

PARECER N° , DE 2012

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 **ROBERTO REQUIÃO**

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: (i) do tipo “melhor técnica”; e (ii) do tipo “técnica e preço” em que o peso atribuído à valoração da proposta de preço referido no inciso II do § 2º do referido art. 46 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 as convertem, na realidade, em licitações do tipo “melhor técnica” travestidas de licitação do tipo “técnica e preço”.

Em reunião desta Comissão realizada em 12 de julho de 2011, o então relator, Senador Sérgio Petecão apresentou relatório que concluía pela aprovação do projeto, na forma de substitutivo. Na ocasião, o Senador Cyro Miranda pediu vista do processado e, em seguida, formulou o Requerimento nº 918, de 2011, no qual solicitou a oitiva da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT) sobre o PLS. O Requerimento foi aprovado pelo Plenário, de tal sorte que, após a manifestação da CE, o projeto deverá seguir à CCT e, por fim, à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa.

Retornando o projeto à CE, apresentei uma emenda que modifica o substitutivo, para prever que: (i) o total de pontos atribuíveis à proposta de preço, nas licitações do tipo “técnica e preço” para a contratação de serviços de publicidade, seja igual ou superior a 70% do somatório total de pontos das propostas de técnica e de preço; (ii) quando o objeto da contratação incluir serviços remunerados pelo desconto padrão, o percentual de abatimento desse desconto constitua fator integrante da fórmula de cálculo dos pontos da proposta de preço.

Em 17 de abril de 2012 o Senador Petecão deixou de ser membro da CE, ocasião em que eu era presidente e avoquei a matéria para minha relatoria.

O relatório do Senador Petecão foi, no entanto, muito bem elaborado e atende às necessidades da sociedade brasileira e do serviço público, de modo que praticamente o tomo como meu, nos termos que se seguem.

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.

Cumpre 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 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.

§ 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.

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); e (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 o órgão ou a entidade responsável pela licitação 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 econômica e técnica pode gerar situações em que apenas um percentual ínfimo do total de pontos obteníveis seja reservado às propostas econômicas, o que descharacterizaria 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 12.232, 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”.

Quanto ao percentual de pontos com o fator preço, entendemos que o estabelecimento de um piso para as propostas de preço de 50% do total de pontos obteníveis, já seja insuficiente para coibir o uso fraudulento do tipo de licitação “técnica e preço”, pelo que propomos aumentá-lo para 70%, diminuindo o peso de fatores subjetivos na determinação do resultado do certame. O preço é, sem dúvida, o mais objetivo dos critérios de julgamento. Por isso mesmo, a Lei nº 8.666, de 1993, elegeu o critério de menor preço como regra geral.

Deve-se, também, considerar a questão do desconto padrão. Como se sabe, a remuneração no mercado publicitário é feita basicamente por meio do chamado desconto padrão, previsto no art. 11 da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, no art. 11 do Decreto nº 57.690, de 1º de fevereiro de 1966, e 19 da Lei nº 12.232, de 2010, e nas Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP) expedidas pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão. O desconto padrão representa um percentual sobre o valor cobrado pelos veículos de divulgação para a exibição da peça publicitária (não inferior a 20%, a teor do item 2.5.1 das NPAP). Trata-se, pois, de uma comissão de veiculação.

Além do desconto padrão, outras parcelas compõem a remuneração das agências, mas têm um papel secundário no total de suas receitas. Assentado isso, mais importante do que levar em conta o desconto sobre custos internos e o percentual de honorários da agência, na determinação da forma de cálculo dos pontos das propostas de preço deve-se atentar para o percentual de abatimento oferecido pela agência licitante para o desconto padrão. Quanto maior esse abatimento, menores serão os dispêndios da Administração Pública, já que o desconto padrão é um percentual da quantia paga pelo anunciante ao veículo de divulgação.

Um ponto que não foi tocado no projeto é a participação de empresas na forma de consórcio. Em razão de tal lacuna, apresento substitutivo que vem adequar as normas previstas na proposição original aos certames nos quais concorram consórcios de empresas.

III – VOTO

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

SUBSTITUTIVO AO PL N° 337/2005

Altera a Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, para estabelecer percentual mínimo de 70% para os preços, na ponderação das licitações destinadas a propaganda e publicidade, e para permitir a participação de licitantes por meio de consórcios.

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

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

§ 1º. É permitida a participação de consórcio de pessoas jurídicas nos processos licitatórios de que trata a presente Lei.

§ 2º. Nas licitações de que tratam esta Lei serão observadas as seguintes regras:

I – os pontos atribuíveis à proposta de preço não poderão representar menos do que 70% (setenta por cento) do somatório dos pontos obtentíveis pelos licitantes;

II – quando o objeto da contratação incluir serviços pelos quais a agência, ao ser remunerada, obtenha o desconto previsto no art. 11 da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, o percentual de abatimento desse desconto constituirá fator integrante da fórmula de cálculo dos pontos da proposta de preço.

§ 3º Os contratos decorrentes de licitações de que trata esta lei deverão conter cláusula que determine que, caso a agência contratada venha a obter o desconto previsto no art. 11 da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, o percentual de abatimento desse desconto, ainda que não constante da

proposta de preço, será integralmente repassado à administração pública, por meio da redução do valor a ser por ela pago.

Art. 2º O art. 6º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo 3º:

§ 3º No caso de consórcio, serão observadas, ainda, as seguintes normas:

I – deverão ser apresentados por todos os componentes do consórcio os documentos de habilitação de que trata o inciso I do caput deste artigo, relativamente a cada componente;

II – qualquer pessoa jurídica somente pode participar de um único consórcio em um mesmo certame licitatório e nele não poderá concorrer como licitante singular;

III – cada consórcio apresentará, em cumprimento do disposto no inciso III do caput:

- a. um único plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no briefing; e*
- b. de um conjunto de informações referentes a cada componente do consórcio proponente;*

IV – cada consórcio apresentará, em cumprimento do disposto no inciso IV do caput, uma única proposta de preços;

V – no cômputo da pontuação para efeito de técnica serão somados os pontos decorrentes dos atestados e demais documentos de todos os componentes do respectivo consórcio;

VI – as proibições de que tratam os incisos XII e XIII do caput deste artigo atinge o consórcio e cada um de seus componentes;

VII – o descumprimento do disposto nos incisos XII e XIII do caput deste artigo provocará a desclassificação integral do consórcio;

VIII – aplicam-se aos consórcios as normas estabelecidas no art. 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 3º O art. 8º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 8º

Parágrafo único. Em caso de consórcio, serão computados os trabalhos realizados por todos os componentes do consórcio.

Art. 4º O § 2º do art. 11 da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 11

§ 2º Os invólucros padronizados com a via não identificada do plano de comunicação publicitária só serão recebidos pela comissão permanente ou especial se não apresentarem marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento capaz de identificar a licitante, o consórcio ou qualquer componente.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando-se a processos licitatórios em curso cujo prazo de entrega dos documentos e propostas ainda não tenha transcorrido.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator