



ARTIGO

Licitações de Agências de Publicidade – Lei nº 12.232/2010

** Rodrigo Corrêa da Costa Oliveira*

1. INTRODUÇÃO

A contratação de Agências de Propaganda pela Administração Pública sempre se pautou pela Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666/93. Contudo, citada norma traz regras e procedimentos que não permitiam, eficientemente, a escolha da melhor proposta para prestação de serviços por agências de publicidade, já que a ferramenta e diferencial neste mercado é a criatividade dos profissionais, característica capaz de ser valorada apenas subjetivamente.

De qualquer sorte, a Administração Pública se valendo dos instrumentos que detinha – as modalidades licitatórias da Concorrência e Tomada de Preços, conjugadas aos tipos de licitação ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’, que permitem atribuir pontos e pesos aos critérios técnicos da proposta, relevando para um segundo momento o preço do serviço –, para efetuar as contratações de Agências de Publicidade até a promulgação da nova Lei.

Firmadas, portanto, tais considerações, observaremos que a Lei nº 12.232/2010 vem atender vários reclames das Agências de Publicidade, apresentando uma série de melhorias, se comparada ao sistema anterior, destacando-se: a possibilidade de análise das propostas dos licitantes por profissionais da área; a criação de novos procedimentos para garantir um julgamento objetivo e isonômico; bem como a exigência de certificado de qualificação técnica de funcionamento para participação no certame, entre outras inovações que veremos adiante.

2. A LEI DE LICITAÇÕES PARA CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE – Lei nº 12.232/2010.

2.1. DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO



ARTIGO

A nova Lei criou regras próprias para a contratação de agências de publicidade a ser observado por todos os níveis de governos e órgãos da Administração Pública, nos exatos termos do parágrafo 1º, artigo 1º, *verbis*:

§ 1º. Subordinam-se ao disposto nesta Lei os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no caput deste artigo.

Ademais, a norma em análise relevou apenas à complementariedade a Lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações, e a Lei nº 4.680/65, que regulamenta a profissão de Publicitários e Agenciadores de Propaganda.

2.2. OBJETO DA NOVA LEI

Outro fator importante a ser observado é que a Lei em comento não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas apenas às atividades complexas, realizadas de forma integrada e por intermédio de agências de publicidade, conforme se pode compreender da leitura conjunta dos artigos 1º e 2º:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de **serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º. Para fins desta Lei, **considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integralmente** 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.

Portanto, a Lei 12.232/10 tem seu objeto muito bem definido e limitado, cabendo à Administração Pública atentar para que não se utilize do procedimento desta nova Lei para qualquer contratação de serviços de publicidade, salvo as exceções trazidas pela mesma.



ARTIGO

2.3. ATIVIDADES COMPLEMENTARES

No que pertine às demais atividades relacionadas à publicidade, a Lei nº. 12.232/10 possibilita a contratação de serviços complementares, desde que em conjunto e para que auxiliem a execução e avaliação do plano de mídia contratado. São eles: a) o planejamento e a execução de pesquisas e de outros instrumentos 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 ou sobre os resultados das campanhas realizadas; b) a produção e a execução técnica das peças e projetos publicitários criados e; c) a criação e o desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando a expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias.

Oportuno ressaltar que as atividades complementares, quando contratadas isoladamente ou, ainda que em conjunto, mas sem a intermediação das agências, não seguirão o procedimento previsto na Lei nº. 12.232/10.

Ademais, os serviços de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou os que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, em nenhuma hipótese serão objeto de contratação com base nos procedimentos da nova Lei.

2.4. CERTIFICADO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Outra inovação trazida pela referida Lei é a imposição de que os serviços de publicidade sejam contratados, pelo Poder Público, apenas com as agências de propaganda “que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento”, perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, ou por “entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda”, nos termos do artigo 3º.

Ocorre que o tema das certificações e suas exigências em procedimentos licitatórios sempre foi objeto de controvérsias doutrinária e jurisprudencial, em especial diante dos principais Tribunais de Contas do país, que entendem frustrar o caráter competitivo do certame.

Em que pese diversas consequências negativas à exigência das certificações, como citado acima, provavelmente a mais sensível será a diferença de valores praticados junto ao



ARTIGO

Poder Público, em comparação com o mercado privado, já que obter a certificação representa custos a serem assumidos pelos licitantes que certamente serão repassados à Administração Pública.

Outra discussão sobre o tema, suscitada por alguns juristas, diz respeito ao momento em que deve ser exigida a apresentação do certificado.

No entanto, no que diz respeito ao Estado de São Paulo, uma leitura atenta da norma, interpretada à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas, sana qualquer dúvida. Vejamos:

Lei 12.232/10 - Art. 4º. Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei no 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

SÚMULA Nº 17 – TCE/SP - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

Como se pode observar, a Lei nº. 12.232/10 é clara ao estabelecer que a certificação é exigência para a contratação e a Corte de Contas Paulista já sumulou o entendimento de ser vedada exigência deste tipo para fins de habilitação.

Portanto, ao menos para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e seus fiscalizados, pode-se afirmar que a certificação somente poderá ser exigida do vencedor do certame, quando de sua efetiva contratação, não existindo a confusão suscitada por alguns juristas.

Críticas à parte, as certificações servem também para garantir a qualidade dos produtos ou da prestação dos serviços, quando emitidas por entidades sérias.

2.5. OS TIPOS DE LICITAÇÃO APLICÁVEIS À CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE

Quanto aos tipos de licitações aplicáveis à contratação de agências de publicidade, a nova Lei, em seu artigo 5º, foi taxativa ao prever a utilização de qualquer das modalidades licitatórias previstas no artigo 22, da Lei Geral de Licitações, além da obrigatoriedade de se aplicar os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”.



ARTIGO

Com isso, restam muito clara duas intenções do legislador: afastar a possibilidade de uso do Pregão para a contratação dos serviços de publicidade prestados por agências, o que parece óbvio, dada a complexidade dos serviços, e que se considere maior peso à criatividade das empresas e profissionais (proposta técnica), relevando a análise do preço a um segundo momento.

De qualquer sorte, em que pese a impossibilidade do uso da modalidade pregão na contratação de agências de publicidade pelo Poder Público, a Lei em análise previu a conhecida inversão de fases.

Assim, apenas depois da avaliação das propostas técnicas e de preços é que ocorrerá a convocação dos licitantes classificados para apresentação dos documentos de habilitação (artigo 11, XI).

2.5.1. CONVITE POR TÉCNICA E PREÇO

Tema interessante, e que parece estar passando despercebido, é a possibilidade de realização de licitação na modalidade convite pelo tipo técnica e preço.

Há muito se defende a impossibilidade de realização desta forma de licitação, sob o frágil argumento de que o artigo 21, § 2º, da Lei 8.666/93, não contemplava esta hipótese. Vejamos:

§2º. O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

- a) concurso;
- b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

- a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;
- b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

Em apertada síntese, podemos dizer que toda a celeuma residia no fato do citado artigo não prever, em seu inciso IV, prazo diferenciado para uma possível licitação na modalidade



ARTIGO

convite conjugada com o tipo ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’, como a Lei fez para as demais modalidades.

Contudo, a partir de uma interpretação sistêmica da Lei Geral de Licitações, pode-se perceber que a modalidade convite é a única que apresenta exceções a quase todas as regras do procedimento de compras e contratações da Administração Pública.

Logo, nada mais sensato seria do que considerar a possibilidade de realização de convite pelo tipo técnica e preço, com o prazo comum previsto no artigo 21, §2º, inciso IV, da Lei 8.666/93.

De qualquer sorte, a Lei nº. 12.232/10 não deixou qualquer dúvida sobre a possibilidade da realização de convite pelos tipos licitatórios da ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’ para a contratação de agências de publicidade, como se pode concluir da leitura conjunta do artigo 5º e 10, §10, *verbis*:

Art. 5o As licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como **obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”**.

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

Portanto, apesar de alguns juristas defenderem que a realização de convite pela ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’ não era possível pela Lei Geral de Licitações – com o que discordamos –, a Lei nº. 12.232/10 previu expressamente esta possibilidade para a licitação de agências de publicidade a serem processadas sobre seu regramento.

2.6. A OBJETIVIDADE DO JULGAMENTO

Voltando à essência do trabalho, apesar da tentativa do legislador em atribuir maior valoração à proposta técnica, momento em que será analisado o potencial criativo dos licitantes, a Administração Pública não pode se afastar do princípio do julgamento objetivo.



ARTIGO

Assim, a nova Lei, em seu artigo 6º, enumerou diversos procedimentos para garantir a objetividade necessária às decisões da Comissão de Licitação e da subcomissão técnica, tais como: padronização das formas de apresentação das propostas técnicas, permitindo o conhecimento do autor apenas depois da avaliação; previsão de que, caso a diferença de pontuação no mesmo critério, entre as propostas técnicas dos licitantes, seja superior a 20%, em relação a maior e menor pontuação, deverá existir uma reavaliação e, em assim permanecendo, haverá a necessidade da subcomissão técnica justificar a discrepância, entre outros.

Além dessas ferramentas procedimentais, caberá à Administração Pública utilizar o *briefing* para apresentar e elucidar o necessário aos licitantes para que elaborarem suas propostas técnicas.

Portanto, pode-se perceber que o legislador buscou privilegiar o potencial criativo dos licitantes sem, contudo, desrespeitar os princípios da transparência, isonomia e julgamento objetivo, que deverão pautar a conduta da Comissão de Licitação e da Subcomissão Técnica.

2.7. SUBCOMISSÃO TÉCNICA E ESCOLHA DOS INTEGRANTES

Outra novidade apresentada pela nova Lei diz respeito à previsão de que as propostas técnicas sejam avaliadas por comissão técnica, formada exclusivamente por profissionais da área de comunicação, publicidade ou marketing, distinguindo as funções desta daquelas respeitantes à Comissão de Licitação.

Ademais, a escolha dos integrantes ocorrerá por sorteio em sessão pública com data e hora marcadas, onde as agências de publicidade interessadas em participar da licitação poderão, inclusive, impugnar, com fundamentos jurídicos plausíveis, os profissionais relacionados para o sorteio e a própria composição da subcomissão.

Ainda, para que se guarde a imparcialidade das decisões, 1/3 dos participantes da subcomissão técnica não poderá ter qualquer vínculo com a Administração contratante, conforme artigo 10, §2º.

Exceção às regras ocorrerá apenas nas pequenas unidades administrativas e desde que comprovadamente impossível a formação da subcomissão técnica, situação em que a Comissão de Licitação ficará responsável pela função daquela ou, inexistindo também esta última, haverá a designação de servidor pela autoridade competente, que deverá, mesmo



ARTIGO

assim, possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing, nos termos do já citado artigo 10, § 10.

Vê-se assim, mais uma vez, que o intuito do legislador é permitir a análise da proposta técnica, onde será demonstrada a criatividade dos licitantes, por profissionais da área, que poderão valorar 'subjetivamente' a qualidade dos trabalhos apresentados.

3. CONCLUSÃO

Se comparada à Lei Geral, a nova Lei de Licitações para contratação de agências de propaganda garante uma melhor análise e valoração da qualidade criativa dos licitantes sem, contudo, afastar-se do princípio do julgamento objetivo.

Para tanto, a Lei em comento apresenta inovações, tais como a instituição de subcomissão técnica, a ser escolhida por sorteio do qual as Agências interessadas no certame participarão, inclusive podendo impugnar justificadamente os profissionais pré-escolhidos.

Inova a Lei, ainda, ao restringir a contratação pelo Poder Público apenas de Agências que detenham certificado de qualificação técnica emitida pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP, ou por entidade equivalente e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

Ademais, obriga que as licitações sejam realizadas exclusivamente pelos tipos licitatórios da 'técnica e preço' ou 'melhor técnica', além de não permitir o uso do Pregão, em que pese existir a inversão de fases.

Em suma, a Lei nº. 12.232/10 traz novos procedimentos e exigências que asseguram maior eficiência nas contratações públicas das Agências de propaganda, sem se afastar da objetividade e isonomia necessárias às contratações públicas.

**** Rodrigo Corrêa da Costa Oliveira - Agente da Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo / Unidade Regional de Registro – UR-12.***