

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 007.225/2022-9

Natureza: Denúncia

Órgão: Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR)

Responsável: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Representação legal: Carolina Scherer Bicca (OAB/RS 56875), Vítor Carvalho Curvina Costa de Araújo (OAB/CE 31328) e outros, representando Ministério das Comunicações.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA 1/2021. SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CONTRATO DE PUBLICIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. DETERMINAÇÃO. MONITORAMENTO. ARQUIVAMENTO.

Relatório

Trata-se de denúncia sobre possível irregularidade ocorrida na concorrência 1/2021, conduzida pela então Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações (Secom/MCOM), para a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda, compreendendo as atividades realizadas integralmente para estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão da execução externa e distribuição de ações publicitárias junto a públicos de interesse¹.

2. A concorrência, do tipo melhor técnica, visava à contratação de quatro agências de propaganda² para realizar as ações publicitárias de diversos temas relacionados ao Poder Executivo Federal.

3. O denunciante apontou suposto direcionamento em favor da agência de publicidade Calia/Y2 Propaganda e Marketing Ltda., empresa mais bem classificada no certame, em razão do vínculo conjugal que existiria entre a diretora de atendimento da agência, Alessandra Matschinski, e Peter Erik Kummer, então subsecretário de Gestão e Normas da Secom (SGEN).

4. Em sua instrução inicial³, a então Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) pugnou pelo conhecimento da representação, mas considerou as ilações entre as competências atribuídas ao secretário da SGEN e ao titular da Secom e a relação familiar suscitada com o resultado da licitação insuficientes para justificar a atuação deste Tribunal.

5. Observou, contudo, que, dos recursos apresentados contra o resultado provisório da concorrência, emergiram questões que deveriam ser objeto de análise, em especial aquelas relativas aos resultados da avaliação das propostas técnicas e à atuação dos membros da subcomissão técnica encarregada de atribuir notas às propostas.

¹ Item 2.1 do edital (peça 3, p. 3).

² item 2.2 do edital (peça 3, p. 3).

³ Instrução à peça 11 e anuência do supervisor à peça 12.

6. Assim, propôs, à época, a realização de oitiva prévia e de diligência à Secom, medidas autorizadas pelo relator mediante despacho⁴.

7. Após análises dos documentos e informações recebidas, a Selog concluiu⁵, principalmente, que a subcomissão técnica havia avaliado os subquesitos que compunham os critérios de avaliação das propostas técnicas das licitantes de forma coletiva, e não individualmente, em afronta ao art. 11, §4º, III e V, da Lei 12.232/2010, e ao item 23.2.6, “b” e “e”, do edital⁶ e, por essa razão, propôs que a concorrência 1/2021 fosse suspensa, até o julgamento de mérito do presente processo.

8. Em 15/6/2022, em despacho por meio do qual determinei a suspensão cautelar da licitação e autorizei a realização das oitivas propostas pela unidade instrutiva⁷, apresentei a seguinte análise:

“9. A concorrência foi conduzida por uma comissão especial de licitação, responsável por receber, em 6/12/2021, as propostas técnicas e de preços das licitantes em invólucros lacrados e não identificados, sendo o julgamento das referidas propostas realizado por uma subcomissão técnica instituída especialmente para este fim⁸:

‘20.1 Esta Concorrência será processada e julgada por Comissão Especial de Licitação, na forma do art. 10 do Decreto nº 6.555/2008, com exceção da análise e julgamento das Propostas Técnicas.

20.2 As Propostas Técnicas serão analisadas e julgadas por Subcomissão Técnica constituída por 3 (três) membros que sejam formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou que atuem em uma dessas áreas.

20.2.1 Na composição da Subcomissão Técnica, pelo menos 1/3 (um terço) dos integrantes não terão vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o MCOM.’

10. Nos termos do edital, cabia aos membros da subcomissão técnica proceder a uma avaliação individualizada das propostas apresentadas, para que a pontuação final de cada licitante correspondesse à média aritmética dos pontos atribuídos por cada avaliador⁹. Essa regra é consentânea com a Lei 12.232/2010, que trata das licitações e contratações de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

11. Superadas as fases de julgamento das propostas técnicas e de preços, com a divulgação do resultado da análise dos recursos e das contrarrazões interpostas pelas licitantes, as sete empresas classificadas foram convocadas para apresentar, em 14/4/2022, os documentos de habilitação.

12. De acordo com a Selog, o certame encontra-se atualmente aguardando a apreciação, pela Comissão Especial de Licitação, de recursos administrativos interpostos em face dos documentos de habilitação apresentados pelas licitantes.

13. Para a unidade instrutiva, há evidências de descumprimento desses termos editalícios quanto à concessão das notas, que não teriam sido emitidas de forma individual, mas sim em conjunto, fato reconhecido pela subcomissão técnica em resposta ao questionamento de uma licitante¹⁰:

‘40. Esta Subcomissão reforça o disposto nos itens 1.1 e 1.2 supracitados e esclarece:

40.1. Não reconhece a metodologia sugerida pela Recorrente como aplicável à concorrência em comento. As avaliações foram feitas de forma individualizada, com atribuição de nota por cada membro da Subcomissão Técnica, tal como disposto no edital. No entanto, essa avaliação

⁴ Peça 13.

⁵ Peça 39, p. 11-12.

⁶ Peça 3, p. 22-23.

⁷ Peça 42.

⁸ Peça 3, p. 18.

⁹ Item 12.3 e subitens do edital – peça 3, p. 12-13.

¹⁰ Peça 4, p. 101-102.

individualizada não exclui a possibilidade de realização de discussões em grupo sobre os atributos em análise, com vistas a aprofundar e nivelar entendimentos sobre questões técnicas, ampliar, refinar as percepções quanto ao entendimento das mensagens, garantindo, assim, maior qualidade nas análises, a partir das experiências profissionais de seus membros.”

14. Como apontado pela Selog, os pontos obtidos em cada um dos quesitos e subquesitos que compunham os critérios de avaliação, não teriam sido divulgados de forma individualizada, mas tão somente a média aritmética das notas o que inviabilizou saber como cada julgador se manifestou em relação aos critérios de avaliação, em descumprimento tanto aos termos do edital quanto às disposições da Lei 12.232/2010¹¹:

“41. Nesse ponto, assiste razão à Propaganda Desigual quando afirma não ser possível saber como cada julgador se manifestou em relação aos quesitos e subquesitos de avaliação. E mais, acrescenta-se, não se pode alcançar a existência, ou não, de eventual correlação entre as notas, a ponto de se inferir sobre possível direcionamento na licitação.

42. Nos termos do art. 11, inciso VI, da Lei 12.232/2010, **as planilhas com as pontuações** e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram deve acompanhar, juntamente com as propostas das agências, a ata de julgamento dos quesitos técnicos. No caso de existir uma planilha contendo apenas o resultado das apurações (média aritmética das notas), como aparenta ser o presente caso, não há comprovação de que a subcomissão técnica agiu individualmente, ou seja, que exerceu adequadamente a tarefa da qual fora incumbida. Nesse sentido, o direito dos licitantes de impugnar os resultados da avaliação também restam prejudicados, à medida que não dispõem de informações sobre as notas atribuídas por cada qual dos membros da subcomissão. Por conseguinte, no caso de uma atribuição coletiva, e não individual, de notas, se entende também que o risco de direcionamento do certame acaba sendo potencializado.” (destaque do original)

15. Não teria sido evidenciado, ainda, se o julgamento das propostas técnicas abarcou todos os procedimentos exigidos pela Lei 12.232/2010, a exemplo da necessidade de justificativa por escrito para as notas atribuídas às propostas (art. 11, § 4º, IV) e a reavaliação obrigatória em caso de notas discrepantes em percentual superior a 20% (art. 6º, VII).

16. Conforme aponte¹², o caso sob exame se revela ainda mais controverso se forem consideradas as aparentes circunstâncias em que se deu a classificação da agência Calia/Y2 Propaganda e Marketing Ltda. como primeira colocada no certame, em função da noticiada possível relação conjugal da diretora de atendimento da referida agência com o então subsecretário de Gestão e Normas da Secom.

17. Assim, quanto aos indícios de que a avaliação das propostas técnicas das licitantes teria se dado de forma coletiva, e não individual, contrariando os procedimentos exigidos pela Lei 12.232/2010, extraio o exame técnico ora proferido pela Selog, após as informações apresentadas em atendimento à oitiva¹³:

‘Contextualização:

16. O denunciante alegou ter havido uma atribuição coletiva de notas pelos membros da subcomissão responsável pela avaliação das propostas técnicas dos licitantes, em procedimento que seria de caráter individual.

17. O argumento se fortalecia em razão de existir nos autos, ao fim das peças recursais (peça 4, p. 194), uma planilha com a relação das agências que participaram da concorrência e os respectivos pontos auferidos em cada um dos quesitos e subquesitos que compunham os critérios de avaliação. No entanto, não havia ali uma pontuação individualizada, mas tão somente o resultado do que seria a média aritmética das notas atribuídas por cada qual dos membros da subcomissão.

18. A prevalecer essa tese, não seria possível saber como cada julgador se manifestou em relação aos quesitos e subquesitos de avaliação. E mais, não se poderia alcançar a existência, ou não, de eventual correlação entre as notas, a ponto de se inferir sobre possível direcionamento na licitação.

¹¹ Peça 11, p. 12-13.

¹² Peça 13.

¹³ Peça 39, p. 5-9.

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre os indícios de irregularidades (peça 37, p. 15-36):

a) muitos dos pontos que a Unidade Técnica do TCU utilizou como referência foram extraídos dos recursos apresentados pelas licitantes, destacadamente os contidos em recursos administrativos da Propaganda Desigual. Sendo assim, eles já haviam sido esclarecidos pela subcomissão técnica;

b) mediante o acesso aos documentos do processo, os auditores do Tribunal poderão comprovar que os pontos alegados pela licitante não têm sustentação fática;

c) sobressaem os seguintes trechos da ata de julgamento das propostas técnicas (com destaques do original):

3. Como metodologia de trabalho, a Subcomissão Técnica procedeu à leitura da íntegra de cada Plano de Comunicação Publicitária, assim como a análise das peças apresentadas. **As propostas foram lidas pelos membros da Subcomissão em forma de rodízio e as considerações foram verbalizadas e discutidas em cada Subquesto. Em seguida, as pontuações individuais foram lançadas na planilha resumo de julgamento.** A consolidação das justificativas, representada pelo detalhamento dos pontos de fragilidade e destaques técnicos identificados em cada proposta, estão contidas em anexos específicos.

(...)

6. Constituem anexos desta Ata, **num total de 116 páginas, as planilhas resumo de cada proposta, contendo o conceito, as pontuações atribuídas por cada membro da Subcomissão, a nota final e a referência ao anexo específico com o detalhamento das justificativas da análise e julgamento dos Subquestos** (Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia) de cada licitante.

d) a título de exemplo, segue reprodução da planilha-resumo da licitante Propaganda Desigual, então não identificada, bem como o detalhamento das justificativas que fundamentaram a atribuição das notas [figura na peça 27, p. 16, contemplando as notas individuais atribuídas aos quesitos do Plano de Comunicação Publicitária da agência pelos membros da subcomissão técnica; e justificativas das notas atribuídas, nas p. 18-21 da peça 27];

e) acerca do recurso interposto pela Propaganda Desigual, destacam-se os seguintes trechos, alguns deles apontados na instrução técnica do TCU, para os quais a subcomissão técnica já havia feito os esclarecimentos [reproduz, nas p. 21-34 da peça 37 excertos do recurso da licitante e as respostas da subcomissão];

f) voltando aos questionamentos do Tribunal, a Secom reafirmou que o julgamento das propostas técnicas seguiu os dispositivos do item 12.3.3 do edital, em especial quanto aos atributos observados na avaliação das propostas (via não identificada);

g) a pontuação de cada quesito ou subquesto, em conformidade com as normas editalícias, pode ser comprovada no exemplo das planilhas com as pontuações apresentadas acima [peça 37, p. 32-34], que apresenta as notas individuais e a pontuação geral do quesito representada pela média aritmética com uma casa decimal; e

h) o conjunto integral das avaliações da subcomissão técnica para o plano de comunicação publicitária está disponível para consulta pela equipe do TCU, e também por intermédio do processo SEI 53115.019144/2020-61.

Análise:

19. (...), a planilha de que se dispunha nos autos, ao fim das peças recursais (peça 4, p. 194), com a relação das agências que participaram da concorrência e os respectivos pontos auferidos em cada um dos quesitos e subquesitos que compunham os critérios de avaliação, aparentava não ter havido uma avaliação individualizada pelos membros da subcomissão, posto que ela continha tão somente o resultado do que seria a média aritmética das notas atribuídas por cada qual.

20. Os esclarecimentos ofertados pela Secom presentemente, no entanto, permitiram constatar que houve uma atribuição individual de pontos, conforme se observa nos quadros das p. 32-34 da peça 37. Constam ali, a partir dos conceitos publicitários apresentados pelas agências licitantes, os subquesitos do plano de comunicação publicitária, a pontuação máxima atingível, as notas atribuídas por cada qual dos membros da subcomissão, identificados pelo nome, e as respectivas médias aritméticas da pontuação.

21. Entretanto, em que pese a Secom, no item 3.10 das respostas da subcomissão técnica em face do recurso da Propaganda Desigual (transcrito nas p. 31-34 da peça 37), ter apresentado as referidas planilhas de avaliação com o intuito de destacar a atribuição de notas diferentes entre os membros da subcomissão durante a análise de propostas, o que reforçaria o caráter individual das avaliações, chama atenção o fato de terem sido poucas as variações entre as notas reputadas como individuais, prevalecendo mesmo notas iguais.

22. Por exemplo, na Proposta 2: ‘Brasil. 200 Anos de Independência. O Futuro Escrito em Verde e Amarelo’, as notas para ‘raciocínio básico’ (8,47), ‘estratégia de comunicação publicitária’ (14,17) e ‘estratégia de mídia e não mídia’ (9,24) foram todas idênticas entre os avaliadores. Só houve variação na ‘ideia criativa’, mesmo assim, apenas por um dos avaliadores, com 11,29 pontos, ao passo que os outros dois atribuíram 11,64 pontos.

23. Dos exemplos colacionados pela Secom, apenas a Proposta 3: ‘Brasil. Pátria Independente, Orgulho da Nossa Gente’ contemplou dois subquestos com notas diferentes de um avaliador e dois questos com as notas todas iguais. As Propostas 5: ‘Liberdade. Essa é a Nossa Bandeira’ e 7: ‘Brava Gente Brasileira. Há Duzentos Anos, Fazendo do Brasil uma Pátria Independente’, à semelhança da Proposta 2, também contemplaram divergência de nota, de um só avaliador, em tão somente um subquesto de avaliação.

24. Tomando aqui como exemplo o quesito 1 (plano de comunicação publicitária), a par da quantidade de aspectos que devem ser julgados pela subcomissão, previstos no item 12.2.1 do edital (peça 3, p. 11-12), **cujos subquestos prescrevem 21 critérios a serem observados**, não seria razoável concluir que as notas atribuídas – em razão de suas semelhanças – são originárias de uma avaliação individual.

25. Ao que se apresenta, as discussões em grupo, às quais se referiu a subcomissão técnica (peça 4, p. 101-102), como sendo uma possibilidade não excluída pela metodologia de avaliação e de atribuição de nota individual, e que teriam sido realizadas com o intuito de ‘aprofundar e nivelar entendimentos sobre questões técnicas, ampliar, refinar as percepções quanto ao entendimento das mensagens, garantindo, assim, maior qualidade nas análises, a partir das experiências profissionais de seus membros’, acabaram funcionando, na prática, como indutoras de avaliações idênticas, não verdadeiramente individuais, derogando a essência das disposições da Lei 12.232/2010, quando remetem à composição e à formação da subcomissão técnica e ao caráter individual das avaliações (§§ 1º a 10 do art. 10; § 4º, incisos III e V, do art. 11).

26. Nos termos apontados pela CGU, conquanto a Secom não tenha ainda regulamentado os procedimentos atinentes à composição da subcomissão técnica, na forma prevista pelo art. 10-A do Decreto 6.555/2008, a Concorrência 1/2021 tratou de fazê-lo no item 20 do edital (peça 3, p. 18-19). Está previsto ali que as propostas técnicas seriam analisadas e julgadas por uma subcomissão técnica constituída por três membros, formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou que atuassem em uma dessas áreas; pelo menos 1/3 dos integrantes seriam indicados por órgãos ou entidades integrantes do Sicom, sem vínculo com o MCOM; 2/3 seriam indicados pelo Secretário de Publicidade e Patrocínio do Ministério; a lista seria definida por sorteio realizado pela Comissão Especial de Licitação (CEL), a partir de relação contendo o triplo de integrantes, publicada na imprensa oficial; e o resultado seria passível de impugnação.

27. Entretanto, em que pese tais disposições, a fórmula estabelecida pelo edital não previu regras para os procedimentos da sessão e/ou reunião da subcomissão em que seriam avaliadas as propostas técnicas. Decerto que a lei – e nem o edital – contemplaram vedações para discussões entre os membros. No entanto, dado o caráter individual das avaliações, pensa-se que tais discussões não se mostram adequadas.

28. De forma sábia, a Lei 12.232/2010 previu (§ 2º do art. 10) – nesse ponto repetida pelo edital – que pelo menos 1/3 dos membros da subcomissão técnica recairia sobre profissional sem qualquer vínculo com o órgão ou a entidade responsável pela licitação. A intenção é carrear para o processo de avaliação opinião de alguém do mercado, dissociada da vontade da administração.

29. Diante da informação sobre como se deram os procedimentos, com a leitura das propostas técnicas em forma de rodízio, com verbalização das considerações e discussões que antecederam o registro das pontuações, entende-se que não houve, verdadeiramente, uma avaliação individual, mas sim coletiva. As notas iguais, em sua maioria, com muitas poucas exceções, comprovam tal situação.

30. Nesse ponto, entende-se que a Lei foi desvirtuada, porquanto não houve uma avaliação individualizada como previsto, mas uma avaliação coletiva, derogando a intenção da legislação.

Se não houve uma avaliação individual, o resultado da licitação não é fidedigno e enseja, caso confirmada a irregularidade, a anulação do certame, já que não é possível o retorno de fase, em razão da identificação dos autores das vias não identificadas dos planos de comunicação publicitária.

31. A CGU, registre-se, desde que se debruçou sobre a Concorrência 1/2020, vem alertando para a importância da avaliação conduzida pela subcomissão técnica para o resultado da licitação (peça 33, p. 12):

A despeito de o Edital delimitar e detalhar os critérios de avaliação, sendo um norte importante (e necessário) para subsidiar a Subcomissão Técnica, é inegável que ainda resta um elevado grau de subjetividade no julgamento, especialmente quando da apreciação do Plano de comunicação publicitária, responsável por 65 dos 100 pontos possíveis de se alcançar. Há várias soluções possíveis para o problema de comunicação delimitado, igualmente válidas. A criatividade, um dos elementos centrais a ser analisado, é impossível de ser parametrizada. E a valoração também se dá na comparação entre as propostas apresentadas, trazendo mais um elemento de discricionariedade ao julgamento.

Ao fim, o resultado (e o sucesso) da Concorrência 1/2020, com gasto projetado de mais de 1 bilhão de reais, depende quase que exclusivamente do julgamento dos três membros que irão compor a Subcomissão Técnica. Nesse contexto, a escolha de seus integrantes ganha especial importância, tanto para garantir a melhor escolha possível entre as licitantes, cumprindo o fim que a licitação se propõe, como para mitigar qualquer risco de direcionamento do certame, potencializado justamente pela subjetividade verificada no julgamento.

32. O tema foi objeto da seguinte recomendação à Secom, classificada no Relatório de Avaliação como Risco 1 (peça 33, p. 18):

1 – Disciplinar a forma e os critérios para o cadastramento de nomes aptos a compor Subcomissões Técnicas, bem como o procedimento de impugnação, conforme previsto no Art. 10-A do Decreto 6.555/2008

33. Respondendo à solicitação do Tribunal, a CGU informou (peça 36, p. 1-2), a despeito de a Secom ter disciplinado a questão, no caso concreto, no edital da Concorrência 1/2021 (item 20 do edital, peça 3, p. 18-19), que a recomendação continuava sendo monitorada quanto ao seu efetivo cumprimento, posto que permanecia necessário estender os efeitos do ato, mediante regulamentação, aos demais integrantes do Sicom.

34. No tocante à subjetividade que envolve a avaliação das propostas técnicas e à relevância que assume o julgamento da subcomissão, talvez fosse o caso de serem repensadas as licitações para contratação de serviços de publicidade, de modo que pudesse prevalecer o tipo ‘técnica e preço’, ao invés de simplesmente de ‘melhor técnica’. Pelo menos o preço seria um fator objetivo a ponderar o resultado da avaliação técnica das propostas.

35. A par do regramento para escolha e composição da subcomissão técnica previsto no item 20 do edital, vislumbra-se a necessidade de serem regulamentados também os procedimentos para funcionamento da referida subcomissão, a fim de evitar a comunicabilidade entre os membros que, na prática, acaba por anular os efeitos da avaliação individual.

36. Se a Lei optou por uma comissão sendo responsável pela avaliação das propostas, foi porque anteviu a necessidade de uma composição de opiniões diversas, o que somente se assegura com avaliações, de fato, individuais. Além disso, a Lei, ao estabelecer a necessidade de avaliações individuais, também procurou mitigar alguns riscos, como por exemplo, o de direcionamento da licitação, na medida em que um possível direcionamento seria facilitado pela possibilidade de um membro da comissão poder influenciar os outros na atribuição das notas.

37. Tendo sido irregular o procedimento de avaliação das propostas técnicas na Concorrência 1/2021, cabe então suspender o certame, realizar a oitiva da Secom e ouvir a unidade jurisdicionada, no contexto da construção participativa das deliberações do TCU, acerca de eventual determinação desta Corte com vistas à anulação do certame.

38. Nesse sentido, se os argumentos do denunciante – no tocante à interferência da relação conjugal noticiada pela imprensa no resultado da licitação – não puderam ser comprovados, porquanto dependeriam de outros meios de investigação – as constatações acerca dos procedimentos de avaliação, que redundaram em notas iguais, revestem-se de plausibilidade jurídica suficientemente robusta para justificar a adoção de medida cautelar pelo Tribunal.” (destaque no original)

9. Em 21/6/2022, às vésperas da sessão em que o despacho que determinou a suspensão do certame seria submetido à ratificação do colegiado máximo desta Corte, representantes da Secom/MCOM, em audiência solicitada em regime de urgência, trouxeram informação de que os contratos derivados da concorrência 1/2021 haviam sido assinados no dia 25/5/2022¹⁴, tendo sido o certame homologado e os objetos adjudicados no dia 18/5/2022, conforme apurou minha assessoria.

10. Considerando essas informações, em 22/6/2022, exarei novo despacho¹⁵ por meio do qual tornei insubsistente a medida suspensiva de 16/6/2022, pois, desde 18/5, o procedimento licitatório se encontrava encerrado, e, conforme consignou a Selog, tal situação constituía causa extintiva dos contratos de serviços de publicidade então em vigor¹⁶:

“14. Ao fim do período de vigência regular dos instrumentos (21/8/2022), os contratos em comento admitiriam uma prorrogação excepcional. Entretanto, nos últimos termos aditivos foi lançada uma condição resolutiva que prevê o fim antecipado dos instrumentos, uma vez concluída a concorrência 1/2021”.

11. Essa situação, além de fazer surgir o perigo da demora reverso, impossibilitou, na prática, a suspensão da concorrência, que estava consumada.

12. Não por outra razão, em 22/6/2022, levei a seguinte comunicação ao Plenário deste Tribunal¹⁷:

“Senhora ministra-presidente,
Senhores ministros,
Senhores ministros-substitutos,
Senhora procuradora-geral,

Havia pautado para a sessão de hoje a medida cautelar que proferi no TC 007.225/2022-9, em 15 de junho, que trata da contratação de serviços de publicidade, estimados em R\$ 450 milhões, conduzida pela Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações (Secom/MCOM), determinando a suspensão do andamento da concorrência 1/2021, em razão dos fortes indícios de irregularidades na atuação da subcomissão técnica responsável pelo julgamento das propostas das agências concorrentes, até que o Tribunal deliberasse sobre a matéria.

No entanto, em audiência realizada ontem, 21/6/2022, solicitada em regime de urgência pela Advocacia-Geral da União (AGU), em nome da Secom, pedido atendido prontamente, o representante da Secom, acompanhado de dez outros servidores de órgãos governamentais relacionados à referida concorrência, informou a mim e à minha assessoria que os contratos derivados da mencionada concorrência haviam sido assinados no dia 25/5/2022.

Em razão desse fato, em despacho de hoje, já juntado aos autos, tornei insubsistente a decisão que seria levada à apreciação do Colegiado.

Senhores ministros, senhora ministra-presidente, senhora procuradora-geral, se essa informação pode ter sido trazida a mim, pessoalmente, no dia de ontem, na véspera da decisão colegiada do Plenário que ratificaria, ou não, a cautelar que expedii, a mesma informação poderia e deveria ter sido trazida ao conhecimento da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), unidade encarregada da instrução processual, e deste relator há quase um mês, fosse por telefone, por e-mail, pessoalmente, ou pela colação de informação

¹⁴ Vide memorial acostado à peça 49.

¹⁵ Peça 47.

¹⁶ Peça 39, p. 4.

¹⁷ Peça 60.

escrita aos autos, como melhor desejasse fazer a unidade jurisdicionada para cumprir seu dever de colaborar para o bom desfecho do processo, mas não o fez. Poderia ter sido trazida no dia 27/5, quando aportou aos autos informações remanescentes, em resposta à oitiva prévia, também não o fez.

A Secom omitiu-se por quase um mês em dar essa informação ao Tribunal, deixando que a Selog concluísse sua instrução com base nas informações que até então ela, a Secom, havia juntado aos autos (peça 22, de 16/5/2022), de que o procedimento se encontrava em fase de apreciação de recursos.

Estando a concorrência em questão em andamento e sob procedimento de oitiva prévia para fins de avaliação da presença dos requisitos necessários para deliberação sobre o pedido de medida cautelar formulado pelo denunciante, a conduta esperada, por esta Corte, dos agentes responsáveis pelo processo licitatório e pela contratação era de prudência e de colaboração, tal como tiveram a Selog, ao propor, e este relator, ao acolher, o pedido de prorrogação de prazo formulado pelo chefe da Assessoria Especial de Controle Interno do Ministério das Comunicações, assinado em 13/5/2022 (peça 26, de 17/5/2022).

A oitiva prévia foi proposta pela Selog em 2/5/2022 (peça 12) e por mim autorizada em despacho de 5/5/2022 (peça 13). O ministério registrou ter tomado ciência do ofício de oitiva em 9/5/2022 (peça 17).

No dia 11/5/2022, a comissão especial de licitação decidiu o último recurso, mantendo 'inalterado o 'Resultado da habilitação (9715532)' publicado no Diário Oficial da União de 19 de abril de 2022', e registrou o seguinte, conforme informação obtida no endereço oficial <https://www.gov.br/mcom/pt-br/aceso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes-e-contratos-1/concorrencia>:

9.2. Entretanto, dada a natureza do assunto e considerando a competência prevista no subitem 22.3 do Edital e o pedido da recorrente contido no subitem 5.2.1 desta peça recursal, esta Comissão Especial de Licitação entende cabível a submissão do presente processo ao Secretário de Publicidade e Patrocínio para análise e decisão final.

9.3. Considerando que a autoridade acima mencionada tem o prazo de 5 (cinco) dias úteis para resposta (a contar de 11.05.2022), a decisão deve ser comunicada a esta CEL até o dia 17.05.2022.'

Após essa decisão, não consta, no referido endereço eletrônico, a manifestação do Secretário de Publicidade e Patrocínio sobre o processo que lhe foi encaminhado pela comissão especial de licitação, em observância ao item 22.3 do edital, que estabelece competir ao secretário mencionado decidir sobre os recursos quando a comissão não reconsiderar suas decisões, que era o caso.

O ato administrativo que se segue a essa decisão da comissão especial de licitação (CEL), portanto, não é a decisão final do Secretário de Publicidade e Patrocínio sobre o resultado da habilitação, mas, sim, a decisão do coordenador-geral de Recursos Logísticos de 'homologar o procedimento licitatório' e 'adjudicar as propostas mais vantajosas para a prestação de serviços de publicidade', datada de 18/5, um dia após ter sido registrado nos autos deste processo pedido de prorrogação de prazo para apresentação de informações remanescentes solicitadas na oitiva prévia, e já sendo de conhecimento no ministério desde o dia 9/5 que o certame estava sendo questionado e sob análise do Tribunal em oitiva prévia, passível de ser suspenso.

A conduta observada foi oposta à esperada por esta Corte, de prudência e colaboração: o procedimento licitatório foi encerrado rapidamente, na vigência do prazo para manifestação em oitiva prévia, omitindo-se o órgão de prestar a este Tribunal essa informação de suma importância, sem qualquer justificativa, tanto para a omissão, quanto para a homologação célere, cabendo registrar que, conforme as informações prestadas pelo próprio ministério, havia contratos de serviços de publicidade em vigor, com vigência até 21/8, com possibilidade de prorrogação excepcional, não se encontrando o órgão jurisdicionado na iminência de não poder dar curso às ações essenciais de publicidade.

Tal conduta reprovável não é usual, mas não é a primeira vez que ocorre. Em outras oportunidades, outros relatores já reportaram situações análogas: diante de representação ou denúncia em que se pede a esta Corte a prolação de medida cautelar que suspenda processo licitatório ou determine a abstenção de prática de certos atos, este Tribunal, prudentemente, opta por promover oitiva prévia, mas o órgão governamental, valendo-se do fato de que não lhe foi determinado expressamente abster-se de dar seguimento ao processo, aproveita-se, injustificadamente, do período de oitiva prévia para concluir o procedimento sobre o qual paira alegação de ilegalidade ou praticar o ato que poderia vir a não poder praticar, em razão de medida cautelar, buscando, antecipadamente, bloquear, pelo fato consumado, a ação preventiva desta Corte.

Até então tenho como prática, sempre que possível, a determinação de oitivas prévias, mesmo em situações em que a proposta da unidade é de concessão imediata de medidas cautelares, na expectativa de que situações que, num juízo preliminar, aparentam ser irregulares possam ser aclaradas e elididas sem maiores traumas para o desenrolar dos processos e atos de gestão.

No entanto, situações como essa que trago ao conhecimento de Vossas Excelências são deletérias e corroem a confiança na colaboração mútua entre controlador e controlado e nos tornam reticentes acerca da possibilidade de conceder prazos que, ao invés de contribuir para desejados esclarecimentos, podem ser utilizados para consumir os fatos e frustrar a eficácia das deliberações desta Corte.

Portanto, proponho a Vossas Excelências que seja determinado à Segecex que estude e formule medidas a serem adotadas para coibir tal prática, tendente a obstar a ação cautelar desta Corte, demandada pelo controle social, estimulado e desejado pela Constituição Federal, tornando todo o processo mais oneroso e, eventualmente, obrigando à tomada de decisões mais complexas e evitáveis, sob diversos ângulos, inclusive o de responsabilização pessoal.”

13. Feito esse histórico, transcrevo a análise realizada pela então Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) das respostas apresentadas pela Secom às oitivas¹⁸ (destaques do original):

“E. EXAME TÉCNICO

Item ‘a’: atribuição, na prática, de notas aos subquestos que compõem os critérios de avaliação das propostas técnicas das licitantes de forma coletiva e não, individual, considerando terem sido idênticas, salvo raras exceções, as pontuações conferidas pelos membros da subcomissão técnica, bem como pela metodologia de trabalho adotada, em que os membros se reuniram para, em conjunto, lerem os Planos de Comunicação Publicitária e discutirem os subquestos, contrariando os procedimentos descritos no item 12.3 do edital e os incisos III e V do §4º do art. 11 da Lei 12.232/2010.

Contextualização:

21. A Secom, ao realizar a Concorrência 1/2021, optou pelo tipo ‘melhor técnica’. Nessa hipótese, as licitantes devem apresentar suas propostas de preços, porém elas servem apenas para equalizar os preços da contratação. A proposta técnica, objeto de julgamento, deve ser estruturada de acordo com os seguintes quesitos avaliáveis: ‘Plano de Comunicação Publicitária’, ‘Capacidade de Atendimento’, ‘Repertório’ e ‘Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação’. O Plano de Comunicação Publicitária, por sua vez, se subdivide em quatro subquestos: ‘Raciocínio Básico’, ‘Estratégia de Comunicação Publicitária’, ‘Ideia Criativa’ e ‘Estratégia de Mídia e Não Mídia’, constituindo-se no elemento principal, porquanto responsável por 65% dos pontos possíveis na avaliação.

22. O Plano de Comunicação Publicitária corresponde ao que seria uma campanha publicitária imaginária, que deve ser elaborada pelas licitantes de acordo com as informações e as orientações presentes no *briefing*, documento que é parte integrante do edital da licitação. O

¹⁸ Peça 88.

certame é conduzido por uma comissão especial de licitação (CEL), a quem incumbe, dentre outras tarefas, receber as propostas técnicas e de preço das licitantes. O julgamento das propostas técnicas, entretanto, não é realizado pela CEL, mas por uma subcomissão técnica instituída especialmente para este fim.

23. A subcomissão técnica responsável pelo julgamento das propostas técnicas é constituída por três membros, formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou atuantes em uma dessas áreas. Os membros são escolhidos por intermédio de sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação com, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão. Pelo menos 1/3 dos integrantes não pode ter vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o MCOM.

24. A Lei 12.232/2010 (dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda) estabelece, nos incisos III e V do §4º do art. 11, que o julgamento dos quesitos do Plano de Comunicação Publicitária deve se submeter a uma **análise individualizada** pelos membros da subcomissão técnica. Nessa mesma linha, não poderia ser distinto, o edital (item 23.2.6, alíneas 'a' e 'b').

25. Inicialmente, a partir de uma planilha acostada aos autos (peça 4, p. 194), contendo a relação das agências que participaram da concorrência e os respectivos pontos auferidos em cada um dos quesitos e subquesitos que compunham os critérios de avaliação, levantou-se suspeita quanto a não ter acontecido uma avaliação verdadeiramente individualizada pelos membros da subcomissão, em razão de que a referida planilha continha tão somente o resultado do que seria a média aritmética das notas atribuídas por cada qual dos membros. Conquanto tenha informado que a avaliação fora individual, a subcomissão técnica havia se referido à realização de **discussões em grupo**, que, ao que se apresentava, acabaram interferindo na atribuição das notas, dada a igualdade de conceitos, e não se coadunavam com o espírito da legislação.

26. Posteriormente, os esclarecimentos ofertados pela Secom, em resposta à oitiva prévia do Tribunal, permitiram constatar que houve, de fato, uma **atribuição individual de pontos**, conforme se observava nas planilhas de avaliação (peça 37, p. 32-34). Entretanto, em que pese a Secom ter apresentado as referidas planilhas com o intuito de destacar a atribuição de notas independentes entre os membros da subcomissão, o que reforçaria o caráter individual das avaliações das propostas, chamou atenção o fato de terem sido **poucas as variações entre as notas reputadas como individuais, prevalecendo mesmo notas iguais**.

27. A identidade entre as notas, salvo raras exceções, informavam que **a avaliação se deu de forma coletiva, com as notas previamente acertadas, muito provavelmente em razão das discussões em grupo que aconteceram na sessão**.

28. As referidas discussões, às quais **a subcomissão técnica se referiu como sendo uma possibilidade não excluída pela metodologia de avaliação e de atribuição de nota individual**, acabaram funcionando, na prática, como indutoras de avaliações idênticas, não verdadeiramente individuais, derogando a essência das disposições da Lei 12.232/2010, quando remetem à composição e à formação da subcomissão técnica e ao caráter individual das avaliações.

29. Essa problemática, ademais, já havia sido objeto de exame pela Controladoria-Geral da União (peça 7), ao avaliar a Concorrência 1/2020, que acabou sendo revogada pela Secom, porém com objeto análogo ao da Concorrência 1/2021. Entre outros pontos, a CGU concluiu que havia risco na escolha inadequada ou no direcionamento da licitação decorrente da falta de regulamentação de critérios para a escolha dos integrantes da subcomissão técnica, em razão da subjetividade presente na apreciação das propostas; relevância da atuação da subcomissão técnica para o resultado da licitação; e importância da definição de critérios para a seleção dos membros da referida subcomissão.

Manifestações da Unidade Jurisdicionada sobre os indícios de irregularidades:

I. Manifestação da Consultoria Jurídica junto ao MCOM (peça 66):

a) na conclusão da instrução (peça 39, p. 11-12), a Selog reconheceu que não há plausibilidade jurídica em relação aos argumentos da denúncia no tocante ao favorecimento da agência Calia/Y2 em virtude da relação conjugal apontada pela imprensa. A Unidade Técnica reconheceu, ainda, que as planilhas de avaliação apresentadas pela Secom **contemplavam, de fato, notas individuais**, em nome de cada um dos membros da subcomissão;

b) apesar de reconhecer a insubsistência dos argumentos apresentados na denúncia, a Selog propôs que a Concorrência 1/2021 fosse suspensa, sob a justificativa de que teria havido **avaliação coletiva das propostas técnicas**, em prática repelida pela Lei 12.232/2010 e pelo próprio edital da licitação;

c) para chegar à conclusão de que a avaliação das propostas técnicas teria sido realizada de forma coletiva, e não individual, a Selog partiu de duas premissas: **grande semelhança** entre as notas atribuídas pelos membros da subcomissão técnica aos subquesitos que compõem os critérios de avaliação das propostas técnicas das licitantes; e avaliação se deu de forma coletiva, com as notas previamente acertadas, provavelmente em razão das **discussões em grupo** que transcorreram na sessão;

d) o **ponto central** da conclusão adotada pela Selog refere-se à realização de discussões entre os membros da subcomissão, já que essa teria sido a ‘provável’ razão apontada pela Unidade Técnica do TCU para que houvesse semelhança entre as notas atribuídas pelos membros da subcomissão;

e) impõe salientar que **as discussões entre os membros da subcomissão de fato ocorreram**, conforme restou esclarecido pela própria subcomissão. Trata-se de fato incontroverso. Elas foram realizadas com vistas ao aprofundamento da análise, sem qualquer comprometimento da avaliação individualizada. Com isso, pretendeu-se ‘nivelar e compartilhar conhecimentos técnicos’, ‘em busca de uma avaliação consistente para identificação de propostas vantajosas para a Administração Pública’;

f) a **questão controversada**, que precisa ser objeto de deliberação por parte do Tribunal, é a seguinte: as discussões em grupo realizadas entre os membros da subcomissão técnica, com o objetivo de nivelar e compartilhar conhecimentos técnicos, constituem conduta vedada pela Lei 12.232/2010 e pelo edital da Concorrência 1/2021?

g) de fato [reportando-se ao art. 11 da Lei], a Lei 12.232/2010 prevê uma série de **mecanismos para garantir a objetividade do julgamento**. Dentre esses mecanismos, tem-se a padronização das formas de apresentação das propostas técnicas, cuja autoria somente poderá ser conhecida após a correspondente avaliação;

h) outro mecanismo estabelecido pela lei é justamente a exigência de que a análise realizada pelos membros da subcomissão técnica seja **individualizada**. Por análise individualizada entende-se que cada julgador deve ter **autonomia** para, de acordo com seu **livre convencimento**, decidir qual nota será dada em relação a **cada quesito técnico**, podendo, inclusive, divergir dos demais membros da subcomissão;

i) não se admite que a subcomissão técnica, de modo conjunto, atribua uma nota apenas para cada quesito avaliado, sem levar em conta possíveis divergências existentes entre os membros da subcomissão. Da mesma forma, não se admite que cada julgador atribua uma nota global a cada licitante, sem analisar individualmente os critérios especificados no Edital. Ou seja, é necessário que haja individualização tanto em relação ao julgamento realizado pela subcomissão técnica, quanto em relação a cada critério avaliado;

j) entretanto, **não há**, na legislação ou no edital, disposição que imponha **sigilo** entre os membros da subcomissão técnica, ou que **proíba a realização de discussões** entre eles. Nem mesmo no âmbito da jurisprudência dessa Corte de Contas, foi possível localizar tal prescrição;

k) o que a norma legal e editalícia exigem é que os membros da subcomissão realizem individualmente a análise das propostas técnicas, assim como o fazem os membros julgadores que compõem um **Tribunal integrante do Poder Judiciário**. No bojo de um julgamento colegiado, cada julgador realiza uma análise individualizada a respeito do caso concreto e exara

um **voto**. A composição dos votos de todos os membros do Tribunal vai determinar o julgamento final daquela Corte, consubstanciado em um acórdão. Em que pese cada voto seja individualizado e cada julgador possua autonomia quanto ao seu convencimento, **a legislação não impede que haja discussões entre os juízes**. Pelo contrário, estimula o debate para que se chegue à melhor decisão possível. A **realização de discussões** entre os integrantes do Tribunal, com a possibilidade, inclusive, de convencimento por parte de alguns deles, **não elimina a individualidade** de cada um, ou seja, sua autonomia e seu livre convencimento;

l) **o mesmo ocorre em relação à licitação para contratação de serviços de publicidade**. A legislação exige que a análise seja individualizada. Ou seja, cada julgador deve ter autonomia para dar a nota que entenda adequada, de acordo com seu livre convencimento, em relação a cada um dos quesitos em questão. Isso não significa, entretanto, que deva haver sigilo ou que não possa haver discussões entre os membros da subcomissão;

m) o edital da Concorrência 1/2021 (item 10.1.1.2) exigiu sigilo com relação à proposta técnica, para que não pudesse haver identificação de sua autoria, a fim de evitar o direcionamento da licitação. **A mesma exigência de sigilo, porém, não foi adotada em relação ao julgamento pela subcomissão técnica**. Conforme se verifica das alíneas 'b' e 'e' do item 23.2.6, foi exigida análise individualizada, mas não houve imposição de sigilo, assim como não foi proibida a realização de discussões entre os membros da subcomissão;

n) sendo assim, entende-se **inadequada a premissa adotada** pela Selog de que as discussões coletivas entre os membros da subcomissão técnica teriam acarretado uma avaliação coletiva, e não individual, conforme prescreve a legislação;

o) a metodologia adotada pela subcomissão técnica, consistente na realização de discussões coletivas, encontra-se não apenas autorizada pela legislação, tendo se mostrado ainda, de acordo com a avaliação técnica dos membros da referida subcomissão, a **melhor alternativa** para que fosse realizado um julgamento consistente com vistas à identificação das propostas mais vantajosas para a administração;

p) a **semelhança observada entre as notas atribuídas** pelos membros da subcomissão técnica **não denota a ausência de análise individualizada**, evidencia que houve, em certa medida, **concordância por parte dos membros da subcomissão**. Em que pese a semelhança em relação a algumas notas, a existência de pontuações divergentes entre os membros da subcomissão evidencia que houve **análise individualizada, que demonstra a autonomia** de cada um;

q) a legislação exige que a análise seja individualizada, o que não significa dizer que não possa haver discussões e, eventualmente, concordâncias entre os membros da subcomissão técnica, desde que haja **espaço para discordâncias, autonomia e livre convencimento**;

r) a semelhança apontada pela Selog, ainda que possa ser decorrente das discussões entre os membros da subcomissão, **não implica em qualquer violação à legislação ou ao edital do certame**. Isso porque não há vedação à realização de discussões entre os membros da subcomissão; e

s) entende-se que houve efetivamente análise individualizada por parte dos membros da subcomissão técnica, em conformidade com a Lei 12.232/2010 e com o edital da Concorrência 1/2021. A conclusão de que a análise teria sido coletiva baseou-se em **duas suposições que não se sustentam**.

II. Ata de julgamento da Subcomissão Técnica (peça 52, p. 3-5):

a) como metodologia de trabalho, a subcomissão técnica procedeu à leitura da íntegra de cada Plano de Comunicação Publicitária, assim como à análise das peças apresentadas. As propostas foram lidas pelos membros da subcomissão em forma de rodízio, e **as considerações foram verbalizadas e discutidas em relação a cada subquesto**;

b) em seguida, as pontuações individuais foram lançadas na planilha resumo de julgamento. A consolidação das justificativas, representada pelo detalhamento dos pontos de

fragilidade e pelos destaques técnicos identificados em cada proposta, estão contidas em anexos específicos;

c) da análise e do julgamento das quinze propostas técnicas (não identificadas) resultou a seguinte classificação, apresentada em ordem decrescente da nota final:

Numeração da Proposta	Pontuação Nota Final
15	55,6
12	54,3
10	53,7
04	49,1
06	44,0
02	43,4
13	42,0
03	41,5
14	37,9
05	37,1
11	36,8
01	33,6
08	29,3
07	28,0
09	11,0

d) constituem anexos da ata (peça 52, p. 7-237), as planilhas-resumo de cada proposta, contendo o conceito, as pontuações atribuídas por cada membro da subcomissão, a nota final e a referência ao anexo específico com o detalhamento das justificativas da análise e julgamento dos subquestos (Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia) de cada licitante.

III. Informações elaboradas pela Subcomissão Técnica em 21/6/2022 (peça 51):

a) em sua metodologia de trabalho, a subcomissão técnica procedeu à leitura da íntegra de cada Plano de Comunicação Publicitária (via não identificada), assim como à análise das informações relacionadas a cada subquesto de avaliação. As propostas foram lidas pelos membros da subcomissão em forma de rodízio, e as considerações de cada membro foram verbalizadas e discutidas quanto aos atributos avaliáveis previstos no edital, aplicados de forma isonômica para todas as licitantes;

b) as pontuações individuais foram então lançadas na planilha-resumo de julgamento. A consolidação das justificativas, representada pelo detalhamento dos pontos de fragilidade e destaques técnicos identificados em cada proposta, estão contidas em anexos específicos;

c) a subcomissão técnica **apresentou justificativas detalhadas para as notas atribuídas em cada subquesto**, buscando demonstrar acurácia e cuidado em sua análise, bem como reduzir ao máximo manifestações genéricas, sem embasamento técnico;

d) para estabelecimento da pontuação de cada quesito ou subquesto, foi realizado ainda um **exame comparativo entre as propostas apresentadas pelas licitantes e feita a gradação das pontuações atribuídas**, de forma que refletisse o maior ou menor grau de adequação aos critérios de julgamento estabelecidos no edital;

e) diferentemente dos apontamentos feitos pela área técnica do TCU, **as discussões em grupo não interferiram nas avaliações individuais. Pelo contrário, possibilitaram o aprofundamento da análise**, que se refletiu no detalhamento dos pontos positivos e negativos e na **atribuição convergente de notas, em sua maioria, sem qualquer comprometimento da avaliação individualizada**, o que também pode ser comprovado pela atribuição de notas distintas entre os membros da subcomissão;

f) nem a Lei 12.232/2010 nem o edital da Concorrência 1/2021 contemplam vedações para discussões entre os membros da subcomissão técnica. Nesse sentido, a proposição de considerá-las inadequadas não deve prosperar;

g) as propostas técnicas das licitantes envolvem aspectos amplos para serem analisados (Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia). As informações contidas em cada um desses subquestos são formuladas a partir de conhecimentos técnicos da prática publicitária, além da observância de preceitos legais e regulatórios relacionados à comunicação do Poder Executivo Federal. **As discussões não têm outro objetivo que não seja nivelar e compartilhar conhecimentos técnicos, em busca de uma avaliação consistente para identificação de propostas vantajosas** para a Administração Pública;

h) todo o conjunto de argumentos técnicos que compõem as justificativas das notas atribuídas demonstram o esmero que foi aplicado ao processo. Isso é um fato que não foi sequer considerado, mas de profunda relevância para essa percepção;

i) a convergência de notas [reportando-se ao art. 6º, VII e §1º da Lei 12.232/2010] não é uma irregularidade. Pelo contrário, **a Lei busca o maior consenso possível, para o qual a discussão de reavaliação entre seus membros é a forma adequada de se alcançar;** e

j) a subcomissão técnica seguiu estritamente os termos do edital de licitação e a legislação de referência, avaliando as propostas e usando como parâmetro as experiências profissionais e conhecimentos técnicos de seus membros, tendo ainda como referência o padrão de execução publicitária do Poder Executivo Federal.

Análise:

30. A Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral da União junto ao Ministério das Comunicações (Conjur/MCOM), pronunciando-se em nome da Secom, defendeu ter havido uma avaliação individualizada pelos membros da subcomissão técnica. Entretanto, a Conjur/MCOM não se concentrou no resultado da avaliação, quanto à identidade das notas atribuídas, mas à possibilidade de haver discussões entre os membros da subcomissão, tendo argumentado nesse sentido que não se trata de prática vedada pela legislação ou pelo edital.

31. Nessa linha de entendimento, a Conjur/MCOM sustentou que a questão controvertida a ser apreciada pelo Tribunal seria se as discussões em grupo realizadas entre os membros da subcomissão técnica, com o objetivo de nivelar e compartilhar conhecimentos técnicos, constituíam-se em conduta vedada pela Lei 12.232/2010 e pelo edital da Concorrência 1/2021.

32. Assiste razão à Conjur/MCOM quando afirma que o ponto central da questão seria então a possibilidade, ou não, de serem realizadas as discussões em grupo. Por outro lado, não assiste razão à Conjur/MCOM quando afirma que não há vedação legal a essas discussões. Em que pese não constar uma vedação expressa na Lei ou no edital, entende-se que a conduta é vedada sim, a partir de uma interpretação lógica, em que se busca explicar a norma através do sentido intrínseco do texto, e, principalmente, de uma interpretação teleológica, que se concentra no fim a que a norma se dirige, conforme restará demonstrado.

33. Se pode haver discussões entre os membros da subcomissão técnica, elas só devem ser admitidas numa fase prévia à abertura e análise das propostas, para nivelamento dos conceitos, objetivos, extensão e outras questões relacionadas à forma de condução dos trabalhos e de abordagem dos quesitos e subquestos da avaliação. Não se pode admitir, por outro lado, que tais discussões coletivas avancem sobre o teor das propostas técnicas, a ponto de interferirem no caráter individualizado das avaliações e culminarem numa espécie de ‘acerto’ de notas entre os membros, ao final, interferindo no resultado da licitação. Tal forma de proceder, certamente que não encontra amparo na Lei e nem no próprio edital.

34. Diante da identidade de conceitos, com raras exceções, constata-se uma situação de atribuição coletiva de notas, o que impõe concluir que não houve uma avaliação individual. As discussões em grupo, defendidas pela própria subcomissão, resultaram na combinação da

pontuação, corrompendo o espírito da norma. E as notas atribuídas não permitem extrair outra conclusão.

35. A subcomissão técnica também defendeu a tese de que as discussões em grupo não interferiram nas avaliações individuais. Pelo contrário, teriam possibilitado o aprofundamento das análises, com reflexo no detalhamento dos pontos positivos e negativos e na atribuição convergente de notas, sem qualquer comprometimento da avaliação individual. A mesma subcomissão, se reportando à metodologia de trabalho, afirmou que, para estabelecer a pontuação de cada quesito e subquesito, foi realizado um **exame comparativo** entre as propostas apresentadas pelas licitantes e feita a **gradação das pontuações** atribuídas. Entretanto, esse exame comparativo, sucedido de gradação de notas, não se coaduna com uma análise verdadeiramente individualizada, na forma apregoada pela Lei e pelo próprio edital.

36. A par dos resultados das avaliações de todas as **quinze propostas** (peça 52, p. 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35 e 37), tem-se que **dez propostas** (Propostas 1, 4 e 8 a 15) receberam **notas exatamente iguais**, para cada um dos quatro subquesitos de avaliação, de todos os membros da subcomissão. Mesmo nas propostas em que houve notas diferentes, as divergências foram exceções. Na Proposta 2, apenas **uma nota diferente**, no quesito Estratégia de Mídia e Não mídia pelo julgador Emerson Muzi; na Proposta 3, **duas notas diferentes**: uma no quesito Raciocínio Básico (Ana Letícia Barreto) e outra no quesito Ideia Criativa (Emerson Muzi); na Proposta 5, apenas **uma nota diferente**, no quesito Estratégia de Comunicação Publicitária (Emerson Muzi); na Proposta 6, **duas notas diferentes**: uma no quesito Raciocínio Básico e outra no quesito Estratégia de Comunicação Publicitária (ambas pelo julgador Emerson Muzi); e na Proposta 7, apenas **uma nota diferente**, no quesito Raciocínio Básico (Ana Letícia Barreto).

37. Emerson Muzi, no caso, com o maior número de notas divergentes, é o membro da subcomissão sorteado entre as pessoas não vinculadas à administração. A indicação dele, entre os nomes de pessoas ‘não vinculadas’ que participaram do sorteio, chegou a ser criticada no meio publicitário, no ‘Janela Publicitária’ (janela.com.br), em razão de ele ter sido nomeado, em 2019, Diretor do Departamento de Pesquisa de Opinião Pública da Subsecretaria de Articulação e Pesquisa de Opinião Pública da Secom, quando a Secretaria ainda estava na estrutura da Presidência da República (peça 87).

38. Veja-se que mesmo nas propostas em que houve divergência de notas – a exemplo da Proposta 3, em que divergiram as notas de Raciocínio Básico e de Ideia Criativa – os argumentos técnicos que compõem as justificativas das notas (peça 52, p. 75-85), para os quais a subcomissão técnica chamou atenção, em razão de que não teriam sido considerados na análise realizada pela Unidade Técnica do Tribunal – foram elaborados conjuntamente, numa única redação, sem qualquer referência aos critérios em que os membros divergiram e dos quais resultou diferenças na avaliação.

39. Ressalte-se que a avaliação do Plano de Comunicação Publicitária recaiu, nos termos em que determina a Lei 12.232/2010, sobre 4 subquesitos. No universo de 15 propostas avaliadas, cada membro da subcomissão ficou então responsável pela atribuição de 60 notas. Ou seja, foram ao todo, considerando a composição por três membros, 180 avaliações individuais. Destas 180 notas, houve divergência em apenas sete avaliações, o que corresponde a 3,89% de divergência, em resultado que demonstra não ter havido, de fato, uma avaliação individualizada, como requerida pela Lei e pelo edital.

40. A identidade entre as notas, tratando-se de resultado repellido pela legislação, fica ainda mais evidente quando se sabe que a subcomissão técnica, nos termos do item 12.2 do edital (peça 3, p. 11-12), deveria considerar, para efeito de julgamento das propostas, em relação a cada quesito e subquesito, diversos atributos, para ser mais preciso, 21 no total. De tal modo que impõe concluir que os conceitos auferidos pelos julgadores, resultantes do exame comparativo das propostas técnicas e da gradação das pontuações realizados no curso das discussões, não se coadunam com uma ‘análise individualizada’, não sendo, pois, resultantes do livre convencimento de cada membro da subcomissão.

41. O modelo do julgamento de processos em um tribunal do Poder Judiciário, trazido pela Secom como sendo análogo ao do julgamento das propostas técnicas dos licitantes, em um certame para contratação de agências de publicidade e propaganda, pelos membros da subcomissão técnica, não é possível de comparação. No Tribunal Judiciário, não há sigilo sobre a identidade das partes; não se pretende fazer uma comparação/disputa entre as propostas; a concretização do Direito corresponde a uma conjunção das ideias defendidas nos votos dos juízes, em que a discussão se mostra proveitosa para estabelecer os contornos da decisão do tribunal.

42. Enfim, os objetivos são totalmente distintos. Em um caso, se pretende aplicar o Direito ao caso concreto, sendo salutar, conforme dito, a discussão, e, por isso, se diz ser um julgamento do colegiado. No outro caso, o objetivo é fazer uma comparação entre propostas, por isso a importância da nota individualizada, a fim de mitigar uma série de riscos, como a influência de um avaliador sobre o outro, a atribuição de notas que desviem do padrão e o próprio direcionamento. O caso em discussão se compara, por exemplo, com a avaliação das notas de redação do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que tem o mesmo objetivo, mensurar para comparar. Os avaliadores da redação do Enem não se reúnem para discutir as redações e, depois, atribuírem as notas.

43. A tese sustentada pela Secom, com suporte no art. 6º, VII e §1º da Lei 12.232/2010, de que a Lei incentiva a adoção de notas convergentes, com o intuito de estabelecer um consenso, não merece prosperar. No art. 6º, VII, a norma estabelece que a subcomissão, sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% da pontuação máxima do quesito reavaliará a pontuação atribuída a um quesito, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações.

44. A Lei, nesse ponto, não busca alcançar um consenso, muito menos igualdade entre as pontuações. O intento é assegurar, em razão da possibilidade de que ocorram divergências naturais entre os membros da subcomissão, estabelecer um ponto de equilíbrio a fim de que os jurados que atribuírem pontuações que apresentem desvios em relação ao que seria normal (desvio padrão), considerando as notas dos demais julgadores, possam rever suas posições.

45. Tanto a Lei não busca o consenso que, conforme o §1º do art. 6º, após a reavaliação do quesito, caso a diferença de pontuação persista, o membro da subcomissão técnica autor da nota considerada destoante deve registrar em ata as razões que o levaram a manter a pontuação atribuída. Ou seja, a norma possibilita a reavaliação, mas não exige a reconsideração da nota com vistas à formação de um consenso pela subcomissão.

46. Reitera-se então que as discussões em grupo, sejam quais tenham sido suas intenções, acabaram funcionando como indutoras de avaliações idênticas, não verdadeiramente individuais, derrogando a essência das disposições da Lei 12.232/2010 e seus objetivos, quando remetem à composição e à formação da subcomissão técnica e ao caráter individual das avaliações (§§ 1º a 10 do art. 10; § 4º, incisos III e V, do art. 11).

47. De forma sábia, a Lei 12.232/2010 previu (§ 2º do art. 10) – nesse ponto repetida pelo edital – que pelo menos 1/3 dos membros da subcomissão técnica recairia sobre profissional sem qualquer vínculo com o órgão ou a entidade responsável pela licitação. A intenção não é outra, senão carrear para o processo de avaliação opinião de alguém do mercado, dissociada da vontade da administração.

48. Se a Lei optou por uma comissão sendo responsável pela avaliação das propostas, foi porque anteviu a necessidade de uma composição de opiniões diversas, o que somente seria assegurado com avaliações, de fato, individuais. Além disso, a Lei, ao estabelecer a necessidade de avaliações individualizadas, também procurou mitigar alguns riscos, como por exemplo, o de direcionamento da licitação, que poderia ser facilitado pela possibilidade de um membro da comissão vir a influenciar os outros membros na atribuição das notas. Inclusive, há a possibilidade de que um integrante da subcomissão técnica seja subordinado, dentro da estrutura do órgão contratante, a outro membro.

49. Diante da informação de como se deram os procedimentos, com a leitura das propostas técnicas em forma de rodízio, com um exame comparativo entre as propostas, com verbalização das considerações e das discussões que antecederam o registro das pontuações, ratifica-se o entendimento de que não houve, verdadeiramente, uma avaliação individual, mas sim coletiva. As notas iguais, em sua maioria, com muito poucas exceções, comprovam tal situação.

50. No caso concreto, conquanto a Secom não tenha regulamentado – pelo menos não se tem notícia de tal regulamentação – os procedimentos atinentes à composição da subcomissão técnica, na forma prevista pelo art. 10-A do Decreto 6.555/2008, a Concorrência 1/2021 tratou de fazê-lo no item 20 do edital (peça 3, p. 18-19), ao estabelecer que: as propostas técnicas seriam analisadas e julgadas por uma subcomissão técnica constituída por três membros, formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou que atuassem em uma dessas áreas; pelo menos 1/3 dos integrantes seriam indicados por órgãos ou entidades integrantes do Sicom, sem vínculo com o MCOM; 2/3 seriam indicados pelo Secretário de Publicidade e Patrocínio do Ministério; a lista seria definida por sorteio realizado pela Comissão Especial de Licitação (CEL), a partir de relação contendo o triplo de integrantes, publicada na imprensa oficial; e o resultado seria passível de impugnação.

51. Entretanto, em que pese tais disposições, a fórmula estabelecida pelo edital não previu regras para os procedimentos da sessão e/ou reunião da subcomissão em que seriam avaliadas as propostas técnicas. É verdade que a lei – e nem o edital – contemplaram vedações **explícitas** para as discussões entre os membros. No entanto, dado o caráter individual das avaliações, tais discussões, nos moldes em que foram realizadas, não se mostraram adequadas para o resultado da avaliação.

52. A CGU, reitera-se, desde que se debruçou sobre a Concorrência 1/2020, revogada pela Secom, vem alertando para a importância da avaliação conduzida pela subcomissão técnica para o resultado da licitação, inclusive no tocante aos aspectos de subjetividade e discricionariedade que envolvem tal avaliação (peça 33, p. 13):

A despeito de o Edital delimitar e detalhar os critérios de avaliação, sendo um norte importante (e necessário) para subsidiar a Subcomissão Técnica, é inegável que **ainda resta um elevado grau de subjetividade no julgamento, especialmente quando da apreciação do Plano de comunicação publicitária, responsável por 65 dos 100 pontos possíveis de se alcançar**. Há várias soluções possíveis para o problema de comunicação delimitado, igualmente válidas. A criatividade, um dos elementos centrais a ser analisado, é impossível de ser parametrizada. E a valoração também se dá na comparação entre as propostas apresentadas, trazendo mais um elemento de discricionariedade ao julgamento.

Ao fim, **o resultado (e o sucesso) da Concorrência 1/2020, com gasto projetado de mais de 1 bilhão de reais, depende quase que exclusivamente do julgamento dos três membros que irão compor a Subcomissão Técnica**. Nesse contexto, a escolha de seus integrantes ganha especial importância, tanto para garantir a melhor escolha possível entre as licitantes, cumprindo o fim que a licitação se propõe, como para mitigar qualquer risco de direcionamento do certame, potencializado justamente pela subjetividade verificada no julgamento.

53. O tema foi objeto da seguinte recomendação à Secom, classificada no Relatório de Avaliação como Risco 1 (peça 33, p. 18):

1 – Disciplinar a forma e os critérios para o cadastramento de nomes aptos a compor Subcomissões Técnicas, bem como o procedimento de impugnação, conforme previsto no Art. 10-A do Decreto 6.555/2008.

54. Até 24/5/2022, data do Ofício 7247/2022/SFC/CGU (peça 36), a recomendação não havia sido implementada pela Secom, posto que o Manual de Procedimento das Ações de Publicidade da Secretaria e as Instruções Normativas Secom 2 e 3/2018 ainda não haviam sido atualizados, a fim de estender os avanços do edital da concorrência realizada pela Secom aos

demais integrantes do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal (Sicom).

55. E mais, a par do regramento para escolha e composição da subcomissão técnica previsto no item 20 do edital da Concorrência 1/2021, vislumbra-se também a necessidade de serem regulamentados os procedimentos para funcionamento da referida subcomissão, a fim de evitar que a comunicação entre os membros resulte na anulação dos efeitos da avaliação individual.

56. Nesse ponto, conclui-se que a Lei foi desvirtuada. Não houve uma avaliação individualizada como previsto, mas uma avaliação coletiva, derogando a intenção da legislação. Se não houve uma avaliação individual, o resultado da licitação não é fidedigno e enseja revisão.

57. Diante da essencialidade dos serviços, nos termos em que esclarece a Secom, no tópico seguinte da instrução, a proposição que se mostra mais adequada é não admitir a prorrogação dos contratos decorrentes da Concorrência 1/2021, ao fim de suas vigências iniciais. Nesse meio tempo, até maio de 2023, a Secretaria dispõe de tempo suficiente para realizar nova licitação para contratação dos serviços e para regulamentar o procedimento de funcionamento da subcomissão técnica responsável pela avaliação das propostas.

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre a construção participativa de deliberações:

a) a Secom não vislumbra nenhuma **ação corretiva** a ser tomada pela Secretaria para prevenir ou corrigir indícios de irregularidades detectados ou remover seus efeitos, uma vez que não houve irregularidades no processo licitatório da Concorrência 1/2021 (Nota Informativa 864/2022/MCOM; peça 70, p. 3);

b) nesse sentido, a manifestação de alternativas quanto aos possíveis impactos de eventual determinação do TCU com vistas à anulação da Concorrência 1/2021 se mostra **dispensável**, uma vez que o Tribunal suspendeu a cautelar exarada no dia 14/6/2022 (Nota Informativa 864/2022/MCOM; peça 70, p. 3);

c) a essencialidade da contratação se baseia no fato de que é por meio da publicidade que a população tem acesso a informações institucionais e de utilidade pública sobre os mais variados assuntos como saúde (campanhas de vacinação), educação (campanhas de matrícula e vestibular), etc. Nesta lógica, as campanhas de publicidade de utilidade pública previstas para o período de defeso da lei eleitoral, entre 2 de julho e 31 outubro de 2022, são as seguintes: Censo 2022; Alistamento Militar; Semana Nacional em Defesa dos Direitos da Criança; Agosto Lilás – Prevenção à Violência contra a Mulher; Esclarecimentos sobre Votação no Exterior; Semana Nacional de Trânsito; Economia de Energia e Água; Combate a Queimadas (Nota Técnica 8558/2022/MCOM; peça 50, p. 3); e

d) eventual suspensão dos contratos firmados acarretaria prejuízo imensurável ao Poder Público e à população, visto que a Secom ficaria impedida de realizar a sua missão institucional de prestar informação ao cidadão, ferindo assim direito fundamental previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, inciso XXXIII, bem como no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal de 1988 – acesso à informação (Nota Técnica 8558/2022/MCOM; peça 50).

Análise:

58. A hipótese aventada em sede de construção participativa de deliberações do TCU, qual seja a de se determinar a anulação da Concorrência 1/2021, não se mostra mais factível. Com o encerramento do certame e a celebração dos respectivos contratos, os contratos anteriores, que poderiam atender à demanda da Secom, não podem mais ser prorrogados, porque já não estão em vigor. E, em razão da essencialidade dos serviços para o funcionamento da Secom e para as campanhas de utilidade pública do Poder Executivo Federal, não seria viável determinar-se a suspensão dos contratos mais recentes, decorrentes da Concorrência 1/2021.

59. Quando da instrução de peça 39, não se tinha conhecimento da celebração dos contratos decorrentes da Concorrência 1/2021, nem sequer da adjudicação do objeto do certame aos licitantes vencedores. Naquela oportunidade, a última informação prestada pela Secom era de que o certame encontrava-se aguardando a apreciação, pela Comissão Especial de Licitação, de recursos administrativos interpostos em face dos documentos de habilitação (peça 21, p. 7). Rememora-se que os contratos decorrentes do certame foram celebrados no período da oitiva prévia, mesmo pairando a dúvida sobre a legalidade do procedimento licitatório.

60. Por essa razão, não se propôs, naquela oportunidade, a oitiva das licitantes vencedoras e contratadas. De qualquer forma, em razão da proposta desta Unidade Técnica, de apenas determinar a não prorrogação dos contratos, não se vislumbra prejuízo ao direito das empresas contratadas ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que a prorrogação dos contratos é uma faculdade da Administração Pública.

Conclusão

61. Diante do exposto, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, a avaliação quanto ao **mérito** da presente denúncia como **parcialmente procedente**.

62. Será proposta, portanto, a realização de determinações e recomendação, na forma descrita nesta instrução.

(...)

I. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

65. Em virtude do exposto, propõe-se:

65.1. conhecer da **denúncia**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes nos arts. 234 e 235 do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

65.2. no mérito, considerar a presente denúncia **parcialmente procedente**;

65.3. **determinar** à Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 4º, inciso II da Resolução – TCU 315/2020, que **não prorrogue os Contratos 51, 52, 53 e 54/2022, decorrentes da Concorrência 1/2021**, para além do prazo de suas vigências iniciais, e informe ao TCU, no prazo de **sessenta dias**, sobre os encaminhamentos realizados, em especial quanto aos procedimentos adotados para a realização de nova licitação para a contratação dos serviços, em decorrência da atribuição, na prática, de notas aos subquesitos que compõem os critérios de avaliação das propostas técnicas das licitantes de forma coletiva e não, individual, considerando terem sido idênticas, salvo raras exceções, as pontuações conferidas pelos membros da subcomissão técnica, bem como pela metodologia de trabalho adotada, em que os membros se reuniram para, em conjunto, lerem os Planos de Comunicação Publicitária e discutirem os subquesitos, contrariando os procedimentos descritos no item 12.3 do edital e os incisos III e V do §4º do art. 11 da Lei 12.232/2010;

65.4. **determinar** à Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 4º, inciso II da Resolução – TCU 315/2020, que adote providências com vistas a regulamentar, no âmbito do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal (Sicom), o art. 10-A do Decreto 6.555/2008, bem como, para definir os procedimentos para análise e julgamento do plano de comunicação publicitária e dos demais quesitos que compõem a proposta técnica, de que o tratam os incisos III e V do §4º do art. 11 da Lei 12.232/2010, pela subcomissão técnica responsável, a fim de evitar que a comunicação entre os membros resultem na anulação dos efeitos da avaliação individual;

65.5. **informar** à Secom/MCOM e ao denunciante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

65.6. **levantar o sigilo** que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução-TCU 259/2014; e

65.7. **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 169, II, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore as determinações supra.”

14. Estando os autos conclusos para julgamento em meu gabinete, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações apresentou, em 11/10/2022, nova peça intitulada “memoriais”, com réplicas às análises e conclusões procedidas pela Selog, da qual transcrevo o essencial, conforme a seguir¹⁹ (os destaques são do original):

“2. A **questão central** posta em discussão e que deve ser objeto de deliberação por parte dessa Corte de Contas diz respeito à legalidade (art. 11, § 4º, III e V, da Lei nº 12.232/2010) e à adequação ao Edital do certame (item 23.2.6, alíneas ‘b’ e ‘e’) da metodologia de trabalho adotada pela Subcomissão Técnica, que contou com discussões em grupo com o objetivo de nivelar e de compartilhar conhecimentos técnicos.

(...)

7. No **entendimento da Selog**, ao exigir análise individualizada do plano de comunicação publicitária (inciso III) e dos quesitos referentes às informações de que trata o art. 8º (inciso V), o legislador teria proibido a realização de discussões entre os membros da subcomissão técnica após a abertura das propostas, impondo sigilo entre eles, de modo que cada proposta técnica deveria ser avaliada e julgada, sigilosamente, por cada membro da subcomissão, sendo a média das notas o resultado final a ser proferido.

8. *Permissa vênia*, esta **Consultoria Jurídica entende de modo diverso**.

9. Inicialmente, do ponto de vista gramatical, pode-se inferir que **análise individualizada** é sinônimo de análise discriminada ou especificada, e antônimo de análise generalizada. Não se confunde, portanto, com análise sigilosa.

10. No contexto da legislação, por análise individualizada entende-se que cada membro da subcomissão deve ter autonomia para atribuir a nota que entender adequada em relação a cada quesito técnico, podendo, inclusive, divergir dos demais membros. Desse modo, não seria admissível que uma nota global fosse atribuída para cada quesito técnico, sem a individualização do membro responsável por ela, assim como não seria possível que cada julgador atribuisse uma nota geral a cada licitante, sem discriminação dos critérios definidos no Edital.

11. O **objetivo** da norma, ao exigir referida discriminação, é assegurar transparência ao processo licitatório e viabilizar o controle social, seja por parte da sociedade, seja por parte dos demais licitantes, viabilizando inclusive a impugnação do resultado do certame. A finalidade do dispositivo, portanto, não é resguardar o sigilo entre os membros da subcomissão técnica; caso contrário, essa importante restrição estaria prevista expressamente no texto legal ou no Edital da licitação, a exemplo de outras circunstâncias onde o sigilo foi imposto.

12. No caso concreto, pode-se observar que houve **discriminação das pontuações** por membro da Subcomissão Técnica e por quesito avaliável, de acordo com o que determina a legislação e o Edital do certame. Ademais, apesar da semelhança em relação a algumas notas, a existência de pontuações divergentes evidencia que houve verdadeira autonomia por parte dos membros da Subcomissão.

13. Em complemento, cumpre enfatizar que a lei faz uma clara **distinção** entre a análise - que deve ser individualizada - e o julgamento - que é realizado coletivamente pela subcomissão técnica. Se a intenção do legislador fosse a individualização tanto da análise, quanto do julgamento, a redação dos dispositivos em comento não teria vinculado o adjetivo ‘*individualizada*’ de maneira clara e exclusiva ao substantivo ‘*análise*’. Por essa razão, mostra-se não só possível, como recomendável a realização de discussões para compartilhamento de informações técnicas, sempre com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

¹⁹ Peça 92.

14. A **analogia** utilizada por esta Consultoria Jurídica em manifestação anterior (Peça nº 66) - no sentido de que o presente caso seria comparável a um julgamento realizado por um tribunal integrante do Poder Judiciário - decorre justamente da compreensão de que tanto o julgamento das propostas técnicas, quanto aquele realizado no âmbito do Poder Judiciário se dá por um órgão julgador dotado de competência legalmente atribuída para tanto, e não individualmente por cada membro do colegiado. É esse o entendimento que se extrai do teor do **art. 11, § 4º, II**, bem como do **art. 10, § 1º**, ambos da Lei nº 12.232/2010.

15. Em outro giro, cumpre lembrar que, por força do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 12.232/2010, aplica-se ao presente caso as **normas gerais de licitações e contratos**. Nesse diapasão, não é possível extrair, a partir de uma **interpretação sistemática** da legislação – levando em conta o disposto na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021 – o entendimento defendido pela Unidade Técnica, no sentido de que, no bojo de uma licitação do tipo melhor técnica, deveria haver sigilo entre os membros da comissão julgadora.

16. Imperioso também reiterar que, por força de disposição expressa do Edital, **as propostas técnicas são sigilosas** e não podem conter qualquer elemento ou informação que permita a identificação do licitante (item 10.1.1.2 do Edital). Por essa razão, as discussões realizadas entre os membros da Subcomissão Técnica **não teriam, em hipótese alguma, o condão de acarretar o direcionamento** da licitação. O único objetivo das referidas discussões, repita-se, foi a identificação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

17. Por fim, importa consignar que a metodologia de trabalho adotada pela Subcomissão Técnica – consistente em realizar discussões coletivas quanto aos atributos avaliáveis previstos no edital – encontra-se não apenas autorizada pela legislação, como se mostrou, de acordo com a avaliação técnica dos membros da Subcomissão, a **melhor alternativa** para que fosse realizado um julgamento consistente para identificação das propostas mais vantajosas para a Administração Pública. A mesma metodologia de trabalho, vale dizer, foi adotada na **Concorrência nº 01/2016- SECOM**, que levou à celebração dos últimos contratos de publicidade já encerrados.

18. Diante disso, entende-se que, **independentemente do método de interpretação jurídica adotado**, não é possível extrair do disposto na Lei nº 12.232/2010 – ou na Lei nº 8.666/1993 – a tese defendida pela Unidade Técnica, de que a legislação teria proibido a realização de reuniões entre os membros da Subcomissão quando da análise ou do julgamento das propostas técnicas. Da mesma forma, não se pode verificar do conteúdo dos autos qualquer indício de direcionamento ou de irregularidade no processo licitatório.

19. Nada obstante, em que pese o ponto de vista desta Consultoria Jurídica, ora defendido, caso o Plenário desse Tribunal de Contas decida por acolher a orientação da Unidade Técnica, cumpre informar, a partir de informações da Secretaria Especial de Comunicação Social, que **não há tempo hábil** para a realização de uma nova licitação até o final do prazo de vigência inicial dos Contratos 51, 52, 53 e 54/2022.

20. Com efeito, um processo licitatório desse porte levaria, **em média, 18 meses** para ser concluído e envolveria a força de trabalho de aproximadamente **40 pessoas**, durante inúmeras horas de labor. A título ilustrativo, a Concorrência 1/2021-MCOM levou, a partir do Documento de Formalização da Demanda (em 13/11/2020) até a assinatura dos contratos (em 25/05/2022), mais de 18 meses para ser concluída.

21. Dessa forma, caso seja acolhida a proposição de que trata o **item 65.3** da Instrução de Análise de Oitiva – referente à determinação de que os contratos não sejam prorrogados para além do prazo de suas vigências iniciais –, o órgão central do Sistema de Comunicação do Governo federal ficará sem instrumento contratual em vigor por longo período de tempo. Nesse caso, os **prejuízos seriam imensuráveis**, levando à interrupção de toda e qualquer campanha de publicidade levada a cabo pela SECOM, seja ela relativa à saúde, à educação ou a qualquer outro tema de interesse da sociedade.

22. Além disso, deve-se ter em vista que eventual decisão que acolha o entendimento defendido pela Unidade Técnica estabelecerá, nos termos do disposto no art. 23 da Lei de

Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), *‘interpretação ou orientação nova sobre uma norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito’*. Nessa hipótese, por força do referido dispositivo legal, a decisão controladora deverá prever regime de transição para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. *In verbis*:

‘Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever **regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.’

23. De fato, por razões de **segurança jurídica**, mostra-se necessário que a nova orientação, caso venha a ser acolhida por essa Corte de Contas, passe a valer apenas para as novas contratações, permanecendo incólumes os contratos que já foram celebrados, mesmo porque não há qualquer evidência de que tenha havido direcionamento ou outra irregularidade no processo licitatório.

24. Nesse diapasão, o **Instituto Brasileiro de Direito Administrativo** aprovou o seguinte Enunciado a respeito da matéria: *"É imprescindível, a partir da ideia de confiança legítima, considerar a expectativa de direito como juridicamente relevante diante do comportamento inovador da Administração Pública, preservando-se o máximo possível as relações jurídicas em andamento. Neste contexto, torna-se obrigatória, sempre para evitar consequências desproporcionais, a criação de regime de transição, com vigência ou modulação para o futuro dos efeitos de novas disposições ou orientações administrativas"* (Enunciado nº 17).

25. O regime de transição, neste caso, é **indispensável** para que o novo dever - caso acolhido por esse Tribunal de Contas - seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Isso porque:

1. não haveria tempo hábil para a realização de uma nova licitação até o final do prazo de vigência inicial dos Contratos 51, 52, 53 e 54/2022;

2. a ausência de contratos de publicidade em vigor levaria à interrupção de toda e qualquer campanha de publicidade levada a cabo pela SECOM, seja ela relativa à saúde, à educação ou a qualquer outro tema de interesse da sociedade;

3. a licitação impugnada transcorreu de acordo com a legislação e com a prática administrativa vigente, sem qualquer indício concreto de direcionamento ou de irregularidade e sem qualquer prejuízo à Administração Pública;

4. uma nova licitação levaria aproximadamente 18 meses para ser concluída e envolveria a força de trabalho de 40 pessoas em média, durante inúmeras horas de labor; e

5. a eventual modulação para o futuro da nova interpretação traria segurança jurídica e respeito às relações jurídicas em andamento, seja em relação aos contratos de publicidade da SECOM/MCOM, seja em relação a outros contratos em vigor com outros órgãos e entidades da Administração Pública federal que tenham adotado a mesma metodologia de trabalho.

26. Ante o exposto, a União requer a **improcedência** da denúncia constante destes autos, face à demonstração da regularidade do procedimento licitatório questionado. Subsidiariamente, caso o Plenário desse Tribunal de Contas da União entenda de modo diverso, requer a **modulação para o futuro dos efeitos** da nova interpretação eventualmente adotada.”



É o relatório.

Voto

Em exame denúncia sobre possível irregularidade na concorrência 1/2021, do tipo melhor técnica, conduzida pela então Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações (Secom/MCOM), para a contratação de quatro agências de propaganda para prestação de serviços de publicidade, compreendendo estudo, planejamento, conceituação, concepção, criação, execução interna, intermediação e supervisão da execução externa e distribuição de ações publicitárias junto a públicos de interesse.

2. As propostas técnica e de preço foram recebidas pela comissão especial de licitação, responsável pela condução da concorrência, mas as propostas técnicas foram avaliadas por uma subcomissão técnica instituída especificamente para essa finalidade.

3. Em que pese a então Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) ter opinado pela inviabilidade de apurar especificamente a conexão entre a relação familiar do Subsecretário de Gestão e Normas da Secom e da diretora de atendimento da agência vencedora com um possível direcionamento do resultado da licitação, considerou os indícios de falhas no procedimento de avaliação das propostas técnicas suficientes para propor o conhecimento da representação e, por consequência, dar continuidade à ação de controle externo.

4. Após análises das respostas às oitivas determinadas¹, a Selog concluiu que os membros da subcomissão técnica avaliaram as propostas técnicas² coletivamente, e não individualmente, em afronta ao que preveem o art. 11, §4º, III e V, da Lei 12.232/2010 – que normatiza a licitação e a contratação pela administração pública de serviços de publicidade – e o item 23.2.6, “b” e “e”, do edital, e, por essa razão, propôs que a Concorrência 1/2021 fosse suspensa, até o julgamento de mérito do presente processo.

“[12.232/2010]

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:

(...)

III - análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inciso XIV do art. 6º desta Lei;

IV - elaboração de ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;”

“[Edital da concorrência 01/2021]

23.2.6 Não tendo sido interposto recurso, ou tendo havido a sua desistência ou, ainda, tendo sido julgados os recursos interpostos, serão adotados, nesta precisa ordem, os seguintes procedimentos:

¹ Peça 39, p. 11-12.

² Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia.

(...)

b) análise individualizada e julgamento, pela Subcomissão Técnica, dos conteúdos dos Invólucros nº 1 (Plano de Comunicação Publicitária - Via Não Identificada) das licitantes, de acordo com os critérios especificados neste Edital e de seus anexos;

(...)

e) análise individualizada e julgamento, pela Subcomissão Técnica, dos conteúdos dos Invólucros nº 3 (Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Soluções de Problemas de Comunicação) das licitantes, de acordo com os critérios especificados neste Edital e de seus anexos; e

(...)” (grifos nossos)

5. Os indícios de concertação entre os membros da subcomissão técnica eram, de fato, robustos, conforme evidenciou a Selog³ (destaques do original):

“21. (...) em que pese a Secom, no item 3.10 das respostas da subcomissão técnica em face do recurso da Propaganda Desigual (transcrito nas p. 31-34 da peça 37), ter apresentado as referidas planilhas de avaliação com o intuito de destacar a atribuição de notas diferentes entre os membros da subcomissão durante a análise de propostas, o que reforçaria o caráter individual das avaliações, chama atenção o fato de terem sido poucas as variações entre as notas reputadas como individuais, prevalecendo mesmo notas iguais.

22. Por exemplo, na Proposta 2: ‘Brasil. 200 Anos de Independência. O Futuro Escrito em Verde e Amarelo’, as notas para ‘raciocínio básico’ (8,47), ‘estratégia de comunicação publicitária’ (14,17) e ‘estratégia de mídia e não mídia’ (9,24) foram todas idênticas entre os avaliadores. Só houve variação na ‘ideia criativa’, mesmo assim, apenas por um dos avaliadores, com 11,29 pontos, ao passo que os outros dois atribuíram 11,64 pontos.

23. Dos exemplos colacionados pela Secom, apenas a Proposta 3: ‘Brasil. Pátria Independente, Orgulho da Nossa Gente’ contemplou dois subquestos com notas diferentes de um avaliador e dois questos com as notas todas iguais. As Propostas 5: ‘Liberdade. Essa é a Nossa Bandeira’ e 7: ‘Brava Gente Brasileira. Há Duzentos Anos, Fazendo do Brasil uma Pátria Independente’, à semelhança da Proposta 2, também contemplaram divergência de nota, de um só avaliador, em tão somente um subquesto de avaliação.

24. Tomando aqui como exemplo o quesito 1 (plano de comunicação publicitária), a par da quantidade de aspectos que devem ser julgados pela subcomissão, previstos no item 12.2.1 do edital (peça 3, p. 11-12), **cujos subquestos prescrevem 21 critérios a serem observados**, não seria razoável concluir que as notas atribuídas – em razão de suas semelhanças – são originárias de uma avaliação individual.

25. Ao que se apresenta, as discussões em grupo, às quais se referiu a subcomissão técnica (peça 4, p. 101-102), como sendo uma possibilidade não excluída pela metodologia de avaliação e de atribuição de nota individual, e que teriam sido realizadas com o intuito de ‘aprofundar e nivelar entendimentos sobre questões técnicas, ampliar, refinar as percepções quanto ao entendimento das mensagens, garantindo, assim, maior qualidade nas análises, a partir das experiências profissionais de seus membros’, acabaram funcionando, na prática, como indutoras de avaliações idênticas, não verdadeiramente individuais, derogando a essência das disposições da Lei 12.232/2010, quando remetem à composição e à formação da subcomissão técnica e ao caráter individual das avaliações (§§ 1º a 10 do art. 10; § 4º, incisos III e V, do art. 11).

26. Nos termos apontados pela CGU, conquanto a Secom não tenha ainda regulamentado os procedimentos atinentes à composição da subcomissão técnica, na forma prevista pelo art. 10-A do Decreto 6.555/2008, a Concorrência 1/2021 tratou de fazê-lo no item 20 do edital (peça

³ Peça 39, p. 6-9.

3, p. 18-19). Está previsto ali que as propostas técnicas seriam analisadas e julgadas por uma subcomissão técnica constituída por três membros, formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing ou que atuassem em uma dessas áreas; pelo menos 1/3 dos integrantes seriam indicados por órgãos ou entidades integrantes do Sicom, sem vínculo com o MCOM; 2/3 seriam indicados pelo Secretário de Publicidade e Patrocínio do Ministério; a lista seria definida por sorteio realizado pela Comissão Especial de Licitação (CEL), a partir de relação contendo o triplo de integrantes, publicada na imprensa oficial; e o resultado seria passível de impugnação.

27. Entretanto, em que pese tais disposições, a fórmula estabelecida pelo edital não previu regras para os procedimentos da sessão e/ou reunião da subcomissão em que seriam avaliadas as propostas técnicas. Decerto que a lei – nem o edital – contemplaram vedações para discussões entre os membros. No entanto, dado o caráter individual das avaliações, pensa-se que tais discussões não se mostram adequadas.

28. (...) a Lei 12.232/2010 previu (§ 2º do art. 10) – nesse ponto repetida pelo edital – que pelo menos 1/3 dos membros da subcomissão técnica recairia sobre profissional sem qualquer vínculo com o órgão ou a entidade responsável pela licitação. A intenção é carrear para o processo de avaliação opinião de alguém do mercado, dissociada da vontade da administração.

29. Diante da informação sobre como se deram os procedimentos, com a leitura das propostas técnicas em forma de rodízio, com verbalização das considerações e discussões que antecederam o registro das pontuações, entende-se que não houve, verdadeiramente, uma avaliação individual, mas sim coletiva. As notas iguais, em sua maioria, com muitas poucas exceções, comprovam tal situação.

30. Nesse ponto, entende-se que a Lei foi desvirtuada, porquanto não houve uma avaliação individualizada como previsto, mas uma avaliação coletiva, derogando a intenção da legislação. Se não houve uma avaliação individual, o resultado da licitação não é fidedigno e enseja, caso confirmada a irregularidade, a anulação do certame, já que não é possível o retorno de fase, em razão da identificação dos autores das **vias não identificadas dos planos de comunicação publicitária**.

31. A CGU, registre-se, desde que se debruçou sobre a Concorrência 1/2020, vem alertando para a importância da avaliação conduzida pela subcomissão técnica para o resultado da licitação (peça 33, p. 12):

‘A despeito de o Edital delimitar e detalhar os critérios de avaliação, sendo um norte importante (e necessário) para subsidiar a Subcomissão Técnica, é inegável que ainda resta um elevado grau de subjetividade no julgamento, especialmente quando da apreciação do Plano de comunicação publicitária, responsável por 65 dos 100 pontos possíveis de se alcançar. Há várias soluções possíveis para o problema de comunicação delimitado, igualmente válidas. A criatividade, um dos elementos centrais a ser analisado, é impossível de ser parametrizada. E a valoração também se dá na comparação entre as propostas apresentadas, trazendo mais um elemento de discricionariedade ao julgamento.

Ao fim, o resultado (e o sucesso) da Concorrência 1/2020, com gasto projetado de mais de 1 bilhão de reais, depende quase que exclusivamente do julgamento dos três membros que irão compor a Subcomissão Técnica. Nesse contexto, a escolha de seus integrantes ganha especial importância, tanto para garantir a melhor escolha possível entre as licitantes, cumprindo o fim que a licitação se propõe, como para mitigar qualquer risco de direcionamento do certame, potencializado justamente pela subjetividade verificada no julgamento.’

32. O tema foi objeto da seguinte recomendação à Secom, classificada no Relatório de Avaliação como Risco 1 (peça 33, p. 18):

‘1 – Disciplinar a forma e os critérios para o cadastramento de nomes aptos a compor Subcomissões Técnicas, bem como o procedimento de impugnação, conforme previsto no Art. 10-A do Decreto 6.555/2008’

33. Respondendo à solicitação do Tribunal, a CGU informou (peça 36, p. 1-2), a despeito de a Secom ter disciplinado a questão, no caso concreto, no edital da Concorrência 1/2021 (item 20 do edital, peça 3, p. 18-19), que a recomendação continuava sendo monitorada quanto ao seu

efetivo cumprimento, posto que permanecia necessário estender os efeitos do ato, mediante regulamentação, aos demais integrantes do Sicom.

34. No tocante à subjetividade que envolve a avaliação das propostas técnicas e à relevância que assume o julgamento da subcomissão, talvez fosse o caso de serem repensadas as licitações para contratação de serviços de publicidade, de modo que pudesse prevalecer o tipo ‘técnica e preço’, ao invés de simplesmente de ‘melhor técnica’. Pelo menos o preço seria um fator objetivo a ponderar o resultado da avaliação técnica das propostas.

35. A par do regramento para escolha e composição da subcomissão técnica previsto no item 20 do edital, vislumbra-se a necessidade de serem regulamentados também os procedimentos para funcionamento da referida subcomissão, a fim de evitar a comunicabilidade entre os membros que, na prática, acaba por anular os efeitos da avaliação individual.

(...)

37. Tendo sido irregular o procedimento de avaliação das propostas técnicas na Concorrência 1/2021, cabe então suspender o certame, realizar a oitiva da Secom e ouvir a unidade jurisdicionada, no contexto da construção participativa das deliberações do TCU, acerca de eventual determinação desta Corte com vistas à anulação do certame.”

6. Com base nesses argumentos, em 15/6/2022, determinei a suspensão cautelar da licitação e autorizei a realização das oitivas propostas pela unidade instrutiva⁴.

7. Sucedeu que, em 21/6/2022, às vésperas da sessão em que o despacho de suspensão do certame seria submetido à ratificação do Plenário desta Corte, representantes da Secom/MCOM, em audiência solicitada em regime de urgência, trouxeram informação de que os contratos derivados da concorrência 1/2021 haviam sido assinados no dia 25/5/2022.

8. De fato, o certame foi homologado e seus objetos adjudicados no dia 18/5/2022, conforme apurou minha assessoria.

9. Considerando essas informações, em 22/6/2022, exarei novo despacho⁵ por meio do qual tornei insubsistente a medida suspensiva de 16/6/2022, pois, desde 18 de maio, o procedimento licitatório se encontrava encerrado.

10. O que se procederá nesta etapa é a análise das manifestações dos gestores às oitivas e aos encaminhamentos propostos pela unidade instrutiva.

II

11. A Selog sumarizou⁶ os argumentos apresentados pela Administração, resumidos a seguir.

12. Para a Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações⁷, as avaliações dos membros da subcomissão técnica foram efetivamente individuais, mesmo reconhecendo que eles se reuniram “com vistas ao aprofundamento da análise, sem qualquer comprometimento da avaliação individualizada”.

⁴ Peça 42.

⁵ Peça 47.

⁶ Vide tópico “Manifestações da Unidade Jurisdicionada sobre os indícios de irregularidades” transcrito no relatório que integra esta deliberação.

⁷ Peças 66.

13. Tais reuniões teriam ocorrido para “nivelar e compartilhar conhecimentos técnicos”, “em busca de uma avaliação consistente para identificação de propostas vantajosas para a Administração Pública”, constituindo-se no melhor método para aferir essa vantajosidade.
14. Pugnou que as discussões entre os membros da subcomissão técnica não são vedadas pela Lei 12.232/2010, pelo edital nem por jurisprudência desta Corte. Ao contrário, argumenta que a padronização das formas de apresentação das propostas técnicas é um dos recursos previstos pela lei para garantir a objetividade do julgamento. Enfatiza que o edital impôs sigilo acerca dos autores das propostas técnicas, mas não em relação ao julgamento pela subcomissão.
15. Defendeu que a homogeneidade entre as notas dos membros da subcomissão técnica evidencia convergência entre eles, mas não a ausência de análise individualizada.
16. Sugeriu que os membros da subcomissão técnica, analogamente a magistrados de um órgão colegiado judicial, que analisam individualmente um caso concreto por meio de votos, também podem debater e, eventualmente, convergir sobre o entendimento da matéria sob julgamento.
17. Os membros da subcomissão técnica⁸ acrescentaram que, no processo de análise das propostas, as considerações de cada avaliador foram “verbalizadas e discutidas quanto aos atributos avaliáveis previstos no edital, aplicados de forma isonômica para todas as licitantes”.
18. Indicaram que houve justificativas detalhadas para as notas de cada quesito, com base em exame comparativo entre as propostas, e que as discussões em grupo não interferiram nas avaliações individuais, o que poderia ser comprovado pela atribuição de notas distintas por seus membros.
19. Ponderaram que a convergência de notas, ao contrário de representar uma irregularidade, induziu ao maior consenso possível entre os avaliadores, tal como, segundo eles, preconiza a lei.
20. A Selog refutou os argumentos apresentados e sustentou que o procedimento adotado no julgamento das propostas foi incompatível com a lógica da Lei 12.232/2010.
21. Entendeu a unidade instrutiva que as discussões em grupo, depois de abertas as propostas, são implicitamente vedadas pela lei, caso contrário conduziriam a uma “espécie de ‘acerto’ de notas entre os membros”, interferindo no resultado da licitação, como se observou no caso concreto, em que houve altíssima homogeneidade das notas, que só poderia ter decorrido de uma avaliação coletiva, em desalinho ao espírito da norma.
22. A esse respeito, transcrevo excerto da instrução em que a Selog apresenta as razões pelas quais considera que a análise, diferentemente do que prevê a lei, teria sido coletiva (grifos nossos):

“36. A par dos resultados das avaliações de todas as quinze propostas (peça 52, p. 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35 e 37), tem-se que dez propostas (Propostas 1, 4 e 8 a 15) receberam notas exatamente iguais, para cada um dos quatro subquesitos de avaliação, de todos os membros da subcomissão. Mesmo nas propostas em que houve notas diferentes, as divergências foram exceções. Na Proposta 2, apenas uma nota diferente, no quesito Estratégia de Mídia e Não mídia pelo julgador Emerson Muzi; na Proposta 3, duas notas diferentes: uma no quesito Raciocínio Básico (Ana Letícia Barreto) e outra no quesito Ideia Criativa (Emerson Muzi); na Proposta 5, apenas uma nota diferente, no quesito Estratégia de Comunicação

⁸ Peça 51.

Publicitária (Emerson Muzi); na Proposta 6, duas notas diferentes: uma no quesito Raciocínio Básico e outra no quesito Estratégia de Comunicação Publicitária (ambas pelo julgador Emerson Muzi); e na Proposta 7, apenas uma nota diferente, no quesito Raciocínio Básico (Ana Letícia Barreto).

(...)

39. (...) No universo de 15 propostas avaliadas, cada membro da subcomissão ficou então responsável pela atribuição de 60 notas. Ou seja, foram ao todo, considerando a composição por três membros, 180 avaliações individuais. Destas 180 notas, houve divergência em apenas sete avaliações, o que corresponde a 3,89% de divergência, em resultado que demonstra não ter havido, de fato, uma avaliação individualizada, como requerida pela Lei e pelo edital.”

23. Quanto à comparação entre os procedimentos adotados para o julgamento das propostas no subcomitê técnico com decisões colegiadas de uma corte judicial, a Selog enfatizou que, neste último caso, não há sigilo sobre a identidade das partes, não se faz comparação nem disputa entre propostas, os votos dos magistrados visam à melhor aplicação do direito ao caso concreto, sendo desejável o debate e a persuasão recíproca entre os decisores para o atingimento dessa finalidade. No julgamento das propostas da concorrência, o objetivo é estabelecer comparação e distinção entre propostas que competem entre si, devendo-se evitar que um avaliador influencie o outro a fim de mitigar qualquer risco de direcionamento.

24. Discordou da tese de que, com base no art. 6º, VII e §1º, da Lei 12.232/2010, o legislador teria pretendido incentivar a convergência das notas e produzir consenso. Nesse dispositivo, a norma estabelece que a subcomissão, sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% da pontuação máxima do quesito, fará uma reavaliação para restabelecer o equilíbrio das avaliações:

“Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

VII - a subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei reavaliará a pontuação atribuída a um quesito sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% (vinte por cento) da pontuação máxima do quesito, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações atribuídas, de conformidade com os critérios objetivos postos no instrumento convocatório;

(...)

§ 1º No caso do inciso VII deste artigo, persistindo a diferença de pontuação prevista após a reavaliação do quesito, os membros da subcomissão técnica, autores das pontuações consideradas destoantes, deverão registrar em ata as razões que os levaram a manter a pontuação atribuída ao quesito reavaliado, que será assinada por todos os membros da subcomissão e passará a compor o processo da licitação.”

25. Argumentou que a lei não busca induzir consenso nem pontuações iguais, mas estabelecer um equilíbrio, franqueando aos jurados que atribuírem pontuações com desvios acentuados em relação aos demais a possibilidade de reverem suas notas. Reforçou esse raciocínio demonstrando, com base no texto legal, que, mesmo em caso de notas discrepantes, o avaliador pode, mas não está obrigado a reconsiderar sua valoração, desde que registre as razões que o levaram aquele juízo.

26. Acrescentou que, se, em seu art. 10, § 2º, a Lei 12.232/2010 previu que pelo menos um terço dos membros da subcomissão técnica não devem ter vínculo com o órgão ou a entidade responsável pela licitação, a intenção do legislador teria sido justamente tornar o processo avaliativo mais plural e objetivo.

27. Concluiu, assim, que as discussões em grupo acabaram por induzir avaliações praticamente idênticas, não individuais, em afronta aos objetivos da Lei 12.232/2010, em especial os §§ 1º a 10 do art. 10; e § 4º, incisos III e V, do art. 11.

28. Observou, com base nas informações contidas nos autos, que, embora o então ministro das comunicações não tenha regulamentado os critérios para composição da subcomissão técnica, conforme art. 10-A do Decreto 6.555/2008, tal regramento se deu incidentalmente no item 20 do edital da concorrência 1/2021⁹, sem, no entanto, superar a lacuna relativa aos procedimentos da sessão e reunião da subcomissão técnica.

29. Chamou a atenção para o fato de que a CGU vem alertando para a importância da escolha dos integrantes da subcomissão técnica tendo expedido recomendação à Secom nesse sentido¹⁰:

“1 – Disciplinar a forma e os critérios para o cadastramento de nomes aptos a compor Subcomissões Técnicas, bem como o procedimento de impugnação, conforme previsto no Art. 10-A do Decreto 6.555/2008.”

30. Em que pese ter considerado ilegal a forma como foram analisadas as propostas técnicas pela subcomissão técnica, por reconhecer a essencialidade dos serviços, conforme esclareceu a Secom, a Selog propôs, em vez de anular a concorrência 1/2021, não admitir a prorrogação dos contratos dela decorrentes ao fim de suas vigências iniciais, em maio de 2023.

31. As réplicas às análises e conclusões da Selog apresentadas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações, em 11/10/2022¹¹, concentram-se nos pontos sintetizados a seguir.

32. O sigilo das avaliações entre os membros da subcomissão técnica não é condição necessária para assegurar as análises sejam consideradas individualizadas. O importante é que “cada membro da subcomissão deve ter autonomia para atribuir a nota que entender adequada em relação a cada quesito técnico, podendo, inclusive, divergir dos demais membros”.

33. No caso concreto, “apesar da semelhança em relação a algumas notas” houve discriminação das pontuações por membro e por quesito avaliável, inclusive com pontuações diferentes entre eles.

34. A lei teria distinguido análise – que deve ser individualizada – de julgamento – que deve ser realizado coletivamente pela subcomissão técnica –, pois o adjetivo “individualizada” estaria exclusivamente vinculado ao substantivo “análise”. Assim, as discussões em grupo seriam não somente desejáveis, mas necessárias para a obtenção da proposta mais vantajosa.

⁹ Item 20 do edital (peça 3, p. 18-19).

¹⁰ Peça 33, p. 18.

¹¹ Peça 92.

35. Insiste na analogia entre o julgamento da subcomissão técnica com aquele realizado por um tribunal judicial uma vez que ambos seriam colegiados constituídos por lei para produzir uma decisão coletiva, e não individual.

36. Argumenta que não haveria tempo suficiente para a realização de uma nova licitação até o primeiro vencimento dos contratos decorrentes da concorrência 1/2021, em maio de 2023, pois “um processo licitatório desse porte levaria, em média, 18 meses para ser concluído”.

III

37. Com os complementos que farei a seguir, estou de acordo com as duas conclusões apresentadas pela Selog, quais sejam: houve infração à Lei 12.232/2010, posto que as avaliações não foram individuais; e a falta de regulamentação para a composição e funcionamento da subcomissão técnica gera déficit de transparência e insegurança jurídica para as contratações de serviços de publicidade.

38. Preliminarmente, chamo a atenção para o fato de que numa concorrência do tipo melhor técnica, em que a classificação das licitantes se dá com base na proposta técnica, a objetividade, a sofisticação de métodos e critérios de análise, a transparência e os controles tendentes a mitigar vieses dos julgadores constituem elementos fundamentais para assegurar uma disputa justa entre os concorrentes, inclusive a ponto de viabilizar resignações ou contestações do resultado.

39. O preço, nesse caso, não é desconsiderado. As concorrentes apresentam propostas comerciais, mas aquela que obtiver a melhor classificação técnica, fator exclusivo de ranqueamento, é convocada para negociar com base na oferta mais econômica dentre as proponentes classificadas. Não se cogita, portanto, que o valor da contratação tenha gerado custos adicionais à Administração Pública.

40. Rememoro que a concorrência 1/2021 sucedeu a concorrência 1/2020¹², lançada em 6/8/2020, quando a Secom ainda estava vinculada à Presidência da República, para a contratação, à época, de três empresas especializadas em prestar serviços de publicidade, por até R\$ 270 milhões – agora são quatro, por até R\$ 450 milhões.

41. Considerando a possibilidade real de que os contratos derivados dessa concorrência, de natureza contínua, venham a ser prorrogados, bem como os acréscimos legais de até 25%, o valor da execução pode superar os R\$ 2,8 bilhões, em cinco anos.

42. Dado, portanto, o caráter determinante da valoração da proposta técnica para a seleção da empresa vencedora, espera-se que o subcomitê técnico utilize métodos e procedimentos o mais transparentes, objetivos e sindicáveis possíveis, mesmo considerando os inevitáveis aspectos subjetivos envolvidos na avaliação de propostas eminentemente intelectuais.

43. A independência dos avaliadores afigura-se como aspecto fundamental para o alcance desse objetivo, pois uma convergência espontânea das notas dentro de uma certa amplitude significa que os critérios balizadores da avaliação estão bem calibrados e têm robustez para suportar as contestações das partes interessadas. É um teste intrínseco de coerência do sistema avaliativo.

¹² A concorrência 1/2020 foi revogada em 24/9/2020 e os contratos com as agências de publicidade que já atendiam a Secom foram prorrogados em 19/8/2020, por doze meses, no valor de R\$ 127,3 milhões.

44. As reuniões internas que conduziram ao alinhamento das notas dos avaliadores não se coadunam com essa lógica.

45. Ainda que se admita o argumento de que os membros da subcomissão não estariam obrigados a manter sigilo das avaliações entre si, algum procedimento de garantia de independência deveria ter sido implementado. Não foi. A consequência, evidenciada pela alta homogeneidade das notas¹³ – com 94,11% de coincidência dos escores –, foi uma concertação incompatível com os ditames do art. 11, §4º, III e V, da Lei 12.232/2010.

46. O argumento de que a lei incentiva convergência das avaliações também deve ser rejeitado. A lei, como argumentei anteriormente, preconiza a individualização das avaliações como estratégia de pôr à prova a qualidade, a objetividade e a transparência dos parâmetros avaliativos. É, como disse, um teste intrínseco de coerência que atesta a adequação do método de distinção das propostas e, ao fim, determina a classificação das concorrentes.

47. Ao estabelecer uma amplitude de 20% entre a menor e a maior avaliação, o legislador apenas e tão somente arbitrou uma margem de tolerância, um gatilho, a partir do qual um mecanismo de controle interno é acionado: uma reavaliação da discrepância, franqueando a possibilidade de uma reconsideração ou de manutenção da nota dissonante. É o que se extrai do art. 6º, VII e § 1º, da Lei 12.232/2010 :

“Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

(...)

VII - a subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei reavaliará a pontuação atribuída a um quesito sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% (vinte por cento) da pontuação máxima do quesito, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações atribuídas, de conformidade com os critérios objetivos postos no instrumento convocatório;

(...)

§ 1º No caso do inciso VII deste artigo, persistindo a diferença de pontuação prevista após a reavaliação do quesito, os membros da subcomissão técnica, autores das pontuações consideradas destoantes, deverão registrar em ata as razões que os levaram a manter a pontuação atribuída ao quesito reavaliado, que será assinada por todos os membros da subcomissão e passará a compor o processo da licitação.”

48. Como relevante atenuante, reconheço que, apesar da análise coletiva, os quesitos avaliativos estão minuciosamente reduzidos a termo e justificados na ata de julgamento, explicitando os pontos positivos e negativos de cada proposta e permitindo, assim, a compreensão e, eventualmente, a contestação dos valores a eles atribuídos.

49. Descabida, no entanto, a comparação entre o proceder da subcomissão técnica com o de um órgão colegiado de tribunal judicial. A Selog bem distinguiu as duas situações¹⁴. Acrescento que as atuações dos magistrados em órgãos colegiados judiciais são, talvez, os procedimentos mais minuciosamente regulados dentre os aparatos decisórios existentes na Administração Pública.

¹³ Essa conclusão pode ser extraída da ata de julgamento acostada à peça 52.

¹⁴ Vide item 0 desta proposta de deliberação.

Submetem-se à regulação constitucional, orgânica e regimental. Ou seja, são sindicáveis em extensão e profundidade inigualáveis para fins da analogia pretendida nas respostas às oitivas formuladas à Secom.

50. Estou de acordo, contudo, quanto à exiguidade do tempo necessário à realização de uma nova licitação para viabilizar a não renovação dos contratos 51, 52, 53 e 54/2022, decorrentes da concorrência 1/2021, de acordo com as ponderações apresentadas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações.

51. Para além de aspectos operacionais acerca da viabilidade de não renovar os contratos e promover nova licitação, deve-se avaliar se a realização de nova licitação seria medida de interesse público consentânea com as falhas detectadas no procedimento de julgamento das propostas técnicas da concorrência 1/2021.

52. Numa perspectiva de curva de aprendizado de longo prazo para a administração, creio que a contribuição mais consistente de uma entidade de auditoria é produzir diagnósticos que possam propagar melhorias para procedimentos futuros, exceto quando as falhas são graves e eventuais prejuízos ao interesse público restam suficientemente evidenciados – o que não foi o caso no presente processo.

53. Esse tem sido o espírito dominante nesta Casa e agora reflete-se, também, na Lei 14.133/2021 no ponto em que trata do saneamento de falhas em processos licitatórios, cuja lógica auxilia a linha de raciocínio aqui desenvolvida, ainda que não seja o arcabouço legal aplicável ao caso:

“Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da

irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.”

54. Assim, a despeito da indevida avaliação coletiva realizada pela subcomissão técnica, não foi nem mesmo aventado nos autos que agiram desse modo para direcionar o resultado, tampouco que dessa atuação tenha derivado a escolha de agências incapazes de executar adequadamente os serviços, considerando os critérios publicizados no instrumento convocatório, de modo que deixo de acolher a proposta de determinação para que uma nova licitação seja realizada.

Ante o exposto, voto pela aprovação do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 3 de maio de 2023.

WEDER DE OLIVEIRA
Relator

ACÓRDÃO Nº 842/2023 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 007.225/2022-9.
2. Grupo II – Classe VII – Assunto: Denúncia.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
 - 3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
4. Órgão/Entidade: Serviço de Publicidade e Propaganda do Mc (extinta).
5. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: Carolina Scherer Bicca (OAB/RS 56875), Vítor Carvalho Curvina Costa de Araújo (OAB/CE 31328) e outros, representando Ministério das Comunicações.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia sobre possível irregularidade na concorrência 1/2021, do tipo melhor técnica, conduzida pela então Secretaria Especial de Comunicação Social do Ministério das Comunicações (Secom/MCOM).

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Plenário, diante das razões expostas pelo relator em:

 - 9.1. conhecer da presente denúncia para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
 - 9.2. dar ciência à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, de acordo com o art. 9º, I da Resolução TCU 315/2020, que a avaliação coletiva das propostas técnicas pela subcomissão técnica mencionada no art. 10-A do Decreto 6.555/2008 constitui afronta ao art. 11, §4º, III e V, da Lei 12.232/2010;
 - 9.3. determinar à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, de acordo com o art. 4º, II da Resolução TCU 315/2020, que, em até 90 (noventa) dias após a ciência desta deliberação, regulamente o art. 10-A do Decreto 6.555/2008;
 - 9.4. encaminhar cópia desta deliberação à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República e ao denunciante destacando que ela estará disponível no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;
 - 9.5. levantar o sigilo que recai sobre as peças destes autos, à exceção daquelas que contenham informação pessoal do denunciante, nos termos dos arts. 104, § 1º, e 108, parágrafo único, da Resolução TCU 259/2014;
 - 9.6. determinar à Unidade de Auditoria Especializada em Contratações que monitore esta deliberação e
 - 9.7. encerrar o presente processo e arquivar os autos.
10. Ata nº 17/2023 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/5/2023 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0842-17/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Vital do Rêgo (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira (Relator).

(Assinado Eletronicamente)

VITAL DO RÊGO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

WEDER DE OLIVEIRA

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral