



SECRETARIA MUNICIPAL DE SUPRIMENTO E LICITAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA 002/2022/PMC

Matéria: Resposta à Recurso Administrativo

RELATÓRIO

Trata-se de recurso tempestivamente interposto pela empresa Ivo Amaral Publicidade em face do resultado do Julgamento das Propostas Técnicas do referido processo licitatório, que tem como objeto a contratação de empresa para serviços de publicidade e propaganda, em conformidade com as especificações descritas no Edital do certame.

Em resumo, a recorrente insurge-se contra a decisão proferida em sessão pública nos seguintes pontos:

1. Que a recorrida DC3 deve ser desclassificada porque em sua proposta técnica apresentou como peça publicitária uma sacola do tipo LIXOCAR para ser distribuída como brinde em ações educativas da Prefeitura;
2. Que a pontuação atribuída a licitante DC3 deve ser reduzida uma vez que as justificativas da subcomissão técnica apontaram que a campanha da recorrida não atendeu adequadamente ao proposto no certame;
3. Que a sua pontuação deve ser majorada uma vez que atendeu aos requisitos do edital e a subcomissão técnica não evidenciou nenhum ponto desabonado e, assim sendo sua nota deveria ser superior a que lhe atribuída.

Comunicada do recurso administrativo a agência recorrida DC3, tempestivamente, apresentou suas contrarrazões e em síntese postulou pela manutenção das pontuações atribuídas às propostas pela subcomissão técnica igualmente manifestou-se contrariamente à sua desclassificação e pediu que o recurso fosse julgado totalmente improcedente.



O recurso administrativo, além do pedido de desclassificação da recorrida, trouxe dentre as suas pretensões a reavaliação das notas atribuídas as propostas técnicas tanto da recorrente como da recorrida. Assim sendo, considerando que compete a Subcomissão Técnica a análise e atribuição de pontuação das propostas técnicas (art. 10, § 1º, da Lei 12.232/2010), a CPL encaminhou o recurso e as contrarrazões, para manifestação da Subcomissão Técnica.

Por seu turno a Subcomissão Técnica assim se manifestou, conforme decisão anexa aos autos, nos seguintes termos:

- 1) Entendeu que a peça “LixoCar” compõe a campanha e, por isso, não seria caso de desclassificação. Entretanto, expressamente encaminhou para a Comissão Permanente de Licitação a análise e julgamento da questão técnico jurídica suscitada no recurso;
- 2) Acolheu parcialmente a pretensão da recorrente e aplicou redução na pontuação atribuída à proposta técnica da recorrida DC3, reduzindo notas apenas em dois quesitos: Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e Não Mídia “considerando o alto investimento percentual direcionado ao item da peça “Lixocar”, como peça de Não Mídia”;
- 3) Manteve inalterada a pontuação atribuída à proposta técnica da recorrente Ivo Amaral.

Deste modo, após a manifestação da Subcomissão Técnica os autos retornaram a CPL análise e julgamento do recurso administrativo em seus aspectos técnico-jurídico em consonância com as normas do Edital e legislação aplicável em especial a Lei 12.232/2010 e a Lei 8.666/93 de aplicação subsidiária.

É o relatório, passo à análise de mérito.

MÉRITO

Preliminarmente, o recurso deverá ser recebido e conhecido, pois interposto no prazo legal.

Passa-se à análise das alegações da recorrente e recorrida.



Inicialmente, destaque-se desde logo que a CPL acolhe a revisão de notas feitas pela Subcomissão Técnica e passa a analisar o Recurso Administrativo uma vez a desclassificação da proposta quanto a violação da lei 12.232/2010 e aos dispositivos do edital e seus anexos está prevista no item 16.1, letra “b” do edital quando prevê: que será excluída a licitante que **“não atender às exigências deste Edital e seus Anexos ou deixar de prestar informações complementares quando solicitadas”**.

O presente certame busca escolher agência de publicidade que demonstre expertise suficiente para realizar “a prestação de Serviços de publicidade, compreendendo 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 ações publicitárias para públicos de interesse, com o intuito de atender ao princípio da publicidade e ao direito à informação, de difundir ideais, princípios, iniciativas ou instituições ou de informar o público em geral”.

A agência vencedora realizará em nome da Prefeitura Municipal de Castanhal a aplicação dos recursos destinados as ações de comunicação publicitária e neste sentido deverá sempre zelar pela correta aplicação de tais recurso inclusive quanto a proposição e execução de ações e/ou campanhas de acordo com a legislação em vigor. Assim sendo, no Plano de Comunicação Publicitária previsto no Edital e na Lei 12.232/2010 serve para escolha de licitante que demonstre também a adequada aplicação dos recursos da verba destinada a publicidade.

A questão em apreço versa sobre a adequada aplicação de verba publicitária referente a peça publicitária “LixoCar” pela agência recorrida. A recorrente sustenta que o item proposto é em verdade um brinde à medida que ele é ofertado para o cidadão. Já a recorrida defende em suas contrarrazões que o item se assemelha a um folder ou panfleto e, portanto, não contrariaria as normas do Edital e da Lei 12.232/2010.

Na campanha da recorrida o “LixoCar” é defendido com uma peça de não mídia da seguinte forma:

(...)

Lixocar



Em TNT, na cor preta, com impressão em policromia, formato 15x20cm, serão confeccionadas 24.550 unidades. Além de sua funcionalidade por ser uma peça de relativa durabilidade, tem por objetivo fixar nos condutores uma mensagem de respeito à cidade e estímulo ao descarte responsável do lixo; sua DISTRIBUIÇÃO será durante ações realizadas pela Prefeitura e a verba destinada a esta peça é R\$ 24.550,00 correspondendo a 69% do investimento em não-mídia.”

(...)

X - Lixocar

Características: Formato 15x20cm, em TNT na cor preta, impressão policromia 24.550 unidades ---- R\$ 24.550,00”

É enaltecido pela recorrida a funcionalidade (receber o lixo) e a sua durabilidade. E, sendo assim, como não existe qualquer referência de que mensagem ou imagem seria impressa no item, leva ao entendimento que o item por si só representaria a mensagem do descarte consciente do lixo.

Vislumbra-se por outro lado que a peça “LixoCar” se diferencia de um folder ou panfleto, pois aquele é destinado a permanecer com o cidadão em seu veículo para uso constante e duradouro, já estes são para leitura e posterior descarte como usualmente é feito.

Observa-se igualmente que a recorrida destinou 69 % da verba de não mídia com a confecção do “LixoCar” chegando-se ao valor de R\$ 24.550,00.

Considerando o que consta dos autos e as alegações do recurso e das contrarrazões a CPL viu a necessidade de proceder diligências para verificar sobre a vedação da entrega de peça publicitária que possa ser considerada como um brinde e, portanto, se o gasto poderia ser ou não suportado pela rubrica da publicidade ou se a confecção do item deveria ser paga com as verbas corrente da secretaria ou órgão que fosse promover a distribuição.

A possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, encontra-se disciplinada no artigo 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993. A diligência é realizada sempre



que a Administração se esbarra com alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

"§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Nos ensinamentos de Ivo Ferreira de Oliveira, que elucida com a clareza a questão, a diligência visa:

" (...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. "(Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

Importante esclarecer que a realização de diligência não visa beneficiar licitante admitido em licitação após superada as dúvidas inicialmente existentes em seus requisitos de classificação ou habilitação, ou prejudicar aqueles em que a diligência conduziu a sua exclusão. O objetivo central é ampliar o universo de competição daqueles que efetivamente preenchem os requisitos exigidos ou excluir do certame os competidores destituídos dos requisitos necessários.

Assim, a Administração consultou informações sobre ser possível a distribuição de um item durável como peça publicitária, se atende ao exigido no edital.



Neste sentido, sustentou a recorrente que o item “LixoCar” estaria dentro que se considera Marketing Promocional e, desta forma, fora da possibilidade de contratação dentro dos moldes da Lei 12.232/2010, uma vez que, seu artigo 2º, § 2º veda quaisquer outras atividades diferentes das previstas no §1º do mesmo artigo:

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.

Pelo que se abstrai do artigo 2º da Lei 12.232/2010 a norma não autorizou a possibilidade de ofertar ao cidadão através do contrato decorrente desta lei a oferta de qualquer item que possa ser recebido ou interpretado como um brinde. Na hipótese dos autos o item “LixoCar” enquadra-se como um elemento de marketing promocional.



E neste ponto, s.m.j, a recorrente tem razão ao demonstrar que o item “Lixocar” é uma peça publicitária com características de marketing promocional. A vigência da Lei 12.232/2010, que regulamentou as licitações de Publicidade, representou impedimento a prática do Marketing Promocional.

Ainda em diligência a CPL identificou que a Secretaria Geral da Presidência da República publicou a Instrução Normativa nº 7, de 24 de outubro de 2018, que disciplina as licitações e os contratos dos órgãos e entidades do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal – SICOM com empresas de Marketing Promocional.

Na referida Instrução Normativa verifica-se que a oferta de um item, mesmo que de pequeno valor, não se enquadra nas possibilidades contempladas na Lei 12.232/2010. Esta Instrução Normativa expressamente define que a contratação nestes casos dar-se-á pela forma da Lei 8.666/93.

Art. 1º Disciplinar as licitações e os contratos dos órgãos e entidades do Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal – Sicom com empresas de marketing promocional e/ou de live marketing, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e, de forma complementar, da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MP nº 05, de 26 de maio de 2017, observadas, por analogia, as regras estabelecidas pela Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, no que couber.

(...)

Art. 4º A licitação será processada de acordo com as modalidades concorrência, tomada de preços ou convite, conforme o art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993, adotando-se os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.

Parágrafo único. A escolha da modalidade licitatória poderá ser feita em razão do valor estimado para o certame, nos termos dos arts. 23, 39 e 46 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 5º O serviço de promoção, a priori, detém natureza intelectual, intangível e indivisível, não se enquadrando no conceito de bens e serviços comuns.



Da interpretação da Instrução Normativa nº 7, de 24 de outubro de 2018, verifica-se que para a aquisição de itens que possam ser distribuídos como oferta de experiência em peças de Marketing Promocional, tem o regramento da Lei Geral de Licitações. Percebe-se que a utilização de peças de marketing promocional não pode ser custeada ou contrata sob a égide da Lei 12.232/2010.

Então, na peça “LixoCar” a proposta não poderia orçar a confecção do mesmo para pagamento com os recursos da publicidade, deveria limitar-se a criação de layout. Atuação abrangida pela Lei 12.232/2010. Já despesa para execução deveria ser feita por aquisição do setor que faria a ação educativa com a aquisição pela Lei 8.666/93.

Ainda que alguns gastos com publicidade derivem de determinação legal, expressiva parcela deles decorre de despesas discricionárias com publicidade institucional, que não podem ocorrer ao arpejo da lei, com claro desvio de finalidade. Dentre os desvios de finalidades, que despertam cada vez mais a atenção dos órgãos de fiscalização, dentre os quais o Ministério Público, são os gastos com publicidade que, mesmo revestidos de natureza educativa, informativa ou de orientação social, tal qual impõe a Carta Magna em seu art. 37, §1º, vinculam recursos reclamados por outros segmentos de ação administrativa, como a prestação de serviços públicos de educação e saúde etc.

Registre-se a edição da Lei n. 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, ao mesmo tempo que lançou novas luzes sobre a matéria, trouxe regramento distinto da Lei n. 8.666/93.

A publicidade é tanto um direito do cidadão quanto um dever do gestor público. O princípio da publicidade administrativa encontra previsão no caput do art. 37 da Constituição Federal, sendo aplicável aos poderes de todos os entes federativos, e abrange tanto a administração direta quanto a indireta. É essa a inteligência do texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos arestos, desenvolveu a concepção do princípio da publicidade, trazendo-o para a regência de casos concretos. Por ocasião da análise da constitucionalidade da publicação da remuneração de servidores públicos, a Corte reiterou a relação



indissociável entre o princípio da publicidade, o princípio republicano, destacando que aquele necessariamente informa e norteia a gestão da coisa pública, vejamos:

A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública (BRASIL, STF, 2011).

Portanto, a proposição de peça publicitária “LixoCar”, que é ofertada como um item de durabilidade, contida na proposta técnica da recorrida, demonstra que a mesma deixou de seguir o Edital do certame e descumpriu a norma do artigo 2º, §§ 1º e 2º, da lei 12.232/2010, e como via de consequência deve a licitante DC3, proponente, ser desclassificada do certame nos termos do item 16.1, letra “b”, do Edital.

CONCLUSÃO

Diante da análise acima exposta, em atenção aos princípios da legalidade, competitividade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, razoabilidade, supremacia do interesse público e a busca pela melhor proposta para atender as necessidades da administração pública, de acordo com o que prescreve a lei de licitações e contratos, a jurisprudência e o edital, esta CPL entende por CONHECER o recurso, uma vez que apresentado tempestivamente e, diante de todos os motivos expostos acima, DEFERIR PARCIALMENTE os pedidos formulados:



- 1) Deferindo o pedido de DESCLASSIFICAÇÃO da recorrida DC3 COMUNICAÇÃO LTDA;
- 2) Deferindo o pedido de redução de pontos na proposta técnica da recorrida DC3 COMUNICAÇÃO LTDA., na forma da manifestação da Subcomissão Técnica;
- 3) Indeferindo o pedido de majoração de notas da proposta técnica da recorrente IVO AMARAL PUBLICIDADE LTDA., na forma da manifestação da Subcomissão Técnica.

Desta maneira, nada mais havendo a relatar, submetemos à Autoridade Superior para apreciação e decisão, tendo em vista o princípio do duplo grau de jurisdição e conforme preceitua o art. 109, § 4º, da Lei 8.666/1993.

Sendo assim, fica determinado nova sessão de continuidade do certame para o dia 26 de maio de 2023, às 10:00 horas na Sala de Reuniões do Gabinete do Prefeito, situada na Av. Barão do Rio Branco, n.º 2232, Bairro: Centro, neste Município.

Castanhal (PA), 24 de maio de 2023

Sílvio Roberto Monteiro dos Santos
Presidente da C.P.L.

Kaleo Kelwin Amorim Brito
Secretário da CPL

Marcelo Braga dos Santos
Membro da CPL

Paulo Sérgio Rodrigues Titan
Prefeito Municipal