|  |
| --- |
| **PARECER JURÍDICO nº 005/2013 - SEGOV** |

**Processo nº 1807151934943/2013**

**Interessado:** SECRETARIA MUNICIPAL DE GOVERNO

**Assunto:** Minutas de Edital de Pregão Presencial para Registro de Preços e Contrato.

**I –** Direito Administrativo. Licitações e Contratos.

**II –** Minuta de edital para a Contratação de Serviços de Publicidade – observância das Leis Federais n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e 12.232, de 29 de abril de 2010.

**III –** Viabilidade Jurídica de realização do certame e aprovação das minutas do edital e do contrato, desde que observadas as recomendações e/ou condicionantes contidas neste parecer jurídico.

1. **RELATÓRIO**

**01.** Veio a esta Assessoria Jurídica o Processo Administrativo nº **1807151934943/2013,** processo de licitação na modalidade **CONCORRÊNCIA PÚBLICA**, para pronunciamento acerca de minutas de edital cujo objeto é Contratação de 04 (quatro) agências de publicidade e propaganda para prestação de serviços de publicidade, compreendendo 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 intuito de atender ao princípio da publicidade e ao direito à informação, de difundir idéias, princípios, iniciativas ou instituições ou de informar o público em geral, em conformidade com os requisitos e condições do Edital e seus Anexos, conforme Termo de Referência, para o período de 12 meses, podendo ser prorrogado nos limites da lei e mediante justificativa do interesse público.

**02**. È o Relatório. Passa-se a Fundamentação.

1. **FUNDAMENTAÇÃO**

**01**. Com efeito, foi promulgada no ano de 2010 a lei acima mencionada, que trouxe nova roupagem jurídica para a disciplina da licitação pública referente à contratação de serviços de publicidade. Sobre a nova legislação, manifestou o Prof. Edgar Guimarães (in, Licitações: a nova lei para contratação de serviços de publicidade, extraído do site www.paranaonline.com.br, acessado aos 19/05/2011):

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.

**02**. De se dizer, ainda inicialmente, que a nova legislação decorreu da necessidade de se melhor disciplinar esta peculiar contratação pública a partir de análises realizadas no âmbito do Tribunal de Contas da União, oportunidade em que, entre outras providências recomendadas, apontou-se:

Convém destacar que, tomando-se como exemplo os trabalhos de auditoria realizados por esta Unidade Técnica, chega-se à conclusão que as falhas e irregularidades decorrem, em grande parte, de deficiência na legislação que regula a matéria, exigindo, portanto, em um primeiro momento, alterações nos normativos pertinentes, sob pena de inviabilizar não só a continuidade da prestação dos serviços de publicidade e propaganda (...) objeto dos contratos em vigor, como também, a médio prazo, qualquer contratação futura de tais serviços no âmbito da Administração Pública (...).

(TCU, Relatório do TC n.º 013.142/2005-4, Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário, DOU de 15.03.2006)

**03.** Na ótica do Prof. Carlos Pinto Coelho Motta (in, Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade, Editora Fórum, 2010, p. 58), o novel diploma legal **“revela a preocupação do legislador em proporcionar maior segurança jurídica ao agente da Administração Pública que contrata uma agência de publicidade; e, reciprocamente, oferecer melhores condições ao contratado, executor dos serviços, na colaboração com o Poder Público**”. O citado doutrinador, após contextualizar a legislação em referência, aponta, ao seu sentir, as principais inovações dela decorrentes:

No texto da lei, destacam-se, como temas básicos, a conceituação clara de “publicidade” para efeito de contratação; a institucionalização do Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) como órgão certificador de qualidade do setor; a vedação do pregão como modalidade de licitação; a determinação do critério de julgamento na licitação como “melhor técnica” ou “técnica e preço”; a composição de uma subcomissão de experts para julgar as propostas técnicas dos concorrentes ao certame. (Grifo nosso)

**04**. Assim, com a permanente preocupação de se respeitar o texto constitucional (art. 37, § 1º, da CR/88), conforme assinalado pelo Tribunal de Contas da União, **orientação esta extensiva aos Estados e Municípios,** da leitura que se faz da minuta do Edital tem-se que o mesmo se encontra em conformidade com a Lei federal n.º 12.232, de 2010, merecendo algumas recomendações adiante identificadas.

**05**. Em relação ao objeto da licitação, tem-se que foi corretamente delimitado restringindo-se a licitação pública à contratação de “serviços de publicidade”, “vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza”, definindo se no subitem 1.2 o que se entende por serviços de publicidade para os fins do certame, em conformidade com o art. 2º, caput, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

**06.** Igualmente, ainda em sede de definição do objeto licitado, há a previsão de se permitir a realização de “atividades complementares”, que se trata de serviços especializados umbilicalmente ligados aos serviços de publicidade, e possui respaldo no art. 2º, § 1º, da citada Lei federal n.º 12.232, de 2010. Excluiu-se, também aqui (subitem 1.4), atividades que não possuem relação direta com serviços de publicidade em consonância com a nova com serviços de publicidade em consonância com a nova legislação. A propósito, o Prof. Carlos Pinto Coelho Motta (in, op. cit. p. 79), bem esclarece:

Resta igualmente claro que todas as atividades arroladas, tanto as substantivas quanto as complementares, são interdependentes e formam um bloco homogêneo, autorizando-se, portanto, sua inclusão no objeto de um único certame. Trata-se da concepção de “agência completa”, já referida em outro tópico deste estudo e, hoje, consagrada pela arte e técnica mercadológica.

(...)

Em lapidar decisão do TCU, citada em outros momentos deste

estudo, foi severamente condenada a extrema abrangência do

objeto licitado por determinada entidade pública, qualificado pela área técnica da referida Corte como “muito aberto”. A decisão foi no sentido de delimitar e restringir com exatidão a ação de publicidade almejada:

“9.2.1.8. o novo objeto a ser licitado não deve conter a possibilidade de contratação de serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas, de organização de eventos, exposições e feiras, assim como de realização de pesquisas, que deverão ser objeto de processos licitatórios específicos, em consonância com entendimento já firmado nesta Corte de Contas, conforme Decisão n.º 650/1997 – Plenário”.

**07**. Sobre a modalidade de escolha da licitação pública e do seu critério de julgamento definidas pela minuta do Edital, quais sejam, **concorrência pública do tipo melhor técnica**, tem-se que se encontra em obediência ao comando do art. 5º, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

**08**. Aqui se adianta que o procedimento definido na minuta do Edital para a apuração da proposta mais vantajosa – considerada a melhor técnica– pautaram-se por critérios e fatores de julgamento objetivos, observadas as recomendações, sobretudo, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União de modo a minimizar a valoração eminentemente subjetiva das propostas comerciais, fixando-se fórmula de cálculo para a apuração da média ponderada final com espeque nos princípios jurídicos da proporcionalidade e da razoabilidade.

**09**. Em relação à duração do contrato, como sendo de “12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por igual período, há de ser dito que os contratos de publicidade deverão ser, caso a caso, examinados para se aferir a respeito de sua inclusão ou não no que legalmente se define como sendo **contrato de natureza contínua** (art. 57, inciso II, da Lei federal n.º 8.666, de 1993), conforme precedente do Tribunal de Contas da União, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, veja-se:

A par do exposto, entendo que o enquadramento **dos serviços de publicidade e propaganda, em face de sua vastidão, como serviço de natureza contínua** deva ser analisado para cada caso concreto e não como uma determinação de caráter genérico e amplo. (Grifo nosso)

(TCU, Acórdão n.º 1.499/2006 – Plenário)

**10**. Assim, não obstante concordar com o posicionamento do Ministro Fernando Gonçalves, tem-se que no caso em exame, é perfeitamente defensável a adoção da natureza contínua dos **serviços de publicidade do Município de Fortaleza** os quais **não deverão sofrer solução de continuidade.**

**11**. Permitiu-se a participação de mais de uma agência de publicidade para a execução do objeto licitado, observado o agrupamento e respectivos valores financeiros previamente definidos. Aqui, há de ser ponderado que a situação fática descrita na minuta do Edital não contaria a disposição contida no art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

**12.** Relativamente aos percentuais de pagamento devidos à agência de propaganda, há de ser dito que a atual legislação previu a favor do contratante “as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações, que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação” (art. 15, parágrafo único da Lei federal n.º 12.232, de 2010), o que, adverte-se, **impõe fiscalização eficaz** a respeito dos custos e das despesas de veiculação apresentados ao contratante a fim de se identificar e assegurar tais vantagens para o erário. Obtempera Carlos Pinto Coelho Motta (in, op. cit. p. 191):

O ordenamento do caput do art. 18, bem como os de seus parágrafos, terão certamente o desígnio de soterrar a discussão que antes de travava, (dada a inconclusiva redação da legislação e normatização anteriores) acerca da validade de tais planos de incentivo proporcionados por veículos; bem como acerca da obrigatoriedade, ou não, de a agência reverter à Administração (no todo ou em parte) aquele plus eventualmente auferido.

Restam agora peremptoriamente definidos os parâmetros de uma distribuição de proveitos – que se supõe equitativa – entre contratante e contratado: o parágrafo único do **art. 15 alinha-se em benefício do contratante**, e o caput do art. 18, em benefício do contratado.

**13**. No que tange à documentação comprobatória da habilitação técnica, exigiu-se a apresentação do “Certificado de Qualidade Técnica expedido pelo CENP – Conselho Executivo de Normas Padrão”, o que está em consonância com a novidade veiculada pelo art. 4º da Lei federal n.º 12.232, de 2010 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União que sobre esta matéria orientou expressamente:

9.2.1.5. para a qualificação técnica, em adição aos atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que atestem a qualidade técnico-operacional dos serviços, passe a exigir também o Certificado de Qualificação técnica expedido pelo CENP, conforme Normas-Padrão da Atividade Publicitária;

(TCU, Acórdão n.º 2.062/2006 – Plenário)

**14**. Sobre o itinerário traçado para a verificação da proposta mais vantajosa e da idoneidade dos licitantes, **adota-se a inversão das fases**, isto é, iniciando-se pela aferição das propostas comerciais – tanto a proposta técnica, quanto a proposta de preço – para, definida esta classificação, proceder a abertura da documentação de habilitação, respeitando-se, em todas as etapas, o contraditório e a ampla defesa, tudo em conformidade com a nova lei de regência.

**14**. Há a previsão na minuta do Edital da participação da **Comissão Especial de Licitação**, constituída com a exclusiva finalidade de processar e julgar Concorrência Pública voltada à contratação de SERVIÇOS DE PUBLICIDADE, bem como da Subcomissão Técnica, importante novidade legislativa em prol do prestígio da análise objetiva e imparcial das propostas técnicas, tendo sido regularmente definido o procedimento de escolha dos membros que comporão a subcomissão técnica, em respeito ao art. 10, da Lei federal n.º 12.232, de 2010.

**15.** Sob o aspecto formal, nada se tem a acrescentar, havendo cumprido todos os ditames das leis aplicadas ao caso concreto.

1. **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, OPINA-SE PELA APROVAÇÃO DAS MINUTAS DE EDITAL E SEUS ANEXOS, sob exame, observadas as recomendações e/ou condicionantes formuladas nesse pronunciamento jurídico.

À Consideração Superior.

Fortaleza, 12 de Agosto de 2013

**Liana Rangel Borges**

**Assessora Jurídica**

**Secretaria Municipal de Governo**