



PRIMEIRA CÂMARA SESSÃO: 14/05/13

48 TC-000956/006/11

Contratante: Prefeitura Municipal de Sertãozinho.

Contratada: Hold Comunicação e Serviços Ribeirão Preto Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Ordenador(es) da Despesa: Nério Garcia da Costa (Prefeito).

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Nério Garcia da Costa (Prefeito), José Manoel Rodrigues Braz (Secretário Municipal de Governo) e Leonídio de Oliveira Júnior (Secretário Municipal da Fazenda).

Objeto: Contratação de empresa de comunicação para o planejamento, execução, veiculação e divulgação da publicidade institucional e dos atos oficiais de interesse público do Município.

Em Julgamento: Licitação – Concorrência. Contrato celebrado em 18-05-09. Valor – R\$700.000,00. Termo de Aditamento celebrado em 11-12-09. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho e Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, publicada(s) no D.O.E. de 08-10-11 e 22-02-13.

Advogado(s): Marcelo Palavéri, Flávia Maria Palavéri Machado, Paulo Loureiro de Almeida Campos e outros.

Fiscalizada por: UR-6 - DSF-I.

Fiscalização atual: UR-6 - DSF-I.

1. RELATÓRIO.

1.1. Em exame, o Contrato nº 154/2009, firmado em 18/05/2009, entre a **Prefeitura Municipal de Sertãozinho** e a empresa **Hold Comunicação e Serviços Ribeirão Preto Ltda.**, no valor de R\$ 700.000,00, objetivando o planejamento, execução, veiculação e divulgação de publicidade institucional e dos atos oficiais de interesse público do Município.

1.2. O Ajuste foi precedido da Concorrência nº 01/2009, que contou com a participação de 01 (uma) única proponente, embora 03 (três) empresas tivessem retirado o Edital.

1.3. Também em análise, o **Termo Aditivo nº 01**, celebrado aos 11/12/2009, que majorou o objeto pactuado, bem como o valor respectivo em 25%.

1.4. A Unidade Regional de Ribeirão Preto – UR.6, com o endosso da Diretoria Técnica, concluiu pela irregularidade da matéria, por entender que houve aglutinação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



de itens de naturezas distintas e falta de clareza na descrição do objeto, com prejuízo à correta formalização do orçamento prévio, pois a tabela SINAPRO não abrange todos os serviços.

1.5. Notificada, nos termos do inciso XIII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, a Origem prestou esclarecimentos, alegando, em síntese, que:

I) A divisão do objeto por itens não pode ser entendida como regra geral para todos os procedimentos licitatórios, devendo ser verificada a viabilidade econômica e técnica, a fim de se obter o melhor aproveitamento dos recursos da Administração;

II) O objeto licitado é composto de serviços de mesma natureza, que, além de guardarem relação sob o aspecto legal, possuem estreita ligação técnica;

III) O orçamento básico teve como base a Tabela SINAPRO (Sindicato das Agências de Propaganda).

1.6. A Assessoria Técnica e respectiva Chefia opinaram pela irregularidade da Licitação, do Contrato e do Termo Aditivo, com proposta de aplicação do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº. 709/93, em virtude da (i) precariedade da cotação de preços destinada à fixação do orçamento básico, que teria levado a Administração a aditar o Ajuste em 25%, e (ii) da aglutinação de serviços de naturezas distintas, como a organização de shows e eventos artísticos com serviços usuais de publicidade (elaboração de faixas e placas, criação, fotografia, divulgação em veículos de mídia).

1.7. Assinado novo prazo aos Interessados, para apresentação de justificativa acerca da (i) ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários e de pesquisa de preços, impossibilitando a apuração dos acréscimos levados a efeito por Aditamento, e, ainda, (ii) do critério de julgamento das propostas de caráter subjetivo.

1.8. Em resposta, o ex-Prefeito Municipal, Senhor Nério Garcia da Costa, informou o quanto segue:

I) A grande maioria dos serviços licitados está inclusa na tabela Sinapro, tendo o TCESP já se posicionado pela regularidade de certames cujos orçamentos foram elaborados com base no referido documento;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



II) A Administração, independente do âmbito de atuação, não possui conhecimento de todos os ramos empresariais dos serviços que necessita, mas tem conhecimento dos parâmetros que a maioria utiliza para estipular seus preços, como no caso da tabela Sinapro;

III) Os itens 13.3.1 e 13.3.2 do Edital não preveem que a pontuação equivaleria apenas a 10 (dez) ou 0 (zero), mas, sim, que chegaria até 10 (dez);

IV) A edição da Lei nº 12.232/10 se deu após a realização do presente certame, sendo certo que alguns fatores específicos para esse tipo de contratação foram corrigidos e melhorados pelo legislador, inclusive o critério de pontuação, alterado para incluir a pontuação intermediária também;

V) Com o advento dessa nova legislação, e aprimoramento dos atuais instrumentos convocatórios publicados, a Municipalidade vem inserindo a pontuação intermediária nos últimos editais.

É o relatório.



2. VOTO

2.1. Em exame, o Contrato nº 154/2009, firmado em 18/05/2009, entre a **Prefeitura Municipal de Sertãozinho** e a empresa **Hold Comunicação e Serviços Ribeirão Preto Ltda.**, no valor de R\$ 700.000,00, objetivando o planejamento, execução, veiculação e divulgação de publicidade institucional e dos atos oficiais de interesse público do Município.

2.2. Também em análise, o **Termo Aditivo nº 01**, celebrado aos 11/12/2009, que majorou o objeto pactuado, bem como o valor respectivo em 25%.

2.3. Na esteira das manifestações dos Órgãos de Fiscalização e Técnicos desta Casa, entendo que a matéria não comporta juízo de regularidade.

2.4. Com efeito, ao reunir, em uma única licitação, objetos de naturezas distintas, como “serviços usuais de publicidade” e “organização de shows e eventos e artísticos e/ou culturais”¹, sem a respectiva subdivisão em lotes, a Administração acabou por reduzir o universo competitivo a empresas que atuam no segmento de forma generalizada, afirmação, esta, corroborada pela participação de única empresa na Licitação, não obstante 03 (três) interessadas tenham retirado o Edital.

Tendo em conta o interesse público, a licitação pode e deve ser subdividida em tantas parcelas quantas se mostrarem viáveis, de modo a aproveitar as peculiaridades do mercado, com vistas à economicidade, restando evidente que, no caso em análise, a separação do objeto licitado em lotes ou, ainda, a realização de mais de um certame, nos moldes do § 1º do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93, poderia ampliar consideravelmente a disputa.

Sobre a questão, convém citar os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

¹ 1. CONDIÇÕES ESPECÍFICAS: 1.1.1 – Constitui objeto da presente licitação a contratação de empresa de comunicação para planejamento, **execução, veiculação e divulgação da publicidade institucional e dos atos oficiais de interesse público da Prefeitura Municipal de Sertãozinho**. 1.1.2 – A publicidade deverá englobar Trabalhos de Pesquisa, Criação, Fotografia, Serviços Gráficos, Elaboração de Placas, Faixas, Vídeo e veiculação em Rádio, Televisão, Jornal, Revistas e Outdoor, **organização de shows e eventos artísticos e/ou culturais**, necessários para o bom desempenho dos serviços a serem executados. (grifei).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



o fracionamento visa ampliar a competitividade (...) no caso do fracionamento, a Administração divide a contratação em vários lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública (...) O art.23, § 1º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única. (JUSTEN FILHO, MARÇAL; COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; EDITORA DIALÉTICA; 14ª EDIÇÃO; PÁGINAS 190 E 276).

A título de recomendação à Municipalidade, registro que, embora seja posterior ao presente certame, há legislação específica desautorizando procedimento da espécie, a teor das disposições contidas na Lei Federal nº 12.232/10, notadamente no seu artigo 2º, § 2º.

2.5. Ademais, o critério de julgamento das propostas se mostra subjetivo, na medida em que prevê somente notas mínima = 0 e máxima = 10, sem, contudo, explicitar como seriam atribuídas eventuais pontuações intermediárias.

2.6. A contribuir para um juízo desfavorável da matéria, não foi apresentada pesquisa prévia de preços que pudesse ter orientado a elaboração do orçamento básico, de forma a permitir a verificação da economicidade do Ajuste, nos termos do inciso IV do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/93.

Na hipótese em comento, a tabela SINAPRO (Sindicato das Agências de Propaganda do estado de São Paulo), por si só, não é suficiente para balizar os valores estimados,

² **LEI Nº 12.232, DE 29 DE ABRIL DE 2010:** Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Art. 2º - Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral. § 2º - Os contratos de serviços de publicidade terão por objeto somente as atividades previstas no *caput* e no § 1º deste artigo, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios, respeitado o disposto na legislação em vigor.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



tampouco os propostos, uma vez que parte dos serviços licitados nem sequer possuem referência em tal documento, conforme observado pela Chefia de ATJ.

2.7. Ainda, a ausência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários afronta o disposto no inciso II do § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93.

Cumprе salientar, a propósito, que a referida formalidade é essencial à demonstração da adequação do valor contratado com os praticados no mercado.

Sobre tema, Carlos Pinto Coelho Motta ensina que a “exigência legal do orçamento detalhado em planilhas em que esteja especificada a composição de todos os custos unitários é objeto de recomendação iterativa dos Tribunais de Contas. O TCU reitera: 9.2.5. quando da elaboração das planilhas de referência discrimine todos os custos unitários envolvidos, explicita a composição do BDI que está sendo utilizado na formação dos preços e exija claramente que os licitantes façam o mesmo em relação às suas propostas” (Motta, Carlos Pinto Coelho; Eficácia nas Licitações e Contratos; Comentários Jurisprudência e Legislação; 11ª Edição; Del Rey Editora; Página 157 – TCU, Acórdão 62/07, DOU de 02/02/2007).

2.8. Agrava a situação o fato de não terem sido claramente indicados os fundamentos da amplitude da divulgação pretendida pelo Executivo Municipal, dada a ausência de justificativa técnica relativa à eficácia dos gastos publicitários por meio de ato motivado, de modo a fazer valer os princípios basilares constitucionais da moralidade, da probidade e transparência administrativa e da publicidade, entre outros.

Conforme doutrina, a motivação integra a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, no caso em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos ao administrador, a simples menção do fato e da regra do Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueloutros,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. É o que sucede, por exemplo, na tomada de decisões em procedimentos nos quais existia uma situação contenciosa, como no chamado processo administrativo disciplinar. Idem em certos procedimentos em que vários interessados concorrem ao um mesmo objeto, como nas licitações. O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão do direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porque” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, que como direito individual a não se assujeitarem as decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis. (BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO; CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO; EDITORA MALHEIROS; 29ª EDIÇÃO, REVISTA E ATUALIZADA ATÉ A EMENDA CONSTITUCIONAL 68, DE 21.12.2011; PÁG.115).

2.9. Além do mais, a Municipalidade, quando da apresentação de sua peça de defesa, não esclarece de forma cabal os acréscimos incidentes sobre os quantitativos unitários originalmente ajustados, nem a correção do valor majorado pelo Termo Aditivo subsequente.

A majoração do objeto pactuado em 25%, somente 07 (sete) meses após o início da execução contratual, em função de campanhas não previstas inicialmente, como alega a Municipalidade, não é concebível, estando patente o erro de estimativa dos serviços pretendidos, insisto, ao não ser claramente indicados os fundamentos da amplitude da divulgação pretendida pelo Governo Municipal.

Aliás, sequer haveria como dissociar o aludido Instrumento dos eivados atos anteriores, pois os vícios detectados na Licitação e no Contrato o maculam automaticamente.

2.10. Assim sendo, foram violados, aqui, os princípios da isonomia, da competitividade, do julgamento objetivo, da eficiência e da moralidade, tutelados pelo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



caput e inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei Federal nº. 8.666/93.

2.11. A rigor, à vista da ofensa aos princípios e dispositivos constitucionais e legais, considerando a gravidade das impropriedades constatadas e o valor envolvido na contratação, a prática adotada enseja a aplicação de multa ao agente público responsável, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, em importância equivalente a 500 (quinhentas) UFESPs, que se revela apropriada ao caso concreto.

2.12. Ante ao exposto, na esteira das manifestações desfavoráveis e unânimes dos Órgãos de Fiscalização e Técnicos desta Corte, **VOTO** pela **Irregularidade** da Concorrência, do Contrato e do Termo Aditivo, com o consequente acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº. 709/93, concedendo ao Exmo. Prefeito Municipal de Sertãozinho o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, para que informe esta Corte acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas.

2.13. VOTO, ainda, pela aplicação de multa de **500 (quinhentas) UFESPs ao Senhor Nério Garcia da Costa – então Prefeito Municipal de Sertãozinho**, autoridade responsável homologou a licitação, adjudicou o objeto e assinou o contrato e o Termo de Ciência e Notificação de fls.03, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº. 709/93, **por violação ao caput e inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e artigos 3º, 7º, § 2º, II; 23, § 1º, e 43, IV, todos da Lei Federal nº 8.666/93**, fixando-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para atendimento.

2.14. Recomendo à Origem que, em futuros procedimentos que tenham por objeto a contratação de serviços de publicidade, atente com rigor à legislação regente, em especial a Lei Federal nº 12.232/10.

2.15. Por fim, determino o encaminhamento de cópia da presente Decisão ao Ministério Público Estadual, para as medidas que entender cabíveis.

**DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO**