



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA -  
GUILHERME PAIVA SILVA

**Ref.: Pregão Eletrônico nº 001/2020 - SECOM**

**Objeto: contratação de serviços de soluções de comunicação digital**

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGENTES DIGITAIS - ABRADi**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 12.951.213/0001-88, com sede na Rua Pedroso de Moraes, 2.188, Pinheiros, CEP. 05.420-003, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, atos constitutivos anexos (Anexo I), representada por seu presidente e seu advogado (Procuração no Anexo II), signatários da presente, com espeque no item 20 do edital do pregão em epígrafe, vem à presença de Vossa Senhoria, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital da licitação, segundo as razões fáticas e de direito a seguir:

## 1. SOBRE A IMPUGNANTE – ABRADi

01. A ABRADi, Associação Brasileira de Agentes Digitais é uma entidade de classe, sem fins lucrativos, que defende os interesses das empresas desenvolvedoras de serviços digitais no Brasil. A entidade está presente no Distrito Federal e nos estados de GO, MS, PB, PR, RJ, RN, RS, SC, SP e na Região Norte. Atualmente possui cerca de 600 empresas associadas.

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 1



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

02. A ABRADi é um ambiente democrático e inclusivo para todas as empresas que tenham as soluções digitais como foco prioritário de atuação. Adotamos como proposta principal, a mobilização das agências digitais em torno de propostas de consolidação do setor e no auxílio às empresas associadas na gestão de seus negócios. Estimulamos todos os associados a colaborar ativamente na discussão de normas e processos de excelência e a dialogar francamente com o mercado e os outros setores da sociedade.

03. Acreditamos que bem geridas, essas empresas tornam-se construtoras de uma sociedade mais transparente e livre, que utiliza a Internet para se informar, estudar, fazer negócios e exercer seus direitos de cidadania.

04. Como se pode observar, sobejam credenciais e legitimidade para que a peticionária dialogue com a SECOM, com o objetivo de contribuir tecnicamente na discussão e na busca de soluções para os assuntos tratados no presente processo.

## 2. FINALIDADE DA IMPUGNAÇÃO

05. O objetivo da presente impugnação é recolocar o processo de contratação nos trilhos da legalidade e da coerência técnica que norteou todo o trabalho da SECOM até aqui, ao longo da última década, perpassando governos diferentes.

06. As questões aqui debatidas são de extrema relevância para o mercado de comunicação digital, mormente porque toda contratação encetada pela SECOM torna-se modelo para todos os demais entes do Governo Federal, dos Estados, Municípios e outros órgãos que orbitam a esfera executiva, além das empresas estatais que possuem regramento próprio, conferidos pela lei 13.303/2016.

07. É sabido que a utilização de pregão para contratação de serviços de comunicação **é ilegal**, pois serviços de comunicação não podem ser enquadrados como de natureza comum, como bem sinalizou a própria SECOM nas consultas públicas destinadas à normatização das contratações dos serviços de comunicação, em atenção à determinação consubstanciada pelo E. Tribunal de Contas da União no Acórdão 6.227/2016 – 2ª Câmara.

DS  
EFMADV

DS  
MRS

Página 2



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

08. A presente impugnação tem por finalidade demonstrar que o órgão licitante, ao desejar a contratação de empresa especializada em comunicação digital por meio de Pregão, contraria dispositivos da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 7.174/2010 e, analogicamente, o disposto na Lei nº 12.232/2010.

09. A opção pelo Pregão, com o devido respeito, é equivocada e, como dito alhures, contraria a lei na medida em que a modalidade escolhida (Pregão) é elegível, repita-se, tão somente para contratação de serviço comum, o que nem de longe é o caso de comunicação digital, com se verá adiante.

### 3. DOS FATOS

10. Extraí-se do edital de Pregão SRP Eletrônico nº 001/2020-SECOM o desejo do Ministério das Comunicações em contratar serviços de soluções de comunicação digital, com valor estimado de R\$ 8.723.047,09 (oito milhões, setecentos e vinte e três mil, quarenta e sete reais e nove centavos), o seguinte objeto:

#### 1. DO OBJETO

1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de soluções de comunicação digital, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

1.2 A licitação será dividida em itens, conforme tabela constante do Termo de Referência, facultando-se ao licitante a participação em quantos itens forem de seu interesse.

1.3 O critério de julgamento adotado será o menor preço total por item, observadas as exigências contidas neste Edital e seus Anexos quanto às especificações do objeto.

11. A sessão pública está designada para a próxima segunda-feira, 21/09, 9h30.

12. Em resumo, os vícios do certame são: a) utilização de nomenclatura abrangente para contratação de serviços específicos, impedindo nova licitação no futuro e b) ilegalidade da utilização da modalidade pregão em detrimento das modalidades mais adequadas à contratação de comunicação digital.

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 3



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

## 4. DA ILEGALIDADE DA MODALIDADE PREGÃO PARA O OBJETO DESCRITO NO EDITAL

13. É sabido que a Lei nº 10.520/02, que regula o Pregão, em seu art. 1º, dispõe que essa modalidade é restrita à aquisição de bens e serviços comuns, os quais, conforme parágrafo único do citado dispositivo legal, são conceituados como aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

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.”

14. Mais especificamente em relação ao pregão eletrônico, o art. 1º do Decreto nº 5.450/05 dispõe de igual maneira:

“Art. 1º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submete-se ao regulamento estabelecido neste Decreto.”

15. Como se pode observar, o cerne da questão é definir se os serviços de comunicação digital podem ou não ser enquadrados como comuns.

16. O professor Hely Lopes Meirelles ensina que:

“Nos termos do citado diploma, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, § 1º). O conceito legal é insuficiente, visto que, a rigor,

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 4



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara (Lei 8.666/93, art. 40, I). O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia, bem como todos aqueles que devam ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica ou de técnica e preço. No pregão o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço. No Dec. 3.555, de 8.8.2000 (alterado pelo Dec. 3.693, de 20.12.2000), regulamenta a matéria, contendo o Anexo II, que relaciona os bens e serviços comuns”.<sup>1</sup>

17. O objeto em disputa, em especial por envolver ações de planejamento, estudos e elaboração de estratégia para o alcance dos objetivos pretendidos pelo órgão. Dada a peculiaridade do serviço, torna-se impossível prever no momento da abertura do processo licitatório as estratégias e soluções de comunicação digital que serão necessárias e utilizadas ao longo da execução contratual.

18. Por sua vez, o art. 46 da Lei nº 8.666/93 determina a utilização dos tipos licitatórios "melhor técnica" ou "técnica e preço" para serviços de natureza predominantemente intelectual, como é o caso em apreço.

19. Sobre o tema, o professor Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª ed, 2005, pág. 441) ensina que:

“Eleger licitação de menor preço quando o mais adequado seria uma licitação de técnica pode não acarretar efeito negativo algum, **a depender do critério mínimo de qualidade**. O grande problema da utilização da licitação de menor preço, em hipóteses que demandariam licitação de técnica, é a adoção de parâmetro mínimo insuficiente, imperfeito e **inadequado para satisfazer a necessidade estatal**.” (sem grifo no original)

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 35ª ed., São Paulo/SP, 2009, p. 326-327.



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

20. Nem se argumenta que a existência de serviços de tecnologia pretendido em um dos produtos atraem a modalidade pregão para a disputa, mormente porque mais se aproximam de um serviço de comunicação e publicidade, que de um serviço de informática (muitas vezes associado pelo simples fato dos serviços se desenvolverem no ambiente da internet), sendo certo que a tecnologia empregada é apenas o meio de se atingir o objetivo da comunicação. E assim também entendeu o E. Tribunal de Contas da União – TCU, no acórdão 29/2009 – Plenário (doc. anexo), verbis:

“4. A unidade técnica concorda com o exposto pela Secom, no que pertine à legislação aplicável à espécie, concluindo que o certame em questão não seria regido pelo Decreto 1.074/94, **posto que o objeto da licitação é um conjunto de soluções de comunicação, no qual estariam englobados serviços de informática apenas como meio de se atingir o objetivo da contratação.**” (g.n.)

21. Em recente decisão, envolvendo a própria SECOM, o E. Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 6227/2016 – TCU – 2ª Câmara, ao analisar representação contra um certame licitatório promovido pela ANA – Agência Nacional de Águas, enfrentou o debate a respeito da caracterização ou não dos serviços de comunicação digital como comum e definiu que Comunicação Digital não é serviço comum, portanto, não pode ser passível de contratação por meio de Pregão realizado com espeque na Lei 10.520/2002.

22. A riqueza da decisão prefalada merece ser transcrita:

## “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 oitiva determinada pelo TCU, por meio da Nota Técnica 7/2016/DENOR/SGCN/SECOM-PR, datada de 29/2/2016 (peça 32, p. 2-

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 6



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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)

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 7



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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.

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 8





# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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

<sup>DS</sup>  
EFMADV

<sup>DS</sup>  
MRSS

Página 9



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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):

DS

EFMADV

DS

MRSS



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

‘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

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 11



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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

<sup>DS</sup>  
EFMADV

<sup>DS</sup>  
MRSS



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 13



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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:

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 14



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

‘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.

DS  
EFMADV

DS  
MRSS



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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:

<sup>DS</sup>  
EFMADV

<sup>DS</sup>  
MKSS

Página 16





# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

‘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

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 17



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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;

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 18



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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

DS

EFMADV

DS

MKSS

Página 19



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

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,**

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 20



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

**conclui-se que a utilização da modalidade licitatória concorrência, tipo melhor técnica, se mostra adequada para o objeto em análise.” (g.n.)**

23. Não resta dúvida, portanto, sobre a impossibilidade de se classificar ou entender os serviços de comunicação digital como “comuns”, sendo, dessa forma, ilegal a sua contratação por meio de pregão, cujo resultado almeja apenas e tão somente o menor preço.

24. Ilegalidades assim vem sendo rechaçadas pelos Tribunais Superiores, conforme se verifica dos julgados a seguir transcritos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE ESPECIALIDADE TÉCNICA. TIPO DE LICITAÇÃO MELHOR TÉCNICA E PREÇO. ART. 45, § 4º, DA LEI N. 8.666/91.

(...)

Da leitura do artigo 45, § 4º, da Lei n. 8.666/93, conclui-se que o legislador determinou que, nas hipóteses de licitação para aquisição de equipamentos e serviços de informática, deve ser adotado o tipo de licitação de técnica e preço, devido à exigência de especialidade técnica do objeto da licitação, excetuados os casos indicados em decreto do Poder Executivo.

A esse respeito, assevera Marçal Justen Filho que "a licitação de tipo de técnica será aplicada sempre que a necessidade administrativa envolver alguma característica especial ou peculiar, que não possa ser satisfeita por meio dos produtos padronizados. (...) É imperioso, por tudo isso, que a adoção de licitação de técnica e preço seja voltada a selecionar efetivamente os bens e serviços que apresentem desempenho e qualidades técnicas mais significativos" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 416/417).

Da leitura do edital de licitação, verifica-se que a hipótese dos autos cuida de licitação para contratação de bens e serviços de informática com

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 21



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

peculiaridades técnicas. Dessa forma, incorreu a Administração em evidente violação do artigo 45, § 4º, da Lei de Licitações, o que leva à nulidade do edital, que determinou que a licitação fosse do tipo menor preço.

Saliente-se, por fim, que não houve alegação nos autos ou comprovação acerca da existência de decreto do Poder Executivo que justificasse a alteração do tipo de licitação. Recurso especial improvido.

(STJ, Recurso Especial nº. 584.842/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 21.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 197).

25. E mais:

“ADMINISTRATIVO. BENS E SERVIÇOS COMUNS DE INFORMÁTICA. AQUISIÇÃO. PREGÃO. POSSIBILIDADE. QUALIDADES PECULIARES. LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO. OBRIGATORIEDADE.

1. É possível a aquisição de bens e serviços de informática mediante pregão, desde que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital do certame (art. 1º, da Lei 10.520/2002).

2. Tratando-se, todavia, de contratação de empresa com qualidades diferenciadas, que deverá fornecer e supervisionar pessoas dotadas de conhecimentos técnicos necessários ao desenvolvimento de sistemas, considera-se, em exame liminar, obrigatória a licitação do tipo “técnica e preço” (Lei 8.666/93, art. 45, § 4º).

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo regimental prejudicado.

(TRF1, Ag n. 2006.01.00.046361-7/DF – Relator Desembargador Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 02.04.2007)” (g.n.)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE “COMUNS”. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

DS

EFMADV

DS

MKSS

Página 22



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

I – Para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando o desenvolvimento de atividades de análise, projeto, implantação suporte, documentação e manutenção de Sistemas de Informações; de planejamento, modelagem, desenvolvimento, implantação, monitoramento, controle, suporte e manutenção de bases de dados de sistemas; de estudo de capacidade, planejamento e operação de rede; e de projeto, exame, implantação, suporte e manutenção de Sistemas de Segurança, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviços que não se caracterizam notoriamente como serviços comuns, na forma da legislação de regência, exigindo-se o fornecimento de mão-de-obra altamente especializada e qualificada, com formação de nível superior na área de informática e processamento de dados, conforme prevê o próprio edital do certame.

II – Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(TRF1, REOMS 2004.34.00.025379-DF, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, DJ de 13.03.2007)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. PREGÃO ELETRÔNICO N. 06/2008 DA COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). INADEQUAÇÃO DESSA MODALIDADE PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. A contratação de serviços técnicos de informática, mais aprofundados que o comum ou ordinário, como no caso, conforme se depreende do item 1.1 do Edital, não pode ser objeto de licitação do tipo "pregão eletrônico", mas do tipo "técnica e preço" (Lei n. 8.666/1993, art. 45, § 4º). 2. Agravo provido.

(TRF1, AG 2008.01.00.005946-0/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.708 de 28/10/2008)”

<sup>DS</sup>  
EFMADV

<sup>DS</sup>  
MRSS

Página 23



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

I - Para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando a gestão e manutenção dos sistemas de informação, administração e operação de rede e banco de dados e suporte técnico aos usuários da rede corporativa do DNPM, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratarem-se de serviços que não se caracterizam, notoriamente, como serviços comuns, na forma da legislação de regência.

II - Remessa oficial desprovida.

(TRF1, REO 2006.34.00.011440-8/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, e-DJF1 p.160 de 26/01/2009);

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME.

I – Para a contratação de empresa especializada na prestação dos serviços de manutenção preventiva das instalações elétricas prediais, dos sistemas de iluminação dos estabelecimentos, instalações hidráulicas, de esgoto, de águas pluviais, bombas de recalque, sistemas automatizados de oxigenação do espelho d' água e de irrigação de jardins, não é cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviços que demandam conhecimentos técnicos mais aprofundados, ou para a ocupação de funções de formação superior.

II - Na hipótese dos autos, portanto, os serviços licitados não podem ser enquadrados na categoria dos serviços comuns, exigindo modalidade de licitação diversa do pregão.

III – Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 24





# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

(TRF1, REOMS nº. 2004.34.00.015734-1/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ 10/10/2005, p. 78);

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TÉCNICOS DE INFORMÁTICA E ANALISTAS DE SISTEMA E SUPORTE PELA MODALIDADE PREGÃO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇOS QUE NÃO PODEM SER ENQUADRADOS NA MODALIDADE SERVIÇOS COMUNS. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA À LEI PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1 - A aquisição de bens e a contratação de serviços pela modalidade pregão incluída entre as modalidades de licitação pela Lei nº 10.520/2002, teve como objetivo facilitar a compra de bens e serviços comuns, conforme a estipulação inscrita no Decreto nº 3.555/2000.

2 - No ramo de serviços de informática o referido decreto indicou como serviços comuns na área de informática, a prestação de serviços de digitação e manutenção de equipamentos.

3 - O objetivo da modalidade pregão é permitir a contratação mais rápida e acessível à Administração de bens e serviços que são licitados pela modalidade menor preço.

4 - Não é cabível a utilização do pregão para a contratação de serviços de informática que demandem conhecimentos técnicos mais aprofundados ou, para a ocupação de funções de formação superior, sob pena de violação expressa ao texto legal, pois para contratações que exigem conhecimentos técnicos especializados, é necessária a realização de licitação pela modalidade técnica e preço, pois o interesse da Administração é o melhor serviço pelo preço mais adequado.

5 - Não existindo autorização legal para que se prescindia da técnica, é inviável a realização de licitação para contratação de serviços técnicos especializados pela modalidade pregão sob o argumento de que a contratação seria financeiramente mais vantajosa para a Administração Pública.

6 - Agravo de instrumento provido.

DS  
EFMADV

DS  
MKSS

Página 25



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

(AG n. 2004.01.00.001190-0/DF – Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida – DJ de 13.09.2004, p. 77)” (g.n.)

26. Como se vê, a jurisprudência pátria é uníssona no sentido da inviabilidade da utilização do pregão para licitação de serviços que tenham complexidade, não se enquadrando como comuns e por serem de natureza predominantemente intelectual e criativa.

27. Princípio de extrema importância para a lisura do procedimento licitatório trata-se da isonomia, a indicar que “todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro”<sup>2</sup>.

28. Disso decorre que a utilização inadequada do Pregão acabará por igualar licitantes que não possuem a mesma capacidade técnica – não apenas de pessoal especializado, mas também de equipamentos e ambientes informatizados.

29. Ora, se a Administração contratar unicamente com base em preços não será possível atender a interesses da administração, eis que os licitantes com estrutura precária, com poucos funcionários qualificados, poderão oferecer proposta com preço mais baixo em relação a empresas que contem com estrutura complexa altamente qualificada, repleta de tecnologia, com funcionários graduados, e que poderão oferecer um serviço de maior qualidade e eficiência. A exigência de apresentação de uma proposta técnica para solução de um determinado problema de comunicação, fará com que venha à baila e fique sobejamente demonstrada a capacidade técnica da proponente ao invés de se exigir simples atestados de qualificação técnica.

30. A vantagem para a Administração virá se contratar com empresa qualificada do ponto de vista técnico e operacional. O professor Marçal (ob. Cit., pág. 42), leciona que:

---

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Lumen Juris, 7ª Ed., Rio de Janeiro, 2001, p. 194.



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. “

31. E acrescenta:

“A apuração da vantagem depende da natureza do contrato a ser firmado. A definição dos custos e dos benefícios é variável em função das circunstâncias relativa à natureza do contrato e das prestações dele derivadas.”

32. Em tal hipótese, sem que haja uma efetiva avaliação técnica dos licitantes, esses não estarão concorrendo em condições de igualdade, nem se privilegiará a eficiência do serviço público.

33. Nem se argumente que há no edital em questão essa possibilidade de investigação da capacidade técnica, mormente porque tal qual lançado no instrumetno convocatório, a Administração não poderá aferir com precisão a capacidade operacional e a qualidade da execução dos serviços propostos pela licitante, o que somente é possível quando se oferece às licitantes um briefing e a partir deles a Administração recebe uma proposta técnica simulada, a exemplo do que será feito na execução do contrato.

34. No caso em análise, nenhuma vantagem será conferida à Administração na contratação de empresa para prestação do serviço, por meio de Pregão Eletrônico que não estabeleça padrões mínimos de qualidade a serem observadas pelo vencedor, muito pelo contrário, pois, como bem disse o professor Marçal:

“a Administração desembolsará o menor preço, mas receberá prestação destituída de aptidão para satisfazer as necessidades cogitadas. Nesse caso, incorrer-se-á na trágica constatação de que, por menor que seja o preço pago, configura-se um desperdício pagar algo por uma prestação inadequada.”

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 27



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

## 5. LICITAÇÕES DE COMUNICAÇÃO DIGITAL JÁ REALIZADA POR MEIO DE CONCORRÊNCIA MELHOR TÉCNICA OU TÉCNICA E PREÇO

35. A seguir, cumpre-nos indicar uma sequência de licitações já realizadas do tipo Melhor Técnica ou Técnica e Preço e que se revestiram de êxito, tanto no processo como na execução contratual, mormente porque valorizaram a qualidade técnica e a capacidade das proponentes em executar com eficiência o objeto em disputa.

- ✓ SECOM – PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
- ✓ CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CPL/BR
- ✓ INCRA – INSTITUTO NACIONAL DA REFORMA AGRÁRIA
- ✓ ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS
- ✓ BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN
- ✓ EMBRATUR – INSTITUTO BRASILEIRO DE TURISMO
- ✓ AGÊNCIA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES DO BRASIL APEX-BRASIL
- ✓ MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO
- ✓ BANCO DO BRASIL .

36. Como se vê, tratam-se de objetos licitados em tudo semelhantes ao objeto da disputa no presente procedimento licitatório, ocorre que, enquanto a Administração Pública, em diversas oportunidades, dada a legislação de regência, preferiu a realização de Concorrência do Tipo “Melhor Técnica” ou “Técnica e Preço”, o Edital ora impugnado optou pela realização do certame na modalidade Pregão, que apenas comporta o Tipo “Menor Preço”.

37. Ressalte-se que a proposta buscada pela administração pública, não precisa ser necessariamente a menos onerosa. Pois, além da menor onerosidade e da economicidade, a qualidade e eficiência do serviço a ser prestado também deve ser sopesada na apreciação das propostas.

38. O objeto pretendido admite soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade e rendimento

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 28



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

concretamente mensuráveis, na conformidade dos critérios objetivamente fixados em ato convocatório.

## 6. ERRO DE NOMENCLATURA VERSUS OBJETO PRETENDIDO

39. Salta aos olhos o erro de nomenclatura utilizado pelo órgão licitante, posto que menciona o desejo de licitar e contratar “soluções de comunicação digital” e limita o objeto a dois itens: serviços de monitoramento e desenvolvimento.

40. Pelo que se pode observar da construção das justificativas, do termo de referência e de outros documentos anexados do edital, fica evidente que o escopo da licitação era mais amplo e que acabou reduzido. Porém, a “amplitude” original do objeto, ao menos em sua denominação, foi mantida e precisa ser ajustada e corrigida, pois, do contrário, não poderá a SECOM iniciar novo processo licitatório para contratação dos demais serviços e soluções de comunicação digital, como já foi feito nos certames anteriores e que são muito mais amplos e abrangentes que os dois itens aqui debatidos.

41. Por esta razão, ainda que se admita no campo das hipóteses, se a decisão for pela continuidade do certame, a correção da nomenclatura do objeto precisa ser revista e ajustada, sob pena de impactar negativamente em futuras contratações, tanto da SECOM, como induzir em erro outros órgãos que se miram nos exemplo da entidade máxima da comunicação do Governo Federal.

## 7. NECESSIDADE DE COERÊNCIA TÉCNICA E PAPEL NORMATIZADOR DA SECOM

42. Como dissemos, em decorrência do Acórdão 6.227/2016-2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, a SECOM iniciou processo de normatização e modelização dos editais de contratação de serviços de comunicação em todas as suas disciplinas: publicidade, comunicação corporativa, live marketing e comunicação digital.

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 29



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

43. Com exceção de comunicação digital, cuja minuta de instrução normativa já se encontra validada e discutida com o mercado e sua redação final concretizada, todas as demais INs foram publicadas, assim como os seus respectivos modelos de editais. Em todos os casos, há clara e eficiente argumentação técnica por parte da SECOM quanto à impossibilidade de se utilizar o pregão para contratar tais serviços. O mesmo se dá em relação à comunicação digital, daí o espanto e a surpresa com a presente publicação.

44. A seguir o link de todos os documentos orientadores da consulta pública e da IN de comunicação digital que está pendente de publicação:

45. Dentre os inúmeros documentos e estudos conduzidos pela SECOM, pedimos licença para destacar e relembrar alguns trechos de suma importância e relevância para o caso em comento. Vejamos um trecho da Nota Técnica nº 52/2017/DENOR/SGC/SECOM/CC-PR:

“(…)

**d) Da natureza intelectual dos serviços de comunicação digital**

26. **Cumpra ainda destacar, acerca da natureza dos serviços de comunicação digital, que estes são predominantemente intelectuais, e não serviços comuns**, devendo ser avaliadas, ainda, para a escolha da modalidade e do tipo de licitação, as necessidades de cada órgão e entidade, tendo em vista o disposto na Orientação Normativa nº 54 da AGU.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 54, DE 25 DE ABRIL DE 2014 (\*) "COMPETE AO AGENTE OU SETOR TÉCNICO DA ADMINISTRAÇÃO DECLARAR QUE O OBJETO LICITATÓRIO É DE NATUREZA COMUM PARA EFEITO DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO E DEFINIR SE O OBJETO CORRESPONDE A OBRA OU SERVIÇO DE ENGENHARIA, SENDO ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO JURÍDICO ANALISAR O DEVIDO ENQUADRAMENTO DA MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEL."

DS

EFMADV

DS

MRSS

Página 30



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

REFERÊNCIA: Art. 1º, Lei 10.520, de 2002; art. 50, §1º, Lei nº 9.784, de 1999. Art. 6º, inc. XI, e art. 38, parágrafo único, Lei nº 8.666, de 1993; Lei nº 5.194, de 1966.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(\*) Editada pela Portaria nº AGU nº 124, de 25 de abril de 2014, publicada no DOU I 2/5/2014, p.2-3

27. Isso porque, a licitação de serviços de comunicação digital visa a contratação de empresa especializada na prestação de um serviço, não de profissionais, ou mesmo de itens isolados do catálogo de produtos e serviços, na medida em que esses fazem parte de um todo, que caracteriza o objeto contratual, e devem ser estrategicamente combinados, conforme as especificidades de cada demanda, caracterizando, dessa forma, a natureza predominantemente intelectual da prestação do serviço.

28. Ora, por recomendação do Tribunal de Contas da União e do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (IN nº 02/2008 e IN nº05/2017), a Secretaria Especial de Comunicação Social tem disponibilizado modelos de edital de licitação dos serviços de comunicação, com base nas competências previstas nos Decretos já citados, no intuito de observar a correta aplicação das normas gerais de licitações e contratos.

29. **Assim, deve-se dizer que a Secretaria Especial de Comunicação Social considera o serviço de comunicação digital, conforme classificação do Direito Civil, como intangível, que é aquele chamado incorpóreo ou imaterial, que não constitui numa realidade física**, ou seja, não pode ser tocado, já que contratar um serviço de comunicação não se trata de contratar uma empresa para a construção de uma ponte.” (g.n.)

DS  
EFMADV

DS  
MRS

46. E conclui brilhantemente ao registrar:

Página 31



# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

“37. Assim, considerando que a Secretaria Especial de Comunicação Social entende que o serviço de comunicação digital como um serviço predominantemente intelectual, deve-se ressaltar que, para esse tipo de serviço, leva-se em conta que a proposta mais vantajosa pretendida pela Administração considera a relação custo x benefício, ou seja, não é aquela necessariamente menos onerosa, já que, além do custo, a qualificação técnica da contratada tem suma importância na apreciação e julgamento das propostas.” (g.n.)

47. Esse posicionamento da SECOM tem balizado entendimento de órgãos públicos Brasil afora e, curiosamente, recebeu tratamento diferente quando se trata de contratação levada a efeito pela própria SECOM.

48. O prejuízo causado pela publicação deste edital é incalculável e precisa ser revisto e anulado com a urgência que o caso requer.

## 8. CONCLUSÃO E PEDIDO

49. De todo o exposto, é possível concluir que:

- a) A modalidade Pregão Eletrônico, para contratações de serviços de comunicação digital, não é adequada por privilegiar o preço, em prejuízo da técnica e da qualidade e por não possibilitar à Administração contratar com a proposta MAIS VANTAJOSA em sentido amplo e irrestrito;
- b) A execução de um contrato com baixa qualidade técnica pode ser entendida como lesiva ao erário e aos interesses coletivos;
- c) Considerando a importância e relevância do órgão licitante e sua atuação no cenário nacional, há que se contratar os serviços pretendidos com a qualidade e eficiência compatível com sua finalidade;

DS  
EFMADV

DS  
MRSS

Página 32





# Franco de Menezes

A D V O G A D O S

- d) A utilização de nomenclatura genérica e abrangente impedirá a contratação dos demais produtos e serviços porventura desejados pela SECOM, no futuro e induzirá incautos ao erro de entender que admite-se pregão para toda e qualquer contratação de comunicação digital.

50. Por tais razões, requer a impugnante que:

- a) O referido Pregão Eletrônico nº 001/2020 seja anulado;
- b) Seja elaborado novo edital de licitação na modalidade de Concorrência, do tipo “Melhor Técnica” ou “Técnica e Preço”, seguindo o modelo disponibilizado pela própria Secom da Presidência da República em que a “capacidade técnica, experiência e aptidão das licitantes” sejam nitidamente aferidos por meio de pontuação técnica, ou seja, com notas e pesos com o objetivo de se alcançar a melhor e mais vantajosa proposta para o órgão licitante;
- c) *Ad argumentandum*, se mantida a validade do presente pregão, ao menos, roga-se que o objeto seja adequado escrito e definido para que se faça relação direta aos dois produtos que constituem a contratação.

A ABRADi se coloca à disposição do órgão para auxiliar na elaboração do novo edital, bem como toda e qualquer necessidade que porventura surja.

P. Deferimento

Brasília, 15 de setembro de 2020

DocuSigned by:  
*Marcelo Roberto Sampaio Sousa*  
F82FCCC90DF84BF...  
**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE  
AGENTES DIGITAIS - ABRADi**  
Presidente

DocuSigned by:  
**EMERSON FRANCO DE MENEZES**  
4344586AE4E8483...  
**EMERSON FRANCO DE MENEZES**  
OAB SP 133.039 | OAB DF 52.306