

Licitações e contratações sob a égide da Lei nº 12.232/2010

Carmen lêda Carneiro Boaventura **@direitosdolicitante**

Advogada. Consultora em Licitações e Contratos Administrativos. Pós-graduada em Direito Administrativo e em Licitações e Contratos Administrativos. Especialista em Licitações na Effecti Tecnologia Web. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos da OAB/Bahia. Palestrante e Mestre de cerimônia em diversos eventos envolvendo licitações e contratos. Instrutora de treinamentos *in company*, autora de diversos artigos jurídicos, notadamente sobre direitos das empresas licitantes e legislação da COVID-19 e idealizadora do perfil @direitosdolicitante no Instagram.

Ronny Charles Lopes de Torres **@ronnycharles**

Advogado da União. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: Leis de Licitações Públicas comentadas (10ª ed.); Direito Administrativo (coautor. 10ª ed.); Licitações e Contratos nas Empresas Estatais (coautor) e Improbidade Administrativa (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm.

1 - INTRODUÇÃO

Como é cediço, constitui competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, conforme determinação constitucional.¹ Diante dessa premissa, convém trazer à baila a Lei nº 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.

¹ Art. 22, XXVII da Constituição Federal: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

O objetivo do presente artigo é traçar linhas gerais sobre o tema, delineando aspectos relevantes quando a matéria envolve licitações para serviços de publicidade. Ressalte-se, por oportuno, que os autores não têm a pretensão de exaurir o conteúdo da referida lei, mas apenas e tão somente destacar reflexões pertinentes ao tema, uma vez que é um assunto pouquíssimo abordado pela doutrina brasileira.

A priori, trataremos sobre conceitos e a abrangência da norma, para logo após, avançarmos sobre as regras que regem o procedimento licitatório e os contratos de serviços de publicidade. Por oportuno, já que estamos diante de uma lei especial, faz-se necessário esclarecer os pontos que se destacam em relação às regras das legislações gerais de licitações, tanto da Lei n° 8.666/93 como também da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n° 14.133/2021.

2 – LICITAÇÕES DE PUBLICIDADE

Para que a Administração Pública possa adquirir bens ou serviços é necessário, excetuadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas em lei, realizar o procedimento licitatório², conforme dispõe o art. 37, inciso XXI da nossa Carta Magna³. Atualmente, na data da publicação do presente artigo, temos um cenário onde há convivência entre os regimes da Lei n° 8.666/93, da Lei n° 14.133/2021, da Lei n° 10.520/2002 e também da Lei n° 12.462/2011⁴.

² BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. Breves Apontamentos sobre a impugnação nos procedimentos licitatórios. Disponível em: www.direitosdolicitante.com/artigos.php Acesso em: 15/05/2022.

³ Art. 37.(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴ Art. 191 da Lei n° 14133/2021. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

A Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/2021 (nova lei de licitações) possuem normas gerais de licitações e contratos, entretanto, para os serviços de publicidade, existe uma Lei própria, uma lei específica para este tipo de contratação, que é a Lei nº 12.232/2010 – objeto deste artigo.

A existência de uma lei com regras especiais sobre as licitações e contratações de publicidade é constitucionalmente legítima, visto que a aprovação de uma Lei sobre licitações não exaure a competência legislativa do Ente federativo. Por isso, pôde o Congresso Nacional, ainda sob o período de vigência da Lei nº 8.666/93 aprovar leis especiais como a Lei do pregão, a Lei do RDC, a Lei das estatais e a Lei nº 12.232/2010 (Licitações e contratações de publicidade).

Assim, diante da necessidade de uma melhor regulação de determinado mercado ou melhor adequação do regime licitatório, para fins de atendimento das necessidades públicas, é constitucionalmente legítimo que o Legislador federal estabeleça regimes especiais de licitação e contratação, com normas que, em muitos casos, possuem natureza jurídica de norma geral e, portanto, são de competência legislativa privativa da União.

Neste ponto, convém frisar que, diante da competência da União para estabelecer regras gerais de licitações e contratos (art. 22, inc. XXVII, CF), a Lei nº 12.232/2010 tem validade tanto para a União como para os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Subordinam-se a tal Lei, ainda, os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes políticos acima referidos.

Pois bem, conforme mencionado alhures, a Lei nº 12.232/2010 dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Logo no art. 2º da Lei há a definição expressa do que se consideram 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.

Ademais, a Lei apresenta um rol de atividades complementares - os serviços técnicos especializados, dentre eles, o pertinente 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.

Um aspecto que merece ressalva é que essas pesquisas e avaliações deverão ter a finalidade específica de aferir o desenvolvimento estratégico, a criação e a veiculação e de possibilitar a mensuração dos resultados das campanhas publicitárias realizadas em decorrência da execução do contrato. Há uma vedação na lei quanto à inclusão nas pesquisas e avaliações de matéria estranha ou que não guarde pertinência temática com a ação publicitária ou com o objeto do contrato de prestação de serviços de publicidade.

Em continuação ao rol de atividades complementares, a lei menciona serviços técnicos especializados pertinentes à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados; e 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.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Desta maneira, a Lei nº 12.232/2010 deixa claro que os contratos de serviço de publicidade terão por objeto as atividades descritas em seu conceito e as atividades complementares acima delineadas, sendo, portanto, vedada a inclusão de quaisquer outras atividades que não estão estabelecidas em Lei. Nessa linha, as licitações para contratação de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, deverão ser realizadas por meio de procedimentos licitatórios próprios, respeitado o disposto na legislação em vigor.

Outrossim, há entendimento do Tribunal de Contas da União⁵ de maneira assertiva sobre o tema:

9. Como bem colocado pela instrução, não é possível equiparar os serviços de assessoria de imprensa a serviços de publicidade, com a consequente utilização de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, ante a vedação contida no art. 2º, § 2º, da Lei 12.232/2010, in verbis: “Art. 2º (...) § 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.” 10. De acordo com a instrução, o mesmo raciocínio se aplica aos serviços de media training e monitoramento de redes sociais previstos no objeto da concorrência em tela, uma vez que não se enquadram na definição de serviços de publicidade constante do art. 2º da Lei 12.232/2010.

Imperioso mencionar ainda que às licitações e contratações regidas pela Lei nº Lei nº 12.232/2010 serão aplicadas a Lei nº 8.666/93 apenas de forma

⁵ Acórdão 1074/2017-Plenário TCU. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Data da publicação: 24/05/2017.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

complementar, uma vez que os serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda têm regulação própria, com regras próprias definidas na Lei especial. A nova lei de licitações, inclusive, estabelece a aplicação de suas regras de forma subsidiária à Lei n° 12.232/2010, conforme previsão do seu art. 186. Ademais, oportuno mencionar a disposição do art. 74, inciso III da nova lei de licitações que veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Outro aspecto interessante que merece destaque é que, de acordo com o parágrafo 3º do art. 2º da Lei, é facultada 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. Trata-se de uma modelagem similar à tratada na Lei n° 14.133/2021, denominada como contratações simultâneas⁶. Na Lei n° 12.232/2010, contudo, 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.

Ademais, uma das características da lei é a de que os contratos só podem ser celebrados por intermédio de agências de propaganda, que além de terem a atividade regulada pela Lei n° 4.680/1965⁷, devem possuir o certificado de qualificação técnica de funcionamento, conforme dispõe o art. 4º. Carvalho Filho⁸ obtempera que o acesso a essa certificação deve ser a mais ampla possível, de maneira que não restrinja a competitividade nessas licitações. Por sua vez, Justen Filho sustenta que “o serviço de publicidade é alicerçado numa pluralidade de informações, acessíveis apenas às empresas especializadas.

⁶ Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excluyente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

⁷ Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências.

⁸ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020. P. 194.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Envolvem o cumprimento de regras de conteúdo e o relacionamento com uma pluralidade de terceiros, também especialistas”⁹.

2.1 – Do procedimento licitatório

Em relação ao procedimento licitatório para contratação de serviços de publicidade, a lei dispõe, respeitadas as modalidades do art. 22 da lei n° 8.666/93, a obrigatoriedade de realização pelos critérios de melhor técnica ou técnica e preço – o que significa concluir que não há possibilidade de licitação pelo critério exclusivamente do preço. Cumpre extrair desta previsão que não há possibilidade de realização de licitação para serviços de publicidade através do Pregão – **primeiro** porque a lei menciona as modalidades da Lei n° 8.666/93, que não inclui o pregão (disciplinado pela Lei n° 10.520/2002) e; **segundo** porque a lei prevê expressamente a obrigatoriedade de realização pelos critérios de melhor técnica ou técnica e preço, e o Pregão, nos moldes da atual conjuntura, adota apenas os critérios de julgamento menor preço ou maior desconto.

Ultrapassada essa observação inicial, passaremos a abordar os critérios trazidos pela Lei n° 12.232/2010 no que tange ao procedimento em si. A lei prevê que os editais deverão obedecer às disposições do art. 40 da Lei n° 8.666/93, com exceção das disposições atinentes aos anexos do edital, o projeto básico e/ou executivo e o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários – já que a lei prevê critérios específicos de apresentação de propostas. Ademais, estabelece um rol de 14 incisos, dos quais nos debruçaremos sobre os mais relevantes a seguir.

O primeiro aspecto que merece destaque diz respeito à apresentação de documentos de habilitação apenas pelos licitantes classificados no julgamento final das propostas. Tal disposição nos remete à inversão de fases prevista na

⁹ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Contratos de publicidade da Administração. Lei 12232/2010. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P.70

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Lei n° 10.520/2002¹⁰, que regulamenta o Pregão, em que as propostas são avaliadas primeiro. Ademais, a lei menciona que as informações suficientes para que os interessados elaborem suas propostas serão estabelecidas em um documento denominado *briefing*.

A proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no *briefing* e de um conjunto de informações referentes ao proponente. Esse conjunto de informações será composto de quesitos destinados a avaliar a capacidade de atendimento do proponente e o nível dos trabalhos por ele realizados para seus clientes¹¹. Além disso, poderão ser fixados o número máximo de páginas de texto, o número de peças e trabalhos elaborados para seus clientes e as datas a partir das quais devam ter sido elaborados os trabalhos, e veiculadas, distribuídas, exibidas ou expostas as peças.

Em relação à forma de apresentação de propostas, a lei prevê que as propostas de preços serão apresentadas em 1 (um) invólucro e as propostas técnicas em 3 (três) invólucros distintos, destinados um para a via não identificada do plano de comunicação publicitária, um para a via identificada do plano de comunicação publicitária e outro para as demais informações integrantes da proposta técnica. Assim, no procedimento para licitação de serviços de publicidade, os licitantes deverão apresentar 4 (quatro) invólucros.

2.1.1 – Da subcomissão técnica

Convém mencionar que as licitações previstas nesta Lei serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial, com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas. No que tange às propostas técnicas, elas serão analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, pelo menos, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação,

¹⁰ Art. 4º inciso XII Lei 10.520/2002: XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

¹¹ Vide art.8º da Lei n° 12.232/2010.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação. Ainda, a lei prevê que os integrantes dessa subcomissão técnica não poderão participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços.

Essa subcomissão fará uma reavaliação da pontuação atribuída a um quesito sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% (vinte por cento) da pontuação máxima do quesito, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações atribuídas, de conformidade com os critérios objetivos postos no instrumento convocatório.

A escolha dos membros da subcomissão técnica dar-se-á por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação, conforme exposto linhas acima.

Com relação ao referido cadastro prévio, embora a Lei nº 12.232/2010 contenha a expressão “previamente cadastrados” (art. 10, § 2º), tem-se entendido que este cadastro não precisa ser específico à finalidade de formação da subcomissão técnica responsável pelo julgamento das propostas técnicas nas licitações destinadas à contratação de serviços de publicidade,” mas tão somente que ele seja prévio, ou seja, que já exista – e que seja pública a sua existência – antes da data do sorteio dos membros da subcomissão¹².

Registre-se a previsão da lei de que a relação desses nomes será publicada na imprensa oficial, em prazo não inferior a 10 (dez) dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio.

¹² TCU. Acórdão 2568/2018 Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Tem-se entendido como possível a formação da subcomissão de avaliação das propostas técnicas apenas com integrantes sem vínculo funcional ou contratual com o órgão ou a entidade promotora do certame, uma vez que inexistente regra legal expressa acerca da necessidade deste vínculo¹³.

Sobre a escolha desses membros da subcomissão técnica, poderá haver impugnação por parte de qualquer interessado, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas antes da sessão pública destinada ao sorteio. Interessante julgado relativo à escolha dos membros reforça inclusive que:

É incabível a escolha ad hoc dos membros que comporão a subcomissão destinada à análise e ao julgamento das propostas técnicas nas licitações para contratação de serviços de publicidade, os quais devem ser escolhidos por sorteio entre profissionais previamente cadastrados (art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei 12.232/2010).¹⁴

Nas licitações previstas nesta Lei, quando processadas sob a modalidade convite¹⁵, a subcomissão técnica, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e sempre que for comprovadamente impossível o cumprimento do disposto acima, será substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo esta, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing¹⁶.

É relevante descrever que as previsões legais do sorteio, da composição por no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão e sobre a impossibilidade de participar da sessão de recebimento e abertura dos invólucros com as propostas técnicas e de preços, tem por finalidade evitar que essas

¹³ TCU. Acórdão 1548/2019 Plenário. Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer

¹⁴ TCU. Acórdão 2250/2018-Plenário TCU. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Data de publicação: 26/09/2018.

¹⁵ Bom frisar que, com a revogação da Lei n. 8.666, de 1993, a modalidade convite deixará de ser adotada nas licitações públicas, uma vez que ela não consta no rol de modalidades da Lei n. 14.133, de 2021.

¹⁶ §10 art. 10 Lei 12.232/2010.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

pessoas escolhidas busquem interesses escusos, de alguma agência de publicidade específica, direcionando a licitação e/ou efetuando julgamentos favorecidos nas propostas técnicas.

2.1.2 – Do processamento e julgamento da licitação de serviços de publicidade

O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento previsto na Lei 12.232/2010: inicialmente, os invólucros com as propostas técnicas e de preços deverão ser entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório. Os invólucros padronizados com a via não identificada do plano de comunicação publicitária só serão recebidos pela comissão permanente ou especial se não apresentarem marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro elemento capaz de identificar a licitante, prezando pelo princípio da ampla competitividade entre os licitantes e o julgamento impessoal e objetivo.

Após esse recebimento, ocorre a abertura dos 2 (dois) invólucros com a via não identificada do plano de comunicação e com as informações do proponente, em sessão pública, pela comissão permanente ou especial. Posteriormente, há o encaminhamento das propostas técnicas à subcomissão técnica para análise e julgamento. Aqui percebe-se a intenção do legislador em não permitir que os membros da subcomissão técnica saibam quem são os autores do plano de comunicação, posto que recebem a via não identificada. Assim, dificulta-se ainda mais a corrupção e a fraude no procedimento, além e promover a imparcialidade no julgamento da proposta técnica. Este também é o entendimento de Nieburh¹⁷:

¹⁷ NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. P. 645.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Quer-se que a avaliação técnica seja realizada às cegas no tocante aos seus autores e determinada pelo conteúdo das propostas e soluções e não pela identidade da agência de publicidade que o produziu. Dessa sorte, para fazer com que os responsáveis pela avaliação técnica não conheçam a identidade dos licitantes, o legislador tornou obrigatória a padronização dos elementos formais dos planos de comunicação.

Haverá, portanto, uma análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório. Ao final, haverá a elaboração de ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso.

De igual maneira, no que se refere às informações do proponente, haverá uma análise individualizada e julgamento dos quesitos, desclassificando-se as que desatenderem quaisquer das exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório bem como elaboração de ata de julgamento e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso.

A sessão pública ocorrerá para apuração do resultado geral das propostas técnicas, com os seguintes procedimentos¹⁸: a) abertura dos invólucros com a via identificada do plano de comunicação publicitária; b) cotejo entre as vias identificadas e não identificadas do plano de comunicação publicitária, para identificação de sua autoria; c) elaboração de planilha geral com as pontuações atribuídas a cada um dos quesitos de cada proposta técnica; e d) proclamação do resultado do julgamento geral da proposta técnica, registrando-se em ata as propostas desclassificadas e a ordem de classificação.

¹⁸ Inciso VII, art. 11 Lei 12.232/2010.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Haverá a publicação do resultado do julgamento da proposta técnica, com a indicação dos proponentes desclassificados e da ordem de classificação organizada pelo nome dos licitantes, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Além disso, haverá a abertura dos invólucros com as propostas de preços, em sessão pública, obedecendo-se ao previsto nos incisos II, III e IV do § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nas licitações do tipo “melhor técnica”, e ao disposto no § 2º do art. 46 da mesma Lei, nas licitações do tipo “técnica e preço”¹⁹.

Será publicado o resultado do julgamento final das propostas, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e convocação dos licitantes classificados no julgamento final das propostas para apresentação dos documentos de habilitação. Em seguida, haverá o recebimento e abertura do invólucro com os documentos de habilitação dos licitantes, em sessão pública, para análise da sua conformidade com as condições estabelecidas na legislação em vigor e no instrumento convocatório.

Ao final, haverá decisão quanto à habilitação ou inabilitação dos licitantes, e abertura do prazo para interposição de recurso, nos termos da alínea a do inciso I do art. 109 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Reconhecida a habilitação dos licitantes, será homologado o procedimento e adjudicado o objeto licitado. É perceptível destacar que, durante o procedimento, é assegurado o direito à interposição de manifestação do licitante através de recurso, seja em relação ao julgamento da proposta técnica, em relação à proposta de preço, seja em relação à decisão sobre a habilitação, em perfeita consonância com os ditames constitucionais.

¹⁹ Importante destacar que, com a revogação da Lei n. 8.666/93, deverão ser aplicadas as regras recursais pertinentes, previstas na Lei n. 14.133/2021, tendo em vista o disciplinado em seu artigo 189, segundo o qual a NLLCA será aplicável às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

2.1.3 – Do Plano de Comunicação Publicitária

O plano de comunicação publicitária é um documento que deve fazer parte da proposta técnica do proponente, conforme mencionado alhures. Deverá ser apresentado em 2 (duas) vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com a identificação, sendo que será vedada a aposição, a qualquer parte da via não identificada do plano de comunicação publicitária, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro.

O art. 7º da lei destaca quais elementos devem fazer parte do plano de comunicação publicitária, senão vejamos: a) **raciocínio básico**, sob a forma de texto, que apresentará um diagnóstico das necessidades de comunicação publicitária do órgão ou entidade responsável pela licitação, a compreensão do proponente sobre o objeto da licitação e os desafios de comunicação a serem enfrentados; b) **estratégia de comunicação publicitária**, sob a forma de texto, que indicará e defenderá as linhas gerais da proposta para suprir o desafio e alcançar os resultados e metas de comunicação desejadas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação; c) **ideia criativa**, sob a forma de exemplos de peças publicitárias, que corresponderão à resposta criativa do proponente aos desafios e metas por ele explicitados na estratégia de comunicação publicitária; e d) a **estratégia de mídia e não mídia**, em que o proponente explicitará e justificará a estratégia e as táticas recomendadas, em consonância com a estratégia de comunicação publicitária por ela sugerida e em função da verba disponível indicada no instrumento convocatório, apresentada sob a forma de textos, tabelas, gráficos, planilhas e por quadro resumo que identificará as peças a serem veiculadas ou distribuídas e suas respectivas quantidades, inserções e custos nominais de produção e de veiculação.

Ademais, o formato para apresentação pelos proponentes do plano de comunicação publicitária será padronizado quanto a seu tamanho, a fontes tipográficas, a espaçamento de parágrafos, a quantidades e formas dos exemplos de peças e a outros aspectos pertinentes, com exceção da elaboração das tabelas, planilhas e gráficos integrantes do plano de mídia e não mídia, em

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

que os proponentes poderão utilizar as fontes tipográficas que julgarem mais adequadas para sua apresentação.

O invólucro destinado à apresentação da via não identificada do plano de comunicação publicitária será padronizado e fornecido previamente pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, sem nenhum tipo de identificação. A via identificada do plano de comunicação publicitária terá o mesmo teor da via não identificada, sem os exemplos de peças referentes à ideia criativa.

3 – DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

É interessante destacar o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLCA). Esta, a Lei nº 14.133, publicada em 01 de abril de 2021, determina em seu art. 186 que se aplicam as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010 – objeto de análise no presente artigo.

Ainda, dispõe o art. 189 que às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 deve ser aplicada a Lei 14.133/2021. Assim, entende-se que, após 01 de abril de 2023, com a revogação da Lei 8.666/93, onde houver referência a este diploma, deve ser aplicada a regra pertinente da NLLCA. Esta previsão da Lei nº 14.133/2021 deve ser adotada quando houver compatibilidade nesta recepção; nos casos de incompatibilidade, deverá o aplicador do Direito construir soluções jurídicas²⁰ que possam viabilizar a aplicação do Direito ao caso concreto.

Feita essa consideração, passaremos a citar aspectos relativos à execução dos contratos de publicidade.

A definição do objeto do contrato de serviços previstos nesta Lei e das cláusulas que o integram dar-se-á em estrita vinculação ao estabelecido no instrumento convocatório da licitação e aos termos da legislação em vigor. Ademais, há consideração de que as informações sobre a execução do contrato,

²⁰ TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, p.849.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

com os nomes dos fornecedores de serviços especializados e veículos, serão divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o livre acesso às informações por quaisquer interessados. Essa disposição é interessante pois reforça a publicidade desses contratos celebrados. E outra consideração é a de que as agências contratadas deverão, durante o período de, no mínimo, 5 (cinco) anos após a extinção do contrato, manter acervo comprobatório da totalidade dos serviços prestados e das peças publicitárias produzidas.

O TCU, anteriormente, já havia externado posição de que os serviços complementares prestados por empresas subcontratadas das agências de publicidade, que não fossem da prestação dos serviços de veiculação, não poderiam ser faturados diretamente em nome do órgão ou entidade da Administração Pública contratante, por falta de amparo legal²¹. Contudo, mais recentemente, o Tribunal parece ter adotado orientação diferente.

Nesta nova linha, em Acórdão relatado pelo Ministro Bruno Dantas, o Plenário do TCU entendeu que:

²¹ TCU. Acórdão 720/2018 Plenário. Consulta, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

Na execução de contrato de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda, as notas fiscais dos fornecedores dos serviços especializados identificados no art. 2º, § 1º, da Lei 12.232/2010 podem ser emitidas diretamente em nome do órgão contratante, à semelhança do que ocorre com os serviços de divulgação, cabendo à agência contratada: i) receber e consolidar as notas fiscais de prestadores de serviços especializados, como também dos serviços de veiculação, em fatura ou documento de cobrança à parte e encaminhá-lo à Administração juntamente com a nota fiscal pelo valor dos seus honorários e comissões; ou ii) emitir sua própria nota fiscal consolidada em nome da Administração, discriminando seus honorários e comissões, além dos serviços de terceiros, e apresentá-la atrelada às notas fiscais de origem e aos documentos de comprovação da execução dos serviços, para ser liquidada e paga pela Administração diretamente à agência contratada, deduzidas as retenções tributárias devidas na proporção das receitas de cada qual, ficando a agência responsável pela apropriação de sua própria remuneração (honorários e comissões, quando houver) e pelo repasse do quinhão das receitas devidas aos fornecedores de serviços especializados e aos veículos de divulgação²².

É importante salientar, por fim, que as agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados²³. O desrespeito constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

²² TCU. Acórdão 699/2022 Plenário. Consulta, Relator Ministro Bruno Dantas.

²³ §2º art. 18 da Lei nº 12.232/2010.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

É válido pontuar que, com a revogação da Lei n. 8.666/93, o que, *a priori*, deverá ocorrer no dia 01 de abril de 2023²⁴, será aplicado o regime sancionatório previsto na Lei n. 14.133/2021, para as posteriores licitações e contratações de publicidade, tendo em vista o disciplinado no artigo 189 da NLLCA, segundo o qual ela será aplicável às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

4 – CONCLUSÃO

É notório que, muito embora já tenhamos mais de 10 anos da sua vigência, a Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010 é pouco discutida na doutrina brasileira. Trata-se de um regime jurídico específico, quando o assunto envolve serviços de publicidade, prestados por intermédio de agência de propaganda, conforme determina a referida lei.

Há um procedimento licitatório com regras especiais, ínsitas à natureza da prestação de serviço e à organização peculiar deste mercado, o qual, porém, deve se submeter aos limites trazidos pelos princípios que norteiam a Administração Pública. Por este motivo inclusive, é preciso debruçar-se com cautela sobre este diploma normativo. Esta recomendação é importante tanto pelas empresas licitantes, que necessitam conhecer o procedimento para efetivar contratações cujo objeto seja serviço de publicidade; como também pelos membros da Administração Pública, que devem apoiar-se em pessoas que tenham entendimento técnico, inclusive para julgar as propostas inerentes a esse procedimento peculiar.

Nessa linha, o presente artigo objetivou, de forma clara e concisa, abordar as principais disposições trazidas pela Lei nº 12.232/2010, com o desafio de

²⁴ Nesta linha a regra preconizada pelo artigo 193 da Lei n. 14.133, de 2021:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010

Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Ronny Charles Lopes de Torres

identificar os limites de aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 às licitações e contratações de serviços de publicidade, bem como pontuar a necessidade de reflexão sobre as adaptações deste modelo de licitação às alterações decorrentes da revogação do anterior estatuto geral de licitações, pela Lei nº 14.133/2021.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. **Breves Apontamentos sobre a impugnação nos procedimentos licitatórios.** Disponível em: www.direitosdolicitante.com/artigos.php Acesso em: 15/05/2022.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à Lei de Contratos de publicidade da Administração.** Lei 12232/2010. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBUHR. Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas.** 12ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

Publicado em 23/08/2022.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

BOAVENTURA; Carmen Iêda Carneiro. TORRES; Ronny Charles Lopes de. **LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES SOB A ÉGIDE DA LEI N° 12.232/2010.** Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.