

Vitória, 30 de maio de 2022.

Ilustríssimo Presidente da Comissão Permanente de Licitações do Banestes

Assunto: Impugnação à LICITAÇÃO BANESTES PELO MODO DE DISPUTA ABERTO Nº 002/2022

Prezado Senhor Presidente,

O SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO – SINAPRO-ES com sede na Av. Leitão da Silva – nº 180 – sala 102 – Praia do Suá – Vitória - ES, inscrito no CNPJ 30.778.773/0001-64 como Entidade Sindical de 1º Grau, representante da categoria econômica das Agências de Propaganda no estado vem, respeitosamente, **IMPUGNAR** a licitação tida na forma da LICITAÇÃO BANESTES PELO MODO DE DISPUTA ABERTO Nº 002/2022, no intuito de contratação das agências de publicidade, conforme chegou a nosso conhecimento a partir do Edital publicado no sítio eletrônico deste órgão.

1. Inicialmente quanto à tempestividade da impugnação fundamentamo-nos no item 27.1 do presente edital, que importam prazo para impugnação até o 5º dia útil anterior à abertura das propostas, que ocorrerá no dia 06/06/2022, estando a presente impugnação de acordo com a previsão editalícia.
2. Isto posto, uma vez apresentada a presente impugnação dentro do prazo previsto no dispositivo supracitado a mesma deve ser recebida e processada, para que sejam analisados os argumentos abaixo expendidos e julgados em até 3 dias úteis, conforme item 27.1.2 do referido edital.
3. É mister trazer a baila que, a licitação constitui-se em procedimento administrativo obrigatório, consoante prega o art. 37, XXI, da Constituição Federal, nas contratações da Administração Pública, tendo por finalidade à obtenção da proposta mais vantajosa, assegurada, em todo caso, a isonomia de tratamento aos interessados.

4. Para subsidiar análise, permita-nos apresentar singela descrição do funcionamento do mercado de publicidade e propaganda, sob a égide da Lei Federal nº 4.680/1965 e **Lei Federal nº 12.232/2010**, do Decreto Federal nº 57.690/1966, alterado pelo Decreto Federal nº 4.563/2002, e das **Normas - Padrão da Atividade Publicitária** (CENp), tornadas de aplicação obrigatória por este último decreto.
5. A Lei Federal nº 4.680/65, *in verbis*, estabelece a atividade inerente à agência de publicidade e propaganda:

*"Art. 3º A **Agência de Propaganda** é pessoa jurídica, ... VETADO ..., e **especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e DISTRIBUI PROPAGANDA AOS VEÍCULOS DE DIVULGAÇÃO, por ordem e conta de clientes anunciantes**, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público." (grifamos)*

6. O Decreto Federal nº 57.690/66, *in verbis*, que regulamenta a legislação acima, estabelece a atividade da agência de publicidade e propaganda:

*"Art. 6º Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através, de profissionais a seu serviço, **estuda, concebe, executa e DISTRIBUI PROPAGANDA AOS VEÍCULOS DE DIVULGAÇÃO, por ordem e conta de clientes anunciantes**, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem. (grifamos)*

(...)

*Art. 7º **Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão**, com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob no 263447, 263446 e 282131." (grifamos)*

7. Já a Lei Federal nº 12.232/2010, conceitua tais serviços como:

*"Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integralmente 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.” (grifo nosso)

8. As Normas-Padrão da Atividade Publicitária do Cenp, instituída por lei, em seu item 3.1, também estabelece o campo de atuação da agência de publicidade e propaganda, qual seja a criação, produção e veiculação, senão vejamos:

"3.1. Toda Agência, habilitada e certificada em conformidade com o item 2.5 e subitens destas Normas-Padrão, deve estar capacitada a prestar a seu Cliente os seguintes serviços, além de outros que constituam seu desdobramento natural ou que lhes sejam complementares, agindo por conta e ordem do Cliente/Anunciante:

3.1.1. Estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;

3.1.2. Identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;

3.1.3. Identificação e análise das ideias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;

3.1.4. Exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

*3.1.5. Elaboração do plano publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (**Criação**) e o estudo dos meios e Veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados (planejamento de Mídia);*

*3.1.6. Execução do plano publicitário, incluindo **orçamento e realização das peças publicitárias (Produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de Mídia)**, e o no pagamento das faturas."*

9. De acordo com as legislações acima, o serviço desenvolvido pela agência de publicidade e propaganda é o estudo, a concepção, a execução e a distribuição de mídia aos veículos de divulgação, frisa-se, por ordem e conta de clientes anunciantes.

10. A forma de remuneração é variável de acordo com os serviços prestados pela agência, de modo que existe a remuneração por custos internos (serviços executados pelo pessoal e/ou com os recursos da própria agência de publicidade) que são remunerados de acordo com os parâmetros referenciais, estabelecidos pelo SINAPRO-ES, em tabela de preços confeccionada anualmente; os custos externos (os serviços contratados junto a fornecedores/terceiros

especializados para a execução dos trabalhos) são orçados e aprovados pelo cliente, e posteriormente pagos de acordo com os orçamentos; **já os serviços de veiculação (distribuição em mídia), o regulamento prevê que a agência de publicidade e propaganda seja remunerada por meio do desconto-padrão, ou seja, o abatimento concedido, com exclusividade, pelo veículo de comunicação à agência de publicidade, a título de remuneração,** pela criação/produção de conteúdo e intermediação técnica entre cliente e o anunciante.

11. É dizer que para a veiculação de mídia o preço é estabelecido pelo direito positivado, o que já foi reconhecido pela esfera Federal conforme a Nota Técnica 23/2008 exarada pela Secretaria de Comunicação Social, Secretaria de Gestão, Controle e Normas do Departamento de Normas da Presidência da República.

Saliente-se que o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou a SECOM, no item 9.1.1 do Acórdão 2062/2006-Plenário, que observe os ditames da Lei 8.666/93 e os estritos termos da Lei 4.680/65 com vistas a fixar a remuneração devida às agências de publicidade.

Evidente que, se há normas específicas para fixação da remuneração das agências de propaganda no âmbito do direito material, revela-se impossível sua contratação pelo tipo menor preço, único critério possível de ser adotado na modalidade pregão.

Lembre-se também que a complexidade e peculiaridades dos serviços de publicidade realizados por agência de propaganda, que levou o TCU a determinar que se aplique a Lei 4.680/65, teve origem no parecer do Ministério Público daquela Corte de Contas[...]

12. O parágrafo único do art. 11 da Lei nº 4.680/65, dispõe que o desconto devido às Agências de Propaganda será fixado pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

Parágrafo único. Não será concedida nenhuma comissão ou desconto sobre a propaganda encaminhada diretamente aos veículos de divulgação por qualquer pessoa física ou jurídica que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda, como definidos na presente Lei.

(grifamos)

13. Conforme determinado na legislação acima, é vedado ao veículo de comunicação a concessão de desconto para clientes que não se enquadre na classificação de Agenciador de Propaganda ou Agências de Propaganda.
14. Quadra ressaltar, em que pese a distribuição da mídia ser realizada exclusivamente pela agência de publicidade, não haverá aumento de despesa, pois o valor a ser pago pelo cliente

não poderá ser negociado com o veículo de comunicação, nos termos do art. 11 da Lei 4.680/65.

15. É dizer que a remuneração da agência de propaganda é previsto na própria legislação e não se trata de remuneração direta, mas através de desconto-padrão fornecido pelo próprio veículo, o que sequer pode ser alterado, pois consectário legal positivado.
16. A priori, os serviços de criação e produção, o planejamento e distribuição (veiculação) de mídia ao veículo de comunicação é competência exclusiva da agência de publicidade e revolve atividade técnica complexa. De modo que há a necessidade de se verificar a qualidade técnica do prestador de serviços, o que atrai a contratação de agência, mesmo que para exclusivamente a execução de veiculação de mídia, nos termos da Lei 12.232/10.
17. Assim, cabe dizer que a Agência de Publicidade deve seguir as normas padrão que regem a atividade, conforme já listamos. Ademais, o próprio edital exige que a agência contratada possua Certificado de Qualificação emitido pelo Cenp.
18. Pois bem, o item 4.4 das Normas Padrão da Atividade Publicitária (Cenp) estabelece que:

4.4 A Agência poderá reverter a seu Cliente parcela do "desconto padrão de agência" a que fizer jus, **observados os parâmetros contidos no ANEXO "B"**
-
SISTEMA PROGRESSIVO DE SERVIÇOS/BENEFÍCIOS, os quais poderão ser revistos pelo Conselho Executivo do CENP.

19. Observando o Anexo-B referido no item supracitado, este estabelece regras para que haja a progressividade da reversão do desconto-padrão ao cliente, proporcional à verba contratada.
20. No presente Edital, ao estabelecer a forma de remuneração das contratadas, no item 8.1, foram observados as disposições do Edital SECOM/ES 001/2019. Desta feita a reversão do desconto-padrão estipulada observou o que previa o edital anterior da Secretaria de Comunicação Estadual. Especificamente em sua alínea "c", determinando uma reversão de desconto-padrão na monta de 2/5 (dois quintos) sobre o valor de tabela dos veículos.
21. Ocorre que a Concorrência 001/2019 SECOM/ES previa um valor de contratação muito superior ao presente, e observou a alíquota progressiva de reversão, conforme o Anexo-B das Normas Padrão.
22. **Se observado corretamente o Anexo-B no presente edital, para os valores pretendidos para contratação pelo Banestes, a reversão do desconto estaria limitada a 3%, o que equivale a 3/20 (três vinte avos) do desconto-padrão de agência, muito abaixo da previsão estipulada de 2/5 (dois quintos).**

23. Ao utilizar o parâmetro utilizado pelo Governo do Espírito Santo o Banestes não adequou a reversão do desconto-padrão ao referido anexo das normas padrão estando em desacordo com o que prevê o Cenp. De modo que qualquer agência que praticar a devolução pretendida pelo edital estará descumprindo os parâmetros estabelecidos pela norma padrão em seu item 4.4 e Anexo-B, e cometerá infração ao regramento estabelecido pelo Cenp e pode acarretar na cassação da Certificado de Qualificação Técnica fornecido pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão. Sem o qual a agência estaria em desacordo com o próprio edital impugnado.
24. Além disso existe uma importante limitação para a aplicação do desconto-padrão em concorrências que praticam contratação de pluralidade de agências. O item 1.2, subitem e) do adendo do Anexo-B do Manual de Normas Técnicas do CENP impõe que **a aplicação do retorno do desconto-padrão só é aplicável para as agências que possuem acima de 15% (quinze por cento) da conta.**
25. Deste modo, como o edital prevê que haverá concorrência interna entre as licitantes vencedoras, **falta previsão para que no processo de seleção interno das agências exista um modelo garantia de que a agência possuirá o percentual mínimo da conta, ou um formato de devolução do retorno caso não atinja o limite dos 15% previstos no Anexo-B.**
26. Em resumo, conforme exposto, verificamos que além de a Legislação determinar obrigatoriamente como ocorre a forma de remuneração das Agências de Publicidade quando da veiculação de mídia lidando com fornecedores, uma vez que diante de um rol de atividades técnicas que são exigidas pela agência conforme as Normas Padrão do Cenp, que apontam à técnica publicitária. Caso a agência deixe de observar tais critérios, a mesma será excluída do Cenp e sofrerá processo disciplinar pelos órgãos de controle como este Sindicato.
27. Fato é que a contratação por força da lei de regência não impede que esta entidade utilize-se sem qualquer prejuízo à economicidade dos serviços prestados pela agência de publicidade para a execução de mídia com planejamento, orçamento, compra, distribuição e controle da publicidade nos veículos contratados. Pois, a forma de remuneração é critério legal, e as normas se aplicam especificamente à cada etapa: custos internos, custos externos e veiculação.
28. Vale destacar ainda que o contexto histórico sob o qual foi elaborada a Lei 12.232/2010 refere-se a uma conquista na transparência pública da contratação por entes públicos. Surgiu de uma demanda popular após noticiados em rede pública escândalos acerca da utilização de verbas públicas com publicidade e propaganda. A aplicação da referida norma possui um peso social e político que revolvem a moralidade e a transparência, bem como são medidas da legalidade pública.
29. **Isto posto, resta impugnada a presente tomada de preços, pois prevê a concessão de descontos na forma de remuneração das agências, que é prevista por lei, a qual**

não pode ser alterada, sob pena de ferir o regramento CENp, que inclusive é critério essencial previsto pelo próprio edital.

30. **Por esta razão, devem ser alterados e complementados termos do presente edital, para que se adequem às normas de regência e ao modelo proposto de contratação, com pluralidade de agências vencedoras e processo de seleção interna, no que concerne à reversão do desconto-padrão das agências.**
31. Por fim, nos colocamos a disposição para prestar qualquer auxílio que eventualmente seja necessário no deslinde das futuras contratações e em outras questões quaisquer atinentes à área de publicidade e propaganda.

**SINAPRO-ES
SINDICATO DAS AGÊNCIAS DE PROPAGANDA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO**



**ARTHUR PINTO DE ANDRADE
OAB-ES 19.667**