



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

PARECER N.º 231/2019

1. IDENTIFICAÇÃO

De: Rodrigo Reis Pastore - Procurador
Para: Presidência da Câmara Municipal
Objeto: Consulta sobre processo licitatório

2. SÍNTESE DOS FATOS:

Trata-se de parecer elaborado para responder a impugnação encaminhada pela Presidente da Comissão de Licitação. Em síntese, a autoridade solicita a análise jurídica sobre os pontos mencionados em impugnação formulada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Santa Catarina.

3. DO DIREITO

3.1. INFORMAÇÕES E ESCLARECIMENTOS SOBRE O EDITAL

A Cláusula 4 do Edital, fl. 347, dispõe sobre o direito de impugnar o edital nos seguintes termos:

4 - DA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

4.1. Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital, perante a Comissão Permanente de Licitação:

a) o cidadão que não se manifestar até 5 (cinco) dias antes da data de recebimento das Propostas Técnicas e de Preços;



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

b) a licitante que não se manifestar até 2 (dois) dias antes da data de recebimento das Propostas Técnicas e de Preços.

4.1.1. Considera-se licitante para efeito da alínea "b" do subitem precedente a empresa que tenha retirado o presente Edital na forma prevista no Aviso de Licitação ou neste Edital.

4.2. O pedido de impugnação, com a indicação das falhas ou irregularidades que viciaram o Edital, deverá ser protocolizado fisicamente de segunda a sexta-feira, das 12h às 18h, na Diretoria Geral da Câmara de Vereadores de Blumenau, sala 205, situada na Rua XV de Novembro, 55, centro, Blumenau (SC).

4.3. A impugnação também poderá ser enviada para o e-mail: licitacao@camarablu.sc.gov.br, nos respectivos prazos. Nesse caso, o documento original deverá ser apresentado no endereço e nos horários previstos no subitem 4.2., até 5 (cinco) dias contados do encaminhamento do e-mail.

4.4. A impugnação apresentada em desconformidade com as regras previstas neste item 4 será recebida como mera informação.

4.5. A impugnação feita tempestivamente pela licitante não a impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

Vê-se que o impugnante não se enquadra expressamente no rol de legitimados previstos na Cláusula 4.1. Não se trata de cidadão e nem de pessoa apta a participar do certame na qualidade de licitante. Contudo, a lisura do procedimento licitatório e a análise de todos os pontos que lhe são contestados a todos interessa; Administração, licitantes e contribuintes. No mesmo sentido, o Judiciário também vem flexibilizando o conceito de legitimidade ativa para o exercício do direito de impugnação:



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

O Superior Tribunal de Justiça mantém o mesmo entendimento no sentido de que a legitimidade ativa para impugnar edital licitatório é conferida a qualquer cidadão ou pessoa jurídica, uma vez que a legislação adotou esse critério "mais alargado de legitimidade ativa" para contestar a validade do instrumento convocatório pois, "em se tratando de processo licitatório, estão em jogo não só os interesses jurídicos e econômicos imediatamente aferíveis, mas, sobretudo, a observância do princípio da legalidade e do interesse público envolvido¹.

Especificamente acerca da legitimidade ativa do sindicato, o tema também já foi enfrentado judicialmente, com resultados favoráveis às prerrogativas sindicais².

Portanto, considerando que é um dever constitucional da Administração Pública a observância do Princípio da Legalidade, recomenda-se que este seja o marco hermenêutico da matéria, admitindo-se o uso de um conceito amplo de cidadania, abrangendo não apenas pessoas físicas, mas pessoas jurídicas - especialmente aquelas que tem amparo constitucional para dar suporte à determinada categoria, seja econômica ou profissional.

A partir desta leitura, e em especial considerando que é do interesse dessa instituição o exame de todos os elementos pertinentes à legalidade, recomenda-se o recebimento da peça como impugnação e não como mera peça de informação, conforme previsto no Item 4.4.

3.2. QUESITOS SUSCITADOS PELO IMPUGNANTE

¹ AgRg no MS 5.963/DF, Primeira Seção, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, DJ 3/9/2001

² TJMG. Apelação Cível 10701120088763002



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Em síntese o interessado suscita os seguintes pontos: a. tabela referencial; b. serviços especializados; c. direitos autorais. Cada um dos temas será abordado em tópico próprio conforme o que se segue.

3.2.1. TABELA REFERENCIAL

Neste quesito, o impugnante aponta que 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". Mencionou que há um encadeamento jurídico que culmina na conclusão que os preços de mercados correspondem à tabela elaborada pela entidade sindical da categoria econômica. Descumprir isso, seria incorrer em ilegalidade.

O tema já foi enfrentado parcialmente no Parecer n. 214:

O SINPARO/SC se insurge contra o fato de que a disputa de preços ocorrerá tendo como referência uma tabela de preços elaborada pela Câmara Municipal os quais "não refletem os quesitos representativos da remuneração do mercado".

Primeiramente, é de se mencionar a Cláusula 2.1. do Termo de Ajuste de Conduta celebrado com o Ministério Público, pela qual a "a fixação de preços máximos não superiores à mediana dos preços obtidos através de pesquisa de mercado [...]" .

No mesmo sentido, valor de mercado é, por definição, o valor praticado por clientes e fornecedores em determinado ramo de atividade, não se confundindo com valor tabelado - mormente quando o tabelamento advém de um sindicato, entidade privada destituída de ius imperium e, por isso mesmo, incapaz de impor limitações à



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

liberdade contratual de particulares. Além disso, é nítido o potencial conflito de interesses em se outorgar a uma entidade representativa de determinada categoria e cuja diretoria é escolhida por ela, a prerrogativa de fixar os preços que terceiros deverão pagar por determinado serviço.

Ademais, a tabela elaborada pela Câmara Municipal não foi "inventada", sendo resultado da pesquisa de preços efetuada junto a diversos fornecedores, não apontando o requerente algum erro metodológico nesta pesquisa. No mesmo sentido, o desconto mínimo de 30% também corresponde à média de desconto sobre custos internos obtida em pesquisa de mercado, em outras licitações do mesmo gênero.

Especificamente acerca do questionamento sobre a legalidade, é de se considerar que o Art. 6º, V, da Lei n.º 12.232/10 não traz qualquer previsão de que os critérios de preço estabelecidos por uma pessoa jurídica de direito privado devem servir de piso nas licitações públicas.

Art. 6º - A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, 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;

Do mesmo modo, quanto à citada Instrução Normativa n.3/2019 do CENP, que é uma associação privada, inexistente sua aplicabilidade à Administração Pública porque atos expedidos por particulares não delimitam a atuação de Entes Públicos, somente a lei o faz.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Isso tudo sem considerar que existe um Termo de Ajuste de Conduta expressamente impondo a utilização da pesquisa de preços em detrimento do uso da tabela do sindicado, recordando que tal termo goza de presunção de legitimidade.

Por fim, não se vislumbra o mencionado enriquecimento sem causa posto que nenhuma agência é coagida a participar do certame.

**3.2.2. SERVIÇOS ESPECIALIZADOS - ABORDAGEM
DOS ITENS 2.1, 2.2 E 2.3.**

Inicia o impugnante informando que os serviços de agência não se confundem com os serviços especializados a que alude o Art. 2º, §1º da Lei n.º 12.232/10, nem são executados por ela. Pelo que se compreendeu, na perspectiva do impugnante, quando as normas-padrão do CENP autorizam que a agência desenvolva serviços internos sem honorários, a alusão corresponderia aos serviços típicos de agência e não os serviços especializados prestados por terceiros. Estes, na verdade, deveriam ser remunerados com honorários pagos à agência, sem prejuízo do pagamento que a Administração faria a tais terceiros..

Realmente pode-se compreender que o tema encerra certa polêmica e a posição do impugnante pode ser aceita como uma irresignação feita de boa-fé. Por outro lado, essa diferença conceitual exposta pelo impugnante não é assumida expressamente pela Lei n.º 12.232/10, que não proíbe expressamente a agência de prestar os serviços de produção - tanto assim que eles se encontram listados no objeto passível de licitação previsto no Art. 2º, §1º desta lei.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Essa posição é tanto mais reforçada quando a interpretação do TCU e RFB é no sentido de que o faturamento dos serviços de produção, ainda que prestados por terceiros, deve ser apresentado à Administração em nota fiscal emitida pela agência.

Por fim, sobre os honorários de 15% para a remuneração da intermediação promovida pela agência, o tema já foi enfrentado pelo Parecer n. 214, que aborda esta matéria e outros pontos suscitados no item 2.1. e 2.2. da atual impugnação. Veja-se que já naquela ocasião foi recomendado que fosse prestado esclarecimento no sentido de que **não** há obrigação da agência executar os serviços de produção, mas mera faculdade:

Nesse tópico, a primeira divergência parece existir na forma como o Artigo 2º da Lei n.º 12.232/10 é trazido para o edital e contrato. Veja-se a redação deste dispositivo:

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:



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

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.

§ 2o Os contratos de serviços de publicidade terão por objeto somente as atividades previstas no caput e no § 1o deste artigo, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios, respeitado o disposto na legislação em vigor.

A bem da verdade, e nisso acompanha a doutrina, o Art. 2º da Lei de certa forma ressuscita o regime de execução da Administração Contratada.

A administração contratada, nos termos do texto original da Lei n.º 8.666/93 - excerto que, afinal, acabou vetado - era assim descrita: "administração contratada - quando se contrata, excepcionalmente, a execução de obra ou dos serviços, mediante o reembolso de todas as despesas incorridas para a sua execução e



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração.

Nesta modalidade de contratação, o licitante vencedor realizaria todo o serviço ou obra, incluindo o seu planejamento, sendo reembolsado pela Administração das despesas que tivesse com subcontratados. Tal possibilidade, contudo, foi expressamente vetada quando da promulgação da Lei n.º 8.666/93³.

Quanto à execução contratual o destaque da Lei 12.232/10 é a classificação do regime de execução dos serviços de publicidade como "administração contratada", conforme se pode extrair da leitura do art. 14, §1º. Tal regime de execução fora objeto de veto presidencial e não consta da Lei 8.666/93, sendo explicado por Marçal Justen Filho nos seguintes termos: "na administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A Administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão."

A razão do veto é o risco de potencial prejuízo aos cofres públicos. Mas a especificidade da contratação de agências de publicidade e até mesmo o modelo preconizado pela Lei 4.680/65 (art. 11) demanda a adoção da administração contratada⁴.

Vê-se que esta discussão já foi enfrentada quando da abordagem sobre o regime de execução a ser mencionado. E, naquela ocasião, não se negou a liberdade da agência em subcontratar outras empresas para as atividades de produção - pois tal é a característica essencial do

³ FREDDO, Claudio Mauricio. **Lei de Licitações de Publicidade: Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Migalhas, 2017. 384 p.

⁴ SILVA, Caroline Rodrigues da. **A Licitação para Contratação de Agências de Publicidade pela Administração Pública: Inovações da Lei 12.232/2010**. Coluna Jurídica da Administração Pública. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news_adm_publica/ANEXO_3_16_03.pdf>. Acesso em: 18 out. 2018.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

mercado publicitário, contemplada na Lei n.º 12.232/10.

Agora convém listar algumas passagens do edital que admitem essa subcontratação, recordando que a minuta do contrato também é parte integrante do edital - ainda que como anexo.

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.

3.1.11.1. A critério da CONTRATANTE, a mesma poderá apresentar outras cotações a serem inclusas juntas às realizadas pela CONTRATADA, visando ampliar o número de propostas alternativas;

3.1.13. Operar como uma organização completa e independente, fornecendo serviços de comprovada qualidade e mão-de-obra necessária especializada;

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

3.1.20. Responsabilizar-se pelo pagamento dos serviços prestados por terceiros, não cabendo à CONTRATANTE qualquer obrigação sobre os pagamentos devidos pela CONTRATADA a terceiros ;

Bem se vê que a contratação de terceiros para as atividades de execução encontra-se prevista. O que não existe, e nisso dá-se razão



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

ao requerente, é uma cláusula apontando que essa contratação da execução é uma faculdade da agência e não da Administração. A ideia de que a agência seja obrigada, ela mesma, a produzir a execução da ideia, inclusive poderia ser cogitada se a cláusula 3.1.13. fosse lida isoladamente.

Portanto, a premissa que se toma é que nada impede que a Agência desenvolva os serviços especializados do Art. 2º, §1º, I a III, mas que não há autorização legal para isso ser imposto a ela, em detrimento de sua faculdade de contratar terceiros.

Nesse sentido, embora o edital não vede expressamente a possibilidade, nada impede que no Item 1.1., fl. 345, seja inserida a seguinte redação ou similar: "[...] Os serviços especializados previstos no §1º do Art. 2º da Lei n.º 12.232/10 poderão ser contratados pela agência junto a terceiros, observadas as condições impostas no edital e no contrato". Ou então, divulgar esclarecimento que o Item 1.1. do edital deve ser interpretado no sentido que "Os serviços especializados previstos no §1º do Art. 2º da Lei n.º 12.232/10 poderão ser contratados pela agência junto a terceiros, observadas as condições impostas no edital e no contrato".

[...]

A síntese da argumentação da requerente é que o sistema de remuneração das agências de publicidade é orientado pelas normas-padrão do CENP. Além disso, o Art. 14 da Lei n.º 12.232/10 exige a coleta de três orçamentos sempre que o serviço for executado por terceiro. Dessas premissas a requerente dá a entender que as seguintes conclusões podem ser obtidas:

a. Primeiro que, quando ocorrer o serviço interno (executado pela própria agência), o valor será apurado conforme tabela do sindicato, mas sobre ele não incidirá encargo, Item 3.6, das normas-padrão editadas pelo CENP.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

b. Já quando o serviço for prestado por entidade externa, a agência somente tem o dever de fazer pesquisa de preço. Sobre o preço apurado deverá pagar à agência honorários de 15%, Item 3.6.1. das normas-padrão do CENP.

c. Por fim, em conclusão, a agência pode oferecer desconto sobre seu próprio serviço, mas não sobre o de terceiros. Logo, a essência do edital e do contrato estaria incorreta em tudo que se relaciona a este tema.

O tema é polêmico. Mas, começando pelo básico, o Termo de Ajuste de Conduta firmado exige que os preços máximos sejam apurados considerando a média do mercado. Além disso, na Cláusula 2.3. do TAC também é mencionado que a "proposta deve contemplar valores e percentuais correspondentes ao desconto que a licitante oferecerá para os serviços de produção e elaboração [...]". Portanto, é de se conceber que o tema já passou pelo exame de legalidade promovido pelo órgão de controle da moralidade administrativa, a promotoria especializada do Ministério Público, e neste se chegou a conclusão que o entendimento do edital é o correto.

Outrossim, nada impede da agência produzir, ela mesma, o conteúdo. Tanto assim que o Item 3.6. das normas-padrão do CENP, suscitados pelo próprio requerente, admitem esta hipótese. Nesse sentido, o Art. 14 da Lei n.º 12.232/10 deve ser compreendido como uma exigência formal no caso da agência contratar o serviço de terceiros, mas isso não impede que ela mesmo desenvolva a produção. Por outro, nada impede que a agência contrate terceiros para as atividades de produção. Agora a exigência da remuneração de honorários em 15% não se plica.

Como se vê na Lei n.º 12.232/10, aplicam-se subsidiariamente às licitações de agências de publicidade o previsto na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n. 4.680/65. Nenhuma nem outra preveem esse dispêndio extra a ser efetuado pela Administração Pública.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Também não convencem os Artigos do Decreto n. 57.690/65 que versam sobre "reembolso de honorários" e nem a previsão do Artigo 7º que remete às normas-padrão do CENP. Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro o regulamento não tem o condão de criar direitos ou obrigações, prerrogativa que é exclusiva das leis, cf. previsão do Art. 5º, II, da Constituição Federal. Portanto, esta nova modalidade de direito da agência, e de obrigação da Administração, somente poderia ter sido emanada de lei.

Afigura-se como um longo salto hermenêutico admitir que a mera exigência legal de proposta de preços contendo quesitos representativos da forma de remuneração vigentes no mercado publicitário seja fundamento suficiente para criar um novo direito, outorgando a uma associação civil o direito de definir qual a remuneração de uma licitante que já passou por um processo de seleção baseado, entre outros quesitos, no preço de seus serviços.

Ademais, não faria qualquer sentido e ofenderia a própria razão de ser do procedimento licitatório criar uma sistemática de disputa de preços para depois passar a admitir no contrato uma terceira forma de remuneração em que nunca houve disputa - esses honorários de intermediação.

Assim, a solução encontrada pelo edital não ofende literal e diretamente as leis n.º 12.232/10, 8.666/93 e 4.680/65 embora, é verdade, estimulem a agências a evitarem a contratação de terceiros. Mas nada há de ilegal ou, pelo que se pode compreender em uma análise exclusivamente jurídica, de contraproducente neste estímulo.

E, usando estes subsídios, também não se afigura ilegal que a agência garanta que os custos de produção irão respeitar os valores da proposta fornecida por ela. Não fosse assim, a Cláusula 2.1. do TAC seria inexequível ou poderia se tornar letra morta, sendo burlada por outros expedientes. Mas não é só isso, qual seria o sentido de uma licitação que envolvesse a disputa de preços se, depois, tais preços não deveriam ser respeitados?



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Sim, sabe-se que a licitação em comento diz respeito à agências de publicidade e não aos serviços de produção. Mas, se a lógica da requerente fosse levada ao limite o que se teria é o seguinte quadro: a. total liberdade na fixação dos custos de produção - bastando para isso que a contratada de má-fé escolhesse os (três) orçamentos de terceiro que julgasse convenientes ; b. aplicação de honorários de intermediação sobre esses serviços de produção de terceiros.

Com tal instrumental nas mãos, o céu seria o limite para os lucros da contratada (e para as despesas da Administração). Quanto maior a necessidade de produção e quanto mais cara fosse, maiores seriam os ganhos da agência. Ela poderia se dispor a apresentar uma proposta irrisória de preços no que diz respeito aos seus serviços de agência, porque os ganhos ocorreriam sem nenhum controle e sem nenhuma disputa na execução do contrato abrangendo os serviços especializados de produção, através dessa intermediação remunerada.

É evidente que em direito a boa-fé se presume, mas há certas sistemáticas contratuais que somente poderiam funcionar corretamente à luz do interesse público se fossem geridas por santos, não por pessoas comuns sujeitas, ainda que inconscientemente, a agirem em situação de conflito de interesses.

Em resumo, não ofende a Constituição Federal, nem a Lei n.º 12.232/10 e nem o TAC, o corolário de que se há disputa de preços é porque tais preços devem ser garantidos pela contratada.

Quanto à inviabilidade de ser estipulado o valor do serviço de produção, é de se observar que a tabela corresponde ao preço máximo.

3.2.3. VEICULAÇÃO - ABORDAGEM DO ITEM 2.4



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

O questionamento que a impugnante faz do Item 1.1 do edital já foi enfrentado no Parecer n. 214/2019 nos seguintes termos:

3.2.4. RESPONSABILIDADE PELA VEICULAÇÃO

O requerente questiona o Item 1.1. do edital, informando que em sua atual redação ele dá a entender que a Agência de Publicidade seria a responsável pela veiculação das campanhas, e não o veículo de divulgação.

Embora outras passagens do edital indiquem que não se trata disso, nada impede que no Item 1.1., fl. 345, seja inserida a seguinte redação ou similar: "[...] intermediação da veiculação [...]". Ou, então, divulgar esclarecimento que o Item 1.1. do edital deve ser interpretado no sentido que "a veiculação ocorrerá através dos veículos e meios de divulgação".

3.2.4. VEICULAÇÃO - ABORDAGEM DO ITEM 2.5 A 2.7

O questionamento que a impugnante faz dos itens 2.5. e seguintes já foi enfrentado no Parecer n. 214/2019 nos seguintes termos:

3.2.5. COMISSÃO OU DESCONTO COMO FORMA DE REMUNERAÇÃO DA AGÊNCIA PELA VEICULAÇÃO DE CAMPANHAS EM VEÍCULOS E MEIOS DE DIVULGAÇÃO

Nesse item, o requerente insurge-se contra duas situações distintas; a. a denominação a ser utilizada pela remuneração que é devida à agência na veiculação de campanhas; b. em última análise, que haveria impedimentos legais à disputa de preço neste quesito.

Quanto à denominação, está correta a ressalva feita pelo requerente. O Art. 11 da Lei n. 4.680/65 realmente menciona que o nome da remuneração que a agência obtém pela veiculação de campanhas tem o nome de desconto.

O que resta, portanto, é a modificação de todas as cláusulas do edital e do contrato em



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

que tenha sido utilizada a expressão "percentual de comissão" para que seja utilizada a expressão "desconto". Ou, então, divulgar esclarecimento no sentido de que as passagens do edital e do contrato que mencionam "percentual de comissão pela veiculação" devem ser lidas como o "desconto a que alude o Art. 11 da Lei n. 4.680/65" .

Por outro lado, não cabe afirmar que esse desconto possa ser limitado.

Primeiramente porque isso em nada afeta o preço praticado pelo veículo. Em nenhum momento o edital pretende ou consegue interferir no preço praticado pelos veículos. O que ele pretende, isso sim, é que os ganhos da agência sobre tal veiculação estejam submetidos a uma disputa real de preços, sem estabelecimento de preços mínimos.

Isso ocorre, primeiro, por imposição do TAC. A Cláusula 2.1. veda a fixação de preços mínimos, sejam eles quais forem. Em segundo lugar, porque é inerente a uma licitação em que o julgamento ocorra tendo como critério o preço a possibilidade existir disputa neste quesito - o que não se obtém com o estabelecimento prévio de um piso de remuneração.

Em quarto lugar, porque os dispositivos mencionados pelo requerente são inaplicáveis ao caso porque extrapolam o poder regulamentador exercido por meio de decreto.

O requerente alude ao fato de que o Decreto n. 4.563/02 regulamenta a Lei n. 4.680. No exercício desta regulamentação o decreto alude às normas-padrão de uma associação privada (o CENP), indicando que nelas o desconto (remuneração da agência pela veiculação) não pode ser modificado para baixo do percentual de 20%, senão em situações muito especiais que não se aplicam ao caso.

Em resposta a este raciocínio, é de se mencionar que a Lei Regulamentada pelo Decreto não impõe esta limitação. Em seu Art. 11 a Lei n. 4.680 estabelece que: "A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela”.

Ou seja, pela literalidade da lei, não apenas esse limite mínimo de 20% inexistente, quanto à remuneração da agência seria fixada pelo veículo de divulgação. Por outro lado, é de se supor que algumas agências terão facilidades na aquisição de tempo de mídia - e nesse ponto a Lei n.º 12.232/10 afirma que tais vantagens, que em última análise afetam o desconto, deverão ser revertidas em favor do contratante - no caso, a Administração.

Art. 15. Os custos e as despesas de veiculação apresentados ao contratante para pagamento deverão ser acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo, de sua tabela de preços, da descrição dos descontos negociados e dos pedidos de inserção correspondentes, bem como de relatório de checagem de veiculação, a cargo de empresa independente, sempre que possível.

Parágrafo único. Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos os eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação.

Portanto, ofende o Termo de Ajuste de Conduta o estabelecimento de piso na disputa de preço neste quesito, além do que, sem prejuízo de entendimentos contrários face à redação precária da legislação envolvida, o interessado que esteja receoso de sofrer penalidade administrativa por parte daquela entidade privada (CENP) pode socorrer-se do Judiciário, inclusive previamente, para que isso não ocorra.

3.2.5. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO, PESO DA PROPOSTA TÉCNICA E DA PROPOSTA DE PREÇO - ABORDAGEM DO ITEM 2.8



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

O questionamento que a impugnante faz já foi enfrentado no Parecer n. 214/2019 nos seguintes termos:

.2.5. PESO NO JULGAMENTO DA PROPOSTA TÉCNICA E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

Valendo-se do Art. 46, §2º da Lei n.º 8.666/93, o requerente insurge-se contra os pesos atribuídos para as propostas técnicas e de preço fixados no edital. Este artigo determina que:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.

[...]

§ 2o Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

Salvo melhor juízo, este parecer não conseguiu identificar neste dispositivo, ou em outros da Lei n.º 8.666/93, a origem da exigência pela qual a proposta técnica deve ter um maior peso que a proposta de preços - tal como requerido.

Ademais, ressalte-se que a proposta de preços é objetiva e numericamente mensurável, e sua aplicação com mesmo peso ao utilizado na proposta técnica é um instrumento a mais para garantir a objetividade do julgamento.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

**3.2.6. RESPONSABILIDADE PELO FATURAMENTO DOS
SERVIÇOS DE PRODUÇÃO – ABORDAGEM DO ITEM 3.**

O questionamento que a impugnante faz já foi enfrentado no Parecer n. 214/2019 nos seguintes termos:

O requerente insurge-se contra o fato de que as despesas de produção serem faturadas em nome da contratada. Menciona que o tema foi objeto de debate junto ao TCU. Ao final menciona que os fornecedores devem emitir nota fiscal em nome do anunciante.

Com efeito, o tema já foi enfrentado, tanto pelo TCU, quanto pela Receita Federal. Porém, as conclusões obtidas em tais órgãos divergem da alegação do requerente.

Cite-se abaixo o entendimento do TCU:

2. A consulta circunscreve-se aos seguintes questionamentos:

a) as empresas subcontratadas por agências de publicidade, que não estejam prestando serviços de veiculação, podem emitir notas fiscais em nome do órgão/entidade da Administração Pública contratante?

b) caso as subcontratadas devam emitir as notas fiscais de serviços terceirizados (exceto os de veiculação, abrangidos pela Lei 4.680/1965), como ficaria a questão da tributação das agências de publicidade?

[...]

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo então Ministro do Turismo, Sr. Vinícius Nobre Lages, acerca da "aplicação das Leis 12.232/2010, 8.666/1993, 4.680/1965 e Decretos 57.690/1966 e 4.563/2002 e da Lei Complementar 123/2006, a partir da tentativa de interpretação dos entendimentos do TCU, manifestados nos



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Acórdãos 355/2006, 965/2011 e 1879/2011, todos do Plenário”.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer parcialmente da consulta, apenas em relação a primeira questão, se as empresas subcontratadas por agências de publicidade, que não estejam prestando serviços de veiculação, podem emitir notas fiscais em nome do órgão/entidade da Administração Pública contratante, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 264 e 265 do RI/TCU;

9.2. não conhecer da consulta em relação ao segundo quesito, relativa a questão da situação tributária das agências de publicidade, caso as subcontratadas emitissem notas fiscais diretamente ao contratante, em razão de a matéria não ser de competência desta Corte, por não preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 264 e 265 do RI/TCU;

9.3. responder ao consulente que, por falta de amparo legal, os serviços complementares prestados por empresas subcontratadas por agências de publicidade, que não estejam prestando serviços de veiculação, não podem ser faturados diretamente em nome do órgão/entidade da administração pública contratante ;

Assim, no que toca ao serviço de produção, a fatura não pode ser expedida em nome da Administração Pública. Cabe à contratada emitir o faturamento abrangendo tais serviços especializados.

3.2.7. SITE PRÓPRIO PARA DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES DO CONTRATO.



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

O requerente aponta que é uma exigência legal a manutenção de site próprio com informações relacionadas ao contrato. Este não é um problema atual, posto que ainda não há contrato em vigor. De outro lado, a lei da transparência já exige que a Câmara mantenha na internet as informações relacionadas ao contrato em vigor.

Por isso, a única sugestão é que quando o contrato estiver em vigor sejam prestadas informações acerca dele, tais como já ocorrem com todos os outros contratos da Câmara, ressalvando que os contratos de publicidade são regidos de modo adicional pelas exigências do Art. 16 da Lei n.º 12.232/10.

3.2.7. DIREITOS AUTORAIS

O questionamento que a impugnante faz é no sentido de que o edital daria a entender que a agência deve ceder direitos autorais que não lhe pertencem. A impugnante não apontou qual parte do edital que imporia esta exigência. Isso, por si só, prejudicaria o exame deste quesito.

De todo modo, convém esclarecer que não há impedimento legal para que se exija que a produção autoral da agência, quer em seus serviços próprios, quer no serviço de produção desenvolvido por ela, seja cedida à Câmara Municipal para uso futuro⁵.

O mesmo vale para a eventual contratação que a agência faça quanto aos serviços de produção desenvolvidos por terceiros. Se ela é responsável pela cessão de direitos autorais à Câmara, pode e deve exigir de seus contratados que forneçam tal cessão sob pena dela, agência, arcar com o

⁵ Lei 9.610, Art. 49, Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:



Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

ressarcimento que a Câmara venha a fazer em razão de eventual direito autoral de terceiro, contratado pela agência, que tenha sido violado.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, analisado a impugnação e demais documentos, esta procuradoria opina pelo não acolhimento da impugnação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Blumenau, 5 de agosto de 2019


Rodrigo Reis Pastore

Procurador

OAB/SC 20.672





Câmara Municipal de Blumenau
Estado de Santa Catarina
Procuradoria-Geral

Em despacho:

Aprovo Parecer Jurídico n.º 231/2019, exarado pelo Procurador Rodrigo Reis Pastore, nos autos do Processo Licitatório n.º 01/2019.

À Pregoeira/Presidente da Comissão de Licitação para conhecimento da presente manifestação e tomada das demais providências cabíveis.

Blumenau, 5 de agosto de 2019

Dênio Alexandre Scottini.
Procurador-Geral