

Florianópolis, 18 de julho de 2019.

Prezada Comissão de Licitação

Câmara de Vereadores de Blumenau,
Rua 15 de novembro, 55, centro, Blumenau/SC,

O **Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Santa Catarina, o SINAPRO/SC**, entidade inscrita no CNPJ sob nº. 76.875.616/0001-78, com sede na Rua Jornalista Manoel Menezes, 115, sala 207, Centro Empresarial Isola Grezzana - Itacorubi, Florianópolis/SC, 88034-060, vem, respeitosamente, por meio de seu representante, informar e requerer o que segue:

A Câmara Municipal de Blumenau abriu licitação para contratação de serviços publicitários – Edital de Tomada de Preços nº 01/2019 – devendo ser esclarecidos alguns pontos.

1. A Lei nº 12.232/10, em seu art. 6º, inc. V, determina:

“Art. 6º - A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei, obedecerá às exigências do art. 40 da Lei nº 8.666/93, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu §2º, e às seguintes: [...]

V – a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário;”

A Proposta de Preço, chamada inapropriadamente, “Financeira” pelo Edital, vem tratada no subitem 7.1.1, que diz:

7.1.1. Proposta Financeira, conforme modelo determinado no Anexo II deste Edital, da qual deverão constar: [...]

a) Percentual de desconto uniforme a ser oferecido pela proponente sobre os Custos dos Serviços Internos, calculados com base nos preços previstos na Tabela Referencial **de Preços da CMB**, constantes do Anexo VI deste Edital;”

Ou seja, a CMB substituiu a ordem legal “*conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário*”, por “*calculados com base nos preços previstos na Tabela Referencial de Preços da CMB*”.

Nesse sentido, cabe ressaltar que à União compete legislar, privativamente, sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas etc, conforme art. 22, inciso XXVII da CF/88 é que faz tal determinação.

1.2. A própria Lei nº 12.232/10, no caput do seu art. 1º, estabelece que as normas gerais por ela baixadas, devem ser observadas no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E ainda, expressamente, no §1º, do mesmo art. 1º dispõe: “*Subordinam-se ao disposto nesta Lei, os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário (...).*”

Dessa forma, cabe ressaltar, de acordo com os artigos supracitados que a proposta de preço devem seguir as formas remuneratórias vigentes no mercado publicitário que por sua vez estão na Tabela Referencial de Custos Internos do SINAPRO SC e não na Tabela da Câmara.

Além do mais, a referida Tabela selecionou quesitos e atribui a eles, preço 30% (trinta por cento) inferior ao praticado no mercado e, sobre um preço ínfimo, exige que as licitantes ofereçam seus descontos.

1.3. O edital fere o princípio da proporcionalidade, sobre o qual o Prof. Marçal Justen Filho, na obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª ed., p. 63, n.161, leciona:

“O aplicador da norma será obrigado, por isso, a examinar o caso concreto e avaliar os valores a realizar e em que medida. Isso impõe produzir uma espécie de hierarquia de valores para o caso concreto, o que não significa liberação do intérprete em face do Direito posto. Como derivação implícita, deve-se prestigiar a instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam. A proporcionalidade

exclui interpretações que tornem inúteis as finalidades buscadas pela norma.

Se o ordenamento consagrou certos valores e impôs regras como forma de sua realização, é vedado ao aplicador adotar interpretação desnaturadora.”

1.4. A Câmara não pode impor às licitantes, uma tabela com valores referenciais criados por ela e que não refletem os quesitos representativos da remuneração do mercado. O que a CMB está fazendo constitui, além de tudo, enriquecimento ilícito, às custas de pequenas Agências que operam no Município de Blumenau. Que recolhem tributos e dão empregos no Município de Blumenau.

2. A descrição do OBJETO, constante do item 1.1 do Edital, é diverso à Lei nº 12.232/10.

Constitui o objeto da presente licitação a contratação de serviços de agência de publicidade, que se constituem de planejamento, criação, distribuição, veiculação e controle de campanhas publicitárias e demais serviços descritos no §1º do art. 2º da Lei nº 12.232/10, objetivando promover a divulgação da Câmara de Vereadores de Blumenau na atividade institucional, mediante verba estabelecida no limite de R\$ 1.200.000,00 por ano.”

As licitações regidas pela Lei nº 12.232/10, somente podem ter por objeto:

“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 idéias ou informar o público em geral.”

O OBJETO da Tomada de Preço nº 01/2019 deve ser redigido como descrito pela Lei, acima reproduzido, porque só os serviços acima são considerados publicitários e prestados por Agência de Propaganda nos termos do caput do art. 2º da Lei nº 12.232/10.

2.1. As atividades descritas no mesmo art. 2º, §1º, incisos I a III são complementares. Os Fornecedores dos serviços indicados chamam-se Fornecedores de serviços especializados. Os serviços especializados podem ser contratados pela Agência de Propaganda, para materializar as Peças, os planos, materiais publicitários etc., por ela criados.

A Agência de Propaganda não presta tais serviços. Ela os contrata junto a Fornecedores de serviços especializados. Assim, tais serviços não podem ser incluídos no OBJETO, tal qual se encontram.

É necessário incluir um subitem logo abaixo do item 1.1 do Edital, com o seguinte teor:

XX. Poderão ser contratados 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, respeitado o disposto no art. 3º da lei nº 12.232/10;

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.

Os serviços acima mencionados, que constituirão o subitem recomendado, são contratados pela Agência junto a terceiros, eles não são prestados por ela. A Agência não possui instrumento nem mão-de-obra especializada para prestá-los.

Ela apenas os supervisiona, como dispõe expressamente, o art. 2º, caput, da Lei nº 12.232/10, ao rezar: “.... *intermediação e supervisão da execução externa...*” Serviços de execução externa são os serviços mencionados no art. 2º, §1º, inciso II, da Lei nº 12.232/10.

2.2. Se a Agência não pode prestar serviços de produção, ela não tem como dar cumprimento ao que consta do Anexo II, n.1, ao Edital, porque custos internos não compreendem serviços de produção.

As “Normas Padrão da Atividade Publicitária” tuteladas pelo CENP – art. 4º, §1º, da Lei nº 12.232/10, que rege a presente TOMADA DE PREÇOS estabelecem expressamente que:

3.6: Todos os demais serviços e suprimentos terão o seu custo coberto pelo Cliente, deverão ser adequadamente orçados e requererão prévia e expressa autorização do Cliente para sua execução. O custo dos serviços internos, assim entendidos aqueles que são executados pelo pessoal e/ou com recursos da própria Agência, será calculado com base em parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato da base territorial onde a Agência estiver localizada e não será acrescido de honorários nem de quaisquer encargos.

3.6.1. Os serviços e os suprimentos externos terão nos seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência “honorários de 15% (quinze por cento) sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer Fornecedores.”

Portanto, os custos internos compreendem os serviços indicados no caput do art. 2º, da Lei nº 12.232/10, que são remunerados segundo os valores praticados pelo mercado publicitário, **constantes da Tabela Referencial de Custos Internos emitida pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado onde ocorre a licitação.**

Os serviços de produção correspondem aos serviços prestados por Fornecedores especializados mencionados no art. 2º, §1º, da Lei nº 12.232/10 e são remunerados mediante pagamento de honorários incidentes sobre os valores cobrados pelos Fornecedores de serviços especializados, propostos pela licitante vencedora, desde que não destinados à mídia, e aprovados pelo Cliente, tendo por teto, 15% (quinze por cento).

Não é o que é exigido no n.1, do Anexo II, ao Edital. Nele é exigido *“desconto uniforme para todos os itens de produção”*, o que é simplesmente, inviável. A Agência vencedora oferece, nas licitações, descontos sobre o valor dos próprios serviços, e não sobre o valor de *“todos os itens de produção”* que correspondem a serviços prestados por Fornecedores especializados. Terceiros.

2.3. O acima considerado mostra divergente do que dispõe o Anexo III ao Edital, em seu subitem 3.1.13.1, onde é possível ler: *“3.1.13.1. A CONTRATADA deverá executar pessoalmente ou por preposto indicado por ela, a produção, pelo preço fixado na sua proposta de preços, caso terceiros não aceitem desenvolver o serviço nas mesmas condições de preço.”*

A CONTRATADA não pode prestar serviços de produção.

O art. 14 da Lei nº 12.232/10, é explícito a respeito. O subitem 3.1.11 do Anexo III também aborda os serviços de produção, ao estabelecer: *“3.1.11. Efetuar, sempre, a cotação de preços para os serviços de terceiros, apresentando, no mínimo, 03 (três) propostas alternativas, indicando aquela mais adequada para a execução dos serviços a serem contratados ou justificando a impossibilidade de assim proceder.”*

Ora, se para os serviços prestados por Fornecedores especializados, a CONTRATADA obrigatoriamente, deve apresentar 03 (Três) orçamentos obtidos junto a empresas cadastradas pela CMB, tais serviços não integram a proposta de preços da CONTRATADA e que ela não responde pelo preço de execução de tais serviços.

Todos os itens e subitens retro apontados devem ser corrigidos ou eliminados conforme o caso.

2.4. O item 1.1 do Edital dispõe que a Agência de Publicidade prestará serviços de veiculação e controle de campanhas publicitárias. Ocorre que os veículos de divulgação é que respondem pelos serviços de veiculação de peças e materiais publicitários, a eles distribuídas pela Agência.

Agência de Publicidade não pode veicular. Ela não é meio de comunicação visual, auditiva ou audiovisual.

Agência de Publicidade cria publicidade *“dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”*, com caráter educativo, informativo ou de orientação social, e tal regra alcança toda a Administração Pública *“de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Direito Federal e dos Municípios”* art. 37, caput e §1º da CF/88).

Os veículos e meios de divulgação é que fazem a veiculação, dela prestando contas ao Anunciante.

2.5. O Edital, em seu subitem 7.1.1, alínea “b”, exige que conste da Proposta financeira, “Percentual de comissão cobrado pela proponente pelos Serviços de Divulgação”.

Cabe esclarecer que Agência de Propaganda não recebe comissão: ela recebe DESCONTO.

Neste sentido dispõe o art. 11, caput, da Lei nº 4.680/65 e art. 11, caput do Regulamento da mencionada Lei, aprovado pelo Decreto nº 57.690/66, modificado pelo Decreto nº 4.563/02.

E o DESCONTO de 20% (vinte por cento) concedido pelo Veículo à Agência, não pode ser transferido ao Anunciante, rebaixando o preço praticado pelo Veículo.

Então, a exigência contida no subitem 7.1.1, alínea “b” do Edital deve ser eliminada. A Agência não pode propor à Câmara um “percentual de comissão sobre os “Serviços de Veiculação”, que não seja o valor equivalente ao DESCONTO de 20% (vinte por cento) sobre os serviços de veiculação executados pelos Veículos e meios de divulgação.

2.6. O próprio Edital, no item 7.6 diz que *“na execução dos serviços contratados, a Agência será remunerada em conformidade com as disposições da Lei Federal nº 4.680, de 18 de junho de 1965”*, via de consequência, o referido Edital deve se ater à Lei mencionada.

O Decreto nº 4.563. de 31 de dezembro de 2002, restringe-se à alteração por ele introduzida no art. 7º do Regulamento da Lei nº 4.563/65, aprovado pelo Decreto nº 57.690/66, cujo art. 2º determinou à Administração Pública, a renegociação, das cláusulas de remuneração de Agências de Propaganda contratadas, porém em 31/12/2002 e não em julho de 2019, data da presente análise.

O Decreto nº 4.563/02, em seu art. 1º, determina que sejam respeitados os *“parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato da base territorial”* e a remuneração da Agência sobre serviços de produção, mediante pagamento de um percentual sobre o valor cobrado pelos Fornecedores de tais serviços e o Edital não observa a disposição legal.

2.7. No subitem 3.1.13.2, o Anexo III dispõe: *“3.1.13.2. A CONTRATADA deverá honrar a comissão pela veiculação fixada na proposta, ainda que terceiros não vinculados ao edital se oponham a esse ajuste mantido entre Administração*

e contratada.”

A CONTRATADA não poderá oferecer comissão pela veiculação porque:

- a) O termo utilizado é desconto dado pelos veículos e demais meios;
- b) Apenas para valores superiores a R\$ 2.500.000,01, a CONTRATADA poderá proceder a um repasse do “desconto padrão de Agência” a favor do Anunciante, observado o disposto no Anexo “B” às Normas Padrão. A presente TOMADA DE PREÇOS tem valor estimado em R\$ 1.200.000,00, e não pode auferir qualquer repasse;
- c) Se a CONTRATADA oferecer comissão em sua Proposta Financeira, ela incide na penalização prevista no subitem 3.1.14, do Anexo III, ao Edital.

Sempre lembrando que o CENP penaliza com a perda do “Certificado de Qualificação Técnica de Funcionamento”, as Agências que a oferecerem, a CONTRATADA perderá sua certificação e com ela, o recebimento do desconto de 20% concedido pelo veículo, perdendo sua qualificação técnica, sem a qual a CMB não poderá contratá-la, nos termos do art. 4º, caput, da Lei nº 12.232/10;

- d) O percentual do desconto é único para todas as Agências sem nenhuma exceção; e
- e) Segundo o subitem 3.1.14 do Anexo III ao Edital, a CONTRATADA deve “cumprir durante a execução dos serviços contratados, todas as Leis e posturas Federais, Estaduais e Municipais, pertinentes e vigentes.

Sendo assim, o subitem 3.1.13.2 da Minuta de Contrato deve ser eliminado.

2.8. Os critérios para julgamento das Propostas Técnicas e de Preços fixados no item 13.1 e subitens 13.1.1 a 13.1.3, precisam ser adequados ao que determina o art. 46, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93 com alterações posteriores, quanto aos pesos que, via de regra, são 6 (PT) e 4 (PP) e quanto à média ponderada das valorizações das Propostas Técnicas e de Preços.

A fórmula aplicável é:

$CF = NPT (6) + NPP (4)$, onde

10

CF = Classificação Final

NPT = Nota Proposta Técnica

NPP = Nota Proposta de Preços

(6) e (4) = Pesos

3. O faturamento de produção não pode ser em nome da CONTRATADA.

O item 7.7 do Anexo III ao Edital, prevê que as despesas de produção serão pagas mediante apresentação do faturamento correspondente, em nome da CONTRATADA, acompanhado dos respectivos comprovantes (notas fiscais, faturas, recibos, etc).

A questão foi muito debatida no TCU e esclarecida através da Solução de Consulta nº 186, de 17 de outubro de 2018 (DOU de 19/10/18, nº 202, Seção 1, p.25, 3ª col., última Consulta). A citada Solução segue em anexo, mediante transcrição do original.

Face a tal esclarecimento, ficou estabelecido, como única forma de viabilização, que a exemplo das Agências e também dos Veículos, os Fornecedores deveriam emitir suas Notas Fiscais em nome do Anunciante e aos cuidados da CONTRATADA, que as encaminharia ao Cliente, para pagamento.

De igual modo os Fornecedores devem proceder para que o Cliente/Anunciante possa atender ao quanto exigido no art. 16, caput e parágrafo único, da Lei nº 12.232/10.

Aliás, a obrigatoriedade de abertura de site para divulgação do Contrato a ser firmado em razão da Tomada de Preços nº 01/2019, foi omitida no Edital.

Pelo exposto, visando a melhor aplicação das normas que regem à licitação destinadas à contratação de Agências de Publicidade, o SINAPRO/SC orienta que sejam revistos os itens do referido Edital, inclusive, aproveita para informar que alguns modelos que se encontram no site <https://www.secom.gov.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/modelos-editais-concorrencia>, sob pena de ensejar violação aos princípios licitatórios bem como causar prejuízos à contratação administrativa.

Aproveitamos do ensejo para renovar a Vossa Senhoria nossos protestos da mais elevada estima e distinta consideração.



**Sindicato das Agências de Propaganda
do Estado de Santa Catarina - SINAPRO/SC**

p/ Fernando Rodrigues Silva

OAB/SC 16.724