



## A Licitação para Contratação de Agências de Publicidade pela Administração Pública. Inovações da Lei 12.232/2010

Por: *Caroline Rodrigues da Silva*

*Advogada em Curitiba. Consultora da JML Consultoria & Eventos Ltda. Pós-graduada em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito e Gestão das Entidades do Sistema "S", pelo Instituto de Direito Público-Brasília/DF. Atuou como advogada na área de licitações e contratos no Serviço Social do Comércio-PR, pelo período de cinco anos. Palestrante e autora de artigos na área de licitações e contratos.*

O presente trabalho cinge-se ao estudo sumário de alguns aspectos relacionados à contratação de agências de publicidade e propaganda pela Administração Pública e à comparação dos procedimentos traçados pela Lei 12.232/2010, que disciplina a matéria, com a Lei 8.666/93, a Lei Geral de Licitações.

Antes do advento da Lei 12.232/10 a contratação de agências de propaganda pela Administração Pública deveria seguir os ditames da Lei de Licitações. Contudo, a Lei Geral não estava sendo adequada à contratação mais vantajosa do ponto de vista técnico, o que prejudicava a eficiência das contratações. O motivo era simples: o objeto envolve basicamente a criatividade dos contratados, inseridos em mercado próprio e regulamentado, inviabilizando a avaliação objetiva dos mesmos pelos critérios adotados na Lei 8.666/93.

Essa inadequação da LGL, inclusive, foi tratada pelo Tribunal de Contas da União, que assim se manifestou:

**"21. Convém destacar que, tomando-se como exemplo os trabalhos de auditoria realizados por esta Unidade Técnica, chega-se à conclusão que as falhas e irregularidades decorrem, em grande parte, de deficiência na legislação que regula a matéria, exigindo, portanto, em um primeiro momento, alterações nos normativos pertinentes, sob pena de inviabilizar não só a continuidade da prestação dos serviços de publicidade e propaganda do governo federal objeto dos contratos em vigor, como também, a médio prazo, qualquer contratação futura de tais serviços no âmbito da Administração Pública Federal.** Além disso, para que se tornasse efetiva a medida proposta, exigir-se-iam ações desproporcionais à capacidade técnica e operacional dos órgãos de controle no sentido da verificação do seu cumprimento.

...

**23. Quanto às deficiências na sistemática de contratação dos serviços de propaganda e publicidade e respectivos procedimentos, convém ressaltar que muitas das questões mencionadas pelo Analista foram expostas de forma objetiva no Relatório de fls. 76/123, em relação às quais foi sugerido o encaminhamento de cópia do Relatório à 6ª Secex para que avaliasse a conveniência e oportunidade de determinar à Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica - Secom/PR que promova estudos no sentido de alterar as normas que regulam a atividade publicitária, de modo a atender ao interesse público, principalmente sob a ótica dos princípios da eficiência e da economicidade, considerando, em especial, a necessidade de elaboração de projeto básico, definição precisa do objeto a ser contratado e do custo da campanha e estabelecimento de nova sistemática de remuneração das agências de publicidade."**<sup>1</sup> (grifou-se)

A conjugação de características do mercado e das profissões coligadas à publicidade com os aspectos procedimentais da Lei 8.666/93, em especial os afetos aos tipos de licitação técnica e preço e melhor técnica, foi o cenário que permitiu a concepção de uma lei específica para o segmento, estabelecendo modelo próprio de contratação, em atendimento à competitividade, economicidade, eficiência e ao interesse público e proporcionando segurança jurídica ao administrador público.

<sup>1</sup> TCU. Acórdão 262/2006. Plenário.



Cabe gizar que a Lei 12.232/10 disciplina as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, mas não exclui por completo a utilização da Lei 8.666/93, que deve ser aplicada supletivamente, assim como a Lei 4.680/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda. Aliás, a própria de 2010 assim dispõe:

“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.

...

§ 2º As Leis nºs 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar.”

A Lei 12.232/10 apresentou a definição de serviços de publicidade e delimitou as atividades que poderão ser inseridas no conceito, demonstrando a junção entre os aspectos técnicos próprios do mercado e os aspectos jurídicos e procedimentais da contratação pública:

“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:

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.

§ 3º Na contratação dos serviços de publicidade, faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de licitação.

§ 4º Para a execução das ações de comunicação publicitária realizadas no âmbito dos contratos decorrentes das licitações previstas no § 3º deste artigo, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial.”

Dos dispositivos acima denota-se que a Lei 12.232/10 não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas somente às atividades nela delineadas, mais complexas e que devem ser executadas de modo integrado por intermédio de agências de publicidade.

As atividades a serem desenvolvidas no conceito amplo de publicidade, consoante preconizado na Lei, abrangem as etapas seguintes: a) planejamento e execução de pesquisas e



estudos sobre o mercado, público-alvo, ações publicitárias e resultados; b) produção e execução técnica; c) criação e desenvolvimento de comunicação publicitária.

Vê-se, portanto, a preocupação da Lei com a limitação das atividades abrangidas no conceito de publicidade em atendimento à finalidade pública intrínseca ao objeto, excluindo-se outras atividades complementares e que não precisam da intermediação de agência de propaganda e que ao serem contratadas pela Administração Pública devem seguir os procedimentos previstos na Lei 8.666/93, tais como, assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas<sup>2</sup>.

O artigo 4º da Lei 12.232/10 apresenta inovação, destacando a necessidade de certificação de qualificação técnica da agência de propaganda a ser contratada. Eis o teor da norma:

“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.”

A certificação deverá ser obtida perante o Conselho Executivo das Normas Padrão – CENP ou por entidade equivalente. O CENP é uma entidade sem fins lucrativos, criado em 1998 e que tem dentre seus membros, integrantes e gestores, entidades que representam as agências de propaganda (art. 4º, § 1º, da mencionada Lei).

Aqui cabe registrar que o tema de certificação técnica sempre envolveu acalorados debates jurídicos, tanto na doutrina como na jurisprudência, em razão da possibilidade de frustração da competitividade da licitação de modo indevido e irregular.

A comprovação da qualificação técnica consiste na demonstração de aptidão, pela empresa proponente, para a execução do objeto licitado. E, como explica Marçal Justen Filho:

“o exercício de determinadas atividades ou o fornecimento de certos bens se encontram disciplinados em legislação específica. Assim, há regras acerca da fabricação e comercialização de alimentos, bebidas, remédios, explosivos etc. Essas regras tanto podem constar de lei como estar explicitadas em regulamentos executivos. Quando o objeto do contrato envolver bens ou atividades disciplinadas por legislação específica, o instrumento convocatório deverá reportar-se expressamente às regras correspondentes”<sup>3</sup>.

Então, tendo a empresa a obrigatoriedade de, em decorrência de norma específica, atender determinada exigência para desempenho de certas atividades, pode e deve a Administração Pública requerer em edital a comprovação do atendimento de tal requisito, o que deverá ser feito na fase de habilitação do certame. Essa possibilidade já decorria da Lei 8.666/93, artigo 30, incisos I e IV<sup>4</sup>, mas agora está expressa na Lei 12.232/10, que preconiza o cumprimento dos ditames da Lei 4.680/65 pelas agências de propaganda.

Prosseguindo na matéria, o artigo 5º da Lei 12.232/10 apontou que as licitações previstas no normativo somente poderão ser desenvolvidas sob os tipos melhor técnica e técnica e preço:

“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”.

Vale sinalizar que as modalidades de licitação aplicáveis são as mesmas da Lei 8.666/93, cuja eleição deve seguir as regras estatuídas nesse normativo.

<sup>2</sup> Nesse sentido é o teor do Acórdão TCU 638/2012, do Plenário.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 530.

<sup>4</sup> “Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

...

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.”



Quanto aos tipos que envolvem técnica os mesmos estão adequados à complexidade e especificidade da contratação, que demanda análise mais acurada de aspectos ligados à criatividade das empresas e profissionais.

A elaboração do instrumento convocatório deve seguir as diretrizes traçadas no artigo 6º da Lei em estudo, além das exigências do artigo 40 da Lei 8.666/93.

O projeto básico pode ser substituído pelo *briefing*, que constitui um “resumo informativo, preliminar ao planejamento e à criação publicitária, que contém, de forma precisa e completa, clara e objetiva, todas as informações que a Entidade deve fornecer à Agência, para orientar o trabalho desta.”<sup>5</sup>

Quanto ao orçamento estimado, embora não seja adotado o orçamento detalhado em planilhas de custos unitários, exigido pelo § 2º do artigo 40, da Lei 8.666/93, é imprescindível que a Administração estime adequadamente o valor da contratação para previsão orçamentária relacionada à despesa que será gerada com a contratação. Ademais, o valor estimado serve como baliza para a eleição da modalidade licitatória.

Quanto à proposta de preços, a Lei deixa expresso que a remuneração deverá espelhar-se nas normas do mercado publicitário.

O artigo 6º da Lei 12.232/10 trata também do conteúdo da proposta técnica, que deve ser elaborada com elementos padronizados e será composta do plano de comunicação publicitária (em duas vias, sendo uma sem identificação, sob pena de desclassificação) e das informações referentes ao proponente. Tais documentos são mais bem detalhados nos artigos 7º e 8º.

O plano de comunicação publicitária deve ser elaborado com base no *briefing* expedido pelo órgão contratante e composto de quatro itens: raciocínio básico, estratégia de comunicação, ideia criativa e estratégia de mídia e não mídia.

O conjunto de informações sobre o proponente deve apresentar quesitos hábeis a avaliar a capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos realizados para seus clientes.

A licitação para contratação de serviços de publicidade que segue as diretrizes da Lei 12.232/10 será processada e julgada por uma comissão permanente ou especial e por uma subcomissão técnica. Essa subcomissão, que avaliará o conteúdo técnico das propostas, será constituída por pelo menos três membros, necessariamente formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que pelo menos 1/3 dos membros não devem manter vínculo funcional ou contratual com o órgão promotor da licitação (artigo 10, §1º). A formação da subcomissão será feita por sorteio em sessão pública.

A exceção quanto à formação da subcomissão técnica é para pequenas unidades administrativas, e para licitações na modalidade convite, na qual o órgão deverá justificar a impossibilidade da constituição de subcomissão. Nesse caso, a própria comissão de licitação ficará responsável pela função de julgar os documentos técnicos e, se inexistente tal comissão, a análise técnica deverá ser realizada por servidor designado e que tenha conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.

O processamento da licitação seguirá o procedimento descrito no artigo 11 da Lei. Dá-se destaque à inversão dos procedimentos, com a análise inicialmente da proposta e apresentação e verificação dos documentos de habilitação dos licitantes classificados posteriormente.

A ritualística procedimental da Lei 12.232/10 pode ser resumida nas seguintes etapas: a) abertura dos envelopes com a via não identificada do plano de comunicação e com as informações do proponente; b) encaminhamento à subcomissão técnica das propostas técnicas; c) análise técnica; d) apuração dos resultados do julgamento das propostas técnicas; e) publicação do resultado do julgamento da proposta técnica, abrindo-se prazo para interposição de recurso; f) julgamento das propostas comerciais, considerando os procedimentos descritos na Lei 8.666/93 afetos aos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, a depender do tipo eleito; g) publicação do resultado do julgamento das propostas comerciais, abrindo prazo para

<sup>5</sup> Instrução Normativa nº 02/93, da Assessoria de Comunicação Institucional da Presidência da República, item “5”.



interposição de recurso; h) convocação dos licitantes classificados para apresentação dos documentos de habilitação; i) análise e decisão quanto à habilitação ou inabilitação com abertura de prazo para recurso, em consonância com o artigo 109, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/93; j) homologação do procedimento e adjudicação do objeto licitado.

No que concerne à análise técnica das propostas o processamento foi adequadamente resumido por Carlos Pinto Coelho Motta sendo oportuna sua transcrição no presente trabalho:

“1. análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária (atribuição de pontos a cada plano segundo critérios estabelecidos, elaboração de planilhas, escalonamentos, reavaliação de pontuações discrepantes, justificativas, etc.);

2. desclassificação de propostas:

2.1. que ainda exibirem algum indício que permita sua identificação;

2.2. que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório;

3. elaboração da ata de julgamento do plano de comunicação publicitária;

4. encaminhamento da ata à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentam em cada caso.

No que poderemos designar como segunda etapa, a subcomissão passa ao exame das informações sobre as proponentes. Repete-se, então, todo o ciclo suprarreferido: análise, julgamento, classificação/ desclassificação, elaboração da ata e, finalmente, encaminhamento da ata e documentos à comissão.”<sup>6</sup>

Vale ressaltar que todo o procedimento deverá estar previsto no instrumento convocatório, assim como a atribuição dos valores das propostas técnicas, com as justificativas técnicas necessárias no processo, com supedâneo nos princípios da motivação, legalidade, razoabilidade e publicidade.

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, §1<sup>o</sup>. 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.”<sup>8</sup>

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 contratada.

Outra inovação da Lei, no aspecto da execução contratual, diz respeito ao artigo 15, que preconiza que os custos e despesas de veiculação deverão ser acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo, de sua tabela de preços, descrição dos descontos negociados e pedidos de inserção correspondentes. Os eventuais descontos e as bonificações obtidas nas negociações pertencem ao contratante, com exceção da concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e a aceitação por agência de propaganda, cujos frutos constituem receita da agência e não da contratante.

Enfim, essas são as considerações sumárias das inovações mais relevantes trazidas pela Lei 12.232/10, que teve a sublime missão de regular adequadamente a contratação de serviços de publicidade em consonância com o mercado próprio e específico de tais serviços em

<sup>6</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Divulgação Institucional e Contratação de Serviços de Publicidade: Legislação Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 157.

<sup>7</sup> “§ 1<sup>o</sup> O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.”

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, p. 139.



atendimento aos princípios que regulam a atividade administrativa, em especial os afetos às licitações e contratos.

O tema é relativamente novo e tem sido objeto de alguns questionamentos jurídicos ante as novidades trazidas pela Lei e que reverberam nos modelos tradicionais de contratação, mas deve-se gizar que o legislador pretendeu aproximar a especificidade do mercado publicitário aos anseios da administração pública, visando à contratação mais vantajosa e adequada aos interesses coletivos.

Do mesmo modo como ocorre com os debates acerca do Regime Diferenciado de Contratação e das contratações de agências de turismo para fornecimento de passagens áreas, cabe à comunidade jurídica, aos Tribunais e ao legislador buscar opções que atendam aos ditames constitucionais e que possam evoluir de acordo com as especificidades do mercado, em atendimento à competitividade, economicidade, eficiência e ao interesse público, e esvaziando modelos de contratação retrógrados que não espelham a realidade das contratações brasileiras.