

Considerações sobre a Fase Preparatória nas Contratações de Serviços de Publicidade pela Lei nº 12.232/2010

Por Angelina Leonez¹ e Ádila Gonçalves da Rocha²

A Lei nº 12.232, de 20 de abril de 2010, inaugurou um procedimento próprio para a contratação de serviços de publicidade. É certo que desde a sua publicação o normativo conferiu às agências de propaganda as prerrogativas necessárias ao desenvolvimento exclusivo de tais serviços, se prestados de forma integrada, além de estabelecer o atributo da técnica como fator imprescindível ao julgamento do certame.

Por possuir características bem particulares, a legislação dispensou alguns procedimentos obrigatórios, comuns às contratações de demais produtos e serviços e essenciais à escolha da melhor solução a ser licitada. Isto fica patente ao observarmos o que dispõe o Art. 6º da referida lei:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

Neste segmento, o Tribunal de Contas da União – TCU possui vasta jurisprudência, da qual cita-se trecho do Acórdão nº 2.062/2006 – Plenário, cujos termos culminaria posteriormente em muitos dispositivos da lei:

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

¹ Especialista em Gestão Pública e Gestão Estratégica de Pessoas. Pós-graduanda em Licitações e Contratos e Graduada em Administração pela UFRN. Servidora de órgão Federal, atuando como Pregoeira, Presidente da Comissão Permanente de Licitações, e Coordenadora de Licitações, Compras e Contratos. Autora de artigos e e-books sobre o tema Planejamento das Contratações, dentre outros materiais, palestrante e facilitadora na área de contratações públicas. Colunista do Portal Sollicita da coluna "Discutindo sobre Planejamento" e do Observatório da Nova Lei de Licitações da Editora Forum, Conteudista da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, e membra do Instituto Nacional da Contratação Pública – INCP.

² Advogada. Pós-graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Público – IDP. Desde 2016 atuando na área de contratações de serviços de publicidade e demais ferramentas de comunicação, em âmbito público federal, e na análise e elaboração de normativos aplicados à matéria. Durante os anos de 2019 a 2021 atuou Coordenadora-Geral de Orientações Normativas para Comunicação e Contratos na Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República – SECOM-PR. Atualmente desempenhando atividades de Analista e Consultora de Contratos na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

efetiva a medida proposta, exigir-se-iam ações desproporcionais à capacidade técnica e operacional dos órgãos de controle no sentido da verificação de seu cumprimento. (TCU, Relatório do TC nº 013.142/2005-4, Acórdão nº 2.062/2006 – Plenário, DOU de 15.03.2006)

As exceções referidas pelo legislador no dispositivo acima citado dizem respeito à elaboração do projeto básico e/ou executivo e ao orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários.

Com isso, para contratação de serviços de publicidade poder-se-ia inferir que o órgão ou entidade contratante só estaria obrigado a observar, na fase preliminar da contratação, os termos e as condições a serem consignadas no instrumento convocatório, as cláusulas da minuta de contrato, as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação, conforme inteligência do mesmo Art. 40, §2º, III e IV.

Quando da edição da Lei nº 12.232/2010, a Lei nº 8.666/1993 já havia, de forma menos expressa do que hoje a nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC traz (Lei nº 14.133/2021), inaugurado conceitos jurídicos aplicáveis às licitações públicas, dentre eles elementos necessários à consecução da fase inicial do certame que atualmente configuram, de forma inequívoca, a denominada Fase de Planejamento da Contratação.

Tais aspectos encontram-se distribuídos entre os artigos 6 e 7º, senão vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

Art. 7º (...)

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, (...).

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o [art. 165 da Constituição Federal](#), quando for o caso.

Observa-se, portanto, que mesmo de uma forma generalista a Lei nº 8.666/1933 trouxe aos agentes públicos o dever de preparar a fase inicial, de modo que fosse possível a estruturação da solução mais adequada. E isto, em regra, aplica-se a qualquer contratação, inclusive àquelas destinadas aos serviços de publicidade.

Em 2010, ao inovar na ordem jurídica por ocorrência da publicação da Lei nº 12.232, continuava a Administração atrelada a tais dispositivos e ao princípios neles insculpidos, sobretudo quando o próprio normativo previu a aplicação complementar da Lei nº 8.666/1993: “Art. 1º. § 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”.

Apesar do imperativo trazido pela nova legislação, as informações e os elementos hábeis ao suporte da fase preliminar nas contratações de serviços de publicidade não figuravam com a devida marcação e/ou não eram muito bem definidos no decorrer da instrução processual, carecendo o processo administrativo dos elementos cruciais à boa continuidade da contratação.

A dispensa da elaboração do projeto básico, que até pouco tempo atrás era o documento onde as informações mais importantes da contratação se encontravam, contribuiu muito para tal prática.

Isto deu-se em virtude das disposições da Lei nº 12.232/2010 e pelas peculiaridades desse tipo de contratação que, em grande parte, levou os agentes públicos a dispor muita atenção em determinados documentos, como o briefing, por exemplo, e negligenciarem outros.

Tais reflexões decorrem, sobretudo, da essência das contratações de serviços de publicidade, que está fincada no elemento ‘técnica’ e que faz com que o olhar dos agentes públicos e, por conseguinte, das agências de propaganda licitantes estejam voltados à

construção / solução do problema de comunicação, preterindo, assim, os demais procedimentos.

No entender de Rafael Wallbach Schwind tal cultura é observada da seguinte forma:

(..). A obrigatoriedade legal na adição dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” na contratação de serviços de publicidade, por sua vez, tem o claro intento de fazer com que a Administração se valha da criatividade das agências de propaganda na elaboração das propostas técnicas. Esse mecanismo é bastante proveitoso na contratação de serviços de publicidade em que necessariamente deve haver um espaço significativo ao exercício da criatividade. Se a Administração formulasse um objeto específico, sem qualquer margem à inovação por parte das licitantes, a disputa se resumiria à proposta comercial, o que poderia privar o estado de determinadas soluções criativas e possivelmente mais vantajosas à Administração.³ (2012, p.4).

Desta maneira, cabe, ainda, aos agentes públicos nas contratações de serviços de publicidade, embora haja justificativas de toda ordem, a preparação de documentos que embasem o certame e que deem sustentação aos critérios legais à existência de uma pretensa despesa pública, especialmente: a solução escolhida para o atendimento da necessidade, a previsão de recursos orçamentários e a vinculação ao planejamento estratégico do órgão ou entidade.

Anos se passaram e em 2017 o cenário das contratações públicas começa a ser aperfeiçoado, sobretudo com as distinções e definições trazidas pela Instrução Normativa SEGES/MP nº 5/2017, que dispôs sobre os procedimentos a serem observados, de forma obrigatória, por toda a administração, marcando de forma específica cada fase do certame licitatório.

No tocante à fase preliminar, o normativo trouxe capítulo específico para tratar do procedimento da contratação, no qual a Fase de Planejamento comportaria a elaboração das seguintes etapas: Estudos Preliminares, Gerenciamento de Riscos e Termo de Referência ou Projeto Básico.

No que tange à elaboração dos Estudos Preliminares, em 2020 o conteúdo constante da IN nº 5/2017 foi substituído pelo constante da Instrução Normativa – SEGES/ME nº 40, de 22 de maio de 2022, que tratou de forma específica sobre essa fase e a elaboração do documento. Posteriormente, a Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022, destacou alguns conceitos nos moldes da NLLC, e trouxe outros elementos da contratação a serem registrados no documento.

Tendo por base os conceitos obrigatórios já estabelecidos pela lei de licitações, resta evidente que para as contratações de serviços de publicidade os agentes sigam as mesmas normas.

³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Breves comentários à nova Lei de Licitações de serviços de publicidade – Lei n. 12.232/2010. Revista Síntese de Licitações, Contratos e Convênios, v. 2, n. 7, p. 215-219, fev./mar.2012, p. 04.

Sabe-se, porém, que ao dispensar alguns artefatos, a Lei nº 12.232/2010 demandou a elaboração de outros documentos em substituição aos tradicionais, todavia não dispensou a elaboração dos estudos que embasassem esse tipo de contratação.

Sendo assim (entendendo que a fase preliminar se aplica de forma geral, salvo as exceções, a toda contratação pública), passamos a tratar de forma prática como, em uma contratação de serviços de publicidade, o documento Estudo Técnico Preliminar deve ser elaborado.

A IN/SEGES-ME nº 58/2022 assim conceitua o Estudo Técnico Preliminar - ETP: “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento da uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, o termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

Como já relatado, é certo que nas contratações de serviços de publicidade não há a figura do tão conhecido Projeto Básico, sendo substituído pelo documento denominado briefing. Assim, o *briefing* é o documento onde constará as informações suficientes para que os licitantes interessados elaborem as suas propostas. Neste sentido, o Art. 6º, da Lei nº 12.232/2010, assim dispõe:

Art. 6º (...):

II - as informações suficientes para que os interessados elaborem propostas serão estabelecidas em um *briefing*, de forma precisa, clara e objetiva;

Em outras palavras, o *briefing* é o guia necessário às licitantes, de modo que estas possam elaborar e apresentar um plano de comunicação que demonstre a sua capacidade técnica de identificar os problemas, analisar dados, interpretar cenários e superar o desafio proposto.

Portanto os ETP's das contratações de serviços de publicidade devem visar, sobretudo, no problema proposto no *briefing*. Ou seja, é a aferição do melhor problema a ser proposto à solução das agências de propaganda licitantes.

Isto porque, diferentemente das demais contratações, o estudo preliminar aqui visa à proposição de um problema e não a solução deste, porquanto às agências de publicidade cabe a resolução dos problemas de comunicação postos.

Isto se dá, pois nos contratos de publicidade não há uma definição de quais serviços, produtos e/ou campanhas publicitárias serão desenvolvidas ao longo da execução, portanto, a necessidade inicial e principal do órgão com a contratação é a de comunicar.

A partir da contratação, será a agência de publicidade que, com base na necessidade e/ou oportunidade de comunicação, apresentará ao órgão: “o que comunicar, a quem comunicar, quais meios utilizar e como divulgar a comunicação”.

O que se quer com tais explicações é esclarecer que a equipe de planejamento da contratação de serviços de publicidade não deve, *a priori*, resolver problemas, pois a própria

Lei nº 12.232/2010 asseverou que as agências de propaganda são o ramo do mercado especializado na arte e na técnica publicitária, que realizam, de forma integrada, “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” (Art. 2º).

Para tratar de maneira prática os pontos a serem abordados em um Estudo Técnico Preliminar para a contratação de serviços de publicidade, deve-se ter por parâmetro os elementos dispostos nos incisos do art. 9º da IN/SEGES-ME nº 58/2022.

Importante registrar ainda que, para as contratações de serviços de publicidade serão utilizados apenas os elementos de caráter obrigatório, quando cabíveis, à vista da inaplicabilidade dos demais, considerando a natureza do objeto.

São eles, portanto:

- a. A necessidade central quando se visa contratar agências de publicidade é a de comunicar. *A priori*, os problemas de comunicação do órgão, conforme acima relatado, serão resolvidos pelas agências contratadas. O órgão ou entidade contratante deverá valer-se dos argumentos pelos quais a necessidade de comunicar surgiu. O interesse público pode ser extraído da missão institucional para a qual o órgão se presta, ou seja, para dar cumprimento às suas próprias competências, de modo a torná-las disponíveis ao público.
- b. O órgão ou entidade contratante deverá justificar o quantitativo de agências a serem contratadas, haja vista a faculdade de adjudicação do objeto a mais de uma licitante. Deste modo, deverá valer-se: i) do seu histórico de contratações de serviços de publicidade; ii) de seu porte como órgão ou entidade; iii) do contexto e do cenário no qual está inserido; e iv) do seu Plano Anual de Comunicação - PAC, se houver. Geralmente o quantitativo de agências é justificado pelo valor estimado da contratação, ou seja, quanto maior a verba destinada à divulgação social, mais agências serão contratadas.
- c. As contratações de serviços de publicidade não envolvem quantitativos prévios de produtos ou serviços, por isso não há a discriminação de preços unitários referenciais, tampouco memória de cálculo para tanto. Porém, partindo da premissa que o elemento ‘orçamento’ é insumo essencial a toda e qualquer contratação, tem-se que o valor estimado da licitação corresponde à parcela do orçamento que o órgão ou entidade reservará para a contratação. Frisa-se que não há garantia de faturamento mínimo por parte das agências contratadas, as campanhas publicitárias são executadas mediante demanda, por isso o valor da contratação (que, para estes casos, é igual ao orçamento estimado) não corresponde igualmente ao faturamento de cada uma das agências e à execução contratual.
- d. No tocante à necessidade de justificativa do parcelamento ou não da solução, tal elemento não é aplicável, visto que as atividades descritas no Art. 2º da Lei nº 12.232/2010 são executadas de forma integral, não podendo ser parte ou serem consignadas a determinadas agências de forma singular. Isto porque o objeto não é divisível e porque não há segregação de itens ou contas, conforme §3º, Art. 2º.
- e. Após estudo e análise do cenário e da real necessidade do órgão ou entidade acerca de suas necessidades de comunicação e que, para estas, as agências de propaganda são a

solução mais vantajosa e viável do ponto de vista técnico, decidir-se-á sobre a viabilidade da contratação, mediante posicionamento conclusivo que, deverá valer-se das necessidades dispostas no Plano Anual de Comunicação, se houver.

Em síntese, os incisos do Art. 9º da IN/SEGES-ME nº 58/2022 a ser observados são os seguintes: I, V, VI, VII (inaplicabilidade) e XIII.

Necessário é um destaque acerca do disposto na alínea 'b' do inciso III, Art. 9º da referida instrução quando, para o levantamento de mercado, é sugerida a realização de audiência e/ou consulta pública para a coleta de contribuições.

Nos certames licitatórios para contratação de serviços de publicidade tal procedimento é visto como uma boa prática a ser aplicada, pois fornecem subsídios para o aperfeiçoamento do instrumento convocatório; servem como um espécie de "termômetro" sobre a aceitabilidade dos termos editalícios e ou como previsibilidade sobre quais assuntos poderão ser objeto de eventuais impugnações; auxiliam no momento dos esclarecimentos, quando da publicação definitiva do certame; e, contribuem, no que diz respeito ao conteúdo técnico, para consulta da Subcomissão Técnica.

Assim, conclui-se que, apesar das peculiaridades intrínsecas às contratações de serviços de publicidade, o rito licitatório estabelecido em 2010 não dispensa os estudos e análises próprias da fase preliminar, que garantirão ao órgão ou entidade uma contratação vantajosa e destinada ao cumprimento do interesse público.