ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 26 – abril/maio/junho de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

LICITAÇÕES: A NOVA LEI PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

Edgar Guimarães

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP.
Professor de Direito Administrativo e de Licitações em cursos de Pós-graduação.
Consultor Jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Recentemente foi sancionado pelo Presidente da República o Projeto de Lei nº 3.305/2008, dando origem a Lei nº 12.232/2010, publicada no Diário Oficial da União de 30.04.2010.

Este Diploma Legal, em vigência desde a sua publicação, torna mais rígidas as regras para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, minimiza, mas não sepulta definitivamente, o julgamento subjetivo de competições desta natureza e propicia uma transparência e um controle mais eficaz.

Nos termos da lei, considera-se serviço de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente, que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

Sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, até mesmo porque se trata de um conjunto de normas muito recente e merecedor de profundas reflexões e debates por parte da doutrina especializada, o presente ensaio visa pontuar as principais novidades normativas.

Consoante disposição contida no artigo 1º, a nova lei estabelece normas gerais para licitações e contratações de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta e indireta,

subordinando, inclusive, os órgãos do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário, e as entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas políticas integrantes da federação.

Inovação introduzida na órbita normativa diz respeito à obrigação imposta às empresas que possuem regulamento próprio de licitação e contratação, como por exemplo, a Petrobrás, de aplicar subsidiariamente as regras da Lei nº 12.232/10. Neste rol, evidentemente, não estão inseridas as entidades que integram o denominado Sistema "S" (SESC, SENAI, SENAC, etc.), pois, inobstante possuírem regulamentos próprios, não integram a estrutura organizacional da Administração Pública Brasileira.

Embora não conste expressamente do texto legal, parece-nos óbvio que o Ministério Público e os Tribunais de Contas deverão, na mesma medida, prestar a devida obediência à nova disciplina jurídica.

Causou-nos grande preocupação a determinação no sentido de que o novel conjunto normativo seja aplicado às licitações já instauradas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação, pois certas situações jurídicas já consolidadas, não só ao longo do certame licitatório, mas, sobretudo na vigência e execução contratual, são imutáveis, não sendo possível a retroação da lei sob pena, inclusive, de violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da segurança jurídica, bem como do ato jurídico perfeito.

Para fins de qualificação técnica, exigir-se-á um Certificado de Qualificação Técnica de Funcionamento. Este documento poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

Tal Conselho trata-se de entidade criada pelo mercado publicitário para fazer cumprir as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, documento básico que define as condutas e regras das melhores práticas éticas e comerciais entre os principais agentes da publicidade brasileira.

À primeira vista nos parece tratar-se de uma exigência habilitatória salutar, pois a certificação somente é concedida às agências que alcançarem as metas de qualidade estabelecidas pelo CENP, fator este que afugenta os aventureiros e, em certa medida, garante a contratação de um licitante com um mínimo de qualificação técnica.

As licitações que contemplem por objeto a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas.

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

Quanto à escolha dos membros da mencionada subcomissão, ela ocorrerá por sorteio, em sessão pública, dentre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, constituída na forma antes referida.

Em face destas exigências, depreendemos que a subcomissão terá uma composição mista, ou seja, 2/3 (dois terços) serão compostos por servidores ou empregados públicos pertencentes ao quadro de pessoal do órgão ou entidade e 1/3 (um terço) por pessoas não apenas estranhas à Administração Pública, mas sem qualquer espécie de vinculo com a entidade licitadora.

No campo prático, imaginamos que o cadastramento prévio dos membros que deverão integrar a lista para fins de sorteio e escolha, deverá ser precedido de um amplo chamamento público, com veiculação de avisos tanto na Imprensa Oficial quanto em jornais de grande circulação. Desta forma, os princípios da impessoalidade, isonomia, transparência e publicidade, dentre outros, restariam absolutamente atendidos.

Interessante anotar que a lista de nomes deverá ser publicada na Imprensa Oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data de realização da sessão pública para o sorteio dos integrantes da subcomissão, cabendo, a qualquer interessado, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas antes da realização desta sessão, impugnar nomes constantes da relação, mediante a apresentação de fundamentos jurídicos.

Quanto ao processamento e julgamento da licitação merece destaque a inversão das fases da licitação. Primeiramente, serão abertos os envelopes com as propostas técnicas, culminando, posteriormente, após o regular processamento e julgamento desta etapa, com a abertura das propostas de preços. Este procedimento, já adotado na modalidade pregão como também por outros Estados-Membros que legislaram sobre licitações e contratos, propicia celeridade à competição, pois inibe, no nosso sentir, muitas discussões inúteis e vazias que acabam retardando o bom andamento das licitações.

Outra novidade é a obrigatoriedade do anonimato dos competidores durante o julgamento da fase técnica. Subtrai-se da nova lei que os licitantes deverão apresentar as propostas técnicas em 3 (tres) invólucros distintos, um para a via não identificada do plano de comunicação publicitária, outro para via identificada do plano e um terceiro para as demais informações integrantes da proposta técnica, sendo que apenas o primeiro envelope, sem qualquer

identificação, é que será aberto para fins de avaliação e julgamento, ocorrendo a abertura dos demais após a necessária classificação.

Proclamado o resultado final do julgamento das propostas e após o processamento e julgamento dos eventuais recursos, apenas os licitantes classificados serão convocados para apresentação dos documentos de habilitação. Constatada a regular habilitação, o processo será homologado e o objeto adjudicado.

Faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa, devendo, neste caso, o órgão ou a entidade instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial. Esta hipótese é motivo de grande preocupação, pois a seleção interna somente será válida se guardar conformidade com os princípios jurídicos das licitações, notadamente os da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e julgamento objetivo.

No que tange aos contratos de serviços de publicidade e sua execução, depreende-se que a nova lei outorgou ao contratado poderes para que este contrate terceiros, visando o fornecimento de bens e serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, tais como, o planejamento e a execução de pesquisas de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias, os resultados das campanhas realizadas, a produção e a execução técnica das peças e projetos publicitários criados, a criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária.

Segundo disposição legal, somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pela administração poderão fornecer ao contratado os bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato.

Na contratação de terceiros exigir-se-á a apresentação, pelo contratado ao contratante, de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo pretendido e que estejam devidamente cadastradas.
Sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato, caberá ao contratado proceder à coleta destes orçamentos em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante. Este procedimento é dispensado quando a contratação contemplar valor igual ou inferior a R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

A bem da verdade esta contratação de terceiros estranhos ao procedimento licitatório não se trata de inovação normativa, pois, a nosso ver, caracterizada está a figura jurídica da subcontratação. Sendo assim, a sua

previsão editalícia é inafastável, como também, a fixação dos necessários limites para que este procedimento possa ser levado a efeito validamente.

Por fim, em homenagem ao princípio da transparência, corolário da publicidade, as informações sobre a execução do contrato, com os nomes dos fornecedores de serviços especializados e veículos, serão divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o livre acesso às informações por quaisquer interessados.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Edgar. Licitações: a nova lei para contratação de serviços de publicidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, abril/maio/junho de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-26-ABRIL-2011-EDGAR-GUIMARAES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: