



Ministério da Saúde
Assessoria Especial de Comunicação Social

NOTA TÉCNICA Nº 67/2022-ASCOM/MS

1. ASSUNTO

Trata-se de pedido de IMPUGNAÇÃO, apresentado pela [REDAZIDA], relacionado ao Edital nº 66/2022, Concorrência nº 01/2022, tipo melhor técnica, referente a contratação de de 2 (duas) empresas prestadoras de serviços de comunicação digital para o Ministério da Saúde.

Todavia, a impugnação é intempestiva e não merece ser conhecida. Note-se que o edital é claro ao fixar os prazos para essa finalidade:

7.6. **Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital**, perante a Comissão Especial de Licitação:

I) o cidadão que não se manifestar em até 05 (cinco) dias úteis antes da data de recebimento das Propostas Técnicas e de Preços; e

II) **a licitante que não se manifestar em até 02 (dois) dias úteis antes da data de recebimento das Propostas Técnicas e de Preços.**

Embora a peça impugnatória tenha sido encaminhada por email no dia 29/09/2022, a impugnante o fez fora do horário de expediente do Ministério da Saúde e amplamente comunicado no item 19.1 do edital:

19.1 Eventuais recursos referentes à presente Concorrência deverão ser interpostos no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, em petição escrita dirigida à autoridade competente do contratante, por intermédio da Comissão Especial de Licitação ou Permanente e protocolizada no Ministério da Saúde – Esplanada dos Ministérios Bloco G, Anexo A, 3º Andar, Sala 339, Brasília - DF, **no horário das 9h às 12h e das 14h às 17h.**

Por essa razão, opinamos pelo não conhecimento da impugnação, porque é intempestiva.

2. DAS RAZÕES E DOS PEDIDOS DA IMPUGNANTE

Não obstante a intempestividade, por mero diletantismo e confiando na utilidade de compartilhar com as licitantes a visão desta área técnica sobre aspectos relevantes suscitados pela empresa acima citada, exarou-se a presente Nota Técnica, com argumentos e razões que conduzem a impugnação à improcedência..

Em suma, a impugnação em tela fundamenta-se em possíveis vícios que comprometem a legalidade do procedimento licitatório, da ampla competitividade; bem como da semelhança com o EDITAL Nº 36/2021 - Processo nº 25000.145421/2020-41 - PREGÃO Nº 20/2021.

Por fim, [REDAZIDA] requer:

V – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, não restando a menor dúvida de que o Edital ora combatido contém máculas que desvirtuam sua finalidade e o tornam ilegal, requer a Impugnante seja a presente impugnação recebida e processada para que se determine a REFORMA do presente Instrumento Convocatório, EDITAL Nº 66/2022, Processo nº 25000.077538/2021-76, EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 01/, corrigindo-se e suprimindo do mesmo os termos ilegais bem como adequando-os à atual legislação, reabrindo-se o prazo para apresentação das propostas, através de nova publicação, nos termos do artigo 21, parágrafo 4º da Lei Federal nº 8.666/93.

Caso não seja este o entendimento de V. Sa., requer-se o encaminhamento da presente impugnação à autoridade superior, para que aprecie seu mérito.

Em ato contínuo, acolhida a impugnação contra o ato convocatório, pugna, ainda, pela republicação do edital e reabertura de prazos.

3. DA ANÁLISE TÉCNICA DAS ALEGAÇÕES

3.1. No pedido de impugnação apresentado, a [REDAZIDA] alega que:

3.2. II. 1 - PREMISSAS NA ESCOLHA DA MODALIDADE E TIPO

A Impugnante constatou que o Edital padece de vícios que comprometem a legalidade do procedimento licitatório. Desta forma, algumas considerações devem ser ponderadas.

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Primeiramente, é de se ter em mente os princípios norteadores da licitação, especificamente previstos no art. 3º da Lei 8.666/93, veja:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Diante disso, é comum que os gestores optem por modalidades e tipos de licitações que mais privilegiem o menor preço a ser alcançado, sem que isso signifique qualquer comprometimento à qualidade do serviço prestado, promovendo a competitividade econômica, o que infelizmente não ocorreu no edital em questão.

Entretanto, também é certo que há objetos que, se forem licitados levando-se em consideração apenas o critério melhor técnica, não alcançarão a maior vantagem à Administração, eis que dependem de outros fatores, exclusivamente econômicos e financeiros para alcançar-se a economicidade e eficiência pretendidas, análise essa que se encontra no campo de discricionariedade e oportunidade da Administração.

Sendo a licitação uma espécie de procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública procura identificar a proposta que melhor lhe atenda e sendo os pleitos variados, os objetos de licitação, portanto, apresentam características, elementos, sutilezas e nuances específicos, que os diferenciam dos demais, necessitando de diferentes maneiras e procedimentos com o propósito de divisar-se a proposta que melhor atenda aos interesses da Administração Pública.

Ciente desses conceitos, a Impugnante constatou que o Edital padece de vícios que comprometem a legalidade do procedimento licitatório em razão da modalidade e do tipo de licitação adotada.

Assim, certo é que o tipo adotado da “melhor técnica” não busca estabelecer um equilíbrio entre dois objetivos definidos pela lançadora do certame: primeiro, e não pela ordem de relevância, o de obter a melhor técnica relativamente ao objeto da licitação; segundo, o de desembolsar o valor compatível com essa melhor técnica: não necessariamente o menor valor ofertado por todos, mas aquele que adequada e apropriadamente diga respeito à técnica a que corresponder.

Importante frisar que as normas gerais licitatórias estabelecem as hipóteses em que a Concorrência deverá ser adotada, e, para tanto, nomeando as situações jurídicas que, concretamente justificam sua presença.

Ressalta-se que a escolha do tipo e modalidade serve para permitir maior competitividade, e, sendo os critérios de julgamentos diversos daquele que valora exclusivamente o menor preço ou a técnica/preço (entendido pelo legislador como os tipos que mais permitem a competitividade) é importante justificar

objetivamente a escolha, o não foi feito por esta Administração.

Com efeito, embora sabido que o juízo de conveniência e oportunidade é da Administração Pública, a escolha pela modalidade e tipo de licitação deve ser objetiva e tecnicamente justificada, de modo a evidenciar o motivo idôneo da escolha.

3.2.1. Resposta da Área Técnica Demandante: A escolha do tipo melhor técnica, no presente certame - é preciso afirmar - é perfeitamente legal e legítima. Seu fundamento primordial é a Lei 12.232/2010, recentemente alterada pela Lei 14.356/2022, de 31/05/2022, que ampliou para as contratações de serviços de Comunicação Institucional (ou "corporativa") e Comunicação Digital os regramentos do referido diploma legal, até então restritos às contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda.

3.2.2. Estão referenciadas na presente licitação, ainda, a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), a Instrução Normativa MP nº 05/2017, a Instrução Normativa nº 4/2018, da Secom e o Acórdão nº 6.227/2016-TCU-2ª Câmara. Ademais, a preferência pelo tipo "Melhor Técnica" foi cabalmente justificada na instrução processual do presente certame, em seu Projeto Básico, como exige a lei. No documento, que passou pelo crivo e foi devidamente validado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, lê-se:

2.5 Assim, entende-se que as características do serviço de comunicação são diferenciadas, razão pela qual não se enquadram no conceito de bens e serviços comuns, tendo em vista que não são dotados de padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

2.6 Portanto, a opção pelo tipo Melhor Técnica encontra-se fundamentada no art. 46 da Lei nº 8.666/1993, o qual dispõe que podem ser usadas para serviços de natureza predominantemente intelectual, como no caso da contratação em comento e, que neste caso, adotar formato diferente do apresentado poderia resultar na contratação de agência de comunicação digital com nível inferior ao pretendido pelo Ministério da Saúde, resultando em baixa qualidade da execução contratual de produtos e serviços. (grifo nosso).

3.2.3. No mesmo sentido, a Portaria MCOM nº 5.218, de 7 de abril de 2022, que dispõe sobre o procedimento para contratação e sobre a fase de execução dos contratos de serviços de comunicação digital dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, em seu artigo 4º, estabelece o seguinte:

Art. 4º A licitação será processada de acordo com a modalidade concorrência, conforme o art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993, adotando-se os tipos "melhor técnica" ou "técnica e preço".

Parágrafo único. A escolha do tipo de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" pelo órgão ou entidade contratante, além de observar os termos dos arts. 23, 39 e 46 da Lei nº 8.666, de 1993, deverá objetivar, obrigatoriamente, a identificação da licitante que reúna, de fato e de direito, os atributos que a configurem como a proposta mais vantajosa para a administração, com base nos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

3.2.4. Já a nova redação dada à Lei 12.232/2010 firmou:

Art. 20-A. A contratação de serviços de comunicação institucional, que compreendem os serviços de relação com a imprensa e de relações públicas, deverá observar o disposto no art. 5º desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput deste artigo à contratação dos serviços direcionados ao planejamento, criação, programação e manutenção de páginas eletrônicas da administração pública, ao monitoramento e gestão de suas redes sociais e à otimização de páginas e canais digitais para mecanismos de buscas e produção de mensagens, infográficos, painéis interativos e conteúdo institucional. (grifo nosso)

3.2.5. Por sua vez, o art. 5º da Lei 12.232/2010 estabelece o seguinte:

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".

(...)

3.2.6. Assim, não há dúvida quanto a legalidade da escolha do tipo Melhor Técnica, realizada e justificada ainda na fase interna da licitação e que foi aprovada pelas autoridades superiores e também pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde.

3.3. **II. 2 – DA SEMELHANÇA COM O EDITAL Nº 36/2021 - Processo nº 25000.145421/2020-41 - PREGÃO Nº 20/2021**

Inicialmente, pondera-se que o pregão é uma modalidade de licitação destinada exclusivamente à aquisição ou à contratação de bens e serviços comuns de qualquer valor estimado, por meio de propostas e lances sucessivos, em meio a uma sessão pública que pode ser presencial ou eletrônica.

Enquanto nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços e convite) os licitantes possuem apenas uma oportunidade de ofertar seus preços, através da proposta escrita, na licitação mediante pregão existe a possibilidade de os licitantes diminuírem o valor inicialmente previsto em suas propostas, através de lances orais ou virtuais. Além desta disputa que ocorre na fase de lances, há uma fase de negociação, na qual o pregoeiro negocia diretamente com o vencedor provisório do certame, na tentativa de obter melhores preços para a Administração.

Assim, o pregão conta com redução significativa dos valores inicialmente propostos pelos licitantes, trazendo verdadeira economia aos cofres públicos.

Superadas tais considerações, salienta que o d. órgão, mediante o edital de licitação nº 36/2021, pregão nº 20/2021, realizou contratação de empresa para a prestação de serviços de comunicação, constando os itens a seguir:

SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO						VALOR DE REFERÊNCIA	
GRUPO	ITEM	DESCRIÇÃO	COMPLEXIDADE	CATSER	UNIDADE DE MEDIDA	QUANT. ANUAL	TOTAL
1	Assessoramento direto às autoridades do Contratante						
	1	Assessoria direta de comunicação e imprensa às autoridades do órgão, produção de artigo, notas, respostas institucionais à imprensa e gerenciamento de crises. Relatório - 08 por mês.	Altíssima	15601	UNIDADE	96	45.530,00 4.370.880
	Atendimento às demandas do Contratante						
	2	Receber, coordenar, articular, encaminhar e acompanhar as demandas de comunicação das unidades do órgão. Relatório - 05 por mês.	Alta	15601	UNIDADE	60	33.329,00 1.999.740
	Assessoria de Imprensa						
	3	Atendimento, articulação, produção e envio de resposta a demandas de veículos de comunicação.		15601	UNIDADE	120	16.670,00 2.000.400
Produção, edição e revisão de Conteúdo							

No que se refere ao edital ora impugnado, o objeto da concorrência é compatível ao edital supramencionado. Veja:

2. OBJETO

- 2.1 O objeto da presente concorrência é a contratação de 2 (duas) empresas prestadoras de serviços de comunicação digital, doravante denominadas licitadoras, referentes aos seguintes serviços:
- a) prospecção, planejamento, implementação, manutenção e monitoramento de soluções de comunicação digital, no âmbito do contrato;
 - b) criação e execução técnica de ações e/ou peças de comunicação digital;
 - c) criação, implementação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação digital, destinadas a expandir os efeitos de mensagens e conteúdos do MS da Saúde, em seus canais proprietários e em outros ambientes, plataformas ou ferramentas digitais, em consonância com as novas tecnologias.

Desta feita, visto a enorme similaridade dos editais, bem como a simplicidade da modalidade outorgada adotada, não restam dúvidas de que a opção pela Melhor Técnica sobreveio sem a menor justificativa legal, num contexto em que a Administração busca contratar serviço compatível objeto da disputa anterior. Qual o motivo para restringir a competitividade e submeter a risco a seleção da proposta mais vantajosa, ao se preterir o critério da técnica e preço?

A título de exemplo, outras licitações recentes para a contratação de serviços similares, foram realizadas na modalidade de pregão, sem que os interesses desses órgãos fossem prejudicados, no que tange a assegurar a excelência dos serviços prestados.

Destacamos o certame do PE 18/2020 do Ministério da Educação - MEC, com verba de R\$ 5.591.595,47 e vencido por R\$ 2.845.657,00 (ou seja, 50,9% do valor de referência); e, o certame PE 37-2020 da ANATEL, com verba de R\$ 7.016.818,14 e vencido por R\$ 2.919.500,00 (ou seja, 41,6% do valor de referência).

Ambos os casos supramencionados, os serviços eram similares aos licitados pelo Ministério da Saúde, e, houve economia substancial para os cofres públicos, por se tratar de licitação na modalidade pregão, o que não ocorreria se os certames estivessem condicionados às modalidades MELHOR TÉCNICA ou TÉCNICA e PREÇO.

Primeiramente, em que pese o respeito pelas decisões administrativas, imprescindível expor, com a devida veemência, que a escolha administrativa acerca do tipo e modalidade do edital não foi feita de forma clara e motivada.

Com o devido respeito à decisão administrativa, essa não foi embasada segundo o Princípio Constitucional da Motivação. Princípio este que consubstancia e norteia tanto as decisões judiciais, quanto os atos administrativos. Conforme dispõe os artigos 2º, caput, parágrafo único, VII, e 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1994, bem como, o art. 93, IX, da CR/88.

O citado artigo 2º da Lei nº 9.784/99 assim enuncia:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...)

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

Sobre o tema o doutrinador Hely Lopes, narra:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros Editores, p. 107).

Feitas essas considerações, não há dúvidas de que o edital de convocação para a licitação aqui discutido, deve ser suspenso, para posterior republicação com a alteração da modalidade de licitação para pregão.

3.3.1. **Resposta da Área Técnica Demandante:** Inicialmente, chama a atenção os editais se referirem à licitação de objetos bastante distintos. O edital primeiramente citado refere-se à contratação de serviços de Comunicação Corporativa ou Comunicação Institucional, na terminologia utilizada na Lei 12.232/2010, enquanto o segundo trata de serviços de Comunicação Digital. Essa diferença, como já abordado em pedido de impugnação anterior, não é negligenciável, e causa mesmo estranhamento sua reiterada confusão por parte de empresas estabelecidas no mercado. Sobre o assunto, esta área técnica teve a oportunidade de se pronunciar nos seguintes termos:

(...) como se constata no comparativo trazido aos autos, trata-se de itens relativos à assessoria de imprensa, notadamente a produção de conteúdo noticioso a respeito das pautas do Ministério da Saúde (...). Nesse diapasão, importa diferenciar a expertise de agências de Comunicação Digital e de empresas de Comunicação Corporativa que executam a difusão de conteúdo noticioso em meio digital. **Trata-se de duas especialidades diferentes, referentes a dois ramos distintos da atividade de comunicação, ainda que, eventualmente, um ou outro procedimento executado possa guardar alguma similaridade.**

(...) Diferentemente, a Comunicação Digital, como consta do Termo de Referência, situa-se no campo da publicidade, refere-se a estratégias que buscam impactar públicos distintos, amplos setores da população, elaborando-se, para tanto, abordagens completamente distintas das abordagens da comunicação corporativa.

3.3.2. Ainda sobre o tema, convém lembrar os conceitos fixados na Portaria MCOM nº 3.948, de 26 de outubro de 2021, que dispõe sobre a conceituação das ações de comunicação do Poder Executivo Federal:

O MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES, no exercício da competência que lhe é outorgada pelo art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 26-C, inciso IV, da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, no art. 1º, inciso IV, do Anexo I, do Decreto nº 10.747, de 13 de julho de 2021 e no art. 3º, parágrafo único, do Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008, resolve:

Art. 1º Conceituar as áreas compreendidas pelas ações de comunicação do Poder Executivo federal, em observância ao que dispõe o parágrafo único do art. 3º, do Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008.

...

Art. 3º As ações de comunicação do Poder Executivo federal compreendem as áreas de:

I - comunicação digital;

II - comunicação pública;

III - promoção;

IV - patrocínio;

V - publicidade, classificada em:

a) publicidade de utilidade pública;

b) publicidade institucional;

c) publicidade mercadológica; e

d) publicidade legal;

VI - relações com a imprensa; e

VII - relações públicas.

3.3.3. Por fim, conceitua cada uma delas e transcrevemos aqui o que realmente importa:

Art. 4º Aplicam-se os seguintes conceitos para as áreas de comunicação de que trata o art. 3º:

I - **comunicação digital:** ação de comunicação que consiste na criação e na convergência de conteúdos e mídias, para a disseminação, interação, acesso e troca de informações na internet;

...

VI - **relações com a imprensa:** ação que reúne estratégias organizacionais para promover e reforçar a comunicação dos órgãos e das entidades do Poder Executivo federal com seus públicos de interesse, por meio da interação com profissionais da imprensa, de forma democrática, diversificada e transparente; e

VII - **relações públicas:** esforço de comunicação planejado, coeso e contínuo que tem por objetivo estabelecer adequada percepção da atuação e dos objetivos institucionais, a partir do estímulo à compreensão mútua e da manutenção de padrões de relacionamento e fluxos de informação entre os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal e seus públicos de interesse, no Brasil e no exterior.

3.3.4. Não é difícil observar que os objetos apontados como semelhantes, em verdade, são bem diferentes. E mais. Ainda que os dois contratos possuam serviços aparentemente similares, sua execução exige da contratada conhecimento técnico especializado para o meio em que será utilizado.

3.4. **II. 3 - DOS EFEITOS DAS MÁCULAS APRESENTADAS PARA FINS DE CERCEAMENTO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME**

A impugnante busca, ainda, construir uma narrativa de cerceamento do universo de competitividade ao asseverar que:

Conforme exaustivamente demonstrado acima, as exigências do edital estão em desacordo com o que prevê a legislação e a jurisprudência. Isso porque o entendimento é que haja razoabilidade dos parâmetros estipulados.

Resta claro que as exigências não correspondem, quantitativa e qualitativamente ao razoável, quando comparados a outros certames com o mesmo objeto do em questão.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93, adverte:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, CLÁUSULAS OU CONDIÇÕES QUE COMPROMETAM, RESTRINJAM OU FRUSTREM O SEU CARÁTER COMPETITIVO, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Dentre os princípios tem-se que deverá sempre ser obedecido o princípio da isonomia/impeccabilidade, o qual se entende que todos os licitantes serão tratados de forma isonômica, bem como no parágrafo 1º, inciso I se estabelece que ao agente é vedado frustrar o caráter competitivo do certame, devendo sempre agir para que o maior número de interessados participe da licitação.

Este é o entendimento da lei!!!! Qualquer exigência que restrinja a competição, especialmente em âmbito da qualificação técnica, será ilegal!

Neste tocante, há necessidade de adentrar ao Princípio da Competitividade, que também decorre da união de todos os princípios basilares do Direito Administrativo supramencionados.

A competição é da própria essência da licitação, a ponto de podermos afirmar que não há possibilidade de realizar a segunda, sem a existência da primeira.

Sobre este aspecto, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Sabe-se, também, que a licitação é um procedimento que envolve competição; onde esta não existe, não há viabilidade de licitação. E exatamente por se tratar de procedimento competitivo, a lei impõe, logo no art. 3º, determinados princípios, que visam atender a duplo objetivo: de um lado, o interesse da Administração em selecionar a melhor proposta; de outro, o interesse dos licitantes em ver assegurada a isonomia de tratamento. (Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 2000, p. 39).

A licitação tem como principal foco a participação do maior número possível de licitantes, ampliando, assim, a competição e proporcionando maiores condições de firmar um contrato mais vantajoso para o interesse público.

Pelo princípio da competitividade, entende-se que o Administrador não poderá incluir no Instrumento Convocatório qualquer exigência que impeça a participação no certame de empresas plenamente capazes de executar o objeto licitado.

Por vezes, defronte a uma exigência exacerbada, empresas que promoveriam com maior eficiência a execução de um Contrato Administrativo deixam de fazê-lo em virtude da imoralidade do Administrador Público em adicioná-la ao Edital.

A licitação visa fazer com que um maior número de licitantes se habilite, desta feita, exigências demasiadas e rigorismos incoerentes com a boa exegese da lei devem ser arredados.

A Administração, a fim de assegurar a igualdade entre os licitantes e garantir a ampla competição entre eles, deve, antecipadamente, elaborar Instrumento Convocatório que fixe as regras para a participação dos interessados, limitando-as de acordo com as necessidades indispensáveis à perfeita execução do objeto.

Desta forma, cabe à Administração ao elaborar o Edital agir de forma imparcial, de modo a fazer tão somente exigências compatíveis com o objeto licitado, sob pena de restringir o caráter competitivo do certame.

É claro que a regra é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o Edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar os requisitos, a fim de preservar a igualdade e a competição no certame, mas cuidando para não restringir de forma ilegal a licitação.

Inclusive, deve-se ter em mente a proibição de exigências restritivas à competitividade, de forma que as exigências ora impugnadas também violam o princípio da LEGALIDADE ESTRITA.

Importante consignar que o princípio da legalidade estrita impede que o intérprete se desvie da literalidade da norma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

No tocante ao princípio da legalidade, além da previsão no artigo 37 da Constituição Federal, também vem expresso no artigo 5º, inciso II do referido Diploma, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para a Administração Pública, a legalidade passa a ter feições peculiares, pois sua atuação resta condicionada ao que a lei determina, sendo permitido ao administrador público realizar somente aquelas condutas legalmente previstas. Nesse sentido nos ensina Marino Pazzagli Filho:

O princípio da legalidade, pois, envolve a sujeição do agente público não só à lei aplicável ao caso concreto, senão também ao regramento jurídico e aos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. (...) A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 12ª edição – 2008, p. 813)

Bem como o jurista Marçal Justen Filho, in litteris:

Como regra, é vedado à Administração Pública fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Não é demasiado ressaltar que a afronta aos princípios vetores da Administração, por si só, caracteriza ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a jurisprudência do E. STJ:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. 2. Recurso especial improvido. (Resp 826678/GO, recurso especial 2006/0031998-7, rel. ministro castro meira, t2 - segunda turma, j. 05/10/2006, v.u.) **ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.** 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma. 2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92). 3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI). 8. Recurso especial provido. (RESP 880662 / mg; recurso especial 2006/0170488-9; rel. ministro castro meira; t2 - segunda turma; j. 15/02/2007; v.u.) **ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.** 1. (...). 2. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. (...) 5. Recurso especial conhecido em parte e provido. RESP 717375/PR; RECURSO ESPECIAL 2005/0009480-6; rel. Ministro CASTRO MEIRA; T2 - SEGUNDA TURMA; 25/04/2006, v.u.)

Bem como a doutrina:

impossível ao julgador, por critérios de conveniência e oportunidade, deixar de impor multa civil nas hipóteses de improbidade administrativa. Também se mostra inviável ao julgador fundamentar a exclusão da multa civil com base em suposta pequena dimensão do fato, ou ausência de danos ao erário, ou reduzida reprovabilidade social da conduta. (Fábio Medina Osório. Improbidade Administrativa. Fls. 250).

Conclui-se, portanto, que, existindo lei ou regramento específico acerca de determinado tema, à Administração Pública não restará alternativa diversa senão a de dá-la integral observância e cumprimento, sob pena de violar o princípio da legalidade estrita, incorrendo em ato de improbidade administrativa. Destarte, as exigências apontadas ferem, ainda, o princípio da impessoalidade e da isonomia, que estão ligados à ideia de que todos os licitantes devem ser tratados igualmente, no que se refere a direitos e obrigações, assim sendo, fica expressamente proibido qualquer tipo de privilégio aos licitantes, pois os fatores de ordem subjetiva ou pessoal não

devem interferir no procedimento licitatório. Portanto, à luz da base principiológica que norteia o presente certame, o acolhimento da presente impugnação é o que se requer.

3.4.1. Resposta da Área Técnica Demandante: Toda a discussão jurídica empreendida pela impugnante neste item perdeu o sentido com a promulgação da Lei nº 14.356, de 31 de maio de 2022, subtraindo do gestor a opção de adoção de pregão, onde se prioriza o menor preço como único fator de julgamento. A nova norma foi inclusive saudada pelo mercado e por entidades representativas das empresas do setor, como a Abracom (Associação Brasileira de Agências de Comunicação) e a Abradi (Associação Brasileira dos Agentes Digitais) como um avanço, já que veda definitivamente, como dissemos, a possibilidade de contratação, pelo poder público, de empresas de Comunicação Institucional e Comunicação Digital por meio de pregão.

3.4.2. Destarte, há que se dar razão à doutrina trazida à lume pela impugnante, ao afirmar: "existindo lei ou regramento específico acerca de determinado tema, à Administração Pública não restará alternativa diversa senão a de dá-la integral observância e cumprimento". É o que foi feito pelo Ministério da Saúde no presente certame licitatório.

3.5. Isso posto, não há que se revisar nem a modalidade, nem tampouco o tipo de licitação, pois a escolha se deu em razão da grandeza, importância e relevância do Ministério da Saúde no cenário nacional e, ainda, face à complexidade e importância dos temas que serão comunicados no meio digital.

3.6. Por fim, vale lembrar que o Ministério da Saúde irá contratar com a empresa que apresentar a melhor proposta técnica e que aceitar praticar o menor preço apresentado, dentre as proponentes classificadas. Por tudo isso, inexistem razões que justifiquem o acolhimento da pretensão da impugnante que, a pretexto de defender o interesse público, deixa evidente o seu intento de buscar condições mais vantajosas à sua participação, sendo certo que o dever do Administrador é atuar com vistas ao cumprimento do princípio da impessoalidade, legalidade, moralidade e eficiência.

3.7. Por tais razões, opinamos pela **IMPROCEDÊNCIA** da impugnação.

4. CONCLUSÃO

4.1. Ante todo o exposto, não conheço da impugnação apresentada pela [REDACTED], eis que intempestiva, porém, face ao princípio da eventualidade, no mérito, nego provimento pelas razões expostas e, por estar o presente certame, alinhado às normativas em vigor sobre o tema.

Atenciosamente,

VICTOR DE MELO BARBOSA LEITE
Coordenador de Imprensa

De acordo:

RODRIGO FAYAD DE ALBUQUERQUE ROSA
Chefe da Assessoria Especial de Comunicação Social



Documento assinado eletronicamente por **Victor de Melo Barbosa Leite, Coordenador(a) de Imprensa**, em 30/09/2022, às 17:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º, do art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#); e art. 8º, da [Portaria nº 900 de 31 de Março de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Fayad Albuquerque Rosa, Chefe da Assessoria Especial de Comunicação Social**, em 30/09/2022, às 17:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º, do art. 4º, do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#); e art. 8º, da [Portaria nº 900 de 31 de Março de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0029528875** e o código CRC **9DB570E1**.