Á
PREFEITURA MUNICIPAL DE ARANTINA
Rua Juca Pereira, nº 31, Centro – Arantina – MG
At.: Leidemar Maria de Seixas
Chefe de Gabinete

Aline Aparecida Francisca de Almeida
Pregoeira

licitacompras@arantina.mg.gov.br

PREGÃO PRESENCIAL N°50/2023

SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - SINAPRO – MG, inscrito no CNPJ sob o nº 20.995.635/0001-83, com sede em Belo Horizonte / MG, na Rua Domingos Vieira, 587, Conjunto 913, Bairro Santa Efigênia, CEP 30150-240, na pessoa de seu Procurador, vem tempestivamente, oferecer Impugnação ao Edital de **PREGÃO Nº. 50/2023**, aduzindo para tanto o que se segue.

I – DA SÍNTESE DOS FATOS

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE ARANTINA** está promovendo Pregão com o objetivo de contratar empresa para prestação de serviços especializados em publicidade.

II – DA LEGITIMIDADE DO SINAPRO/MG

Antes de apresentar as razões pela quais considera que o Edital do certame em apreço está a merecer cancelamento, se faz mister obtemperar que o SINAPRO/MG é um Sindicato de classe criado com objetivo de congregar as empresas de publicidade e propaganda no estado de Minas Gerais.

A atuação do SINAPRO/MG abrange todos os municípios do estado de Minas Gerais e nos termos da Constituição Federal o SINAPRO/MG representa seus filiados e, em nome deles, defende a livre concorrência, o respeito às regras de mercado e o direito de todos ao livre exercício empresarial, cabendo-lhe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Trazendo o assento constitucional da legitimidade deste Sindicato, estabelece o art. 8º, inc. III da Magna Carta, verbis:

" III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas."

Assim sendo, agindo na defesa dos interesses de seus associados, oferece a presente impugnação dentro do prazo legal.

Logo, diante da expressa previsão legal do cabimento de Impugnação ao Edital no prazo de até dois dias úteis da data de abertura da sessão pública, o SINAPRO/MG se utiliza de tal prerrogativa, tendo em vista, considerar as normas contidas no referido Edital, contrárias ao atual regramento para licitações e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, ditado pela Lei 12.232 de 29 de abril de 2010, aplicável a todas as esferas do poder público, incluindo a União, Estados e Municípios e abrangendo o Executivo, Legislativo e Judiciário, além das pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos.

III - DAS RAZÕES QUE JUSTIFICAM A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

Importante ressaltar incialmente que a contratação de agências de publicidade tem regulamentação própria, diversa da modalidade pregão, pois esta modalidade não possui os requisitos necessários para garantir a proposta mais vantajosa para a administração no que tange a contratação de serviços de publicidade.

A intermediação das agências de publicidades para contratação de veículos no intuito de divulgar a publicidade institucional é essencial para que o órgão contratante tenha o resultado almejado. No entanto, a contratação desses serviços pela modalidade pregão está sendo pretendida pela Prefeitura Municipal de Arantina, de forma irregular.

Se o órgão público abre licitação para contratação de agência de publicidade pela modalidade Pregão e ainda sob o menor preço, ele afronta ao princípio da legalidade.

Frente aos ditames da lei 8.666/93 e a recente normatização imposta pela Lei 12.232/2010, foram observados no corpo do edital, pontos contraditórios ou omissos quanto á sua aplicabilidade.

IV – DA APLICABILIDADE DA LEI 12.232/2010

A Lei 12.232/2010 deve ser aplicada nas licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda.

Subordinam-se ao disposto na citada Lei, os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente, por estes Poderes.

1 – O objeto da Licitação ora impugnada encontra-se sobre a égide da Lei 12.232/2010:

"Contratação de serviços de consultoria de comunicação social, serviços de publicidade e propaganda, incluindo relações públicas, assessoria em produção de mídia e de impressa, design gráfico e gestão de social media para a divulgação de interesse da Prefeitura Municipal de Arantina."

Pelo exposto e por ser serviços de execução continuada, não pode ser contratado fora dos limites e formatos impostos pela Lei 12.232/2010.

2 – Da arte, dos métodos e técnicas da publicidade que devem ser aplicadas para a consecução do objeto deste certame.

Há de se esclarecer, que via de um contrato de prestação de serviços de publicidade decorrente de uma licitação; por conta e ordem do cliente anunciante (no caso, a Prefeitura de Arantina), a empresa vencedora deverá produzir propaganda, com o objetivo de atingir o público específico ou geral, dependendo da mensagem que a Prefeitura deseja transmitir ao seu público alvo.

Basicamente, uma empresa de publicidade se divide em 3 grandes setores, que trabalham coordenadamente: atendimento, criação e mídia. É evidente que, dentro desses grupos,

existem ainda outras subdivisões, mas, como exemplo, será o suficiente para o entendimento desta Prefeitura.

Por fim, a Agência tem o pessoal da Mídia, eles estudam sobre qual o melhor canal e meio adequados para veicular a campanha publicitária previamente definida pelo setor de criação e encomendada pelo Cliente.

Á mídia cabe a tarefa de seleção dos veículos de comunicação mais adequados para atingir o público-alvo nos momentos mais propícios, evidentemente buscando-se a maneira mais econômica e eficaz para cada caso em particular.

Também cabe à mídia, após a seleção dos veículos mais acertados, as tarefas de execução, negociando e comprando espaços, autorizando as veiculações e fazendo seu controle. O pessoal da mídia, traduz a inteligência estratégica a serviço da aplicação de cada centavo do cliente, no melhor momento, no melhor programa, do melhor veículo, tudo orientado ao melhor interesse e atingimento do público-alvo.

Por meio do correto estudo das variáveis de mídia (cobertura de público-alvo, frequência, continuidade e formato, principalmente) procura-se alcançar os objetivos de comunicação e de atingimento da mensagem.

No contexto legal, **as atividades de uma agência de propaganda são regidas pela Lei 4.680/65, Decreto 57.690/66 e também as Normas Padrão do CENP – Conselho Executivo das Normas Padrão**; a contratação de seus serviços por entes públicos obedece ao contido na Lei 8.666/93 (licitação em geral) e Lei 12.232/2010 (licitação específica para a atividade).

A Agência de Publicidade ou Agência de Propaganda: é nos termos do art. 6º do Dec. nº 57.690/66, empresa criadora/produtora de conteúdos impressos e audiovisuais especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitárias, através de profissionais a seu serviço que estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Comunicação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes com o objetivo de promover a venda

de mercadorias, produtos, serviços e imagem, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem.

No caso colocado para exame desta Prefeitura de Arantina, necessário se faz esclarecer, que a Agência de Propaganda, amparada pela legislação, distribuirá "campanhas", visando informar a população local e o público alvo sobre as necessidades de comunicação da mesma.

E mais, tais serviços pretendidos pela Prefeitura somente poderão ser prestados por agência de propaganda certificadas, em conformidade com o disposto na Lei 12.232/2020:

" 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.

§ 1o O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

§ 2o A agência contratada nos termos desta Lei só poderá reservar e comprar espaço ou tempo publicitário de veículos de divulgação, por conta e por ordem dos seus clientes, se previamente os identificar e tiver sido por eles expressamente autorizada."

Tais condicionantes, devem ser observadas pela Prefeitura, uma vez que como se pode auferir, antes de qualquer contratação, deverá ser indicado o público alvo, período, duração das peças, etc., o que exigirá alto grau de intelectualidade na criação das campanhas que transmitirão a mensagem, bem como a otimização do valor a ser investido em mídia, mediante o uso racional da forma de veiculação, e a priorização de canais e público alvo que poderiam gerar resultados positivos para a campanha. Essas premissas só podem ser vencidas via de uma

agência certificada e para tanto este requisito deve se fazer constar no Edital

3 - Menor Preço Por Item – Edital

O previsto no item 1.1 e 5.1.1 do Edital e no *caput* do Termo de Referência do Edital está em contrariedade com o que determina o artigo 5º da Lei 12.232/2010, ao prever que a licitação se dará pelo menor preço por item.

Vejamos o que diz o citado artigo 5º da Lei 12.232/2010:

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".***

Merece destaque a imposição legal no sentido de que o tipo de licitação a ser adotada deve ser sempre a melhor técnica ou melhor técnica e preço, nunca o preço como critério exclusivo de seleção das propostas.

O tipo "menor preço por item" não se aplica ao objeto pretendido pela Prefeitura de Arantina.

Na fase externa, devem ser verificadas duas peculiaridades: a primeira se refere ao fato de que as propostas técnicas, mais especificamente as propostas de comunicação publicitárias, que serão objeto de julgamento pela subcomissão técnica, devem ser apresentadas pelas agências licitantes de modo a não ser possível a sua identificação. É a chamada proposta apócrifa. O objetivo do legislador com tal medida foi possibilitar o julgamento mais imparcial possível. A segunda peculiaridade se refere aos documentos de habilitação, que são apresentados somente

ao final do processo e apenas pelas agências vencedoras do certame. **Fato não verificado neste Edital.**

Outra peculiaridade é o fato de que, além da Comissão de Licitação, a lei impõe a formação de outra comissão, identificada como Subcomissão Técnica. Esta será incumbida de julgar as propostas técnicas apresentadas pelas agências concorrentes, atribuindo-lhes pontuação de acordo com o seu julgamento. **Sendo certo que este Edital não previu tal Subcomissão no julgamento das Propostas.**

4 – Das Correções Editalícias e da devida nova publicação do Edital, abertura dos prazos

Pelas razões fático-jurídicas anteriormente expendidas, conclui-se, de forma objetiva, que, se o aviso de licitação já foi publicado e o prazo para publicidade do certame encontra-se em curso, qualquer modificação substancial que se faça no instrumento convocatório e que afete não apenas a formulação das propostas, mas também as condições para habilitação, deverá ser comunicada aos eventuais interessados que já tenham retirado o ato convocatório, bem como novo aviso de licitação deverá ser publicado, obedecida a forma e intensidade das Leis de Licitações, reiniciando-se, a contagem do prazo legal para a publicidade do certame.

De todos os atos que resultarem decisão, a Administração deverá abrir prazos de recursos, aguardando o decurso dos prazos recursais antes de passar à fase subsequente, salvo renúncia expressa do direito de recorrer, manifestada por todos os licitantes.

Inclusive, não é demais lembrar que a própria Lei n. º 8.666/93 está carregada de tópicos de preocupação, **acerca da responsabilização de eventuais responsáveis pela condução do processo licitatório por**:

a) imposição de restrições indevidas à ampla concorrência;

b) **elaboração imprecisa de editais** e

c) inclusão de cláusulas que denotam o direcionamento do procedimento licitatório.

Para auxiliar a interpretação o SINAPRO/MG traz o resumo das principais peculiaridades do procedimento licitatório da Lei 12.232/2010:

A licitação deverá ser por melhor técnica ou técnica e preço (critério de julgamento);

Só poderão ser contratadas agências de publicidade para prestação de serviços de publicidade com a Administração Pública;

As agências deverão ter o Certificado de Qualificação Técnica, fornecido pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP;

O Edital deve ter como base um briefing, , que se assemelha ao projeto básico das demais licitações, que "deve apresentar não só o histórico do anunciante/cliente, quais os problemas que demandam uma atuação publicitária eficiente, quais os objetivos almejados, o público alvo que se quer atingir, além de outros pontos de interesse como, por exemplo, prazo de execução e custos envolvidos".

Salientamos que o **Tribunal de Contas de Minas Gerais** já julgou caso semelhante (TCEMG nº 896376) e considerou que :

"*O briefing, por se consubstanciar em resumo informativo, preliminar ao planejamento e à criação de cada campanha, deverá ser elaborado para cada campanha publicitária e apresentar, de forma precisa e completa, clara e objetiva, todas as informações que a Administração Pública deve fornecer para orientar o trabalho da agência de publicidade*."

Além da Comissão de Licitação, que coordena os trabalhos, há a figura da Subcomissão Técnica, que analisará as propostas técnicas que analisará os exercícios postos no briefing.

A subcomissão técnica deverá ser formada, no mínimo, por três membros especializados na área de comunicação, publicidade ou marketing e sua escolha se dará por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que conterá, no mínimo, o triplo do número de integrantes.

A relação dos nomes da subcomissão deverá ser publicada no diário oficial no mínimo dez dias antes da sessão pública, e qualquer interessado poderá impugnar a pessoa integrante dessa relação em até 48 horas antes da realização da sessão pública.

As propostas técnicas são apresentadas em vias não identificadas e vias identificadas, sendo encaminhadas para a análise da subcomissão técnica as vias não identificadas, com o escopo de se garantir a impessoalidade da análise.

Somente após a divulgação de planilha geral com as pontuações do julgamento das propostas técnicas é que se identificará as licitantes, ao unir as propostas não identificadas (já analisadas) com as de igual teor identificadas.

Há a inversão de fases, ou seja, primeiro são analisadas as propostas e depois os documentos de habilitação.

Assim também entendeu o **Tribunal de Contas de Minas Gerais – TCEMG**, quando do julgamento da Denúncia nº 896376:

" ... ausência de critérios objetivos a serem considerados pela comissão especial de licitação para julgamento das propostas técnicas, caracterizando infração ao inciso VII do art. 40, § 1º do art. 44, caput do art. 45, inciso I do § 1º do art. 46, todos da Lei nº 8.666, de 1993, bem como o inciso IV do art. 6º da Lei nº 12.232, de 2010."

Sem a devida parametrização imposta pela Lei 12.232/2010, não se chegará a um julgamento objetivo e isonômico, podendo levar à anulação do certame, por descumprimento de dever legal.

5 – Do Entendimento Legal – TCE/MG

Atento a essa peculiaridade o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – órgão reconhecido pela capacidade técnica, especialmente na aplicação da Lei 8.666/93 – reconheceu, na resposta à recente Consulta n.º 1.007.553, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio, pacificando o entendimento do TCE/MG sobre essa matéria, no sentido de que os serviços prestados por agências de publicidade são de natureza contínua. Veja-se a ementa:

"CONSULTA. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. SERVIÇOS EXECUTADOS DE FORMA CONTÍNUA. PRORROGAÇÃO ADMISSÍVEL. REQUISITOS. NECESSIDADE PERMANENTE. VANTAJOSIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO. 1. Os contratos de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo, com agências de publicidade, podem ser considerados de natureza contínua, sendo possível prorrogar a sua duração por iguais e sucessivos períodos (art. 57, II, Lei n. 8.666/93) desde que identificada a necessidade permanente da Administração Pública. 2. A prorrogação de contratos de serviços de execução contínua está condicionada à previsão no edital da respectiva licitação e no contrato, à demonstração da permanente necessidade do serviço, à previsão no plano plurianual e na lei orçamentária anual, e à justificação prévia da efetiva vantagem econômica da prorrogação contratual para a administração, além de respeitada a legislação aplicável, notadamente Lei n. 12.232/10, e, complementarmente, as Leis n. 4.680/65 e n. 8.666/93" (destacou-se).

Na fundamentação de seu voto, o Conselheiro relator destacou que "a obrigação, portanto, de informar, por parte da Administração Pública, é constante, ainda que a divulgação de determinados conteúdos seja feita de forma esparsa ou sazonal, tendo em vista que a publicidade institucional, ou seja, a atividade de criação e publicização de conteúdos de caráter informativo aos cidadãos é permanente, devendo, pois, ser protegida contra eventual solução de continuidade. A comunicação feita por meio da publicidade, entre a

Administração Pública e a sociedade, seja para fins de divulgação de informações de caráter educativo, informativo ou de orientação social, portanto, pode, no caso concreto, consubstanciar atividade necessária e uma necessidade permanente – podendo ser executada, portando, de forma contínua".

O voto do Conselheiro Sebastião Helvécio faz expressa menção ao que já vem decidindo o TCU, no sentido de que "o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva. É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades" (destacou-se).

Nesse caminho, os Tribunais de Contas, vem considerando ainda que a essencialidade do serviço para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que a sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Como bem destacou o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler (no acórdão n. 3233/2010 – Plenário), citado pelo ilustre Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Estado de Minas Gerais, dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro, em parecer para a Secretaria de Estado de Governo, Parecer n. 15.094, de 16 de junho de 2011:

"*Ocorre que o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva. É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades*"

É evidente que a modalidade pregão somente pode ser adotada na licitação de serviços comuns, como tal entendidos "aqueles cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". (Lei nº 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único), o que não se aplica ao caso em análise.

Pelo exposto, o objeto da licitação ora impugnada, não pode ser contratado fora dos limites e formatos impostos pela Lei 12.232/2010, inexistindo, espaço para o Pregão.

6 – Da Devida Motivação dos Atos

Caso seja mantido o entendimento da continuidade do certame, sem as devidas adaptações impostas pela Lei 12.232/2010, mister se motivar este requisito, pois estar-se-ia dirimindo um questionamento essencial à legalidade do ato administrativo.

Dar uma resposta adequada a um interesse juridicamente relevante passa por um processo de justificação legalmente permissível.

Isso revela o caráter interativo ou complementar dos princípios que orientam o poder discricionário da autoridade.

Os princípios que orientam o exercício da discrição administrativa encerram limitações de duas ordens: legal ou estatutária e judicial. Construídas pelo legislador ou pelos tribunais, essas limitações comunicam um dever de justificar as decisões, um senso de adequação de motivos e um dever/poder de atuar quando necessário.

O dever de atuar, enfim, para atender a uma necessidade, decorre da percepção de que a autoridade possui um poder-dever de dar as respostas corretas para acudir a um interesse legalmente protegido.

Uma falha grave na administração força a autoridade competente a investigar o assunto adequadamente e produzir uma resposta motivada.

Somente mediante a enunciação dos fundamentos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato administrativo, poder-se-á verificar se a atuação estatal respeitou as condições impostas pelo povo para o exercício
da atividade pública: cumprir a Constituição, observar as leis e promover o interesse público.

Consoante evidenciou CLÉLIO CHIESA:

"Sem a enunciação das razões que levaram a Administração a editar o ato, os administrados não teria condições de averiguar, com precisão, se a Administração agiu nos estritos limites permitidos em lei; por conseqüência, não teriam como defender-se de eventuais arbitrariedades".

A idéia de controle, pois, é inerente à democracia e, talvez, mais importante do que a compreensão que a respeito dessa possui o senso comum, qual seja, a de eleição popular dos representantes do povo.

Esse é também o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"É inafastável, pois sejam declinados os motivos para poder-se aferir se deveras ocorreram, se tinham a compostura presumida e se ajustaram à hipótese legal. Sem isto não haveria como impugnar-lhes a realidade, nem sequer controlá-los em sede jurisdicional.

Sem a enunciação dos fatos e - no caso de discrição decisória - sem a exposição das razões de decidir, não haveria como submeter o ato ao foro de apreciação ao cabo do qual se poderá dizer se foi ou não legítima a providência administrativa;

ou seja, não se terá como resolver se houve ou não válido embasamento do ato".

A necessidade de motivação do ato administrativo decorre de expressa disposição legal. Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.784/99, "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Por sua vez, o parágrafo único, inciso VII, do mesmo dispositivo legal, exige a "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão".

7 – Do Pedido

Certos que a Prefeitura de Arantina, via de sua Comissão de Licitação e Pregoeiro, seguirá fielmente os seus valores e deveres administrativos, bem como o previsto na legislação que rege a matéria, requeremos que seja acolhida a presente impugnação e julgada procedente para que **a uma**, a Administração Pública, **proceda ao enquadramento do Edital ora impugnado aos ditames da legalidade devida pela Lei 12.232/2012**; **a duas**, caso assim não entenda, **que proceda à anulação do certame, por vício de origem**, frente à não adequação do objeto pretendido à luz da legislação aplicável; ou não sendo este o entendimento, que apresente a motivação ensejadora da necessidade da manutenção dos pontos impugnados e finalização da Carta Convite na forma atual, **a três**, que esta seja enviada à autoridade superior para apreciação final.

Requer, ainda, a que a Impugnação seja apreciada no prazo de até 3 (três) dias úteis, consoante previsão do § 1º, do art. 41, da Lei 8.666/93.

Nesses termos, pede deferimento.

Belo Horizonte- MG, 18 de agosto de 2023.

Documento assinado digitalmente
gov.br
WANDERLEI DAMASCENO DE AZEVEDO
Data: 18/08/2023 09:39:43-0300
Verifique em https://validar.iti.gov.br

P.p. SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – SINAPRO / MG

Wanderlei Damasceno de Azevedo
OAB/MG = 49.957