

<b>PROCESSO Nº</b>	: 10.48.070
<b>LICITAÇÃO Nº</b>	: 70/2023
<b>UNIDADE CONTRATANTE</b>	: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de SP - CDHU
<b>OBJETO</b>	: Contratação da Prestação de Serviços de Publicidade

## **ATA DA REUNIÃO REALIZADA DIA 1º DE MARÇO DE 2024**

### **MANIFESTAÇÃO QUANTO À IMPUGNAÇÃO**

**IMPUGNANTE** : Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo - SINAPRO SP

**ATO IMPUGNADO**: Licitação nº 070/2023 - Processo nº 10.48.070

**ASSUNTO** : Manifestação sobre a IMPUGNAÇÃO apresentada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo - SINAPRO SP

Aos seis dias do mês de março do ano de dois mil e vinte e quatro, nesta cidade e município de São Paulo, capital do Estado de São Paulo, na Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU, situada na Rua Boa Vista, nº 170, 13º andar, reuniu-se a Comissão Julgadora da Licitação constituída, respectivamente, pelos Atos do Presidente da CDHU: AP/003/24 e AP/014/24, sob a Presidência de IRACEMA MARIA DOS SANTOS ADÃO e os membros ALESSANDRA CRISTINA GIROTTI RODRIGUES, JOSEANE GONÇALVES DE SOUZA, DAIANA THEREZA MANZINI CÁO e MARIA REGINA PEREIRA BUCCO, esta última, na qualidade de representante da sociedade civil, nos termos do Decreto estadual nº 36.226/92 e Art. 8º, §1º, do Decreto n. 66.019/2021, para análise da impugnação ao edital apresentada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo - SINAPRO.SP.

## I - PRELIMINARMENTE - DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preliminarmente, necessário tecermos algumas considerações acerca da admissibilidade da impugnação. Impõe observar inicialmente, que a participação popular na atividade administrativa é altamente benéfica para a identificação de soluções necessárias e adoção de providências cabíveis para assegurar a satisfação e o aperfeiçoamento dos interesses administrativos e coletivos.

Ocorre que, o cabimento da impugnação sujeita-se à presença de determinados pressupostos, sem os quais nem se chega a apreciar o mérito da questão, os pressupostos se diferenciam em duas categorias, subjetivos e objetivos.

Examinando às questões subjetivas, estas são as relacionadas à pessoa do impugnante, trata-se da legitimidade. Com efeito, em análise ao atendimento pelo peticionário do pressuposto mencionado, constata-se que o referido Sindicato das Agências de Propagando do Estado de São Paulo - SINAPROSP não possui legitimidade para impugnar o presente edital de licitação.

No presente caso, em que pese toda a preocupação do SINAPRO.SP em zelar pelos interesses dessa categoria, não nos parece que esteja autorizado a impugnar o edital em nome de seus membros, associados ou quem quer que seja.

Isso porque, a Lei Federal nº 13.303/2016 - Lei das Estatais, que disciplina a licitação em testilha, constatamos a seguinte situação:

*Lei 13.303/2016 ...*

“Art. 87 (...)

*§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame ...”*

Verifica-se, pois, que possuem legitimidade para impugnar os termos do instrumento convocatório somente o “licitante” e, de forma excepcional, com o “cidadão”.

Conforme às disposições da lei, bem como do item 18 do edital do certame, além do licitante, qualquer cidadão será legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis da data fixada para a sessão de abertura da licitação.

Evidentemente, a lei não quis dar o mesmo tratamento “aos licitantes” e àqueles que denominou de “qualquer cidadão”. O licitante é o efetivamente interessado que adquire o edital ou pratica qualquer ato que demonstre interesse em participar do certame. Este pode impugnar o edital até o segundo dia útil que anteceder a sessão de abertura da licitação. O cidadão é estranho ao procedimento e possui um prazo menor para impugnar o instrumento convocatório – cinco dias úteis antes da data de abertura.

Em virtude disso, em um primeiro momento, tem-se que a impugnação apresentada pelo SINAPROSP não merece ser conhecida, data maxima venia.

Contudo, objetivando manter a lisura e a transparência dos atos praticados por esta Administração, em especial

àqueles concernentes ao procedimento administrativo da licitação em epígrafe; tendo em vista o direito de petição consagrado pela Carta Magna de 1988 a todos aqueles que almejam a defesa de direitos ou contra legalidade ou abuso de poder; em atenção aos princípios que regem os atos da Administração Pública; entendemos que a impugnação, sob análise, poderá ser recebida e processada.

Desta forma, passamos ao mérito da questão proposta pelo SINAPRO.SP.

## II - DOS FATOS

Trata-se da Licitação nº 070/2023, do tipo melhor técnica, instaurada a requerimento da Presidência desta Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU, com a finalidade de contratar 3 (três) agências para a prestação de serviços de publicidade, assim considerados 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.

A publicação do Aviso no Diário Oficial do Estado se deu no dia 28 de dezembro de 2024, cuja abertura dos Invólucros ocorrerá em 11 de março de 2024.

O valor da contratação é estimado em R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), para o período de 12 (doze) meses.

Em 26 de fevereiro de 2024, a presidente da Comissão

Julgadora da Licitação recebeu impugnação ao edital da Licitação em epígrafe.

Registramos que a impugnação foi recebida, posto que tempestiva, para apreciação.

### **III - DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNAÇÃO DO SINAPRO.SP**

Em sua exposição o Sindicato relata que, embora não tenha constatado irregularidades que viciem o procedimento licitatório em comento, entende que seria de extrema conveniência à licitante - CDHU, a adoção de disposições que facilitem a apresentação das Propostas Técnicas das licitantes e, possibilitem este órgão avaliar e selecionar as propostas mais vantajosas para a empresa, com a aplicação rigorosa das disposições das leis 13.303/2016, 12.232/2010, 4.680/65 e do Regulamento Interno de Licitação e Contratação da CDHU, além das Normas-Padrão da Atividade Publicitária.

Ressaltou em sua peça que a impugnação objetiva, primordialmente, contribuir para que o processo licitatório se dê de forma absolutamente hígida e atendendo aos princípios que regem as licitações públicas e o interesse maior dessa entidade.

Observou que os quesitos e os subquesitos indicados no edital (Plano de Comunicação, com os subquesitos Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação, Ideia Criativa e Estratégia de Mídia e de Não Mídia e com os quesitos Capacidade de Atendimento, Repertório e Relatos de Solução de Problemas de Comunicação estão claramente expostos.

Todavia, no subquesito Estratégia de Mídia e de Não Mídia, o edital (como é usual e regular), estabelece em seus itens 5.3.4.3 e 5.3.4.4 que na simulação desse subquesito deve ser atendido o seguinte regramento:

*a) “os preços das inserções em veículos de divulgação devem ser os de tabela cheia, vigentes na data de publicação do Aviso de Licitação;*

*b) Deve ser desconsiderado o repasse de parte do desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação, nos termos do art. 11 da Lei federal n. 4.680/65;*

*c) Devem ser desconsiderados os custos internos e os honorários sobre todos os serviços de fornecedores.*

*5.3.4.4. para fins desta licitação, consideram-se como “Não Mídia” os meios que não implicam a compra de espaço e ou tempo em veículos de divulgação para a transmissão de mensagens publicitária.”*

Aludiu em sua manifestação que, apesar da absoluta regularidade dessa disposição editalícia, no entender do impugnante, a mídia digital é essencial para qualquer campanha publicitária e, portanto, deve ser utilizada no desenvolvimento da campanha simulada.

Expôs que mídia digital é mídia e, portanto, haveria compra de espaço/tempo publicitário nessa mídia.

Citou também que veículos digitais, como “Google e Facebook” defendem ser empresas de tecnologia e não veículos de divulgação, malgrado, no seu entendimento, sejam efetivamente veículos de comunicação, pois vendem seus espaços/tempo para a publicidade e são reconhecidamente veículos de divulgação para Conselho Executivo das Normas Padrão.

Assim, entende o impugnante que, para que as mídias digitais possam ser utilizadas na elaboração do Plano de Comunicação, sem afrontar o regramento do edital no subquesito Estratégia de Mídia e de Não Mídia, tornar-se-ia necessário que do edital constasse a ressalva de que tais serviços digitais, incluindo, portanto, mídia digital, sejam tidos, - APENAS PARA ATENDER A FINALIDADE DO EDITAL - COMO FORMAS INOVADORAS DE COMUNICAÇÃO, cujo custo é o usualmente aplicado na cobrança de tais serviços de mídia digital, não havendo tabela de preços pública.

Entendendo ser conveniente que do edital constasse, no item 5.3.4.3 uma quarta forma de mídia (digital), excepcionalmente indicada como “forma inovadora de comunicação”, permitindo que as licitantes formulem seu Plano de Comunicação no subquesito Estratégia de Mídia e de Não Mídia, com a utilização dessa mídia, sem que isso implique em infração às disposições editalícias.

Assim, sugeriu a SINAPRO SP que do edital passasse a constar a alínea “d” do item 5.3.4.3, com a seguinte redação:

*“d) para veículos de comunicação que não atuem com tabelas de preços Públicos, mas que possam ser considerados como formas inovadoras de comunicação (tais como mídia programática, trading desks e redes sociais) a Licitante deverá informar o montante de investimento proposto a ser*

*utilizado com essas ferramentas no âmbito de sua estratégia, assim como para o alcance dos objetivos previamente estabelecidos, definindo em sua proposta quais métricas serão utilizadas para atingi-los (ex: com, true views, taxa de impressão, geração de leads, custo por alcance, cpc, cpe, custo por visualização de vídeo, custo por curtida entre outros).*

*Para fins desta Licitação, a publicidade em plataformas digitais, exemplo da programação de publicidade nas redes sociais Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn e Youtube, está inserida no conceito de forma inovadora de comunicação.*

Cogita que, com esse acréscimo, serão atendidas as disposições do edital e permitirá que as licitantes utilizem as mídias digitais, plataformas digitais e demais ferramentas de comunicação, que não possuem tabela de preços pública, na sua Estratégia de Mídia e de Não Mídia, excepcionalmente como “formas inovadoras de comunicação”, pois, acrescenta ser sabido que a comunicação digital é essencial para a divulgação dos órgãos e entidades públicas e privadas, inclusive e notadamente através da publicidade institucional.

Entende que da forma como o edital foi redigido, ao não fazer previsão expressa do uso da mídia digital, indiretamente, haveria uma vedação ao uso das mídias digitais no Plano de Comunicação, uma vez que estes “veículos” (Google e Facebook) não têm tabelas de preços públicas.

Afirma que ainda que não esteja prevista a mídia digital para a elaboração do Plano de Comunicação, ela será necessária na execução do contrato de publicidade institucional.

Conclui o SINAPRO que o serviço de intermediação de mídia digital deve ser um item específico de remuneração da agência, a ser acrescido ao edital, na Proposta de Preços, ou seja, a agência fará a intermediação na aquisição de mídia digital, junto a veículos digitais, auferindo o desconto de agência de valor correspondente a 20% do valor da mídia contratada, pago pelos veículos.

No caso em que os veículos digitais não remunerem as agências pela intermediação na aquisição da mídia digital, caberia ao cliente-anunciante remunerar a agência por esse trabalho, em percentual de 20% do valor da mídia contratada.

#### **IV - DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES**

##### **IV.I - DAS DISPOSIÇÕES DA LEI**

A Lei federal nº 4.680/1965, que trata do exercício da profissão de Publicidade e do Agenciador de Propaganda - em seu Capítulo IV - que trata das Comissões e Descontos devidos aos Agenciadores e às Agências de Propaganda, dispõe:

Artigo 11. A comissão, que constitui a remuneração dos Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda, serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

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

definidos na presente Lei.

Com efeito, por força desta Lei, e das Normas-Padrão da Atividade Publicitária editadas em 1998, as agências de publicidade têm o direito a receber uma comissão das verbas que seus clientes investem em veiculação de mídia, como uma forma de remunerá-las pelos serviços de prestados de criação e produção de conteúdo publicitário.

#### IV.II – DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA

Em confronto ao entendimento equivocado da impugnante, a legislação vigente no país, exige que os veículos de comunicação tenham Tabelas Públicas de 100% (cem por cento) do valor do serviço. Assim, quando a Gestão Pública efetua o pagamento dos serviços, a Agência é remunerada em 20% (vinte por cento) do valor destes serviços, repassando o 80% (oitenta por cento) para o respectivo veículo.

Veículos de comunicação possuem apenas um canal e apenas o próprio veículo negocia seus espaços, a exemplo: TV, Rádio, Jornal e Revista.

Diferentemente dos veículos acima citados pelo Sindicato, ora impugnante, as plataformas digitais tais como Google, Facebook, LinkedIn, TikTok, Kwai, Spotify etc., **não dispõem de Tabelas** e não são classificados pela Legislação de regência da matéria como “Veículos” propriamente ditos.

Sua constituição empresarial e natureza jurídica estão consolidadas pela Doutrina e Jurisprudência como “empresas de

tecnologia” e contam com diversas peculiaridades tais como:

1. Elas não dispõem de um canal único;
2. Seus serviços são disponibilizados em inúmeras vias, tais como: computador pessoal, tablets, TVs Conectadas a Web, celulares etc.;
3. Podem se fazer presentes em todos esses ambientes ao mesmo tempo;
4. A forma de venda de seus espaços ocorre por intermédio de leilões automatizados que permitem que outros entes adquiriram esses espaços e revendam;
5. A compra desse serviço, na conformidade dos entes internacionais das empresas de tecnologia, implica pagar o serviço parametrizado naqueles sistemas à razão de 80% (oitenta por cento) que é o limite que suportam;

#### IV.III – DO PARALELO ENTRE OS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO ASSIM DEFINIDOS PELA LEI E AS EMPRESAS DE TECNOLOGIA

Embora o CENP reconheça as Redes Sociais Plataformas Digitais de Pesquisas como veículos de comunicação, a legislação no país não se alterou, inviável, portanto, a aplicação das mesmas práticas aos veículos de comunicação e às Redes Sociais e Plataformas Digitais.

Assunto **correlato** foi objeto de ação proposta pela Rádio e Televisão Record S.A. em face do Estado de São Paulo visando à declaração de inexistência de ralação jurídico-tributária que a obrigasse a recolher, em prol do Fisco, o ICMS sobre as atividades

de veiculação comerciais, propaganda e publicidade em meio digital através do Portal R7.

No processo nº 1033519-2816.8.26.0053, a inicial sustenta, dentre outros argumentos, que, a veiculação de publicidade em portal da internet não é serviço de comunicação, pois há a mera cessão de espaço para que terceiros veiculem a respectiva propaganda. Em síntese, a sentença julgou procedente, em parte, a ação para reconhecer a não incidência de ICMS sobre a divulgação de propaganda ou publicidade no portal R7.

O acórdão consignou que A AUTORA NÃO PRESTA SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, MAS, VEICULA /INSERE MATERIAL PUBLICITÁRIO EM SEU ENDEREÇO ELETRÔNICO. Ainda, utilizou o argumento da inclusão do item 17.25 na lista na lista anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, para concluir que se trata de **prestação de serviço que sofre a incidência do ISS**, conforme a transcrição abaixo do trecho do acórdão:

*“O objeto do contrato não é a prestação de serviço de comunicação, mas a veiculação/inserção de material publicitário, ou propaganda no endereço eletrônico da autora.*

*E, de fato, entendo ser este o caso dos autos. Ou seja, em minha visão, a autora dispõe de espaço virtual em seu sítio eletrônico para a divulgação de produtos e serviços, promovendo a inserção de conteúdo publicitário, informativos e de propaganda em sua página da internet a destinatários indeterminados.*

**LOGO, NÃO HÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, MAS SIM A CESSÃO DE ESPAÇO EM SÍTIO ELETRÔNICO PARA A REALIZAÇÃO DA PUBLICIDADE, O QUE, POR CONSEQUENTE, AFASTA A INCIDÊNCIA DO ICMS.**

*E, tanto não se trata de prestação de serviços de comunicação que a recente alteração inserida pela LC 157/2016 na LC 116/03 se deu neste sentido.*

Veja.

[...]

*Com isso, nota-se que a inserção de propagandas e publicidade em qualquer meio que não seja livro, periódico ou radiofusão, tornou-se atividade potencialmente tributável pelo ISSQN.*

*Desta forma, há ainda outro argumento relevante para se concluir pela não incidência do ICMS no caso dos autos. Se a atividade em questão tornou-se potencial fato gerador do ISSQN, então estaria vedada sua tributação pelo ICMS. Portanto, entendo ser o caso de manter a sentença de primeiro grau no ponto em que afasta a incidência do ICMS da atividade prestada pela autora, justamente porque não restou caracterizada a veiculação/inserção de publicidade como prestação onerosa de serviço de comunicação.”*

A Corte Constitucional também apreciou o tema e concluiu, pela incidência apenas do ISS (e não ICMS) sobre a inserção e veiculação de textos, publicitários e de propaganda em qualquer meio, o que evidentemente alcança portais digitais, sites eletrônicos, redes sociais e plataformas de buscas.

Assim, salvo melhor juízo, apenas os casos envolvendo o serviço de comunicação, a exemplo do praticado pelas empresas de radiofusão de sons e imagens, receberão o tratamento dispensado à veículos de comunicação.

Caso houvesse o pagamento de 20% (vinte por cento) a título de honorários de Agência, nos termos da legislação vigente, estariam sendo pagos como uma mera liberalidade da Administração, como se fosse uma gentileza, sem qualquer sustentação legal, causando danos ao erário e expondo os responsáveis à improbidade administrativa.

Quanto à alegação de que sem a alteração sugerida ao instrumento convocatório tais meios de inserção de publicidade estariam vedados e impedidos de serem utilizados pelos proponentes na elaboração da proposta técnica, urge salientar, conforme divulgado na Nota de Esclarecimento 04, Questionamento 02, os custos relativos à inserções em redes sociais e plataformas de buscas devem ser alocados como custos de produção, portanto, não há nenhuma vedação à sua utilização neste certame licitatório.

## V - CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que a impugnação administrativa apresentada pelo Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de São Paulo - SINAPROSP, em face dos termos do Edital da Licitação nº 70/2023, deverá ser conhecida pelas razões expostas, posto que tempestiva, e no mérito, opinamos pelo **NÃO PROVIMENTO**, vez que os argumentos veiculados padecem de fundamento jurídico, não havendo qualquer ilegalidade nas exigências técnicas formuladas no instrumento convocatório do certame em análise, tampouco violação a qualquer dos princípios que regem as licitações e as atividades da Administração Pública, razão pelo qual deverão ser integralmente mantidos em seus estritos termos.

É o nosso entendimento, *s. m. j.*

IRACEMA MARIA DOS SANTOS ADÃO  
PRESIDENTE

ALESSANDRA CRISTINA GIROTTO  
RODRIGUES  
MEMBRO

JOSEANE GONÇALVES DE SOUZA  
MEMBRO

DAIANA THEREZA MANZINI CÁO  
MEMBRO

MARIA REGINA PEREIRA BUCCO  
REPRESENTANTE DA SOCIEDADE CIVIL