garantir que o Poder Público identifique o valor médio de mercado para uma pretensão contratual.

Em se tratando da prestação de serviços de publicidade, prestados por intermédio de agências de propaganda, a órgãos e entidades (anunciantes) do Poder Executivo Federal, a instrução normativa SLTI/MPOG 05/2014 dispõe alguns regimentos próprios.



Extrai-se do enunciado constante do inciso II do art. 2º da que a pesquisa de preços será realizada mediante a utilização, por exemplo, de contratações similares de outros entes públicos, como é o caso dos órgãos e entidades anunciantes do Governo Federal que mantêm contrato com agências de propaganda.

Tal disciplina, mais uma vez, serve no mínimo como parâmetro para os órgãos de outras esferas, já que se encontra alinhado com diversos precedentes do Tribunal de Contas da União que enfatiza que “Os sistemas oficiais de referência da Administração Pública refletem, em boa medida, os preços de mercado e, por gozarem de presunção de veracidade, devem ter precedência em relação à utilização de cotações feitas diretamente com empresas do mercado.”

A ausência de pesquisa mercadológica deixa de ser um mero erro formal no presente caso, pois foi justamente essa ausência que dificultou a aferição do preço vil praticado pelos licitantes.

Ora, caso a Administração tivesse procedido com uma pesquisa mercadológica teria firme a idéia de que o desconto médio praticado pelos licitantes giram em torno de 30%.

Aliás, o próprio atual contrato firmado pela Licitante tem um percentual firmado em 27% de desconto.

O que justificaria uma disparidade tão grande no desconto? Das duas uma: ou o atual contrato está superfaturado, ou os preços apresentados pelas licitantes foram vis. Para dirimir essa dúvida, a





Comissão deveria se valer da pesquisa mercadológica, ausente no presente processo.

Para facilitar a referida aferição dos preços vejamos os preços praticados pelos grandes anunciantes do poder público do Rio Grande do Norte:

Governo do Estado do Rio Grande do Norte: 20%

Município de Natal 27%

**DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA APRESENTADA PELAS LICITANTES. PREÇO VIL. NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA**

Inicialmente, insta registrar que o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP é uma entidade criada pelo mercado publicitário para zelar pela observância das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, documento este com recomendações e princípios éticos que buscam assegurar as melhores práticas comerciais no relacionamento mantido entre os principais agentes da publicidade brasileira.

O Conselho Executivo das Normas-Padrão tem como objetivo "promover o modelo brasileiro da atividade de publicidade e propaganda, fomentando as melhores práticas comerciais, incentivando a concorrência por melhor eficiência e qualidade, com base nas Normas-Padrão da Atividade Publicitária



que estabelecem condições para melhor e mais adequada prestação de serviços entre Anunciantes, Agências e Veículos de Comunicação”.

Pois bem. Por sua vez, a mencionada NORMA PADRÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA preconiza que é vedado a contratação de agências de publicidade em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal, senão vejamos;

#### NORMA PADRÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA

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

A mesma norma preconiza ainda padrões para o desconto padrão das agências, e ainda que os custos dos serviços internos será calculado com base em parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato regional;

3.5 Nas transações entre Anunciantes e Agências tendo por objeto a parcela negociável



do “desconto padrão de Agência”, adotar-se-ão como referência de melhor prática os parâmetros contidos no ANEXO “B” a estas Normas-Padrão.

### 3.6.

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

Pois bem. Sabe-se que em qualquer contratação pública, é imperioso que o preço praticado se encontre dentro da média praticada pelo mercado.

No caso de serviços publicitários, esses preços são referenciados pelas chamadas NORMAS-PADRÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA (itens 3.5 a 3.6.1 e 3.6.2) e servem, inclusive, para evitar a proposição





e a exigência de preços vis, ínfimos e abaixo dos praticados no mercado, de modo a impedir a inexecuibilidade do contrato administrativo, conforme previsto no art. 44, parágrafo terceiro da lei 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Eventuais disposições quanto à concessão de descontos sobre a Tabela Referencial de Custos Internos e sobre os honorários de produção ou fornecimento externo deverão se limitar a percentuais razoáveis e que não impliquem o risco de inexecuibilidade do contrato.



O edital da presente licitação definiu que a pontuação dada à Proposta de Preço levará em consideração o desconto concedido sobre os custos internos:

10.1 – A Proposta de Preços (Envelope “D”) deverá ser apresentada conforme a seguir, devidamente preenchida apenas com as informações constantes no modelo:

Declaramos que, na vigência do contrato, adotaremos a seguinte Política de Preços para os serviços descritos:

a) - Desconto a ser concedido à PREFEITURA MUNICIPAL DE NATAL, sobre os custos internos (não inferior a 10%), baseado na Tabela de Preços do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado do Rio Grande do Norte.

Em sendo considerada como um desconto excessivo, a proposta, necessariamente, será desclassificada, ainda que não exista parâmetro definido no edital, pois é o que estabelece a lei 8.666/93, em seu art. 48, inciso II:

Art. 48 – Serão desclassificadas:

(....)

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade



através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

Portanto, a proposta de preços deve prever que as licitantes poderão conceder redução sobre os "preços de mercado", desde que (nos termos da Lei 8.666/93), não sejam preços irrisórios, ínfimos ou abaixo dos preços de mercado e que, portanto, possam incorrer na inexecuibilidade do contrato administrativo.

Daí questiona-se: o que seria preço de mercado? A resposta para essa pergunta nos remete ao item anterior. Deveria constar da pesquisa mercadológica que deveria ter sido realizada na fase externa da licitação.

Mas, em não havendo a pesquisa nos autos do processo licitatório, vejamos o desconto praticado pelo mercado público em licitações anteriores.

O primeiro e mais fidedigno parâmetro, é o contrato atualmente vigente. O desconto praticado pelas agências é de 27% (vinte e sete por cento).





O terceiro parâmetro é o contrato firmado pelo Estado do Rio Grande do Norte que venceu no presente ano. O desconto praticado era de 20%v(vinte por cento).

Aliás, o próprio edital, ao estabelecer que aceitaria o percentual de desconto ofertado “não inferior a 10%”, afirmou, a contrario sensu, que o percentual de 11% seria aceitável. Ora, se considerou 11% aceitável, é porque 90% está exagerado, por óbvio!

Observe-se ainda, senhores, que o edital do Governo do Estado já publicado, para evitar práticas antieconômicas e preços vis, estabeleceu o desconto máximo de 60%! Ou seja, qualquer desconto acima de 60% implicará na automática desclassificação.

Repita-se que a ausência de fixação do preço máximo no presente certame não permite que as empresas “mergulhem” no preço para sagrar-se vencedora na licitação. Exatamente para evitar essa hipótese, a lei 8.666/93 disciplina, através do art. 48 já citado, a necessidade de desclassificação das propostas com preços vis.

Para utilizar ainda como outro parâmetro, o Sinapro/RS cumprindo o seu papel no sentido de proteção à boas práticas de mercado, impugnou o edital de licitação do sebrae/RN exatamente pela ausência de fixação do desconto máximo (doc. Em anexo)

Para a entidade, o edital deveria prever o “desconto máximo de 50% (cinquenta por cento) em relação aos preços previstos na tabela do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado do Rio Grande



do Sul, a título de ressarcimento dos custos internos dos serviços executados pelo licitante”.

Por fim, a própria Associação Brasileira de Agências de Publicidade-ABAP, disponibilizou em seu site uma espécie de manual de como preparar o processo licitatório para licitações de serviços publicitários.

No referido documento, sugere um percentual de desconto “aceitável” de 30%, ou seja, apenas confirma a idéia de que o atual contrato está com um desconto razoável e que o desconto praticado pelas agências no presente certame estão exagerados, podendo ser considerados como vis, in verbis;

Levando em consideração que as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, ao estabelecer em seu item 3.6 e subitens que os percentuais de remuneração da agência quanto aos “custos externos” (percentual aplicável de 15% sobre os custos externos) bem como quanto aos custos internos (Tabela de Custos Internos dos Sindicatos das Agências de Propaganda de cada Estado), representam “os preços de mercado”, para os fins e efeitos do parágrafo 3o do art. 44 da Lei 8.666, recomendamos que:

a) Em relação aos custos internos, o desconto máximo sobre a Tabela de Custos Internos dos

Sindicatos das Agências de Propaganda, aceitável, deve ser de até 30%;

(<http://www.abap.com.br/pdfs/licita2017.pdf>, pág. 40)

É sabido que em licitações impera o princípio da irretroatividade das fases no procedimento licitatório. Entretanto, isso não significa que uma ilegalidade deve permanecer apenas em razão de estarmos na fase subsequente.

Pensar dessa forma seria desconsiderar o princípio da autotutela Administrativa que autoriza a administração pública a rever seus atos quando eivados de ilegalidade, a qualquer tempo.

Daí, requer-se a anulação do processo licitatório diante da grande quantidade de empresas que apresentaram propostas inexequíveis.

### **DA AUSÊNCIA DE RESPOSTA QUANTO AOS MOTIVOS DE INABILITAÇÃO DA LICITANTE RAF COMUNICAÇÃO**

Como se não bastassem todos os erros apontados, ainda persiste uma questão que não fora respondida pela D. Comissão de Licitação no que se refere à desclassificação da proposta técnica apresentada pela empresa RAF COMUNICAÇÃO e MARKETING LTDA.

Relembre-se que, inicialmente, a empresa teve a sua proposta técnica classificada.





Entretanto, a licitante FAZ PROPAGANDA LTDA, interpôs recurso alegando que a RAF COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA abusou do uso do itálico e negrito nos textos de sua Estratégia de Mídia e Ideia Criativa, nas páginas 13 a 15.

Alegou ainda o descumprimento da norma editalícia foi completo, pois fez uso simultâneo de negrito, itálico e sublinhado, na página 21.

Ocorre que o recurso foi julgado pela subcomissão técnica, oportunidade na qual fora apreciado apenas o uso do itálico, deixando de tratar a respeito do negrito e sublinhado, sendo deferida a desclassificação da RAF COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, conforme transcrito abaixo:

“2). Com relação ao uso de termos grafados em itálico pela agência RAF PROPAGANDA, foi constatado por esta subcomissão que nas páginas 13, 14 e 15 da proposta apócrifa, no corpo do texto (...), contrariando o que determina os itens 8.1.1 e 9.3 do edital do certame, devendo de acordo com o reza o edital a mesma ser DESCLASSIFICADA.”

Ressalte-se que a RAF COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, ao ser notificada para apresentar contrarrazões ao recurso, manifestou-se defendendo-se apenas sobre o uso do itálico, como veremos a seguir:



“Em conclusão, por diversos fundamentos, não há como cogitar de desclassificação da proposta da Requerente, por ter usado a fonte em itálico, em cerca de cinco expressões, quando não há sua identificação no Plano de Comunicação da proposta apresentada. ”

Ora, temos então uma situação que precisa ser esclarecida, pois todos os argumentos deduzidos no recurso não foram abordados, quais sejam, a análise, pela subcomissão técnica, sobre o uso do negrito e do sublinhado, na proposta apresentada pela RAF COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA.

Importante ressaltar o que estabelece o Edital:

8.2 – Serão desclassificadas as propostas que desobedecerem às condições do presente Edital e que apresentarem rasuras ou falhas que impossibilitem a sua compreensão e ainda cujos planos de comunicação apócrifos apresentem quaisquer sinais, marcas que permitam sua identificação.

O item 9.3 do Edital estabelece o padrão gráfico obrigatório para a apresentação do Plano de Comunicação, determinando que os textos devem ser compostos seguindo esse padrão:

[...] fonte Arial, tamanho 12, estilo normal – sem negrito, itálico ou sublinhado, com espaçamento simples entre linhas e opcionalmente duplo



após os títulos e entre títulos e entre parágrafos, com texto justificado podendo ter recuo no parágrafos e títulos [...]

O inciso IX do art. 6º da Lei 12.232/2010 exige uma padronização dos textos para que todas as propostas tenham o mesmo impacto visual e possam ser apreciadas individualmente apenas pelo seu conteúdo e não pela forma.

IX - o formato para apresentação pelos proponentes do plano de comunicação publicitária será padronizado quanto a seu tamanho, a fontes tipográficas, a espaçamento de parágrafos, a quantidades e formas dos exemplos de peças e a outros aspectos pertinentes, observada a exceção prevista no inciso XI deste artigo;

Essa padronização é necessária para que as propostas não possam ser identificadas e, assim, evitar possíveis fraudes no certame, como preceitua os incisos abaixo da Lei 12.232/2010:

XII - será vedada a aposição, a qualquer parte da via não identificada do plano de comunicação publicitária, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro de que trata o § 2º do art. 9º desta Lei;

XIV - será desclassificado o licitante que descumprir o disposto nos incisos XII e XIII





deste artigo e demais disposições do instrumento convocatório.

De fato, no momento do julgamento, aparentemente, não havia muita relevância na apreciação dos demais argumentos trazidos pela Recorrente FAZ PROPAGANDA, eis que o grafia de palavras em itálico já seriam suficientes para a desclassificação da RAF COMUNICAÇÃO.

Entretanto, a questão ganhou contornos diferentes que fez saltar aos olhos a necessidade de apreciação de todos as falhas cometidas pela RAF COMUNICAÇÃO, noticiadas pelo recurso da FAZ PROPAGANDA.

É que, como essa D. Comissão já tomou conhecimento, a licitante desclassificada ingressou com um mandado de segurança e, logo após, um agravo de instrumento. Neste recurso, o Desembargador Relator entendeu que as falhas cometidas pela licitante RAF COMUNICAÇÃO deveriam ser consideradas falhas formais.

Ao decidir, o Des. Considerou que a desclassificação da licitante por oposição de “algumas palavras em itálico” deveria ser considerada como “excesso de rigorismo”.

Ora, Senhores, não foi levado ao conhecimento do judiciário as falhas informadas no recurso apresentado pela FAZ PROPAGANDA



por um equívoco cometido pela comissão que não analisou todos os itens desse recurso.

Provavelmente, interpretação diferente teria o judiciário ao ter conhecimento que os erros cometidas pela licitante não se limitaria a apenas “algumas palavras em itálico”, mas sim a diversas palavras em itálico, em negrito e sublinhadas. Todas as hipóteses igualmente proibidas pelo Edital e pela lei 12.232/2010.

Não há dúvidas que a obrigação de fundamentação das decisões sejam elas administrativas ou judiciais emana da nossa Carta Magna vigente, senão vejamos:

Art. 93 –

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria

absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Eg. Corte Superiora (STJ), já pacificou entendimento nesse sentido, vejamos:

DECISÃO ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE – DIANTE DO COMANDO INSERTO NO ART. 93, IC E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE AS DECISÕES INCLUSIVE EM SE DE ADMINISTRATIVA SEREM MOTIVADAS, A SUA INOBSERVÂNCIA ACARRETA A NULIDADE ABSOLUTA DO ATO ADMINISTRATIVO, PASSÍVEL DE SER DECRETA DE OFICIO PELO MESMO AGENTE QUE PRATICOU OU PELA AUTORIDADE SUPERIORA QUE VENHA A TER CONHECIMENTO DA ILEGALIDADE ATRAVÉS DE RECURSO INTERNO. (STJ – RMS 532684 – REL. MIN. ANTONIO JOSE DE BARROS LEVENHAGEN)

Assim, as decisões tomadas num determinado certame, que não estejam devidamente fundamentadas, seja na lei, seja de acordo com





o Edital, em razão da sua vinculação, É NULA DE PLENO DIREITO, não gerando qualquer eficácia no mundo jurídico.

A empresa Recorrente apresentou um requerimento em fevereiro do corrente ano para que a Comissão de Licitação se pronunciasse sobre todos os questionamentos apresentados pela FAZ PROPAGANDA, apontando a flagrante nulidade da decisão em razão da omissão quanto aos argumentos apresentados.

Para a surpresa da Recorrente, a Comissão Permanente de Licitação quedou-se inerte quanto a este pedido.

Simplesmente ignorou essa questão imprescindível para o deslinde da presente licitação.

Para sanar essa irregularidade, requer, mais uma vez a apreciação do petítório realizado anteriormente para que o recurso apresentado pela FAZ PROPAGANDA seja analisado em sua integralidade, sob pena de nulidade do processo, conforme comando Constitucional previsto no art. 93, inciso X.



## DOS PEDIDOS:

Diante de tudo o exposto requer-se:

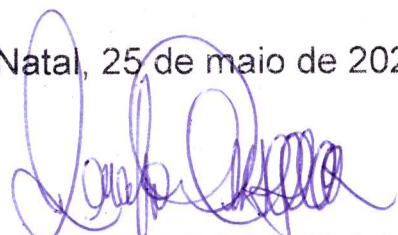
1. Requer que seja respondido o Recurso Administrativo com relação aos motivos da inabilitação da RAF COMUNICAÇÃO E MARKETING, corrigindo a omissão com relação aos questionamentos apresentados pela FAZ COMUNICAÇÃO e reforçados pela petição da Recorrente protocolada no dia 04 de fevereiro de 2020., quais sejam quais sejam, o uso do **itálico e negrito** nos textos de sua Estratégia de Mídia e Ideia Criativa, nas páginas 13 a 15 e o uso simultâneo de **negrito, itálico e sublinhado**, na página 21.
2. A anulação da sessão de abertura dos envelopes "E", para que todas as empresas classificadas sejam convocadas para a apresentação dos documentos de habilitação, em atenção ao princípio da legalidade administrativa;
3. Caso o pedido não seja aceito, requer a inabilitação de todas as licitantes, em razão dos motivos elencados no presente recurso, quais sejam, ausência de termo de abertura e encerramento de livro diário; certidão negativa vencida e ausência de certidão negativa de execução. Nessa hipótese, requer que seja concedido o prazo de 8 (oito) dias úteis para que as empresas reapresentem os respectivos documentos, **como determina o item 16.1.2 do edital**; ou que seja aberto um novo processo licitatório, ficando a critério da gestor da licitação;
4. Alternativamente, caso os pedidos acima não seja acatados, requer a anulação da presente licitação seja pela ausência da pesquisa mercadológica, pela ausência de estudo técnico que justifique a

disparidade entre a pontuação da técnica e preço, ou ainda, seja pela evidente e flagrante inexequibilidade dos preços apresentados pelas outras cinco licitantes classificadas.

5. Caso a Comissão não reveja a posição, requer que o presente recurso seja encaminhado para a autoridade superior para julgamento, conforme comando contido no art. 109 da Lei 8.666/93.

Nesses termos,  
p. Deferimento!

Natal, 25 de maio de 2020.



**CRIOLA PROPAGANDA LTDA.**

04.152.108/0001-50  
CRIOLA PROPAGANDA LTDA

Rua Souza Pinto, 1107  
Tirol CEP.: 59.022-260  
Natal-RN