

GRUPO I – CLASSE VI – 2ª CÂMARA

TC 033.681/2015-5.

Natureza: Representação.

Entidade: Agência Nacional de Águas (ANA).

Interessado: L2W3 Digital Ltda. (CNPJ 05.244.232/0001-09).

Representação legal: Cleber Oliveira de Medeiros (45111/OAB-DF) e outros, representando a L2W3 Digital Ltda. (CNPJ 05.244.232/0001-09).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NO EDITAL E DESCUMPRIMENTO DA LEI 12.232/2010. PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS FALHAS APONTADAS. INEXISTÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PLEITO. DÚVIDAS SOBRE A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE CONCORRÊNCIA PARA O OBJETO LICITADO. ACÓRDÃO 657/2016-2ª CÂMARA. CONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA. OITIVA DA SECOM/PR. COMPATIBILIDADE DA MODALIDADE DE CONCORRÊNCIA PARA OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL. RECOMENDAÇÃO À SECOM/PR PARA A ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS.

## RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela empresa L2W3 Digital Eireli, com pedido de cautelar suspensiva, sobre possíveis irregularidades na Concorrência nº 4/2015, conduzida pela Agência Nacional de Águas (ANA), no tipo melhor técnica, sob o regime de execução indireta por empreitada por preço unitário, com o objetivo de contratar a prestação dos serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital, pelo prazo de doze meses prorrogáveis até o limite de sessenta meses, no valor estimado de R\$ 2.494.024,61.

2. Adoto, como Relatório, a instrução técnica lançada pelo auditor federal da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) à Peça nº 39, com a anuência dos dirigentes da unidade instrutiva (Peças nºs 40 e 41), nos seguintes termos:

“(…) *EXAME DE ADMISSIBILIDADE*

3. *Ratifica-se o exame de admissibilidade realizado anteriormente por esta unidade técnica no sentido de se conhecer da peça apresentada como representação (peça 5, p. 1), uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, c/c o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.*

### *HISTÓRICO*

4. *Na peça inaugural (peça 1), a representante aponta a existência de duas irregularidades no procedimento licitatório:*

*a) ausência de critérios objetivos no edital e, conseqüentemente, risco de subjetividade no julgamento das propostas técnicas a serem apresentadas pelas licitantes, fato que possibilita o direcionamento do certame e afronta os princípios da isonomia e da impessoalidade; e*

*b) descumprimento dos termos estabelecidos na Lei 12.232/2010, que dispõe sobre a licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda pela Administração Pública.*

5. Segundo a autora, os critérios estabelecidos no Anexo III do Termo de Referência carecem de objetividade e propiciam eventual direcionamento do certame. Como agravante, a representante alega que a previsão editalícia de que as propostas técnicas sejam identificadas (item 2, do Anexo III do Termo de Referência) facilitam possível favorecimento a alguma licitante.

6. Esclarece que o risco de direcionamento poderia ser minorado caso não houvesse a exigência editalícia de que os envelopes contendo as propostas técnicas fossem identificados, assim como determina o art. 6º da Lei 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. A representante entende que o referido diploma legal é aplicável ao caso concreto (contratação de serviços de comunicação digital) e afirma que a exigência de identificação das propostas técnicas contida no instrumento convocatório afronta a Lei 12.232/2010.

7. Diante dessas alegações, a autora requer a concessão de medida cautelar a fim de suspender a licitação em questão e, no mérito, que a representação seja julgada procedente com vistas a anular o certame ou a retificar os termos estabelecidos no edital, especificamente quanto aos critérios de julgamento das propostas técnicas, bem como quanto à forma de apresentação dos envelopes contendo as propostas técnicas, os quais, no entendimento da autora, não poderiam ser identificados, tendo em vista o eventual risco de direcionamento da licitação. (peça 1, p. 14).

Da instrução preliminar desta unidade instrutiva e do despacho do relator (peças 5 e 8)

8. Em exame de cognição sumária (peça 5), esta unidade instrutiva concluiu pela inexistência de plausibilidade jurídica nos argumentos apresentados pela representante, uma vez que não foi constatada ausência de critérios objetivos na análise das propostas técnicas e tampouco houve descumprimento à Lei 12.232/2010, não aplicável ao caso concreto. Assim, afastado o pressuposto da fumaça do bom direito, propôs o indeferimento do requerimento de medida cautelar pleiteado.

9. Todavia, por entender que o objeto da presente contratação poderia se enquadrar na definição de serviço comum, considerou, em princípio, imprópria a escolha da modalidade licitatória da concorrência, tipo técnica e preço, e concluiu pela necessidade da realização de oitiva da ANA, para que se manifestasse acerca da não utilização do pregão eletrônico.

10. Ao examinar o feito, identificou-se, ainda, que a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR), órgão responsável pela edição de normativos relativos às ações de comunicação do Poder Executivo Federal, realizara procedimento licitatório, Concorrência Secom 1/2014, na modalidade concorrência (tipo melhor técnica) para a contratação do mesmo objeto (serviços de planejamento, desenvolvimento e execução de soluções de comunicação digital).

11. Levando em consideração o papel disseminador que a Secom possui nas contratações de ações de comunicação, esta unidade instrutiva também propôs a realização de oitiva da Secretaria, de modo a manifestar-se acerca da utilização da modalidade concorrência, tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital.

12. O ministro relator, em despacho à peça 8, conheceu da representação e, antes de se manifestar acerca do requerimento de medida cautelar, julgou necessária a realização das oitivas prévias da ANA e da Secom, para que se manifestassem quanto à não utilização da modalidade do pregão para a contratação de serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital, a exemplo da Concorrência 4/ANA/2015 e da Concorrência Secom 1/2014, respectivamente, uma vez que essa modalidade licitatória é obrigatória para a contratação de serviços comuns, nos termos da Lei 10.520/2002 e do Decreto 5.450/2005 e em consonância com a jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.700/2007, 2.733/2010, 1.184/2012, 2.174/2012 e 2.292/2012, todos do Plenário).

13. Em cumprimento ao aludido despacho, a Selog expediu o Ofício 2530/2015-TCU/Selog, de 16/12/2015, endereçado ao Diretor-Presidente da Agência Nacional de Águas, Sr. Vicente Andreu Guillo (peça 10) e o Ofício 2531/2015-TCU/Selog de 16/12/2015, endereçado à Secretária-Executiva Substituta da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, Sra. Clélia Mara dos Santos (peça 11).

14. Em atendimento à determinação do relator, foram encaminhadas as informações solicitadas por este Tribunal, por meio do Ofício 351/2015/PF-ANA/PGF/AGU-ANA (peça 16) e do Ofício 576/2015/SECEX/SECOM-PR (peça 17).

15. Ao examinar os esclarecimentos prestados (peça 18), esta unidade técnica considerou ausente o pressuposto da fumaça do bom direito e afastou o pedido de medida cautelar pleiteado. Entretanto, consignou que a jurisprudência recente do TCU (Acórdãos 1.947/2008, 395/2013 e 1.046/2014, todos do Plenário) é no sentido de determinar a utilização do pregão para a contratação de serviços comuns, ainda que sejam predominantemente intelectuais, desde que o objeto da contratação seja passível de especificação por critérios objetivos constantes do Projeto Básico.

16. Por esse motivo, propôs a realização de nova oitava da Secom/PR, com vistas a se manifestar com relação à orientação dada aos órgãos e entidades que integram o Sistema de Comunicação do Poder Executivo Federal (Sicom), quanto à utilização da modalidade licitatória da concorrência, tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital.

17. Por meio do Acórdão 657/2016–2ª Câmara, o TCU conheceu da representação e indeferiu o requerimento de medida cautelar suspensiva, ante a inexistência dos pressupostos necessários para a sua adoção, e acatou a proposta da unidade técnica, de oitava da Secom (peça 21).

18. Em cumprimento ao item 9.3 do Acórdão 657/2016-2C, foram expedidos os Ofícios 217, 218 e 219 e 220/2016-TCU-Selog, datados de 5/2/2016, encaminhados aos titulares da Secretaria de Controle Interno da Secretaria de Governo da Presidência da República, da Secretaria de Comunicação da Presidência da República e da Agência Nacional de Águas e à representante legal da empresa L2W3 DIGITAL EIRELI - EPP, respectivamente (peças 24, 25, 28 e 29).

19. Por meio do Ofício 92/2016/SECEX/SECOM-PR, datado de 29/2/2016, o Secretário-Executivo da Secom prestou os esclarecimentos solicitados (peças 32 a 38).

20. Esta instrução tem o objetivo de examinar as informações prestadas pela Secom, em atendimento ao item 9.3 do Acórdão 657/2016-2C.

#### EXAME TÉCNICO

Dos esclarecimentos prestados pela Secretaria de Comunicação da Presidência da República (peça 32, p. 1-22)

21. O Secretário-Executivo da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República apresentou as informações solicitadas na oitava determinada pelo TCU, por meio da Nota Técnica 7/2016/DENOR/SGCN/SECOM-PR, datada de 29/2/2016 (peça 32, p. 2-22).

22. Na aludida Nota Técnica, é apresentado breve histórico, com destaque às seguintes informações:

22.1. após a realização de amplos debates internos quanto aos critérios ideais para o julgamento das propostas técnicas das licitantes, foi elaborado o edital da Concorrência 3/2008, cujo objeto era a contratação de serviços de comunicação digital;

22.2. o Acórdão 29/2009-TCU-Plenário, que serviu de paradigma para as orientações expedidas pela Secom nas contratações de serviços de comunicação digital, examinou os critérios de julgamento das propostas técnicas e determinou à Secom que, em futuras licitações do tipo técnica e preço, fizesse constar no instrumento convocatório as justificativas para a adoção de valor mínimo para fins de classificação de proposta técnica, bem como de pesos diferenciados para as propostas técnica e de preço;

22.3. por meio do mencionado acórdão, o TCU teria reconhecido, de forma tácita, a possibilidade de utilização das modalidades 'melhor técnica' e 'técnica e preço' nas contratações dos serviços de comunicação digital;

22.4. a Nota Técnica 17/2015/DENOR/SGCN/SECOM-PR, elaborada em resposta à oitava prévia determinada pelo TCU no âmbito deste processo, apresentou as justificativas para a escolha da modalidade licitatória da concorrência, tipo melhor técnica. Entretanto, o TCU decidiu realizar nova oitava, por considerar que os serviços de comunicação digital poderiam ser contratados por meio de pregão eletrônico.

23. Alega a impossibilidade de utilização do pregão eletrônico diante das inúmeras variáveis que devem ser avaliadas na escolha da melhor proposta técnica e que, ainda que o objeto fosse detalhadamente especificado, seria inviável o emprego do pregão eletrônico.

24. Argumenta que a modalidade da concorrência (tipo melhor técnica) se mostra mais adequada, uma vez que as contratações dos serviços de comunicação digital envolvem 'técnicas especiais variáveis de produto para produto que merecem atenção particularizada e pormenorizada'.

25. Menciona que, nos acórdãos citados no relatório que acompanhou o Acórdão 657/2016-2C, os objetos das contratações (serviços de engenharia, assessoria de comunicação e auditoria independente) envolviam atividade intelectual, mas, ao contrário da contratação em exame, naquelas situações, os serviços puderam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que permitiam estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração, de acordo com as características usuais no mercado, sem variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços.

26. Destaca o conceito de comunicação digital, contido na Instrução Normativa/SECOM 8/2014, nos seguintes termos:

*'Art. 4º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:*

*I - Comunicação digital: a ação de comunicação que consiste na convergência de conteúdo, mídia, tecnologia e dispositivos digitais para acesso, troca e obtenção de informações, em ambiente virtual, de órgãos e entidades do Poder Executivo federal com a sociedade ou com públicos específicos;'*

27. Ressalta que os serviços em exame diferem dos serviços de tecnologia da informação e que não podem ser considerados comuns, uma vez que 'não se pode falar em soluções padronizadas de comunicação digital disponíveis no mercado, em face de suas infinitas variações técnicas dependentes do momento, do órgão ou entidade emissor, do público alvo da mensagem, do local da emissão, da finalidade da informação a ser veiculada, da qualidade da mensagem, etc.'.

28. Enfatiza que, para se atingir os objetivos comunicacionais no meio digital, é preciso planejar e elaborar uma estratégia digital, que indicará os conteúdos, as plataformas e tecnologias mais apropriadas para o atingimento dos objetivos traçados, sendo impossível antecipar, na contratação dos serviços, as soluções que serão necessárias.

29. Afirma que tem orientado os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que adotem a modalidade licitatória da concorrência, tipo melhor técnica, por considerar o enquadramento mais adequado para a contratação de serviços de comunicação, inclusive digital. Porém, esses entes não são obrigados a atender às orientações da Secom, cuja competência se limita à oferta de modelos, consultoria e análise das minutas de edital, de responsabilidade estrita daqueles órgãos e entidades.

30. Após discorrer acerca das atribuições do órgão, esclarece que as orientações e consultoria que a Secom presta aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal só são impositivas nas contratações de serviços de publicidade, regidas pela Lei 12.232/2010, não sendo obrigatórias para todos os outros segmentos de comunicação.

31. Destaca a evolução ocorrida nos serviços de comunicação no setor público, citando o fim das contratações do tipo guarda-chuva, prática condenada pelo TCU, e o advento da Lei 12.232/2010, que encerrou a discussão acerca da possibilidade de contratação concentrada dos serviços de comunicação.

32. Alega que as contratações na modalidade concorrência, tipo técnica e preço, com remuneração homem/hora, que costumavam ser realizadas pelos órgãos do Sicom não se mostraram satisfatórias, não apenas pelo mecanismo da remuneração, mas também pela baixa qualidade dos serviços prestados pelas contratadas. Esclarece, ainda que, na condição de órgão Governamental Superior da Comunicação do Poder Executivo Federal, é seu papel elaborar, continuamente, estudos e modelos, bem como modernizar os mecanismos de contratação dos serviços de comunicação no setor público.

33. *Defende a aplicação, por analogia, do art. 5º da Lei 12.232/2010, que determina a utilização dos tipos ‘melhor técnica’ e ‘técnica e preço’ para as contratações de serviços de publicidade, alegando a semelhança entre os serviços de comunicação digital e as ações publicitárias.*

34. *Aduz que a complexidade dos serviços de comunicação digital impede a realização do pregão, uma vez que esses serviços não se enquadram na definição de serviços comuns, uma vez que não poderiam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado. Ademais, segundo a Secom, o componente preço está presente no modelo proposto, na medida em que a escolha da melhor proposta alia o conjunto mais adequado de estratégias, o histórico da empresa e o melhor preço entre as propostas melhores classificadas.*

35. *A Secom anexou, ao expediente encaminhado, ações de comunicação realizadas nos meios digitais com o intuito de ilustrar os serviços a serem prestados (peças 33 e 34) e as propostas técnicas apresentadas pelas licitantes da Concorrência 1/2014-Secom, evidenciando a possibilidade de várias soluções para um mesmo problema de comunicação.*

36. *Finalmente, submete a Nota Técnica à apreciação deste Tribunal, sugerindo a aplicação, por analogia, do art. 5º da Lei 12.232/2010, além dos fundamentos técnicos e jurídicos expostos no documento.*

#### *Análise*

37. *A questão que permeia a presente instrução vincula-se, diretamente, à discussão da possibilidade ou não de se enquadrar serviços de comunicação digital na definição de serviços comuns.*

38. *Isso porque, conforme a legislação da modalidade pregão (Lei 10.520/2002 e Decreto 5.450/2005), esta é obrigatória sempre que o objeto a ser contratado for considerado comum. Nesse sentido, o entendimento consolidado do Tribunal é o de que, nas licitações realizadas no âmbito da União, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica (v. Acórdãos 2.264/2007, 2.368/2010, 1.597/2010, 2.314/2010, 2.382/2012, todos do Plenário). Eventual inviabilidade ou impossibilidade da adoção dessa modalidade deverá ser devidamente justificada pelo gestor.*

39. *Sendo assim, para que se possa chegar a uma conclusão sobre o ponto, revela-se necessário esclarecer, primeiramente, o que vem a ser um serviço comum.*

40. *A Lei 10.520/2002, instituidora da modalidade pregão, delinea o que se considera serviço comum em seu art. 1º, parágrafo único:*

*‘Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.*

41. *O Decreto 5.450/2005, regulamentador da modalidade eletrônica, em termos idênticos, assim dispõe (art. 2º, § 1º):*

*‘Consideram-se bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.’*

42. *Na obra Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU (Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010), verifica-se que:*

*‘Bens e serviços comuns são produtos cuja escolha deve ser feita com base somente nos preços ofertados, por serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa.*

*Bem ou serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, por intermédio de especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto. O estabelecimento desses padrões permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir pelo melhor preço.’*

43. Há interpretações no sentido de considerar como não comuns objetos de natureza predominantemente intelectual, cuja definição é esposada no Voto do Relator (Ministro Benjamin Zymler), no Acórdão 2.471/2008-Plenário:

*'(...) serviços em que a arte e a racionalidade humana são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos.'*

44. A definição de Comunicação Digital consta da Instrução Normativa Secom/PR 5, de 6 de julho de 2011, replicado igual teor na Instrução Normativa/Secom 8/2014, transcrita no item 26 supra.

45. Conforme explicitado pela Secom, verifica-se que os serviços de comunicação digital se assemelham em diversos pontos com os serviços de publicidade, notadamente quanto à existência, nas duas modalidades, de planejamento, criação e confecção de material, bem como da escolha do veículo para divulgação da mensagem.

46. O que difere as duas formas de comunicação é, essencialmente, o canal de divulgação a ser utilizado. Enquanto as ações publicitárias se valem dos veículos de comunicação de massa, como rádio, televisão, jornais e revistas; a comunicação digital transmite sua mensagem por meio dos canais disponibilizados pela **internet**, especialmente os sítios e as redes sociais.

47. Com o crescimento do uso da **internet**, nota-se que a comunicação digital tem ocupado um espaço cada vez maior na estratégia de comunicação adotada pelo setor público e privado e o motivo é simples: nessa modalidade é possível que a mensagem alcance um expressivo número de pessoas a um baixo custo em relação aos demais meios de comunicação.

48. A partir dessa conclusão, admite-se, inclusive, uma possível alteração na composição geral dos gastos com comunicação das empresas privadas e dos órgãos públicos, com uma diminuição nos investimentos nas ações publicitárias, as quais envolvem altos custos de veiculação, e um incremento nas despesas com a comunicação digital, que implicam menor custo de veiculação.

49. O fato de a comunicação digital prescindir, em grande parte, de gastos de veiculação faz com que essa modalidade seja economicamente atrativa, fato que, aliado à abrangência do público propiciada pelo uso cada vez maior da **internet**, justifica a utilização dessa forma de comunicação.

50. Antes de adentrarmos na questão relativa ao enquadramento ou não dos serviços de comunicação digital no conceito de serviços comuns, julga-se oportuno fazer algumas considerações.

51. Antes da edição da Lei 12.232/2010, para a contratação dos serviços de publicidade, eram observados os ditames da Lei 8.666/1993, porém, com a promulgação da nova lei, os órgãos e entidades da Administração Pública, no âmbito da União, Estados e dos municípios, passaram a cumprir os termos nela estabelecidos.

52. A Lei 12.232/2010 definiu os serviços de publicidade como um 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.

53. Ainda, de acordo com o § 1º, do art. 2º, do aludido normativo, podem ser incluídos como atividades complementares os seguintes serviços:

*'Art. 2º*

*(...) § 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.’

54. O aludido diploma legal se aplica exclusivamente aos serviços de publicidade, não alcançando os serviços de comunicação digital. Entretanto, a Secretaria de Comunicação da Presidência da República, Órgão Governante Superior e responsável por expedir orientações relativas à área de comunicação aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, defende a sua aplicação tácita, por entender que os serviços de comunicação digital guardam semelhança com as ações publicitárias.

55. A modalidade licitatória a ser utilizada para a contratação dos serviços de publicidade está prevista no art. 5º da Lei 12.232/2010, nos seguintes termos:

‘Art. 5º As licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’.’

56. Com efeito, conforme mencionado, a alegação da Secom quanto à semelhança entre os serviços de comunicação digital e de publicidade procede, uma vez que ambos envolvem a execução de ações de planejamento e levantamentos de oportunidades, a criação, diagramação e produção de peças, bem como a escolha dos canais de comunicação adequados.

57. Neste ponto, vale tecer alguns comentários acerca dos chamados contratos guarda-chuva de comunicação, mencionados na Nota Técnica elaborada pela Secom.

58. No ano de 2005, a então 6ª Secretaria de Controle Externo (Secex-6) realizou auditoria em contratos de publicidade e propaganda firmados pela Administração Pública Federal, em decorrência de denúncias veiculadas na imprensa. Ao examinar a matéria, por meio do Acórdão 2.062/2006-Plenário – Relator Ubiratan Aguiar, o TCU fez uma série de determinações à Secretaria-Geral da Presidência da República (órgão responsável pela supervisão dos serviços de comunicação dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal à época), além de sugerir, ao Congresso Nacional, a adoção de medidas, com vistas à regulamentação das ações de publicidade do governo.

59. Durante os trabalhos de auditoria, identificou-se que a Administração Pública vinha incluindo em seus contratos, serviços de promoção e patrocínio, os quais não se inseriam na área de publicidade. De acordo com o relatório de auditoria, a execução dessas ações de comunicação, por intermédio de agências de propaganda, implicava a celebração de ‘contratos guarda-chuvas’, nos quais os mencionados serviços eram subcontratados sem licitação, sem critério de transparência, em detrimento dos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência e da economicidade, entre outros.

60. A partir desse achado de auditoria, o TCU determinou aos órgãos integrantes do Sicom que se abstivessem de firmar esse tipo de contrato e passassem a realizar licitações independentes, conforme item 9.1.5 do Acórdão 2.062/2006-Plenário:

‘9.1.5. assegure que os integrantes do Sicom realizem licitações independentes, sem a intermediação das agências de propaganda, para a contratação dos seguintes serviços:

9.1.5.1. assessoramento e apoio na execução de ações de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios;

9.1.5.2. organização de eventos;

9.1.5.3. planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições; e

9.1.5.4. outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante;’

61. Anos mais tarde, a Lei 12.232/2010 vedou a utilização dos contratos guarda-chuva:

‘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.

(...) § 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.’ (grifos nossos)

62. *Vê-se, pois, que o legislador, ao exigir a realização de procedimentos licitatórios distintos para as diversas atividades de comunicação, visava garantir o atendimento dos princípios da isonomia, da eficiência e da economicidade.*

63. *Nessa mesma linha, em instrução prévia, essa unidade técnica questionou a não utilização do pregão eletrônico para a contratação dos serviços de comunicação digital, uma vez que essa modalidade licitatória, ao permitir maior competitividade nos certames, garante a observância aos princípios da licitação, além de propiciar, em geral, menores preços nas contratações, atendendo ao interesse público.*

64. *A questão ora posta gira em torno de ser possível, ou não, qualificar os serviços de comunicação digital como serviços de natureza comum. Caso a resposta seja afirmativa, o pregão será a modalidade de licitação exigida para a contratação de tais serviços. Caso contrário, as orientações expedidas aos órgãos do Sicom no sentido de utilizarem a modalidade licitatória da concorrência, tipo melhor técnica, poderão ser mantidas.*

65. *Considerada a necessidade atual de se delinear o alcance da lei 10.520/2002, à vista de sua margem interpretativa, uma vez que se discute sua aplicabilidade à contratação dos serviços de comunicação digital, torna-se oportuno buscar-se auxílio nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, que dizem respeito à matéria.*

66. *Nas considerações de Marçal Justen Filho:*

*‘Bem ou serviço comum é aquele integrante de um gênero uniforme ou cujas características técnicas são irrelevantes para a satisfação das necessidades da Administração Pública’ (Pregão - Comentários à Legislação do Pregão comum e Eletrônico, 6. ed., Dialética, 2013, p. 34).*

67. *Para o doutrinador, quando o objeto é comum, a identidade do fornecedor, ou os elementos externos do produto, são irrelevantes. Considera, também, comuns objetos não idênticos, com diferenças irrelevantes para a satisfação das necessidades da Administração Pública.*

68. *Em que pese a orientação desta Corte quanto à adoção preferencial do pregão eletrônico, há decisões do TCU no sentido que, uma vez caracterizada a presença de criatividade ou intelectualidade no objeto da contratação, fica afastada a possível padronização existente nos serviços e bens comuns.*

69. *O voto que acompanhou o Acórdão 601/2011-Plenário, da relatoria do Ministro José Jorge, ilustra bem a questão:*

*‘11. A modalidade licitatória pregão, que tem como critério de julgamento o menor preço, não deverá ser utilizada para serviços de natureza predominantemente intelectual, os quais requerem individualização ou inovação tecnológica, podendo apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo, portanto, necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução. Conforme restou consignado no voto condutor do Acórdão 2471/2008 - Plenário, não se trata de ‘tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos’, quando aí sim se justificaria a escolha do pregão.*

*12. No pregão, não pode ser complicado passar ao licitante as especificações dos serviços a serem prestados. É importante fazê-lo compreender com boa precisão o que a Administração deseja, sem induzi-lo a erro nem levá-lo a se comprometer com uma proposta de preço que não conseguirá honrar. Como restou consignado no voto condutor do Acórdão 2079/2007-Plenário, serviços comuns constituem ‘serviços de fácil caracterização, que não comportam variações*



*de execução relevantes e que são prestados por uma gama muito grande de empresas'. Nesse caso, como são serviços de execução frequente e pouco diversificada, de empresa para empresa, 'não haverá problema em conformá-los no edital segundo padrões objetivos e usuais no mercado'.*

*13. Como bem sintetizou a unidade técnica na instrução que deu ensejo ao provimento cautelar, 'se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso 'estudos e projetos' podem ser caracterizados como 'comuns'. Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum'.*

*70. Mais uma vez recorremos ao Acórdão 2.471/2008-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que igualmente esclarece bem a questão, deixando consignada a preferência pelo uso da modalidade do pregão, desde que os serviços a serem contratados possuam padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital. Todavia, na hipótese dos bens e serviços possuírem natureza predominantemente intelectual, o pregão não poderia ser utilizado.*

*'9.2. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que preveja, em documento normativo que trate exclusivamente de licitação e contratação de serviços de Tecnologia da Informação, distinto da norma que se refere genericamente à contratação de outros serviços, que os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional devem utilizar o pregão para contratar bens e serviços de informática considerados comuns, observado o disposto abaixo:*

*9.2.1. A licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada a justificativa correspondente (Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Lei nº 8.248/1991, art. 3º, § 3º; Decreto nº 3.555/2000, anexo II; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão 1.547/2004 - Primeira Câmara);*

*9.2.2. Devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Logo, via de regra, esses bens e serviços devem ser considerados comuns para fins de utilização da modalidade Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º);*

*9.2.3. Bens e serviços de TI cuja natureza seja predominantemente intelectual não podem ser licitados por meio de pregão. Tal natureza é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para sua execução satisfatória. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos;*

*9.2.4. Em geral, nem a complexidade dos bens ou serviços de tecnologia da informação nem o fato de eles serem críticos para a consecução das atividades dos entes da Administração descaracterizam a padronização com que tais objetos são usualmente comercializados no mercado. Logo, nem essa complexidade nem a relevância desses bens justificam o afastamento da obrigatoriedade de se licitar pela modalidade Pregão (Lei nº 10.520/2002, art. 1º, e Acórdão 1.114/2006 - Plenário);*

*9.2.5. Nas aquisições mediante Pregão, o gestor deve avaliar a complexidade demandada na preparação das propostas pelos eventuais interessados e buscar definir o prazo mais adequado entre a data de publicação do aviso do Pregão e a de apresentação das propostas, a qual nunca poderá ser inferior a 8 dias úteis, de modo a garantir a isonomia entre os interessados que tenham acessado especificações do objeto antecipadamente, por terem colaborado na fase de planejamento pelo fornecimento das informações mercadológicas e técnicas necessárias, e os demais interessados.*

Desse modo, procurar-se-á ampliar a possibilidade de competição (Lei nº 8.666/1993, art. 3º; Lei nº 10.520/2002, art. 4º, V, e Acórdão 2.658/2007 - Plenário);

9.2.6. A decisão de não considerar comuns determinados bens ou serviços de tecnologia da informação deve ser justificada nos autos do processo licitatório. Nesse caso, a licitação não poderá ser do tipo ‘menor preço’, visto que as licitações do tipo ‘menor preço’ devem ser realizadas na modalidade Pregão.’ (Lei nº 8.666/1993, art. 15, III; Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º, e Acórdão 1.547/2004 - Primeira Câmara). (grifos nossos)

71. No mesmo sentido, é o Acórdão 1.092/2014-Plenário, da relatoria do ministro José Múcio Monteiro:

‘9.3.4. o emprego da modalidade pregão como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, previsto no art. 46 da Lei nº 8.666/1993, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns nem, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante;’ (grifos nossos)

72. A Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (IN/SLTI) 2/2008, no art. 27, estabelece que, nas contratações de serviços, continuados ou não, a licitação do tipo técnica e preço deve ser excepcional, somente admitida para serviços que tenham as seguintes características:

I - natureza predominantemente intelectual;

II - grande complexidade ou inovação tecnológica ou técnica; ou

III - possam ser executados com diferentes metodologias, tecnologias, alocação de recursos humanos e materiais e:

a) não se conheça previamente à licitação qual das diferentes possibilidades é a que melhor atenderá aos interesses do órgão ou entidade;

b) nenhuma das soluções disponíveis no mercado atenda completamente à necessidade da Administração e não exista consenso entre os especialistas na área sobre qual seja a melhor solução, sendo preciso avaliar as vantagens e desvantagens de cada uma para verificar qual a que mais se aproxima da demanda; ou

c) exista o interesse de ampliar a competição na licitação, adotando-se exigências menos restritivas e pontuando as vantagens que eventualmente forem oferecidas.’ (grifos nossos)

73. Conforme mencionado pela Secom, os serviços de comunicação digital englobam atividades predominantemente intelectuais, exigindo-se da futura contratada, diante da demanda da contratante, realizar adequadamente o planejamento das ações de comunicação, a criação e a execução das peças a serem utilizadas, com variabilidade incalculável, bem como a escolha dos canais adequados para a veiculação da mensagem.

74. Destarte, diante da predominância de atividade intelectual e criativa no objeto da contratação e, especialmente, tendo em vista a dificuldade de serem objetivamente estabelecidos, no edital, padrões de desempenho e qualidade, conclui-se que a utilização da modalidade licitatória concorrência, tipo melhor técnica, se mostra adequada para o objeto em análise.

75. Todavia, há uma importante questão a ser destacada. O item 3.2 do edital da Concorrência ANA 4/2015 (peça 2, p. 4) assim estabelece:

3.2 Os envelopes de ‘Documentos de Habilitação’, ‘Proposta Técnica’ e ‘Proposta de Preços’ deverão ser entregues separadamente, fechados, rubricados no fecho e identificados com o nome da licitante, o número e objeto da licitação e, respectivamente, os títulos dos conteúdos (‘Documentos de Habilitação’, ‘Proposta Técnica’ e ‘Proposta de Preços’), na forma dos incisos I a III a seguir:

‘(...) II - Envelope contendo a Proposta Técnica:

ENVELOPE N202- PROPOSTA TÉCNICA

AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS — ANA

CONCORRÊNCIA N204/2015  
RAZÃO SOCIAL DA PROPONENTE  
ABERTURA: 07/12/2015 ÀS: 09H30'

76. A exigência editalícia de identificação das propostas técnicas foi um dos pontos levantados pela representante em sua petição inicial (peça 1), por entender que afrontaria o art. 6º, da Lei 12.232/2010, que determina que as propostas técnicas não sejam identificadas, bem como por prejudicar o julgamento isonômico das propostas.

77. Em instrução prévia (peça 5), esse ponto foi analisado e concluiu-se pela não aplicação da Lei 12.232/2010, uma vez que o aludido diploma legal dispõe sobre as contratações dos serviços de publicidade e não alcança os serviços de comunicação digital:

'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:

(...) IV - o plano de comunicação publicitária previsto no inciso III deste artigo será apresentado em 2 (duas) vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com a identificação;

(...) XII - 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 de que trata o § 2º do art. 90 desta Lei;' (grifamos)

78. Em que pese a Lei 12.232/2010 não se aplicar ao caso concreto (contratação de serviços de comunicação digital), entende-se que o procedimento previsto no artigo transcrito dificulta eventual direcionamento na condução do procedimento licitatório, em atendimento aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, e tal previsão, dentre outras, como o sorteio da comissão julgadora e a subcomissão técnica composta por membros sorteados e instituída exclusivamente para avaliar as propostas técnicas, constituem boas práticas nas contratações abarcadas pela referida lei.

79. Assim, tendo em vista a natureza intelectual e criativa predominante de ambos os objetos a serem licitados, serviços de publicidade e de comunicação digital, levando à adoção das modalidades 'melhor técnica' ou 'técnica e preço', e considerando a função orientadora da Secom, além da contínua rotina de estudos e buscas pelo aprimoramento das contratações na área de comunicação por ela realizadas, entende-se adequado recomendar que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo daquelas previstas na Lei 12.232/2010, também para as licitações visando à contratação de serviços de comunicação digital.

80. Ainda, julga-se oportuno recomendar à Secom que, ultimados esses estudos, avalie a oportunidade e conveniência de expedir orientação aos órgãos e entidades do Sicom, de modo a incorporar as boas práticas mapeadas em suas licitações visando à contratação de serviços de comunicação digital, informando a este Tribunal, no prazo de noventa dias, as medidas adotadas.

81. Diante de todo o exposto, manifesta-se pela legalidade da modalidade licitatória da concorrência, tipo 'melhor técnica', para a contratação dos serviços de comunicação digital, sem prejuízo de expedir recomendações à Secom.

#### CONCLUSÃO

82. Conclui-se que, no mérito, a presente representação deve ser considerada parcialmente procedente. A partir do exame dos esclarecimentos prestados pela Secom, entende-se que a adoção da modalidade licitatória da concorrência, tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital, se mostra regular, ante a predominância do caráter intelectual e criativo na execução dos serviços, afastado o seu enquadramento na definição de serviços comuns, estabelecida na Lei 10.520/2002, em consonância com a jurisprudência do TCU (Acórdãos 601/2011, 2.471/2008 e 1.092/2014, todos do Plenário), conforme itens 37 a 74 desta instrução.

83. Todavia, considerando a função orientadora da Secom, além da contínua rotina de estudos e buscas pelo aprimoramento das contratações na área de comunicação por ela realizadas, entende-se adequado recomendar que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo

daquelas previstas na Lei 12.232/2010 (não identificação das propostas técnicas e subcomissão técnica composta por membros sorteados e instituída exclusivamente para avaliar as propostas técnicas), também para as licitações visando à contratação de serviços de comunicação digital.

84. Ainda, julga-se oportuno recomendar à Secom que, ultimados esses estudos, avalie a oportunidade e conveniência de expedir orientação aos órgãos e entidades do Sicom, de modo a incorporar as boas práticas mapeadas em suas licitações visando à contratação de serviços de comunicação digital, informando a este Tribunal, no prazo de noventa dias, as medidas adotadas (itens 75 a 80).

#### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

85. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) considerar, no mérito, a presente representação parcialmente procedente;

b) recomendar, nos termos do art. 250, III, do Regimento Interno/TCU, à Secretaria de Comunicação da Presidência da República, que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo daquelas previstas na Lei 12.232/2010 (não identificação das propostas técnicas e subcomissão técnica composta por membros sorteados e instituída exclusivamente para avaliar as propostas técnicas), para os processos de contratação de serviços de comunicação digital e oriente os órgãos e entidades do Sicom no sentido de incorporar as boas práticas mapeadas;

c) fixar o prazo de 90 (noventa) dias para que a Secom informe as medidas adotadas no que se refere à expedição da orientação mencionada no item supra;

d) comunicar à Agência Nacional de Águas e à representante, L2W3 Digital EIRELI (CNPJ 05.244.232/0001-09), o que vier a ser decidido; e

e) arquivar o presente processo, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a Selog monitore a recomendação acima.”

É o Relatório.

## PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de representação formulada pela empresa L2W3 Digital Eireli, com pedido de cautelar suspensiva, sobre possíveis irregularidades na Concorrência nº 4/2015, conduzida pela Agência Nacional de Águas (ANA), no tipo melhor técnica, sob o regime de execução indireta por empreitada por preço unitário, com o objetivo de contratar a prestação dos serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital, pelo prazo de doze meses prorrogáveis até o limite de sessenta meses, no valor estimado de R\$ 2.494.024,61.

2. Anoto, preliminarmente, que a presente representação já foi conhecida pelo TCU por meio do Acórdão 657/2016-2ª Câmara.

3. No mérito, em sua peça inaugural, a representante alegou, em essência, a ausência de critérios objetivos no edital e o descumprimento da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que cuida das normas gerais para a licitação e a contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

4. Em seu exame inicial, a Selog indicou a inexistência de plausibilidade jurídica nos argumentos apresentados pela representante, vez que não teria sido constatada a ausência de critérios objetivos na análise das propostas técnicas ou o descumprimento da Lei nº 12.232, de 2010, por entender que a referida lei não alcançaria os serviços de comunicação digital.

5. A despeito disso, a unidade instrutiva suscitou a possibilidade de que o objeto da aludida licitação poderia enquadrar-se na definição de serviço comum, sendo obrigatória, então, a utilização da modalidade pregão, em consonância com a jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.700/2007, 2.733/2010, 1.184/2012, 2.174/2012 e 2.292/2012, todos do Plenário).

6. De todo modo, foi determinada a oitiva da ANA e a da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (Secom/PR), como órgão incumbido legalmente de editar os normativos relativos às ações de comunicação do Executivo Federal e de ter realizado o procedimento na modalidade concorrência (tipo melhor técnica) para a contratação do mesmo objeto.

7. A análise dos esclarecimentos encaminhados ao TCU, por sua vez, deu azo à prolação do Acórdão 657/2016-2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal conheceu da presente representação, indeferiu o requerimento de medida cautelar suspensiva, pela inexistência dos pressupostos necessários para a sua adoção, e determinou a nova oitiva da Secom/PR, para que se manifestasse sobre a orientação dada aos órgãos e entidades que integram o Sistema de Comunicação do Poder Executivo Federal (Sicom) quanto à utilização de concorrência, no tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital.

8. Em sua última intervenção nos autos, a Selog concluiu que os serviços de comunicação digital não se enquadram na definição de serviços comuns e que, por isso, a utilização de concorrência, no tipo melhor técnica, se mostra adequada para o objeto em análise.

9. Para além disso, a Selog teceu considerações sobre a exigência editalícia de identificação das propostas técnicas, a partir do paralelo traçado com base na Lei nº 12.232, de 2010, que veda a adoção de tal prática, propondo, ao final, que seja recomendada à Secom que o órgão avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo das previstas no referido diploma legal, para os processos de contratação de serviços de comunicação digital, orientando os órgãos e entidades do Sicom no mesmo sentido.

10. Acompanho a proposta da Selog, no sentido de a presente representação ser considerada parcialmente procedente, incorporando o seu parecer a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

11. Mostra-se consistente a argumentação utilizada pela Selog no sentido da regularidade da adoção de concorrência, no tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital.

12. Ocorre que os serviços de comunicação digital englobam atividades predominantemente intelectuais, que abarcam o planejamento das ações de comunicação, a criação e a execução das peças

a serem utilizadas, com variabilidade incalculável, além da escolha dos canais adequados para a veiculação da mensagem.

13. Nesse sentido, é possível acolher a alegação da Secom/PR no sentido de que os serviços de comunicação digital se assemelham em diversos pontos aos serviços de publicidade, notadamente quanto à existência, nas duas modalidades, de planejamento, criação e confecção de material, além da escolha do veículo para a divulgação da mensagem, diferindo destes, essencialmente, em virtude do canal de divulgação utilizado: veículos de comunicação de massa ou **internet**.

14. Partindo-se desse pressuposto, há de se ter em conta que a Lei nº 12.232, de 2010, adota como referência os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” para a contratação dos serviços de publicidade, sendo, assim, em regra, incompatíveis com o pregão.

15. A esse respeito, vale lembrar que tanto o art. 4º, X, da Lei nº 10.520, de 2002, quanto o art. 2º, § 2º, do Decreto nº 5.450, de 2005, indicam o pregão associado ao tipo menor preço.

16. Nessa linha de raciocínio, a jurisprudência do TCU aduz que a predominância do caráter intelectual e criativo na execução dos serviços afasta o seu enquadramento na definição de serviços comuns estabelecida na Lei nº 10.520, de 2002 (v. g.: Acórdãos 601/2011, 2.471/2008, 1.092/2014, do Plenário).

17. Tendo, portanto, como razoável a premissa de que os serviços de comunicação digital se assemelham aos serviços de publicidade e propaganda, e a de que a predominância do caráter intelectual e criativo na execução dessas atividades afasta o seu enquadramento na definição de serviços comuns estabelecida pela lei, mostra-se razoável a conclusão de que a modalidade de licitação a ser utilizada na contratação dos aludidos serviços de comunicação digital deve guardar correspondência com a modalidade de licitação utilizada para as contratações dos serviços de publicidade e propaganda, de sorte que a adoção de concorrência, no tipo melhor técnica, pode ser vista como regular.

18. Observa-se, contudo, que, nos serviços de comunicação digital, a administração federal deve atentar para a eventual necessidade de parcelamento do objeto sem o fracionamento da despesa, nos termos do art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece:

*“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*

*(...) § 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.*

*(...) § 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.”*

19. Por seu turno, a proposta para que seja enviada recomendação à Secom/PR no sentido de que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas para os processos de contratação de serviços de comunicação digital, a exemplo daquelas previstas na Lei nº 12.232, 2010, mostra-se bastante pertinente na medida em que a adoção dessas providências pode dificultar o eventual direcionamento na condução do procedimento licitatório, em atendimento aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, estando, assim, alinhada com os princípios norteadores da administração pública, em geral, e da licitação pública, em particular.

20. Do mesmo modo, haja vista a função orientadora da Secom/PR, mostra-se adequado o envio de recomendação ao aludido órgão para que, ultimados esses estudos, avalie a oportunidade e a conveniência de expedir orientação aos integrantes do Sicom, de modo a incorporar as boas práticas

mapeadas em suas licitações e na contratação de serviços de comunicação digital, informando o TCU sobre o resultado das medidas adotadas.

21. Entendo, portanto, que o TCU deve considerar a presente representação parcialmente procedente para enviar as recomendações indicadas na presente deliberação.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de maio de 2016.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 6227/2016 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo nº TC 033.681/2015-5.
2. Grupo I – Classe VI – Assunto: Representação.
3. Interessados: L2W3 Digital Eireli (CNPJ 05.244.232/0001-09).
4. Responsável: Agência Nacional de Águas (ANA).
4. Entidade: Agência Nacional de Águas (ANA).
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal:
- 8.1. Cleber Oliveira de Medeiros (45111/OAB-DF) e outros, representando L2W3 Digital Ltda.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa L2W3 Digital Eireli, com pedido de cautelar suspensiva, sobre possíveis irregularidades na Concorrência nº 4/2015, conduzida pela Agência Nacional de Águas (ANA), no tipo melhor técnica, sob o regime de execução indireta por empreitada por preço unitário, com o objetivo de contratar a prestação dos serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital, pelo prazo de doze meses prorrogáveis até o limite de sessenta meses, no valor estimado de R\$ 2.494.024,61;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar, no mérito, parcialmente procedente a presente representação, já conhecida pelo TCU por meio do Acórdão 657/2016-2ª Câmara;

9.2. recomendar, nos termos do art. 250, III, do Regimento Interno do TCU (RITCU), à Secretaria de Comunicação da Presidência da República que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo daquelas previstas na Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010 (não identificação das propostas técnicas e o emprego de subcomissão técnica composta por membros sorteados e instituída exclusivamente para avaliar as propostas técnicas), para os processos de contratação de serviços de comunicação digital, além de atentar para a eventual necessidade de parcelamento do objeto sem o fracionamento da despesa, nos termos do art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei n.º 8.666, de 1993, avaliando a oportunidade e a conveniência de, após ultimados esses estudos, expedir orientação aos integrantes do Sistema de Comunicação do Executivo Federal com o intuito de incorporar essas boas práticas em suas licitações e na contratação de serviços de comunicação digital;

9.3. determinar que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a Secretaria de Comunicação da Presidência da República informe o resultado das medidas adotadas em atenção ao item 9.2 deste Acórdão;

9.4. encaminhar cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Agência Nacional de Águas e à Secretaria de Comunicação da Presidência da República; e

9.5. arquivar o presente processo, nos termos do art. 237, parágrafo único, e do art. 250, inciso I, do RITCU, sem prejuízo de determinar que a Selog promova o monitoramento sobre as medidas indicadas nos itens 9.2 e 9.3 deste Acórdão.

10. Ata nº 17/2016 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 24/5/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-6227-17/16-2.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Ana Arraes e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho (Relator).

(Assinado Eletronicamente)  
RAIMUNDO CARREIRO  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Subprocuradora-Geral