

PROTOCOLO Nº: 155724/22
ORIGEM: MUNICÍPIO DE TUNEIRAS DO OESTE
INTERESSADO: TAKETOSHI SAKURADA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 184/22

Consulta. Município de Tuneiras do Oeste. Contratação de serviços de publicidade. Lei nº 12.232/10. Necessidade de formação de subcomissão para análise técnica das propostas. Tentativas frustradas de inclusão de representante da sociedade civil. Possibilidade excepcional de designação de servidores públicos com formação ou atuação na área de comunicação, publicidade ou marketing. Necessidade de segregação de funções em relação à Comissão Permanente de Licitação. Necessidade de adoção de mecanismos de incentivo que viabilizem a formação da subcomissão com integrante sem vínculo com o Poder Público. Pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, pela expedição de resposta nos termos consignados no parecer ministerial.

Trata-se de consulta formulada pelo Município de Tuneiras do Oeste, por meio de seu Prefeito, Taketoshi Sakurada, por meio da qual indaga (peça 3):

1. Caso eventualmente não haja o comparecimento de interessados para composição da Subcomissão Técnica para análise e julgamento das propostas técnicas de licitação que tenha por objeto a contratação de agência de publicidade, nos termos da Lei nº 12.232/2010, e em sendo aberto prazo de inscrição por diversas vezes através de Chamamento Público, é certo, por analogia de interpretação ao §10 do art.10 da norma citada, nomear Comissão Especial com servidores públicos da municipalidade para referida tarefa?
2. Em sendo positiva a resposta, considerando o disposto no §1º do artigo 11 da Lei nº 12.232/2010, é certo que a Comissão Permanente de Licitação possa ser responsável pelo recebimento dos envelopes e condução do certame, ficando a Comissão Especial responsável tão somente pela análise e julgamento das propostas técnicas apresentadas?

O parecer jurídico foi juntado aos autos (peça 4). Ao analisar a matéria, a Assessoria Jurídica do Município concluiu pela possibilidade de

“nomeação de Comissão Especial de Licitação para análise e julgamento das propostas técnicas de licitação que tenha objeto de contratação de agência de publicidade, por interpretação extensiva ao §10 do art. 10 da Lei nº 12.232/2010, desde que formada por servidores públicos diferentes dos que compõem a Comissão Permanente de Licitação”.

O relator, Conselheiro Nestor Baptista, entendendo satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheceu a consulta (Despacho nº 325/22, peça 6).

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, então, apresentou a Informação nº 50/22 (peça 8), consignando as decisões da Corte sobre a matéria, especialmente o Acórdão nº 308/12 – Tribunal Pleno, proferido na Consulta nº 114386/11, com força normativa.

Em nova manifestação, o Conselheiro relator destacou que, a despeito da existência do precedente citado pela SJB, a consulta sob análise possuiria “especificidades que necessitam de tratamento específico. Além disso, reputo que o tempo decorrido desde a prolação daquela decisão justifica nova análise da matéria” (Despacho nº 443/22, peça 9). Por isso, determinou a instrução do feito.

A Coordenadoria-Geral de Fiscalização (Despacho nº 356/22, peça 11) apontou que, em relação à matéria debatida nos autos, “não há impactos imediatos em sistemas ou em fiscalizações realizadas pelas Coordenadorias”.

A Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução nº 1749/22, peça 12) inicialmente ponderou, sobre a legislação em comento, que “a ideia central inerente à lei 12.232/10 é fazer com que a proposta técnica possa ser avaliada e julgada por profissionais detentores do conhecimento da área de publicidade, comunicação ou marketing, para que possam emitir juízo de aprovação ou reprovação sem que tenham qualquer vínculo com o órgão licitante, de modo a permitir a emissão de parecer eminentemente técnico acerca do caráter criativo e estratégico das propostas apresentadas”. Conclusivamente, opinou pelo oferecimento das seguintes respostas:

Questão 1: Nos casos em que se revele comprovadamente inviável a formação de subcomissão técnica por membros da sociedade civil na forma prevista no artigo 10, §1º da lei nº 12.232/2010, a autoridade competente para a realização do certame poderá indicar servidores públicos com conhecimento nas áreas de comunicação, publicidade ou marketing para desempenho da função de análise e julgamento das propostas técnicas.

Questão 2: Os membros da Comissão de Permanente de Licitação não podem ser os mesmos designados para compor a subcomissão técnica, haja vista a segregação de funções prevista expressamente no artigo 11, §1º da lei nº 12.232/2010.

É o breve relato.

Preliminarmente, verifica-se que os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 311 do Regimento Interno da Corte, foram satisfeitos por esta consulta: (i) o consulente é autoridade legítima; (ii) a dúvida foi formulada mediante quesito objetivo e em tese; (iii) os questionamentos versam sobre dispositivos legais inseridos no âmbito de competência interpretativa do Tribunal de Contas; (iv) a petição inicial foi instruída com parecer jurídico emitido pela assessoria do consulente. Ademais, embora seja possível vislumbrar o contexto fático que embasou a consulta, sua resposta poderá ser oferecida em tese, tendo em vista a previsão do art. 311, §1º, do Regimento Interno.

Quanto ao mérito, assiste razão à unidade técnica. Como bem assentado, a Lei nº 12.232/2010 buscou estruturar mecanismos que garantissem maior impessoalidade e transparência na contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. Dadas as peculiaridades de tais atividades, nem sempre comparáveis sob métricas de caráter objetivo, a legislação definiu procedimentos destinados a, ao menos, incluir representantes da sociedade civil nas etapas decisórias, como forma de diminuir eventual subjetivismo ou direcionamento por parte da autoridade contratante.

É o que se nota da previsão de seu art. 10, *caput* e parágrafos, que atribuiu à “subcomissão técnica” a incumbência de análise e julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes, como se extrai dos dispositivos:

Art. 10. As licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.

§ 1º As propostas técnicas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, pelo menos, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação.

§ 2º A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o

triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação.

(...)

§ 9º O sorteio será processado de modo a garantir o preenchimento das vagas da subcomissão técnica, de acordo com a proporcionalidade do número de membros que mantenham ou não vínculo com o órgão ou entidade responsável pela licitação, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

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

Conclui-se, pois, que pela disposição legal ao menos 1/3 dos integrantes da subcomissão técnica deverá ser desprovido de qualquer tipo de vínculo com a Administração Pública. Para satisfazer a obrigação legal, esclarece o consulente que promoveu Chamamento Público, com sucessivas prorrogações de prazo para inscrição dos interessados. No entanto, relata, a medida restou frustrada.

Esta Corte já se deparou com situação similar, apreciada no âmbito da Consulta nº 114386/11, cujo Acórdão nº 308/12 – Tribunal Pleno (com força normativa) consolidou a seguinte tese:

08. Com relação a esta mesma subcomissão, caso não seja possível reunir o número de profissionais mínimos de 9 ou 6, exigidos pelo art. 10, §2º, principalmente em municípios menores, como deverá se proceder?

Com base no que dispõe o artigo 51, § 1º, da Lei de Licitações c/c o artigo 10, § 10º, da Lei Federal n.º 12.232/10, quando o número exíguo de servidores constituir óbice para a formação da subcomissão, em licitações realizadas na modalidade Convite, será admitida, excepcionalmente, a dispensa da pluralidade de julgadores, aceitando-se que o julgamento se realize pela própria comissão permanente de licitações ou por um servidor formalmente designado pela autoridade competente, com conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.

Embora a tese assentada naquela ocasião não seja suficiente para a elucidação do questionamento em análise nestes autos, ela demonstra que a própria Lei nº 12.232/10, prevê, em seu art. 10, §10º, solução para a hipótese de

impossibilidade de formação da subcomissão técnica exigida pela legislação. De acordo com o dispositivo, já transcrito acima, o órgão técnico poderia ser substituído pela comissão permanente de licitação ou por servidor formalmente designado para a tarefa (que deverá ostentar conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing).

Embora a alternativa legal tenha sido prevista expressamente para a hipótese de licitação na modalidade convite, entende-se que ela poderá ser aplicada, por analogia, à situação cogitada pelo consulente. Isso porque, como bem salientado pela CGM, a impossibilidade de constituição da subcomissão técnica, devidamente justificada e comprovada pelo gestor público, não poderá inviabilizar a própria contratação do serviço.

Além disso, o parecer jurídico do consulente aponta cautela adicional que resguarda o agente ou comissão incumbidos da análise técnica das propostas. Trata-se da previsão do art. 11, §1º, da Lei nº 12.232/10, segundo a qual “os integrantes da subcomissão técnica não poderão participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços”.

Assim, deverá ser observada a segregação de funções: a subcomissão (art. 10, §1º, da Lei nº 12.232/10) será incumbida exclusivamente da análise técnica das propostas, ao passo que a Comissão Permanente será responsável pela condução das demais etapas do procedimento licitatório, nos termos disciplinados pela Lei nº 12.232/10. Assim delineada, a solução proposta pelo consulente e endossada pela CGM mostra-se razoável e alinhada às especificidades da legislação sob análise.

Vale frisar que a adoção da resposta ora apontada é excepcional e está condicionada à efetiva demonstração, pelo gestor, da impossibilidade de formação da subcomissão técnica nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 12.232/10. Para tanto, o gestor municipal deverá justificar por escrito, nos autos do respectivo procedimento licitatório de contratação da agência de publicidade, as medidas adotadas para convocar os interessados da sociedade civil, quais foram os meios de divulgação adotados, entidades eventualmente convidadas etc.

Demais disso, os servidores eventualmente designados para compor a comissão especial deverão possuir formação em comunicação, publicidade ou marketing ou, ao menos, deverão ter atuação em uma dessas áreas, conforme exigência do art. 10, §1º, da Lei nº 12.232/10.

Importante destacar, ainda, que esta Corte tem jurisprudência que fixa a obrigatoriedade de realização de procedimento público de seleção do(s) integrante(s) da subcomissão provindo da sociedade civil, ou seja, que não possua qualquer tipo de vínculo com a administração pública. É o que se denota do Acórdão nº 2113/17 – Tribunal Pleno, proferido na Representação nº 472607/14, de relatoria do Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães.

No referido julgado foi expedida determinação ao Município de Curitiba para que “nas próximas licitações visando contratar serviços de publicidade, seja realizado procedimento isonômico e impessoal para o cadastro da relação de profissionais sem vínculo com a administração a comporem a subcomissão técnica prevista no art. 10, §2º, da Lei nº 12.232/10”.

Ainda, pertinente pontuar que no já citado Acórdão nº 308/12 – Tribunal Pleno, dotado de força normativa, admitiu-se a possibilidade de remuneração do profissional participante da subcomissão, desde que não vinculado ao Poder Público, o que inclusive pode estimular a participação da sociedade civil, impedindo a frustração reiterada do chamamento público. É o que ficou definido no seguinte enunciado:

07. Quanto aos membros que não pertencem ao quadro de pessoal da Administração que farão a composição da subcomissão técnica a que alude o art. 10, §1º, como se efetivará as suas contratações?

A contratação e remuneração desses profissionais obedecem às disposições contidas na Lei nº 8.666/93, inclusive quanto aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Pode a Administração celebrar instrumentos de cooperação técnica com entidades de classe ou se valer do credenciamento para obter o maior número possível de profissionais mediante remuneração fixada de maneira uniforme para todos, conforme exposto anteriormente.

Assim, para fomentar a participação da sociedade civil, mostra-se viável juridicamente que seja promovido o credenciamento de profissionais interessados, mediante processo de chamamento público, em que seja fixada a remuneração em decorrência dos serviços prestados no âmbito da subcomissão técnica. Reitere-se que apenas os integrantes que não tenham vínculo com a administração pública poderão ser remunerados dessa forma. Eventual remuneração dos servidores públicos participantes, mediante a estipulação de gratificação ou outra verba, deverá ser prevista em lei (art. 37, X, da Constituição Federal).

Vale frisar, nesse contexto, que a Lei nº 14.133/2021 regulamenta de maneira expressa o instituto do credenciamento, conceituado pela legislação como “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados” (art. 6º, XLIII).

De acordo com o art. 79, I, da Lei nº 14.133/2021, o credenciamento poderá ser utilizado em situação de contratação “paralela e não excludente”, quando “é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas”. Trata-se da situação ora analisada: poderá o Município credenciar os profissionais que atendam às exigências da Lei nº 12.232/10, cabendo ao regulamento do instituto e ao edital de chamamento fixar “critérios objetivos de distribuição da demanda” (art. 79, parágrafo único, II, da Lei nº 14.133/2021), bem como “as condições padronizadas de contratação” e o “valor da contratação” (art. 79, parágrafo único, III, da Lei nº 14.133/2021).

Demais disso, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também preceitua, para o credenciamento, o dever de “divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados” (art. 79, parágrafo único, I, da Lei nº 14.133/2021).

Tais previsões se harmonizam ao tema em debate nesta Consulta, reforçando a possibilidade jurídica de remuneração dos profissionais regularmente credenciados para compor a subcomissão técnica, bem como o dever que recai sobre o Poder Público de manter o edital de chamamento aberto de modo permanente, e com ampla publicidade no site da municipalidade. Entende-se, nesse passo, que a adoção de tais mecanismos de fomento contribuirão para a mitigação dos entraves e dificuldades à participação de profissionais oriundos da sociedade civil.

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas opina pelo conhecimento da consulta e, no mérito, pelo oferecimento das seguintes respostas:

1. *Excepcionalmente, caso demonstrada pelo gestor a impossibilidade de seleção de membro da sociedade civil para a subcomissão técnica disciplinada pelo art. 10, §1º, da Lei nº 12.232/10, poderão ser designados servidores públicos com formação ou atuação em comunicação, publicidade ou marketing;*

2. Os integrantes da Comissão Permanente de Licitação não poderão ser designados para compor a subcomissão técnica prevista pelo art. 10, §1º, da Lei nº 12.232/10, tendo em vista a exigência legal de segregação de funções (art. 11, §1º, da Lei nº 12.232/10);

3. A utilização excepcional desta solução não retira do gestor público o dever de designação, para compor a subcomissão técnica, de profissional que não possua qualquer vinculação, direta ou indireta, com a administração pública, devendo ser promovido processo isonômico e impessoal de seleção de profissional (credenciamento), inclusive com a possibilidade de estipulação de remuneração pelo desempenho da atividade, devendo o Poder Público promover ampla divulgação do edital de chamamento público, que deverá permanecer constantemente aberto à adesão de novos interessados, conforme disciplina do art. 79 da Lei nº 14.133/2021.

Curitiba, 24 de agosto de 2022.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas