

TRANSPARÊNCIA E RIGOR NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES DA PUBLICIDADE DE ÓRGÃO PÚBLICO

Por João Luiz Faria Netto



A nova lei conta com normas principais e obrigatórias para a contratação de agências de publicidade pelo governo, em todos os seus níveis e poderes e todas as pessoas jurídicas da administração e as entidades controladas direta ou indiretamente

pelo poder público nas três esferas administrativas. A Lei nº 12.232/10 adota como normas complementares a Lei nº 4.680/65, que regulamenta a atividade publicitária, e a Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos administrativos de maneira geral

João Luiz Faria Netto

Consultor jurídico do CENP e diretor do Conar e do Sinapro-RJ

Para as empresas públicas, ou controladas pelo poder público, que possuam regulamento próprio de contratação, a nova lei será aplicada subsidiariamente, valendo as suas disposições para as licitações já abertas e para os contratos em execução e sobre os efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de entrada em vigor do novo dispositivo legal licitatório. A lei encerra discussões sobre contratos passados e determina que os contratos em execução sigam as normas por ela baixadas.

É a primeira lei sobre licitações para um setor específico. Define, de forma clara, o que é a atividade publicitária e quem a exerce. A publicidade, segundo a nova lei, é o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objeto o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e supervisão da execução externa e a distribuição da publicidade aos veículos e de-



mais meios de divulgação com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar ao público em geral.

Pela nova norma, poderão participar das licitações apenas as agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 4.680/65 e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento, o que equivale a dizer que estejam aptas a prestar, integralmente, todos aqueles serviços que a lei define como seus objetos. O certificado, segundo dispõe expressamente a legislação, poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam anunciantes, agências e veículos de comunicação, ou por entidade equiva-

lente, desde que também reconhecida por lei como fiscalizadora das condições técnicas de agências de propaganda. A nova lei legitima e reconhece o CENP.

Há, ainda, a exigência de que a agência de propaganda contratada pelo poder público somente reserve e compre espaço ou tempo publicitário de veículos de divulgação por conta e ordem dos seus clientes, se previamente os identificar e tiver sido por eles expressamente autorizadas, o que consagra o princípio de negociação estabelecido pela Lei nº 4.680/65, norma privada que regula a atividade publicitária. Apenas a agência certificada e reconhecida pelos veículos poderá contratar em nome do poder público, ficando, por consequência, impossibilitada de participar de licitações em que atue no mercado sem aquela qualificação técnica.

A nova lei proíbe que na execução dos contratos de publicidade sejam incluídas atividades alheias à publicidade propriamente dita, citando, nominalmente, como vedados os serviços de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza – serviços que deverão ser contratados por procedimentos licitatórios próprios. Permite, no entanto, que os contratos incluam o planejamento e a 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, além, naturalmente, da produção e execução técnica das peças e projetos publicitários e a criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação, atendendo às exigências das novas tecnologias de comunicação. Proíbe, no entanto, a inclusão nos contratos de pesquisas e avaliações de matéria estranha ou que não guarde pertinência temática com a ação publicitária, como as pesquisas de opinião pública.

“A nova lei proíbe que na execução dos contratos de publicidade sejam incluídas atividades alheias à publicidade propriamente dita”

UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE

Nos procedimentos licitatórios, a nova lei determina, como forma obrigatória, que a licitação para a contratação de agência de propaganda seja feita nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, sempre, e exclusivamente, nas modalidades previstas no artigo 20 da Lei nº 8.666/93, isto é, concorrência, tomada de preços ou convite, afastando a possibilidade de os serviços serem contratados por pregão, criado e regulado por lei especial para a contratação de serviços comuns. No caso de convite, o valor do contrato tem o teto de R\$ 80 mil e na tomada de preço de até R\$ 650 mil.

A nova lei simplifica o processo de licitação ao estabelecer que os documentos de habilitação sejam exigidos apenas das agências classificadas e na etapa final do certame. O edital segue a norma da lei geral de licitação, com pontos importantes de inovação, a começar por consagrar, como peça indispensável, um briefing – preciso, claro e objetivo, segundo a lei –, contendo as informações suficientes para que os interessados elaborem suas propostas – o plano de comunicação publicitária que incluirá, obrigatoriamente, um raciocínio básico, a estratégia de comunicação publicitária proposta, a ideia cri-

tiva e a estratégia de mídia e não mídia – e o conjunto de informações que permitam avaliar a capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes. A exigência substitui, pela especificidade do serviço a ser prestado, a antiga exigência de projeto básico.

A nova lei cria um sistema especial de avaliação das propostas nas licitações de contratação de agências de propaganda, incumbindo a responsabilidade exclusiva de julgamento das propostas técnicas a uma subcomissão técnica em qualquer esfera composta por, no mínimo, três membros formados em Comunicação, Publicidade ou Marketing, ou que atuem em uma dessas áreas, um terço deles sem qualquer vínculo funcional ou contratual direto ou indireto com o órgão responsável pela licitação.

Os nomes dos julgadores das propostas técnicas serão escolhidos em sorteio público dentre os membros de uma relação que, obrigatoriamente, terá o triplo do número de integrantes da subcomissão a ser formada, mantida a exigência de um terço de profissionais que não tenham nenhuma relação com o órgão licitador. Para as licitações de valor superior a R\$ 800 mil (dez vezes

o limite de valor para a modalidade de convite), a relação de julgadores técnicos terá, no mínimo, o dobro de nomes, mantida a proporção dos que não podem ter nenhum tipo de relação profissional ou contratual com o licitador.

A relação completa dos nomes para a escolha da subcomissão será publicada até dez dias antes da data prevista no edital para o sorteio, podendo qualquer do povo impugnar, mediante fundamentos jurídicos plausíveis, nomes constantes da relação. O impugnado pode, por iniciativa própria, dar-se por impedido, ou o caso será julgado pela autoridade competente pela licitação, sendo republicada a relação no caso de aceitação da impugnação.

A lei prevê que excepcionalmente nos casos de licitação na modalidade convite, nas pequenas unidades administrativas e sempre que for impossível, comprovadamente, a criação da subcomissão técnica, esta poderá ser substituída pela comissão permanente de licitação, ou por servidor com conhecimento na área de Comunicação, Publicidade ou Marketing, formalmente designado pela autoridade competente.

Os integrantes da subcomissão técnica não poderão participar da sessão

“A nova lei determina que a licitação para a contratação de agência de propaganda seja feita nos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço””

de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços. A entrega das propostas, segundo a nova lei, deverá ser revestida dos cuidados para impedir que qualquer envelope contenha algum tipo de identificação, seguindo um rito especial:

1. Abertura dos dois invólucros com a via identificada do plano de comunicação e com as informações sobre o participante, em sessão pública especial.
2. Encaminhamento das propostas técnicas, não identificadas, à subcomissão técnica para análise individualizada e julgamento do plano de comunicação

publicitária e elaboração da ata de julgamento e encaminhamento do resultado, com toda a documentação, inclusive as planilhas de julgamento, à comissão permanente de licitação.

3. Sessão pública para apuração geral das propostas técnicas, quando serão abertos os invólucros de identificação das propostas e proclamação do resultado. O procedimento na fase técnica encerra-se com a publicação do resultado e a abertura do prazo de cinco dias para que seja apresentada a impugnação.

Para assegurar o equilíbrio na avalia-

ção das propostas, toda vez que a subcomissão técnica identificar diferença superior a 20% entre a menor e a maior pontuação atribuída a qualquer dos quesitos analisados, procederá à reavaliação do quesito, sempre atendendo a critérios objetivos que devem fazer parte do edital de licitação.

Finda a parte técnica, será realizada sessão pública para a abertura das propostas de preço, seguindo-se o que determinar o edital quanto ao tipo de licitação, se de “melhor técnica” ou “técnica e preço”, o que está regulado de forma clara na Lei nº 8.666/93 – na de melhor “técnica” a melhor classificada tecnicamente terá a preferência com a aceitação do menor preço oferecido entre as classificadas previamente e, na de melhor “técnica e preço”, vencerá a de melhor média ponderada entre os pontos obtidos em técnica e preço, tudo estabelecido de forma clara e objetiva no edital de licitação. Desse procedimento também será aberto o prazo de cinco dias para impugnação.

A nova lei permite a contratação de mais de uma agência de propaganda, sem segregação em itens do edital ou contas de um mesmo processo licitatório, obrigando-se o órgão contratador a



“A entrega das propostas deverá ser revestida dos cuidados para impedir que qualquer envelope contenha qualquer tipo de identificação”

UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE

estabelecer procedimento de seleção entre as contratadas para a prestação dos serviços. Estabelece exigências para a contratação de terceiros fornecedores de bens e serviços especializados e complementares da publicidade, entre elas a de cadastramento prévio de fornecedores pela contratante. A agência recolherá, sempre, três propostas de fornecedores para a escolha do órgão contratante. Quando o valor do bem ou serviço for igual ou superior a 0,5% do valor global do contrato, as propostas serão apresentadas em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública realizada na sede do órgão ou empresa contratante. Serão dispensados da exigência o fornecimento de bens e serviços até o valor de R\$ 16 mil, ou 20% do valor máximo do contrato na modalidade de convite, adotada como parâmetro para facilitar a contratação de serviços de pequeno valor.

Na prestação de contas da veiculação da publicidade, a lei exige que a agência apresente a tabela de preços do veículo, o valor devido, a descrição dos descontos negociados, dos pedidos de inserção correspondentes, bem como do relatório de checagem da veiculação a cargo de empresa independente, sempre que possível. Fixa a lei que pertence ao contratante as vantagens obtidas

pela agência na negociação de compra de mídia, incluídos descontos e bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações.

Como inovação, garantindo a transparência na prestação dos serviços, inclusive pelos veículos, a lei exige que as informações sobre valores pagos pela publicidade sejam divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o livre acesso às informações por qualquer pessoa interessada. As agências são obrigadas, a partir da lei, a manter por, no mínimo, cinco anos, a contar do final da execução do contrato, o acervo comprobatório dos serviços prestados, inclusive com as peças produzidas. As exigências são para todos os contratos, de todos os valores e em todas as esferas do poder.

A lei faculta e legitima a instituição, pelos veículos de divulgação e aceitação pelas agências de propaganda, de programas de incentivo reconhecendo que os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência, não se confundindo com as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que a lei determina que sejam repassados ao ente público contratador. Da mesma forma, reconhece o desconto-padrão de

agência, instituído pela Lei nº 4.680/65, remunerador da concepção, execução e distribuição da publicidade, como receita das agências, não podendo, para qualquer fim, ser faturado ou contabilizado como receita própria dos veículos de divulgação.

Para assegurar a defesa do interesse público, a lei enquadra no artigo 87 da Lei nº 8.666/93, que prevê sanções para a inexecução ou fraude na execução dos contratos administrativos, a agência que, comprovadamente, sobreponha o interesse dos planos de incentivo dos quais participe ao interesse do cliente, preterindo veículos na intermediação da publicidade. Exige a lei que a escolha seja feita de acordo com as pesquisas e dados técnicos comprovados.

A lei, finalmente, regulariza a execução orçamentária no campo da divulgação de órgãos públicos, determinando a discriminação em categorias de programação específicas no projeto e na lei orçamentária das dotações destinadas a despesas com a publicidade institucional e de interesse público. Isto acaba com a exigência de orçamento em planilhas de quantitativo e preços, que a lei geral de licitações exige, reconhecendo que a publicidade é um serviço prestado de forma contínua e que é remunerado com base na previsão orçamentária. ●

“Fixa a lei que pertence ao contratante as vantagens obtidas pela agência na negociação de compra de mídia”