

## PARECER Nº , DE 2011

Da COMISSÃO DE EDUCAÇÃO, CULTURA E ESPORTE, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 337, de 2005, que *acrescenta o § 5º ao art. 46 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a fim de regular a utilização das licitações dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” na contratação de serviços de propaganda e publicidade.*

RELATOR: Senador **SÉRGIO PETECÃO**

### **I – RELATÓRIO**

Vem ao exame desta Comissão o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 337, de 2005, de autoria do Senador Paulo Paim, que acrescenta o § 5º ao art. 46 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que *regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.*

O objetivo da alteração legislativa é vedar, na contratação de serviços de propaganda e publicidade, a adoção de licitações do tipo “melhor técnica”, bem como do tipo “técnica e preço”, sempre que o peso atribuído à valoração da proposta de preço referido no inciso II do § 2º deste artigo represente menos que 50% da média ponderada final.

Na justificação, o autor atenta para os trabalhos da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, que revelaram *o universo*

*escabroso das relações dos governos com suas agências de publicidade, que ficaram caracterizadas pela ausência de transparência e de critérios objetivos para a escolha das prestadoras dos serviços de propaganda.*

Na visão do autor, as irregularidades nesse setor têm início já durante o certame, quando se utilizam comumente os tipos de licitação de “melhor técnica” e de “técnica e preço”, os quais, por darem margem a maior subjetivismo no julgamento, permitem direcionamentos por parte da comissão de licitação, que, *na prática, apenas formaliza a decisão política anteriormente tomada de escolher este ou aquele licitante.*

No caso específico das licitações do tipo “técnica e preço”, observa o autor, os editais costumam atribuir à proposta econômica um peso insignificante no total da avaliação, o que a converte, na realidade, em uma licitação do tipo “melhor técnica” travestida de licitação do tipo “técnica e preço”.

Não foram apresentadas emendas ao projeto.

## **II – ANÁLISE**

Compete a esta Comissão opinar sobre o PLS, em face do disposto no art. 102, I, do Regimento Interno do Senado Federal. Com efeito, o projeto versa sobre licitações para a contratação de serviços que, ao lado do caráter informativo, também possuem um conteúdo artístico.

Cumprе reconhecer, no entanto, que o âmbito de análise desta Comissão é bastante restrito, no tocante ao PLS nº 337, de 2005, haja vista que o seu conteúdo diz respeito, essencialmente, a procedimentos licitatórios.

As licitações para a contratação de serviços de publicidade são reguladas por diploma normativo específico, aprovado após a apresentação do PLS nº 337, de 2005. Trata-se da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que *dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.*

De forma diametralmente oposta ao PLS, a referida Lei, em seu art. 5º, determina que as licitações por ela reguladas *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”*.

A confirmar que o objeto de tais licitações envolve aspectos imateriais, criação do intelecto, está o art. 2º da referida Lei, o qual reza:

**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.

§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

I – ao planejamento e à 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, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II – à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III – à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias.

.....

Assim, eventual inovação legislativa como a pretendida pelo PLS em comento deveria ser feita por alteração do art. 5º da Lei nº 12.232, de 2010, em vigor há pouco mais de um ano.

O Projeto de Lei da Câmara nº 197, de 2009, que veio a ser convertido na Lei nº 12.232, de 2010, foi examinado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e, em caráter terminativo, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) desta Casa em março de 2010. Tendo havido deliberação do Senado a respeito da matéria objeto do PLS ora em exame, a consequência, no plano regimental, deveria, em princípio, ser a declaração de prejudicialidade do PLS nº 337, de 2005, então em tramitação (art. 334, II, do RISF). Há, pois, uma

questão regimental a ser examinada, sobretudo ante o fato de o PLS em exame ter sido desarquivado por decisão do Plenário da Casa (art. 332 do RISF). Deixamos, contudo, de apreciar a questão, o que constitui competência da CCJ (art. 101, I, do RISF), a quem caberá decidir terminativamente sobre o projeto.

No mérito, entendemos que a vedação pura e simples ao uso das licitações do tipo “melhor técnica”, para a seleção de serviços de publicidade, comporta algumas dificuldades. A contratação de tais serviços é feita em razão de proposta de trabalho eminentemente intelectual. E as licitações dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” se prestam exatamente a contratar serviços de natureza predominantemente intelectual, como previsto no art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993. Essa ideia é reafirmada pelo art. 25, II, da mesma Lei, que, ao considerar como caso de inexigibilidade de licitação *a contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*, veda a contratação direta de *serviços de publicidade e divulgação*. Ora, não faria sentido a Lei estabelecer essa exceção caso não considerasse tais serviços como técnicos especializados.

Dessarte, na parte afeta ao campo de atuação deste colegiado, acreditamos que vedar o uso de licitações do tipo “melhor técnica” não é a solução mais adequada para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual e criativa. Cumpre registrar que a Lei nº 12.232, de 2010, previu uma série de mecanismos para mitigar os riscos de irregularidades em tais licitações, entre os quais: (i) a exigência de que as agências de propaganda detenham certificado de qualificação técnica, com o fito de evitar a seleção de empresas inidôneas (art. 4º); (ii) o julgamento das propostas técnicas por subcomissão formada a partir de sorteio, com a participação de profissionais dos setores de comunicação, publicidade ou *marketing*, os quais não poderão ter vínculo com a administração, e desconhecerão a autoria dos planos de comunicação publicitária, quando do julgamento (art. 10).

Quanto à licitação do tipo “técnica e preço”, concordamos com o autor do projeto, quando diz que a ausência de regramento sobre o peso que se deve atribuir às propostas econômicas e técnica pode gerar situações em que apenas um percentual ínfimo do total de pontos obteníveis seja reservado às propostas econômicas, o que descaracterizaria esse tipo de licitação. Nesse caso, teríamos um certame apenas nominalmente do tipo “técnica e preço”, mas que seria assemelhado ao tipo “melhor técnica”, com a diferença de que, neste último, a teor do art. 46, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, a Administração promove negociação com o autor da melhor proposta e, caso este não concorde com a redução do preço originalmente ofertado, é declarado vencedor, dentre os

classificados, o autor da proposta de menor preço (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2004, p. 439. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 553). Assim, a adoção de certames do tipo “técnica e preço” nos quais o peso da proposta técnica seja muito superior ao da proposta econômica abre bem mais espaço para contratos desvantajosos para a Administração do que a simples adoção do certame do tipo “melhor técnica”.

Ainda em abono à tese defendida pelo autor do PLS, impende mencionar que se encontra aguardando inclusão na Ordem do Dia do Plenário o PLC nº 32, de 2007, que promove uma ampla reforma na Lei nº 8.666, de 1993. O substitutivo da CAE àquele projeto contém dispositivo semelhante ao do PLS nº 337, de 2005, no tocante às licitações do tipo “técnica e preço”, independentemente de qual seja o objeto da contratação.

Em conclusão, temos como negativa a vedação peremptória ao uso de licitações do tipo “melhor técnica”, na contratação de serviços de publicidade, e como positivas as condicionantes estabelecidas pelo projeto para as licitações do tipo “técnica e preço”. Para efetivar esta última alteração, faz-se mister adaptar o projeto à nova realidade normativa inaugurada pela Lei nº 13.232, de 2010. Por isso, apresentamos, a seguir, substitutivo que desloca para o art. 5º da citada Lei a nova regra a ser aplicada às licitações do tipo “técnica e preço”.

### **III – VOTO**

Ante o exposto, o voto é pela aprovação do PLS nº 337, de 2005, nos termos do seguinte substitutivo:

#### **PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 337 (SUBSTITUTIVO), DE 2005**

Acrescenta parágrafo ao art. 5º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que *dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências*, com o objetivo de vedar, nas licitações do tipo “técnica e preço” para contratação de serviços de publicidade, a adoção de critérios que tornem as propostas de preços menos relevantes que as propostas técnicas.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º** O art. 5º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“**Art. 5º** .....

*Parágrafo único.* Nas licitações do tipo ‘técnica e preço’, é vedado ao edital utilizar critérios de valorização que tornem as propostas de preços menos relevantes que as propostas técnicas.” (NR)

**Art. 2º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator