

PREZADA SENHORA PREFEITA MUNICIPAL DE IPUAÇU/SC

Ref.: Impugnação ao Pregão Presencial nº 34/2020

Processo licitatório nº 074/2020

SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SINAPRO/SC, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 76.875.616/000178, com sede na Rua Jornalista Manoel de Menezes, nº 115, sala 207, Centro Empresarial Isola Grezzana, Itacorubi, na Cidade de Florianópolis/SC, CEP 88034-060, vem respeitosa e tempestivamente, **IMPUGNAR** o Edital do Pregão Presencial nº 034/2020 e o faz pelos motivos legais a seguir aduzidos:

1. Tempestividade

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a abertura do processo licitatório se dará em 13 de janeiro 2021, respeitando assim o prazo de 02 (dois) dias antecedentes a abertura da sessão pública.

2. Do objeto da licitação

A Prefeitura Municipal de Ipuauçu/SC publicou o Edital de licitação na modalidade pregão presencial - registro de preços do tipo “menor preço por item” com o seguinte objeto:

Tem por objeto o presente edital a criação e agenciamento de campanhas publicitárias e informativas, produção e edição de vídeos, assessoria de marketing e comunicação, gestão de conteúdos para comunicação social através das mídias sociais e plataformas digitais (Facebook, Instagram e outras), assessoria para criação de canais de comunicação direta através dos meios eletrônicos, conforme as descrições contidas no anexo I- termo de referências do edital

Verifica-se, portanto, que o Edital ora impugnado, em síntese, refere-se à licitação, na modalidade pregão para contratação de serviços de publicidade e assessora de comunicação.

Contudo, cabe esclarecer que os serviços de publicidade são executados através de Agência de Propaganda e a contratação destas pela administração pública se dá por licitação que possui regulamentação própria, diversa da modalidade pregão.

3. Modalidade Pregão

Pregão é a modalidade aplicável à licitação de serviços comuns, como consta expressamente no art. 1º da Lei nº 10.520/2002 “*Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei*”.

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).

A obra “Licitações e Contratos – Orientações e Jurisprudência do TCU, 4ª edição, p. 45 e seguintes, contém Acórdãos prolatados pelo citado Tribunal, seguido em suas decisões, pelos TCEs, dos quais destacam-se:

Acórdão 1287/2008, Plenário - Utilize a modalidade pregão para a contratação dos serviços de desenvolvimento, manutenção, documentação e sustentação de sistemas caso reste comprovado que constituem serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Acórdão 555/2008, Plenário - Abstenha-se de utilizar embora este Tribunal venha incentivando, o incremento do uso da modalidade licitatória pregão, em razão dos evidentes

benefícios que ela tem trazido à Administração Pública, tal modalidade para a contratação de bens ou serviços, **quando estes se mostrarem indubitavelmente de natureza incomum**, em razão do comando insculpido no art. 1º da nº 10.520/2002.

A definição de bens e serviços comuns não quer dizer que sejam simples, sem sofisticação ou tecnologia, mas aqueles que são encontrados facilmente no mercado. Para o doutrinador Marçal Justen Filho “*são os bens disponíveis no mercado, com características padronizadas, que podem ser fornecidos satisfatoriamente por um fornecedor qualquer*”¹.

O próprio TCU, na obra citada, p. 62, afirma:

Licitação na modalidade pregão não se configura instrumento hábil à aquisição de bens e serviços incomuns. É necessário que sejam padronizáveis ou de “prateleira”, conforme se pode extrair do Acórdão 1.168/2009, Plenário.

Não há como padronizar os serviços de comunicação social e a utilização de Pregão para contratá-los traz consequências, como o TCU aberta:

Acórdão nº 550/2008, Plenário - A utilização indevida da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços que não se caracterizam como “comuns”, consoante preceitua o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, Lei do Pregão, **enseja a anulação do respectivo certame licitatório**.

Acórdão nº 2172/2008, Plenário - A aplicação do pregão aos bens e serviços incomuns representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexequível. [...]

Desta forma, considerando que os serviços de publicidade não são considerados comuns, o Edital em tela, na modalidade PREGÃO não atende a legislação vigente.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 492.

4. Aplicação da Lei 12.232/10

A licitação pública deve observar o princípio da legalidade ao qual a Administração Pública está sujeita, por força do disposto no art. 37, da Constituição Federal/88, que dispõe:

Art. 37º A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios** de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - **A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.**

A contratação de serviços de publicidade é regida pela Lei 12.232/10, que dispõe sobre as normas gerais para licitação de serviços de publicidade conforme disposto em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei **estabelece normas gerais** sobre **licitações e contratações pela administração pública** de **serviços de publicidade** prestados **necessariamente** por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, quando a Administração Pública pretende realizar a publicidade institucional dos seus atos (por exemplo, programas sociais, obras, campanhas, etc.), **o procedimento legal se dá através de licitação para a contratação de agências de publicidade regida pela Lei nº 12.232/2010, haja vista que estes serviços são inerentes à esta atividade profissional.**

No entanto, conforme analisado no Edital ora impugnado, o que se constatou foi a ocorrência de um procedimento diverso daquilo que a lei

Portanto, as publicidades institucionais, previstas no artigo 37º da Constituição Federal devem ser realizadas à luz da Lei 12.232/10, mediante licitação para contratação de agência de publicidade e não sob a modalidade pregão, procedimento totalmente diverso daquele regulado pela Lei 12.232/2010.

Com efeito, a publicidade institucional que não seguir os regramentos acima expostos será declarada nula, eis que eivada de vícios por ilegalidade, restando os envolvidos sujeitos à responsabilidade administrativa, civil e/ou criminal.

O artigo 2º da Lei n.º 12.232/10, enquadra claramente os serviços de publicidade como sendo obrigatórios à sua execução, através de Agência de Propaganda. Vejamos:

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 idéias ou informar o público em geral.**

A definição de Agência de Publicidade se encontra prescrita junto ao art. 3º da Lei 4.680/65, que regulamenta este setor:

Art 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, ... VETADO ..., e **especializada na arte e técnica publicitária**, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço dêsse mesmo público.(g.n)

Está explícito que os serviços de publicidade devem ser prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda observados o procedimento específico contido pela Lei 12.232/2010.

No mais, reitera-se os termos do artigo 5º:

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”.

A Lei nº 12.232/10 não incide sobre contratações isoladas, de serviços simples que não necessitam de avaliação técnica pormenorizada, razão pela qual a Lei impõe que todas as contratações reguladas por ela sejam realizadas pelos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 5º), os quais, segundo o TCU, *“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”* (Acórdão nº 2.118/2008 – Plenário).

No edital em comento, nota-se que o ente municipal possui interesse nos serviços de publicidade com a criação de campanhas publicitárias para difundir ideias e informar o público em geral conforme justificativa constante no item 1.2 do Anexo I – Termo de Referência, bem como possui interesse na contratação de serviços de assessoria de marketing e comunicação e gestão de conteúdos para comunicação social.

Cabe destacar novamente o objeto da licitação em comento:

Contratação de empresa para **criação e agenciamento de campanhas publicitárias e informativas**, produção e edição de vídeos, **assessoria de marketing e comunicação**, gestão de conteúdos para comunicação social através das mídias sociais e plataformas digitais (Facebook, Instagram e outras), **assessoria** para criação de canais de comunicação direta através dos meios eletrônicos, conforme as descrições contidas no anexo I- termo de referências do edital.

Ocorre que a Lei nº 12.232/10 veda a inclusão de outras atividades nos contratos de publicidade, senão vejamos:

§ 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.

Pelos artigos colacionados, verifica-se que a inclusão de serviços de assessoria de marketing e comunicação no mesmo edital de licitação em que pretende a contratação de serviços de publicidade fere diretamente os dispositivos legais.

Desta forma, a licitação em tela é voltada à contratação de serviços de publicidade que por sua vez deve adotar os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço” conforme disposto pela Lei 12.232/2010, razão pela qual, é incompatível com a modalidade pregão cujo tipo é “menor preço”.

Ademais, a Lei 12.232/2010, que dispõe sobre a licitação para serviços de publicidade, veda abarcar no mesmo instrumento de contratação serviços de publicidade os serviços de assessoria de comunicação.

5. Do pedido

Por todo o exposto, com fulcro no disposto no item 10 do Edital em referência e no art. 41, §1º da Lei Federal nº 8.666/93, o **SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SINAPRO/SC**, vem **IMPUGNAR** o Edital de Pregão Presencial nº 034/2020, por ILEGALIDADE decorrente do desrespeito expresso ao disposto no art. 37, caput, da CF/88, no art. 1º da Lei nº 10.520/02 e na Lei nº 12.232/10, requerendo o imediato cancelamento do mesmo e a retomada do processo licitatório dentro das normas gerais baixadas pela Lei nº 12.232/10 a ele aplicáveis.

Por competir privativamente à União legislar sobre licitação (art. 22, inc. XXVII da Constituição Federal) a presente IMPUGNAÇÃO está sendo levada ao conhecimento do Ministério Público, nesta mesma data, para que acompanhe o andamento do feito e tome, se necessário, as providências legais pertinentes.

Florianópolis, 11 de janeiro de 2021.



**SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA
DE SANTA CATARINA - SINAPRO/SC**

Fernando Rodrigues Silva
OAB/SC 18.691