



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moisés Viana"
Unidade Central de Controle Interno

Parecer 002/04

PROCESSO Nº 007/2004 - UCCI

ÓRGÃO: D. L.

Assunto: CONTRATAÇÃO PARA SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

Dos Fatos

Vem a exame desta Consultoria Técnica na área Jurídica, por determinação do Chefe da Unidade Central de Controle Interno, consulta formulada pela C. D. L. C., consoante Memorando nº 021/04.

O questionamento está assim posto:

"O D. L. C. recebeu as seguintes requisições para abertura de processo licitatório, do G. P. M. – A C.":

- *Requisição s/nº (25/02/04) – Objeto: Contratação de agência de publicidade para serviços de criação, planejamento, produção e veiculação de campanha de divulgação de serviços e eventos promovidos pela Administração Municipal. Valor estimado: R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais);*

- *Requisição s? nº (25/02/04) – Objeto: contratação de emissora de Rádio AM para serviço de veiculação de campanhas de divulgação de serviços e eventos promovidos pela Administração Municipal. Valor estimado: R\$ 72.172,00 (setenta e dois mil cento e setenta e dois reais);*

- *Requisição s?º (25/02/04) – Objeto: Contratação de emissora de Rádio FM para serviço de veiculação de campanhas de divulgação de serviços e eventos promovidos pela Administração Municipal. Valor estimado R\$ 48.086,00 (quarenta e oito mil e oitenta e seis reais).*

*O objetivo das três licitações é o mesmo: Publicidade (que é, nos termos do art. 2º do Dec. Fed. Nº 57.690/66, qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado) e está estimado num valor total de R\$ 146.258,00 (cento e quarenta e seis mil duzentos e cinquenta e oito reais) (soma das três requisições), o que, nos termos do art. 23, inciso I, letra b, da Lei Federal *.666/93, a modalidade de licitação a ser utilizada deverá ser a "Tomada de preço".*

Definida a modalidade (pelo objeto Publicidade) o D. L. C. abrirá, simultaneamente, três processos licitatórios para o mesmo objeto? (com os custos de cada processo, incluindo, entre outros, a publicação no DOE e jornal de grande circulação no Estado?).

O porque de três processos:

a) As requisições para abertura de licitação visam contratar 01 (uma única) Rádio AM; 01 (uma única) Rádio FM; 01 Agência de Publicidade. Tais requisições estipulam valores diferentes para o custo da campanha, para cada um das

“futuras” contratações. (valores que no edital estarão como limites máximos a serem pagos pela Administração).

b) A definição, no edital, quanto à participação e habilitação dos licitantes: Para as Rádios (AM/FM) – serão pessoas jurídicas, veículos de comunicação, e que comprovem a característica de AM/FM, entre outros;

Para as Agências – como realizarão a criação, produção planejamento e veiculação de campanha deverão apresentar, entre outros, o “Certificado de Qualificação Técnica” expedido pelo CENP (Conselho Executivo das Normas-Padrão), servindo de comprovação de que a Agência possui profissionais qualificados e que exerçam suas atividades nos diversos departamentos, tais como mídia, atendimento, criação...;

c) A questão do tipo de licitação. Para Rádios deverá ser utilizado o tipo MENOR PREÇO, tendo em vista o serviço se limitar à veiculação. Para agência, utilizar TÉCNICA E PREÇO, uma vez que envolve criação, produção, planejamento; definidos quesitos para a proposta técnica, os aspectos a serem julgados e a pontuação atribuível a cada quesito;

Afora estas explanações/indagações, as requisições (p/ a contratação das Rádios) não especificam a questão da produção/criação da campanha. Está estipulado um custo por campanha. O que está inserido na “campanha”? somente veiculação? Quem realizará a produção/criação? A Administração Municipal é quem realizará tais serviços? Estes participantes (os veículos de divulgação) não poderão produzir/criar campanhas para os eventos e serviços que a Administração solicita. São serviços de competência de Agências e Agenciadores.

A requisição para licitar a contratação da Publicidade envolve os mesmos eventos das requisições para licitar a contratação de Rádios (AM/FM) As Rádios ficariam com a veiculação e as agências com a criação, produção, planejamento e veiculação de cartazes, folhetos e material áudio-visual em TV.

Por que não incluir nesta licitação (c/ as Agências a veiculação nas Rádios, se são os mesmos eventos? Qual o argumento razoável, em contratar da forma solicitada e desejada? Os preços? - se existem tabelas e a própria Administração é quem estipula o valor máximo a ser pago por campanha; O público a ser atingido? (se somente 01 Rádio AM e 01 Rádio FM serão contratadas da forma solicitada)? Já na forma de contratação por Agência, os veículos de comunicação a serem contratados por esta, serão vários (+ de uma Rádio AM, + de 01 Rádio FM) e assim, o universo a ser atingido é outro. O direcionamento da verba a ser aplicada pela Administração Pública às Agências? Pelo contrário, a maior parte dessa verba será destinada ao pagamento dos veículos de divulgação e dos fornecedores de serviços publicitários, cabendo às agências um percentual pela prestação de serviço, que é basicamente intelectual, de criação, (artística) e de planejamento do que será “apresentado”.

Ao se contratar uma única Rádio (01 AM e 01 FM) não serão atingidas diversas camadas da população. Há de se ponderar, com bastante razoabilidade, a questão do nível de alcance das informações pois, os atos e atividades desenvolvidos em prol do município devem ser objeto de conhecimento da população como um todo.

Em consulta no “site” do CENP, foi verificado o cadastro, neste Conselho, de 04 empresas de Sant’Ana do Livramento aptas (no que se refere à atividade – Agência de Publicidade – e ao Certificado de Qualificação Técnica) à participação numa licitação de contratação de Agências de publicidade. Se, somente neste município, existem 04

Agências, registradas no CENP, então, o alcance de uma licitação na modalidade “Tomada de Preço” (para todo o serviço de publicidade), atendendo, plenamente, o princípio de isonomia entre os participantes, o caráter competitivo de qualquer procedimento licitatório, além dos princípios da impessoalidade e eficiência.”

A consulta visa esclarecer dúvidas sobre a modalidade, a forma de contratação, o fracionamento da licitação e do objeto a serem adotados na contratação de serviços de publicidade, sendo que por medida de coerência foi mantido o posicionamento adotado por esta UCCI no Comunicado 04/2003, enviado ao C. E. M..

Da Legislação:

Além da aplicação da Constituição Federal, adotou-se a orientação das melhores práticas implicando igualmente na sua absoluta adequação às normas legais, sendo que no caso específico da prestação dos serviços publicitários aos órgãos da Administração Pública direta e indireta, além do atendimento às disposições da **Lei de Licitações (de n. 8.666/93)**, também deve atender às normas estabelecidas pela **Lei 4.680/65, pelo Decreto n. 57.690/66** já com as alterações trazidas pelo **Decreto n. 4.563, de 31 de dezembro de 2002**, além das demais disposições deste mesmo Decreto n. 4.563/02, além das **Normas-Padrão da Atividade Publicitária**, incorporadas que foram ao sistema legal por força do citado Decreto n. 4.563/02 e, ainda, do **Código de Ética dos Profissionais de Propaganda**, igualmente incorporados ao sistema legal por força do art. 17 da Lei 4.680/65.

Da Preliminar:

No cumprimento das atribuições estabelecidas nos arts. 31 e 74 da Constituição Federal e na Lei nº 4242, de 27/09/2001, e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão, consideramos que a matéria *sub-examine* mereceu a atenção dessa Unidade de Controle Interno, a qual já se manifestou, de forma minuciosa, através do Comunicado 04/2003, desse modo, visando a orientação da Administração Pública, no entanto mencionamos, a seguir alguns pontos que consideramos merecer serem ressaltados.

Do Mérito:

Ocorre que na respectiva consulta para abertura de processos licitatórios verifica-se que há falha na indicação do objeto, tendo em vista que:

- O mesmo está por demais fracionado,
- A tomada de preços é a modalidade de licitação que se impõe por determinação legal, em virtude do valor total do objeto;

O primeiro ponto que deve ser enfatizado é justamente a abrangência da Lei citada. A Lei 8.666/93 é uma lei de normas gerais, editada em obediência ao art. 22, XXVII da CF/88, segundo o qual:

“compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (redação determinada pela EC 19/98 – Reforma Administrativa).

Por seu turno, o art. 37, XXI da CF, artigo este que a Lei 8.666/93 afirma estar regulamentando, estabelece que:

“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Especificamente no que respeita aos serviços públicos, temos a expressa exigência do art. 175 da CF:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Considerando estes motivos, a própria Lei, logo em seu art. 1º, declara sua natureza e abrangência:

trata-se de uma lei de “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Em seguida, o parágrafo único do art. 1º explicita sua abrangência, estatuinto subordinarem-se às normas constantes da Lei 8.666:

“além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. Licitação traz ínsita a idéia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.

Somos de parecer que a **verdadeira finalidade** da Licitação é atender aos reclamos de transparência/economia/eficiência para a administração, bem como o maior de todos, qual seja, o da Legalidade, sendo que o mesmo se desdobra na LEI + PUBLICIDADE + MORALIDADE. Portanto é imprescindível que se observe a Legalidade nos três aspectos da Lei 8.666/93.

Feitas estas considerações, chegamos ao art. 3º da Lei, em que são expressamente enumerados os princípios que regem o procedimento administrativo de licitação, sobre os quais cabe tecermos rápidas considerações.

É o seguinte o teor do referido art. 3º:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Observamos, de pronto, que a maior parte dos princípios arrolados no texto legal são princípios que interessam a toda atividade administrativa. Podemos apontar como especificamente voltados às licitações e não à generalidade da atuação administrativa, essencialmente os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo. A doutrina comumente menciona, ainda, como princípios implícitos específicos o da competitividade, o do procedimento formal, o do sigilo das propostas e o da adjudicação compulsória. Tanto os bens públicos quanto os interesses públicos não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Dois princípios básicos orientam todo o regime jurídico administrativo e embasam a obrigação de licitar: **o da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade dos interesses públicos**, caracterizando-se a função administrativa, fundamentalmente pelo fato de desenvolver-se **“debaixo da lei e em estrita conformidade com ela.”**

O princípio da legalidade informa, como afirmamos, toda a atuação administrativa e não apenas o procedimento licitatório. Como expusemos em nosso Comunicado de nº 04/2003, a legalidade traduz a idéia de que a Administração, no exercício de suas funções, somente poderá agir conforme o estabelecido em lei. Inexistindo previsão legal para uma hipótese não há possibilidade de atuação administrativa, pois a vontade da Administração é a vontade expressa na lei, sendo irrelevantes as opiniões ou convicções pessoais de seus agentes.

O art. 4º da Lei 8.666 claramente reporta-se ao princípio da legalidade quando estatui que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades da Administração têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na Lei. Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que não apenas os que participam da licitação têm direito à observância da legalidade, mas também aqueles que dela desejem participar e tenham seu acesso indevidamente obstado ou dificultado, em razão de violação dos princípios, normas, que devem presidir o procedimento e excessiva particularização do objeto.

Ressalte-se também que o princípio da isonomia, ou igualdade, costuma, quando se trata de licitações, ser enunciado como “igualdade entre os licitantes”. Observamos que a Lei, uma vez que afirma visar o procedimento licitatório a assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia, **parece conferir significativa relevância a este princípio.**

Com efeito, a observância da igualdade entre os participantes implica um duplo dever. Deve-se não apenas tratar isonomicamente todos os que participam da disputa, o que significa vedação a discriminações de qualquer espécie quando do julgamento das propostas. **É também necessário que se enseje oportunidade de participar da licitação a quaisquer interessados que tenham condições de assegurar o futuro cumprimento do contrato a ser celebrado.**

A respeito do que foi dito, salienta J.C.Mariense Escobar:

*“... o fato de que os particulares, e todos eles, em princípio, têm o direito de contratar com a Administração Pública faz com que esta, como já vimos, **não seja totalmente livre para contratar com quem bem entenda.** O Direito Público moderno proclama a superioridade do interesse coletivo sobre o do particular, pelo que a vontade do Estado é a expressão do interesse do todo social, e portanto, a este submetido..*

(...)

... o outro princípio, o da indisponibilidade dos interesses públicos, significa que os interesses da coletividade são inapropriáveis, isto é, não ensejam ao administrador o direito de dispor deles segundo sua vontade.

Sendo a licitação um instituto de direito administrativo, sua obrigatoriedade decorre precisamente desses dois princípios básicos, combinados com o princípio constitucional da isonomia, consagrado no art. 5º, I, da Constituição Federal...”

Como é possível verificar, pela própria explanação do questionamento, está claro e cristalino **que o objeto imediato da Licitação é a prestação do serviço, e como objeto mediato vem a ser a “Publicidade, como forma de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços”.**

Esta UCCI está totalmente ciente da importância de se considerar que o objeto da licitação deve ser definido no próprio edital de modo que todos os interessados possam ter plena consciência do que a administração deseja obter com o procedimento licitatório.

Quanto ao fracionamento, é de vital importância que se entenda o que vem a ser o **fracionamento da contratação**. As compras devem ser realizadas com observância da regra da subdivisão, da preferência pelo fracionamento, como meio de obter maiores vantagens com o aproveitamento das peculiaridades do mercado e a ampliação da competitividade. Ao determinar o fracionamento das compras, **quando viável**, a Lei objetiva universalizar os fornecimentos **com a participação, na disputa, também dos pequenos**, os quais poderão, eventualmente, por razões peculiares do segmento mercadológico a que pertencem, ofertar mais vantajosamente, **daí prever-se a divisão do objeto**, exclusivamente para assegurar vantagens à Administração.

Ocorre que como está posto o pedido, na verdade, está sendo fracionado o objeto para a solicitação de empenho o que, na realidade, não pode ser admitido, tendo em vista que se for feito o somatório dos valores empenhados para uma mesma firma, tornar-se-á exigível a Licitação na modalidade de Tomada de Preço.

Para ser mais claro, **a licitação ocorre para que se escolha a melhor oferta entre outras, de um mesmo objeto**, portanto somente será possível licitar quando houver possibilidade material de comparação desse objeto. Assim a possibilidade de confronto do objeto é indispensável para que haja licitação.

Caso delicado é quanto a contratação de publicidade e divulgação (Art.25, II), quando é preciso que se atente para a possibilidade de **divisão do objeto**.

Ocorre que **o objeto da licitação é uno e indivisível, constituindo um todo para cada proposta**. Regra esta que poderá ser desconsiderada quando a divisão do objeto for totalmente possível e o edital permitida expressamente. Neste caso deverá indicar de que modo as propostas poderão ser fracionadas, **mas observe-se que não é a licitação que é fracionada**, e, obrigatoriamente, deve constar

no edital como as propostas serão fracionadas, sem o que não será possível o fracionamento, ainda que fisicamente admissível.

Na hipótese sob análise o que pode ser admitido é a subdivisão do objeto, no texto do edital, em itens, e a informação de que poderão ser formuladas propostas para todos os itens ou quaisquer deles, isoladamente, informando-se, outrossim, que para efeito de julgamento, as ofertas poderão ser adjudicadas no global ou parcialmente por itens, conforme a subdivisão do objeto indicada no ato convocatório, mas jamais dividir o objeto único, PUBLICIDADE, em várias licitações.

Observe-se, no entanto, que jamais poderá ser realizada uma licitação que exclua qualquer interessado apto a concorrer, podendo, tanto os maiores como os menores concorrer em igualdade, vencendo o que oferecer a proposta mais vantajosa, dentro dos parâmetros fixados pelo edital.

A este respeito o mestre Hely Lopes Meirelles ensina:

“...a licitação sem a adequada caracterização de seu objeto é nula, porque dificulta a apresentação das propostas e compromete a lisura do julgamento e a execução do contrato subsequente...”

Transcrevemos o que foi exposto acima, para que fique evidente o nosso conhecimento quanto a necessidade de descrever o objeto devidamente, **mas**, também queremos deixar claro, para que não restem ambigüidades de entendimento, **quanto a excessiva particularização do objeto.**

Para amparar em nossa explanação utilizamo-nos das palavras de J.C.Mariense Escobar – Licitação Teoria e Prática:

“...essa cabal identificação, todavia, não pode ser divulgada no ato convocatório excessivamente particularizada, de modo tal que contribua para que o princípio da igualdade entre os licitantes seja violado. Assim, pois, constituirá uma violação desse princípio, conforme lição de Ivan Barbosa Rigolin (1991), “a descrição do objeto com tal grau de particularização e minúcias que, sem qualquer necessidade objetiva para a Administração o torne existente de apenas uma marca, e que, portanto, apenas um produtor possa oferecer.”

Inicialmente é imperioso que se saliente, que o mais importante e de crucial seriedade é a devida obediência a Lei 8.666/93, que ao nosso ver não pode deixar de ser atendida, causando grave risco para a legitimidade da licitação e ameaça de responsabilidade por parte do Tribunal de Contas, tanto do Departamento de Licitação, quanto da Comissão de Licitação.

Imprescindível que se observe **também** a Lei 8.666/93, quando em seu Art.3º, § 1º, I, expressa:

“...é vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusula ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato...”

PARECER

Face ao exposto esta UCCI, apesar de apresentar acima a forma como poderá ser efetivada a **divisão do objeto**, mantém seu parecer, quanto a **conveniência** da Licitação para Agências de Publicidade, devido a maior abrangência e por atender com maior eficiência o Interesse Público.

É o parecer, s. m. j.