

PARECER Nº , DE 2009

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 197, de 2009 (nº 3.305, de 2008, na origem), do Deputado José Eduardo Cardozo, que *dispõe sobre normas gerais de licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências*.

RELATOR: Senador **FRANCISCO DORNELLES**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão, em decisão terminativa, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 197, de 2009 (nº 3.305, de 2008, na origem), que estabelece normas gerais de licitação e contratação, pela administração pública, de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

O projeto é composto por 22 artigos, organizados em 4 capítulos, cujos pontos principais são a seguir descritos.

DISPOSIÇÕES GERAIS

O **Capítulo I** cuida das disposições gerais (arts. 1º a 4º).

Em primeiro lugar, identifica o objeto da nova lei – normas gerais sobre licitações e contratações de serviços de publicidade – e o seu

âmbito de aplicação – a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ademais, define serviços de publicidade, para os fins da nova lei, como *o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objeto 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 idéias ou informar o público em geral* (art. 2º, caput).

São consideradas atividades complementares aos serviços de publicidade as relativas: (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 e os resultados das campanhas publicitárias, vedada a inclusão, na pesquisa ou avaliação, de matéria estranha à ação publicitária ou o objeto do contrato; (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 (arts. 2º, § 1º, e 3º).

O projeto veda a inclusão, nos contratos de serviços de publicidade, de serviços diversos daqueles anteriormente indicados, proibindo, em especial, que integrem o objeto dos contratos atividades de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas, além daquelas referentes à realização de eventos festivos (art. 2º, § 2º).

Para o caso de adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem segregação em itens ou contas publicitárias, é previsto um procedimento de seleção interna entre as contratadas, destinado a escolher a executora de ações publicitárias específicas (art. 2º, § 3º e 4º).

O Capítulo contém, por fim, dispositivo estabelecendo como condição para a celebração do contrato, que a agência de propaganda seja detentora de certificado de qualificação técnica de funcionamento, obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão, e condicionando à prévia autorização do contratante a reserva e compra de espaço ou tempo publicitário em veículos de divulgação pela contratada (art. 4º).

PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

O **Capítulo II** cuida dos procedimentos licitatórios (art. 5º a 12). No tocante às modalidades de licitação, remete àquelas previstas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Já quanto ao tipo de certame, determina seja adotado o de “melhor técnica” ou o de “técnica e preço” (art. 5º).

Deverão constar no instrumento convocatório os itens enumerados no art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, à exceção do projeto básico ou executivo e do orçamento estimado em planilhas (art. 6º, *caput*).

O projeto prevê a inversão das fases de habilitação e julgamento. Com efeito, os documentos de habilitação serão apresentados após o julgamento das propostas e apenas pelos licitantes classificados (arts. 6º, I, e 11). De forma resumida, a sequência de procedimentos a ser seguida é esta (arts. 6º, 9º e 11):

- 1) apresentação à comissão de licitação, pelos licitantes e em sessão pública, dos invólucros contendo as propostas de preço e as propostas técnicas, sendo estas últimas entregues em 3 vias, uma com o plano de comunicação publicitária sem identificação do proponente e em formato padronizado, outra com o mesmo plano identificado e a terceira com as demais informações da proposta técnica;
- 2) encaminhamento das vias não identificadas dos planos de comunicação publicitária, bem como das demais informações das propostas técnicas a uma subcomissão técnica, incumbida de seu exame e julgamento;
- 3) análise individualizada e julgamento, pela subcomissão, dos planos de comunicação publicitária, elaboração da ata de julgamento e encaminhamento dos resultados e dos documentos à comissão de licitação;
- 4) análise individualizada e julgamento, pela subcomissão, dos quesitos referentes às demais informações das propostas técnicas, elaboração da ata de julgamento e encaminhamento dos resultados e documentos à comissão de licitação;
- 5) apuração, em sessão pública, do resultado geral das propostas técnicas pela comissão de licitação, com a abertura dos invólucros contendo a via identificada da plano de comunicação publicitária, seu cotejo com as vias não identificadas e identificação dos proponentes, elaboração da planilha geral de pontuações e proclamação do resultado do julgamento das propostas técnicas;

- 6) publicação do resultado do julgamento, indicando os licitantes desclassificados e a ordem de classificação das propostas, bem como oferecimento de prazo para eventuais recursos;
- 7) abertura, pela comissão de licitação e em sessão pública, dos invólucros contendo as propostas de preços, e adoção dos procedimentos estipulados no art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993, para as licitações do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, conforme o caso;
- 8) publicação do resultado final do julgamento das propostas e oferecimento de prazo para eventuais recursos;
- 9) apresentação, por parte dos licitantes classificados no julgamento final, dos respectivos documentos de habilitação e seu exame pela comissão de licitação, que decidirá sobre o atendimento dos requisitos fixados no edital, e abrirá prazo para eventuais recursos;
- 10) homologação do certame e adjudicação do objeto.

A subcomissão técnica será constituída por pelo menos 3 membros, formados em comunicação, publicidade ou *marketing*, ou que atuem em uma dessas áreas. Ao menos um terço dos membros não poderão ter vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação. A escolha dos integrantes da subcomissão ocorrerá por sorteio em uma lista que conterá não menos do que o triplo do número dos componentes a serem escolhidos e da qual um terço dos nomes serão de pessoas que atendam ao requisito de não vinculação ao promotor do certame. O sorteio será realizado em sessão pública, depois de transcorridos 10 dias da publicação da lista na imprensa oficial, sendo possível apresentar, até 48 horas antes da sessão, impugnação a qualquer nome que figure na relação (art. 10).

O projeto prevê, em diversos dispositivos, procedimentos que assegurem o julgamento dos planos de comunicação sem que os membros da subcomissão tenham conhecimento de sua autoria. Prevê, outrossim, o reexame obrigatório, pela subcomissão, das propostas apresentadas, sempre que a diferença entre a menor e a maior pontuação atribuídas a um quesito for superior a 20% do total de pontos obteníveis naquele quesito. Se a subcomissão resolver manter as pontuações, deverá registrar em ata, de forma específica, as razões que levaram a isso (art. 6º, VII e § 1º).

Ainda no que concerne aos procedimentos licitatórios, merece registro a especificação dos elementos que deverão constar do plano de comunicação publicitária: (i) o raciocínio básico, com o diagnóstico das necessidades de comunicação da contratante, a compreensão do proponente sobre o objeto licitado e os desafios de comunicação a serem enfrentados; (ii) a estratégia de comunicação publicitária; (iii) a idéia criativa, que constituirá a resposta aos desafios e metas explicitados; (iv) a estratégia de mídia e não mídia (art. 7º).

CONTRATOS DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E SUA EXECUÇÃO

O **Capítulo III** trata dos contratos de serviços de publicidade e da sua execução. Uma primeira inovação do projeto nessa área consiste na regra que limita o universo de fornecedores de bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato. Para a consecução de tais atividades, a agência de publicidade contratada somente poderá adquirir bens ou serviços de fornecedores previamente cadastrados junto à administração. Demais disso, a contratada deverá apresentar ao ente público contratante, antes da realização do negócio, 3 orçamentos obtidos entre pessoas que atuam no ramo do fornecimento pretendido (art. 14).

Outro dispositivo importante é o que prevê pertencerem à administração contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia, incluídos os eventuais descontos e bonificações (art. 15, *parágrafo único*).

No que diz respeito à fiscalização do contrato, o projeto determina que: (i) as informações sobre sua execução, incluídos os nomes dos fornecedores e veículos de comunicação, sejam divulgadas em sítio próprio na *Internet* (art. 16); (ii) as agências contratadas mantenham, por um prazo não inferior a 5 anos, contados do fim da vigência do contrato, acervo comprobatório dos serviços prestados e das peças publicitárias produzidas (art. 17).

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

O **Capítulo IV** veicula as disposições finais e transitórias.

Em primeiro lugar, autoriza, no âmbito dos contratos, a concessão de planos de incentivo às agências de propaganda pelos veículos de divulgação, planos esses cujos frutos pertencerão à agência e não implicarão mudança na equação econômico-financeira da avença. As agências não poderão, contudo, sobrepor os planos de incentivo aos interesses da administração contratante, sob pena de se configurar grave violação dos deveres contratuais, implicando a aplicação das sanções indicadas no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993 (art. 18).

Noutro dispositivo, o projeto estabelece que as normas nele contidas serão aplicadas subsidiariamente às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados (art. 20).

Com respeito à transparência dos gastos governamentais, o projeto determina sejam discriminadas em categorias de programação específica da lei orçamentária anual, as dotações destinadas às despesas com publicidade institucional e de utilidade pública (art. 21).

Por fim, a data de publicação da nova lei é definida como a de início de sua vigência (art. 22).

A justificação traça um panorama da realidade brasileira no que atina às licitações e contratos celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública. Assinala, *verbis*:

Tem a nossa experiência recente nos mostrado que a ausência de um tratamento normativo específico para essa matéria possibilita que, nesse campo, grandes arbitrariedades ocorram em todo o país. Empresas de publicidade contratadas com óbvio favorecimento, com base em critérios de julgamento subjetivos, contratos que encobrem a possibilidade novos ajustes imorais com terceiros, pagamentos indevidos, desvios de verbas públicas destinadas à publicidade com fins patrimoniais privados ou para custeio de campanhas eleitorais são apenas alguns exemplos de transgressões que compõem um cenário já bem conhecido nos dias em que vivemos.

Em seguida, a justificação passa a descrever os principais pontos do projeto, procurando demonstrar de que forma as inovações legislativas contribuirão para solucionar os problemas acima mencionados.

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi analisado pelas Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo sido aprovado na forma de substitutivo.

No Senado Federal, a proposição foi distribuída inicialmente à Comissão de Assuntos Econômicos, que, em 8 de dezembro passado, ofereceu parecer favorável à matéria. Cabe à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) deliberar terminativamente sobre o projeto, nos termos do art. 91, IV, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

II – ANÁLISE

Compete a esta Comissão opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da proposição, bem como sobre o seu mérito, tudo nos termos do art. 101, I e II, g, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

No tocante à constitucionalidade formal, cumpre observar que a matéria se insere no rol daquelas em relação às quais a União detém competência legislativa privativa, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Normas gerais sobre licitações e contratos dos órgãos e entidades da Administração Pública devem ser objeto de lei ordinária federal, que não se sujeita à reserva de iniciativa prevista no art. 61, § 1º, da Carta Magna, podendo, portanto, originar-se de projeto de autoria parlamentar.

Quanto à constitucionalidade material, também não verificamos incompatibilidade alguma entre os dispositivos do projeto e os ditames constitucionais.

No que concerne à juridicidade, o projeto se afigura irretocável, porquanto: (i) o meio eleito para o alcance dos objetivos pretendidos (normatização via edição de lei) é o adequado, (ii) a matéria nele vertida inova o ordenamento jurídico, (iii) possui o atributo da generalidade, (iv) se afigura dotado de potencial coercitividade e (v) se revela compatível com os princípios diretores do sistema de direito pátrio.

Ademais, a proposição vem vazada em boa técnica legislativa e inexistem óbices regimentais à sua tramitação.

No tocante ao mérito, entendemos que o projeto deve ser aprovado, tendo em vista os diversos aprimoramentos que traz à legislação reguladora das licitações e dos contratos administrativos.

É do conhecimento de todos que, no âmbito da contratação pública, um dos setores onde mais se verificam irregularidades em geral, e mais especificamente atos de corrupção, é a dos serviços de publicidade. Os vícios costumam ter início já no processo licitatório. O favorecimento de determinadas agências de propaganda é facilitado pela natureza altamente subjetiva do processo de seleção. Na execução do contrato, não raro se verificam o superfaturamento e o pagamento por serviços não realizados. Os escândalos políticos dos últimos anos demonstraram como muitas agências são utilizadas como meros intermediários em esquemas de desvio de dinheiro público, seja para o financiamento de campanhas políticas, seja para o puro e simples enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Decerto, a alteração legislativa não constitui um *fiat lux*, a partir do qual todos os graves problemas nessa área estarão resolvidos. O combate à corrupção depende de muitos outros fatores, tais como um melhor aparelhamento dos órgãos de fiscalização e a capacitação de seus servidores, uma maior agilidade no julgamento das ações penais e de improbidade, e mesmo mudanças culturais.

Sem embargo disso, o aperfeiçoamento da legislação tem a sua importância e constitui, em grande medida, o passo inicial para outras transformações. Entre os diversos pontos do projeto em análise que inovam positivamente o ordenamento jurídico, destacam-se:

- a) a definição precisa dos serviços de publicidade, aliada à vedação de que outras atividades sejam contratadas em conjunto com tais serviços, especialmente as de assessoria de imprensa, comunicação, relações públicas e a realização de eventos festivos: a individualização do objeto dos contratos para a prestação de serviços de publicidade facilitará o seu controle;
- b) a exigência, para fins de contratação, de que as agências de propaganda detenham certificado de qualificação técnica: tal previsão reduzirá os riscos de seleção de empresas inidôneas;
- c) a inversão das fases de habilitação e julgamento: trata-se de medida que promove maior racionalidade ao processo licitatório, poupando tempo e

esforços, tanto da administração quanto dos próprios participantes do certame;

- d) o julgamento das propostas técnicas por subcomissão constituída a partir de sorteio, que conte com a participação de profissionais do setores de comunicação, publicidade ou *marketing*, sem vínculo com a administração, e cujos membros desconheçam a autoria dos planos de comunicação publicitária, quando de sua apreciação: todas essas previsões têm por finalidade diminuir a possibilidade de conluio entre os licitantes e os condutores do processo licitatório;
- e) a exigência de cadastramento prévio, perante a administração, dos fornecedores de bens ou serviços à agência de propaganda, no âmbito das atividade complementares ao contrato de serviços de publicidade celebrado, devendo a agência apresentar à administração, previamente à aquisição dos bens ou serviços, 3 orçamentos obtidos junto a fornecedores do ramo: tais medidas têm por escopo evitar favorecimentos indevidos e outras irregularidades na execução dos contratos, entre as quais o uso das agências de propaganda como meros intermediários para o desvio de dinheiro público;
- f) a divulgação, em sítio próprio na *Internet*, de informações sobre a execução dos contratos de serviços de publicidade, bem como a especificação, na lei orçamentária, das dotações destinadas às despesas com publicidade institucional e de utilidade pública: tais determinações estão em conformidade com o princípio da publicidade, que deve nortear as ações estatais, além de oferecerem condições para um controle social mais efetivo sobre os atos do poder público;
- g) o dever das agências de propaganda de, nos 5 anos que se seguirem ao fim da vigência do contrato de serviços de publicidade, manter acervo comprobatório dos serviços prestados e das peças publicitárias produzidas: essa exigência visa sobretudo a fornecer subsídios aos órgãos de fiscalização e controle no desempenho de suas funções.

Diante desse extenso rol de oportunas inovações, somos levados a concluir que o projeto aperfeiçoa sobremaneira a legislação reguladora das licitações e dos contratos administrativos, no âmbito dos serviços de publicidade. Merece, portanto, ser aprovado.

III – VOTO

Em face do exposto, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do Projeto de Lei da Câmara nº 197, de 2009, e, no mérito, pela sua aprovação, nos termos do art. 133, I, do RISF.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator