



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Coordenadoria de Licitações e Contratos

PROCESSO Nº 4244/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 020/2023

OBJETO: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de monitoramento, catalogação e disponibilização de notícias jornalísticas de interesse do TRT da 5ª Região.

**RESPOSTA A PEDIDO DE ESCLARECIMENTO E/OU IMPUGNAÇÃO FORMULADO POR
EMPRESA INTERESSADA NO CERTAME**

Empresa interessada no pregão eletrônico ingressou, tempestivamente, com impugnação ao instrumento convocatório sob a alegação, em síntese, que os valores de R\$ 65.733,36 anuais e mensais de R\$ 5.477,78, estão defasados, alega ainda que devem ser incluídos no Edital “...o pedido de apresentação expressa das Licenças de Uso dos Direitos Autorais dos Jornais que as exigem, como **DOCUMENTO HABILITATÓRIO DE CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL DA LICITANTE...**” e ainda “...PEDE a exclusão da Letra MM, da Cláusula 9ª, do Anexo IV - Minuta do contrato...”, valendo aqui a transcrição literal.

“XX
x vem com base no item 10 e subitem 10.1 do edital Pregão Eletrônico n.º 020/2023 IMPUGNAR no prazo legal, o Processo Administrativo nº 4244/2023 no que é referente aos parâmetros e métodos determinados pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 07/07/2021 escolhidos para encontrar o VALOR TOTAL E MENSAL DA CONTRATAÇÃO neste PE e, como também, Impugna o EDITAL, TERMO DE REFERÊNCIA e MINUTA DE CONTRATO em seus itens e subitens abaixo colocados, porque, todos estão juridicamente interligados.

Primeiramente aduziremos os motivos insurgidores que constam no P.AD n.º 4244/2023.

NULIDADE DE PARTE DO P.AD n.º 4244/2023.

A equipe de planejamento concluiu o procedimento administrativo (P.AD) do qual advêm o Edital PE 020/2023 TRT5ª Região seu Termo de Referência, Minuta Contratual e anexos, após utilizar os parâmetros estabelecidos no art.5º, incisos II e IV, e no artigo 6º, da IN SEGES/ME n.º 73/20 de 05/08/20, já revogada pela IN SEGES/ME n.º 65/21, de 07/07/21, estabelecendo como padrão orçamentário o valor de R\$ 65.733,36 anuais e mensais de R\$ 5.477,78, ambos defasados. A uma, porque aquela outra IN de 2020 com os seus artigos 5º, incisos II e IV e 6º já parcialmente modificados; A duas, porque a IN SEGES/ME n.º 65, 07/07/21 dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços, aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, além de estar em vigência, a esses dispositivos mencionados acima foram acrescentados de fatos procedimentais que influenciavam diretamente na procura do preço e do valor da contratação.

A Instrução Normativa SEGES/ME n.º 65/21 em seu artigo 5º dispõe em seu caput que: “A pesquisa de preços para fins de determinação do valor orçamentário em processo licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma COMBINADA ou NÃO.”

No art.5º inciso II esta IN 65/21 dispõe: “Contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de um ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondentes.”

Nesta primeira pesquisa orçamentária (pág. 12, do P.AD) para equiparar preços de contratações supostamente similares e estabelecer um valor orçamentário para uma nova licitação do TRT5ª Região em 2023, foram escolhidas quatro empresas fornecedoras (são as colocadas na primeira planilha) atuantes em mercados TOTALMENTE diferentes daquele observado na Bahia, tornando incomparável o Objeto do serviço, ainda que se tratem da mesma atividade econômica, prestação de serviços de monitoramento, catalogação e disponibilização de notícias jornalísticas, veiculadas nas mídias digitais, eletrônicas e impressas, bem como a gravação dos programas jornalísticos, entrevistas e especiais transmitidos pelas emissoras de rádio e televisão (inclusive Web) e sites especializados, desde que sejam de interesse do Tribunal, conforme condições, quantidades e exigências neste Edital e seus anexos

Logo no início do P.AD houve o cuidado de se solicitar o Termo de Referência, como de fato lá está, para estabelecer as diferenças e que, também traria informações a respeito de como é desenvolvida a prestação de serviços, a qual, a Administração Pública deveria com poucos RISCOS para a mesma contratar. Esses esclarecimentos contidos no T.Ref. anexado, auxiliariam na pactuação, conforme indicativos que estão ordenados no artigo 4º da IN SEGES/ME 65/21, como a seguir:

Art.4º. Na pesquisa de preços, sempre que possível, deverão ser observados as condições comerciais praticadas, incluindo prazos e locais de entrega, instalação e montagem do bem, ou execução dos serviços, quantidade contratada, formas e prazos de pagamento, fretes, garantias exigidas e marcas e modelos, quando for o caso,

observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

Com efeito, o T.Ref. foi anexado para que servisse de leme a “Pesquisa de Preços e definir o Valor da Contratação.” Porém, nada disso foi feito. Não se procurou conhecer as SOLUÇÕES NEM INDIVIDUAL E NEM COMO UM TODO (item 3, T.Ref.) com as Especificações e Requisitos Técnicos, que englobam, o número de veículos pesquisáveis (onze jornais impressos, sete revistas, cento e noventa e quatro jornais online, vinte e seis emissoras de TVs, nacionais, estaduais e municipais, treze emissoras de Rádios estaduais e municipais, com sessenta e oito palavras chaves orientadoras dos monitoramentos para os clippings, tudo definido nos itens e subitens 4.3,4.3.1, 4.3.2, 4.3.3,4.3.4, 4.3.4.1, 4.3.4.2, 4.3.5, 4.3.5.1, 4.3.5.2 e 4.4, que constituem a Grade de Pesquisa dos veículos de mídias); O Modelo de Execução do Objeto com prazos e condições de efetivação, as formas de entrega do serviço (itens e subitens 5, 5.1, 5.1.1, 5.1.1.1.1, 5.1.1.1.2, 5.1.1.1.3, 5.1.1.1.4, 5.1.1.1.5, 5.1.1.1.6, 5.1.1.1.7, 5.1.1.1.8, 5.1.1.1.9, 5.1.1.1.10), como deve ser o Download para exportação de dados, busca, disponibilização de dados, prazos e forma de disponibilização das notícias, os relatórios diários com a indexação e análise dos conteúdos clipados, a estratégia de fornecimento e, a relação da aparelhagem mínima para o monitoramento, captura, edição dos clippings (Subitens 9.1.4, 9.1.4.1, 9.1.4.1.1 do T.Ref.).

Tudo lá descrito no T.Ref. para que, fossem estabelecidas comparações não só com as descrições nominais do Objeto (item1, subitem 1.1, do edital), mas, imprescindivelmente com os desenvolvimentos das atividades e dos números de veículos das mídias exigidas, que compõem a prestação de serviços necessária e prevista no Plano Anual de 2023, sendo classificada como ferramenta que promove melhor relacionamento da sua Secom com a imprensa e com a sociedade, sendo fundamental fortalecer a transparência, e, de muita importância, porque o TRT5ª Região tem representação jurisdicional em todos os municípios baianos (quatrocentos e dezessete municípios), fazendo-se necessário acompanhar a sua imagem em todo país (item 2 e subitens 2.1, 2.1.1, 2.1.1.2, 2.1.3, do edital e T.Ref.).

Ainda que todos os certames que serviram de base para o levantamento se relacionem com a atividade do serviço de clipping e acoplados, não se pode confundir o Objeto principal da pesquisa, que é o atendimento do monitoramento no Estado da Bahia, diverso em características de comunicação, nas condições de captura dos conteúdos de modo diferenciado tecnologicamente, e na quantidade de tempo de pesquisa que será demandada diante da grade de programação. Nem mesmo as praças levantadas podem ser comparadas entre si. Por conseguinte, neste P.AD não foi seguido o que está determinado no art. 4º caput da IN 65/21.

Uma vez feita a pesquisa considerando as características acima mencionadas nos editais correspondentes, as contratações tidas como similares escolhidas como equiparáveis seriam confrontadas com as condições exigidas para este tipo de prestação de serviços de interesse do TRT5ª Região para concluir-se que a metodologia adotada não reflete as reais condições para se estabelecer justos valores orçamentários. Nenhuma das contratações tidas como similares, pesquisadas, com o propósito de estabelecer preço e valor de orçamento, tiveram como Objeto principal o mercado local. Somente desta maneira poder-se-ia basear a média de preços para a formação do orçamento. Fato curioso foi não ter sido consideradas contratações de mesma praça, assim a similaridade abarcaria a realidade da região – não só no porte das instituições como na grade de programação a ser pesquisada.

Foram escolhidos dois parâmetros estabelecidos no art. 5º da revogada IN 73/20 para a pesquisa de preços, os, II e IV, conforme se vê nos autos. Estes parâmetros foram parcialmente repetidos na IN 65/21, e, neles também se determina em seu caput do art. 5º que pode se escolher um ou combiná-los; Foi escolhida a combinação do inciso II com o IV, no entanto, não foram efetivadas consoante determinam *ipsis litteris*!

No inciso II que dispõe sobre utilizar como comparativo contratações similares feitas pela Administração Pública, as escolhidas e indicadas na planilha a seguir NÃO são similares, pelas razões apontadas, e, no inciso IV, que fala sobre Pesquisa Direta, a qual neste P.AD foi intitulada CONSULTA A FORNECEDORES, foram usados os mesmos fornecedores das consultas ditas similares e os mesmos valores da planilha explicativa do inciso II em desobediência ao que determina este mesmo inciso.

“Com efeito, assim está disposto no P.AD: Item 7.0 Levantamento de Mercado – Consultas e Estudos Realizados. Subitem 7.1 Consulta a contratações similares feitas por outros órgãos e entidades públicas. Subitem 7.1.1 Foram realizadas pesquisas no que tange as contratações dos serviços em questão no âmbito de outros órgãos da Administração Pública, com o objetivo de verificar as soluções compatíveis que venham a dar atendimento aos requisitos e necessidades apresentadas no presente estudo”

“Subitem 7.1.2 Para tanto, conforme quadro a seguir, observase que vários órgãos adotam a estratégia de contratação do serviço em questão”. A seguir uma planilha da pesquisa feita envolvendo as seguintes cognições:

ÓRGÃO	SOLUÇÃO	IDENTIFICAÇÃO CONTRATAÇÃO	ESTRATÉGIA/ FASE/ DATA	EMPRESA VENCEDORA	PREÇO/ MÊS CONTRATO
TST15ª Região Campinas UASG:80011	Pregão Eletrônico	Pregão Eletrônico n.º03/2023 ORÇAMENTO	Homologado em 01/02/2023 R\$ 17.573,31	Linear Comunicação Ltda. CNPJ:10.947.243/0001-95	R\$ 4.400,00
TST4ª Região RS UASG:80014	Pregão Eletrônico	Pregão n.º 29/22	Homologado em 13/01/2023	CWA Assessoria e Monitoramento de Rádios e TVs Ltda. CNPJ: 02.058.312/0001-81	R\$ 5.900,00
Ministério da Agricultura, Pecuária, Abastecimento UASG 135058	Pregão Eletrônico	Pregão n.º 05/22	Homologado em 16/11/2022	IClipping Serviços de Monitoramento e Informações Ltda. CNPJ: 39.599.227/0001-30	R\$ 7.890,00
Ministério Público do Estado do Pará. UASG 925980	Pregão Eletrônico	Pregão n.º 51/22	Homologado em 14/10/2022	MPM Comunicação LTDA. CNPJ: 18.590.546/0001-05	R\$ 3.441,05

Logo a seguir No item 7.0 do P. AD – “CONSULTA A FORNECEDORES”, justificou-se: “Potenciais fornecedores de serviços de monitoramento, catalogação e disponibilização de notícias jornalísticas”.

Constata-se na segunda planilha copiada do P.AD os nomes dos mesmos fornecedores da pesquisa de Parâmetro “Contratações Similares”.

RAZÃO SOCIAL	CNPJ	CIDADE	UF
Linear Comunicação Ltda.	10.947.243/0001-95	Brasília	DF
CWA Assessoria e Monitoramento de Rádios e TVs Ltda.	02.058.312/0001-81	Porto Alegre	RS
ICLIPPING Serviços de Monitoramento e Informações Ltda.	39.599.227/0001-30	Rio de Janeiro	RJ
MPM Comunicações Ltda.	18.590.546/0001-05	Osasco	SP

Foram combinados os critérios dos incisos II e IV do art. 5º da IN 73/20 parcialmente repetidos nesta parte na IN 65/21 que assim dispõe: “Pesquisa direta com no mínimo três fornecedores, mediante solicitação formal de cotação por meio de ofício ou e-mail dos três fornecedores, e desde que seja apresentada justificativa da escolha destes fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de seis meses de antecedência da data de divulgação do edital”;

Deve-se observar que todos estes fornecedores da primeira planilha representativa do parâmetro II, os preços com os quais se classificaram têm menos de UM ANO se contados das homologações das licitações por eles vencidas para a data da pesquisa de preços que foi feita em 18 de maio de 2023 e mesmo assim, se confrontarmos os editais com o edital atual deste PE 020/23, os quais embasaram suas contratações, estas licitações admitidas resultaram em contratações similares a que o TRT5ª Região pretende pactuar, na verdade, NÃO SÃO, porque, não foram observadas as indicações do art. 4º da mesma IN65/21, e que podem ser expressas como a seguir:

“Condições Comerciais praticadas”. Sobre o preço: apesar da aparente similaridade conceitual, levando-se em conta apenas a nomenclatura aplicada (pesquisa, clipping, e monitoramento de mídias) o real Objeto da licitação é difuso, variado, diferente e segue critérios diversos de acordo com cada região, estado, município pesquisado, quantidade de horas de monitoramento, amplitude e características de cada local. Não há como comparar a realidade de estados tão díspares quanto o Pará, o Rio Grande do Sul e as cidades de Osasco e Campinas com a base de pesquisa da Bahia, uma vez que a cultura de comunicação de cada região segue diferentes especificidades.

Amplia-se assim a estranheza de não ter sido levada em conta NENHUMA licitação/ contratação realizada na Bahia para órgãos estaduais e os federais com sede neste Estado, a partir do segundo semestre de 2022 até o início do segundo semestre de 2023, como referência para o parâmetro de similaridade. Nem mesmo o Edital PE 17/2018 deste TRT5ª Região, que continha todas as informações e, as exigências de apresentação das Licenças dos Direitos Autorais dos veículos impressos que as exigiam e que estão lá informadas!

Como também, o inciso IV, estabelece a realização de “Pesquisa Direta com, no mínimo três fornecedores, mediante solicitação formal de cotação por meio de ofício ou e-mail, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de seis meses de antecedência da data de divulgação do edital”, que ocorreu no DOU em 13 de julho de 2023. Por conseguinte, não seguiram as indicações do inciso e, por isso não se aplicou a metodologia correta.

Com efeito, não houve novas escolhas de fornecedores, nem convocação para apresentarem preços via e-mail ou ofício, não existiu, qualquer justificativa para as escolhas efetivadas. Ao contrário, foram utilizados na segunda planilha (parâmetro Pesquisa Direta ou Consulta a Fornecedores com os três mesmos fornecedores) e que constaram na planilha anterior (de Contratações Similares), e, os mesmos orçamentos datados de mais de seis meses contados de cada homologação até a data antecedente à pesquisa, que é 18 de julho de 2023.

Realmente, só se poderiam encontrar os mesmos valores orçamentários obtendo globalmente para sessenta meses R\$ 328.666,80 (trezentos e vinte e oito mil, seiscentos e sessenta e seis reais e oitenta centavos) e, anualmente R\$ 65.733,36 (sessenta e cinco mil, setecentos e trinta e três reais e setenta e oito centavos) e, mensal de R\$ 5.477,78 (cinco mil, quatrocentos e setenta e sete reais e setenta e oito centavos). O prejuízo para o licitante é flagrante uma vez que se escolheu combinar parâmetros, mas, não se praticou as metodologias conforme determinação da IN 65/21, nem no inciso II e nem no IV! E, como também não foi usado o artigo 4º para precisar os fatos procedimentais resultando em valores defasados!

Eis as razões para que a defasagem acontecesse: Os levantamentos NÃO observaram as características de cada Objeto orçado, confundindo o conceito de Serviço/Atividade econômica de clipping, com o próprio conteúdo exigido pela pesquisa - claramente DIVERSO em cada região. E, na Pesquisa Direta teriam que entrar novos fornecedores, instados para remeter novos preços, para realizar o Objeto descrito no T.Ref. constante do P.AD e a consubstanciar a nova licitação;

Por consequência, DEVE ser anulado no P.AD n.º 4244/23 na parte da busca e determinação dos valores orçados para esta nova licitação, porque não foi obedecido o que determina imperativamente a Instrução Normativa SEGES/ME n.º 65, de 07/07/2021 em vigor, e, no que dispõem seus artigos 4º e 5º, incisos II e IV, prejudicando os novos cálculos para um novo orçamento, como também faltou considerar todas as características diferenciadoras entre as contratações similares que na realidade só são na descrição do objeto principal, discrepando totalmente na realização de como efetivar este mesmo objeto principal, e ainda, anexar o edital do PE n.º 017/2018 deste TRT5ª Região para que, fornecesse as diferenças e com a sinalização das presenças obrigatórias das Licenças de Uso de Direitos Autorais dos veículos impressos que exigem estes pagamentos não incluídos no P.AD tudo, como ferramentas de comparações das contratações tidas como similares e também como na Consulta a Fornecedores/ Pesquisa Direta com Fornecedores!

DOCUMENTOS HABILITATÓRIOS A SEREM SOLICITADOS.

A impugnante verificou que no edital em seu Item 7. Da fase de Habilitação, os itens subsequentes estão incompletos, pela necessidade de apresentação da documentação habilitatória das Licenças de Uso dos Direitos Autorais dos Conteúdos publicizados dos veículos que os exigem, a saber: Jornal A Tarde, Jornal Massa, Jornal Tribuna da Bahia, Jornal Correio da Bahia, Jornal Correio Braziliense, Jornal Estado de São Paulo, Jornal Folha de São Paulo, todos também a serem descritos no Termo de Referência em seu item 4.3 e subitem 4.3.1.

*Nestes dias atuais a Associação Brasileira das Empresas de Monitoramento e Informações – **ABEMO**, NOTIFICOU o setor de Núcleo de Contratações Diretas e Apoio às Licitações, através do endereço eletrônico “licitação@trt5.jus.br” sobre*

esta cobrança e que não pode ser deixada de lado, sob condição, de não realizar os serviços solicitados no **Edital PE 020/23 e Termo de Referência**.

A atividade de clipping, monitoramento e análises com relatórios qualitativos, quantitativos e descritivos dos impactos das notícias veiculadas nas mídias, sejam outras e no caso específico a impressa, é atividade econômica e não é errado dizer que estas Licenças são insumos para a formação do preço na proposta; E, também não é demais frisar que as exigências nos editais para esta prestação de serviços é amparada na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXVII, elevando os Direitos Autorais à categoria de Fundamentais. Também o art. 29 da Lei 9.610/98 ou LDA assim dispõe: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades tais como: I. Reprodução parcial ou total, II. Edição e IX. Inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamentos do gênero”. Existem diversos itens e subitens neste edital que solicitam que as matérias de interesse do TRT5ª Região sejam remetidas em tempo hábil, tais como: Na planilha de Verificação de Conformidade: nºs 23 e 59, item 5.1.2; Estratégia de Fornecimento, subitem 5.1.2.4; Item 4: Requisitos da Contratação, subitem 4.1; Item 4.3 Especificações e Requisitos Técnicos, subitem 4.3.1; Veículos impressos; No item 3, Descrição da Solução Como um Todo. Subitens 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3; Item 1, Condições Gerais da Contratação, subitem 1.1. Todos estes itens e subitens aqui descritos e os já mencionados anteriormente estão sendo **IMPUGNADOS** para que sejam inseridas a apresentação pelos licitantes das Licenças de Uso dos Direitos Autorais. E, na parte de Documentos Habilitatórios, Impugna para incluir entre os itens o pedido de apresentação expressa das Licenças de Uso dos Direitos Autorais dos Jornais que as exigem, como DOCUMENTO HABILITATÓRIO DE CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL DA LICITANTE, posto, que, sem elas não se poderá realizar legalmente os serviços continuados definidos no objeto.

Primando pela **Continuidade dos Serviços**, sem que sofram paralisação via Notificação Judicial do órgão que responde de forma solidária com o infrator principal (arts. 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais) se não der notícias no edital de que tem conhecimento destas exigências, e, solicitando as apresentações das devidas Licenças, respeitando os princípios da Legalidade e da Isonomia.

A Lei 14.133/21 que fornece base ao PE 020/23 em seu art. 5º dispõe: Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, do Interesse Público, da Probidade Administrativa, Da igualdade, do Planejamento, da Transparência, da Eficiência, da Segurança Jurídica, da Razoabilidade, da Competitividade, da Proporcionalidade, da Celeridade, da Economicidade e do Desenvolvimento Sustentável, assim como da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Observe-se que o subitem 11.5 do edital dispõe que: “As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados desde que, não comprometam o Interesse da Administração, o Princípio da Isonomia, e da Finalidade e a Segurança da Contratação”.

Estas Cartas de Licenciamentos precisam ser cobradas das empresas concorrentes pelos motivos listados abaixo:

1. *Elas são devidas em respeito aos detentores dos direitos autorais dos veículos que publicam as notícias. Estão sob a égide da Constituição Federal e da Lei de Direitos Autorais;*

2. *Para que haja ISONOMIA entre os participantes da licitação, uma vez que, as empresas que pagam por este insumo direto, entrariam em desvantagem competitiva, com os concorrentes irregulares, que colocariam preços inexequíveis desconsiderando os valores que são pagos por suas obtenções;*

3. *Para dar segurança jurídica à empresa que tem esta atividade econômica, evitando ser processada, como, também, o órgão contratante que manterá bancos de dados dessas matérias. O banco de Dados para arquivo é coibido na LDA, caso não haja pagamentos dos direitos autorais;*

4. *É necessária a sua solicitação na fase de apresentação dos documentos habilitatórios, pois reflete a Capacidade Técnica Operacional da empresa licitante para desempenhar a contento todos os serviços, que, necessitam das licenças para serem executadas;*

5. *E, exatamente porque neste ano completam-se 10 (dez) anos que os veículos passaram a exigí-las e todas as empresas de clipping e monitoramento que trabalham, de forma regular, com esta prestação de serviços sabem destas exigências;*

6. *Outro aspecto legal observado é a Certidão Comprobatória de que a licitante está quite com os depósitos do FGTS dos seus empregados. Esta certidão somente passou a ser exigida como Documento Habilitatório nas licitações através da Lei 12.440/2011. Foi o bastante a lei obrigar! Aproveita-se o ensejo para indagar, e, porque, não se respeita nas licitações as determinações de pagamentos dos direitos autorais dispostas na Lei 9.610/98? Pergunta-se também: Porque tanta resistência no cumprimento desta Lei?*

7. *Frise-se que aqui não se defendem direitos autorais de outrem. Apenas exige-se que as Licenças de Direitos Autorais sejam publicizadas no edital na fase de apresentação dos documentos habilitatórios e no T.Ref. para que se possa competir com outras, estabelecendo preço justo na proposta a ser apresentada. Observe-se que a primeira etapa da Licitação é a de Menor Preço, sendo esta eliminatória e classificatória, e, que se este INSUMO direto não for observado haverá uma INFRAÇÃO ao princípio da ISONOMIA, da COMPETIÇÃO e da LEGALIDADE, princípios previstos na Lei 14.133/21.*

O Tribunal de Contas da União entende ser cabível a aplicação dos direitos autorais sobre a utilização de jornais e revistas, como se vê às fls. 6 e 67 do Manual de Direitos Autorais (2020):

“Não há jurisprudência consolidada quanto ao tema, entretanto merece destaque a decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), em processo movido pela empresa Folha da Manhã em face do Senado Federal (SF), publicada em fevereiro de 2019, que decidiu no sentido de que o clipping realizado pelo SF, com a utilização de matérias da Folha, implicava ofensa à LDA:

“APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ARTS. 5º, XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 7º, 36 E 46, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA LEI 9.610/1998. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS .

I - Os direitos autorais da parte autora foram efetivamente violados pela ré, nos termos dos arts. 5º, inciso XXVII, da Constituição do Brasil, e 7º, 36 e 46, inciso I, alínea “a”, da LDA. II - Da análise dos autos, é incontroverso que o Senado Federal promoveu a compilação do conteúdo jornalístico produzido pela autora, em clipping impresso e digital, conforme admitido em sede de contestação e recursos de apelação. III - Depreende-se, ainda, que todo o conteúdo jornalístico veiculado pela parte autora nestes autos não se limitou a material de cunho meramente informativo, vez que a partir do momento em que se revela, na informação, o esforço intelectual de que a transmite, ou seja, a partir do momento em que a matéria é tratada, comentada e analisada, esta deixa de ser apenas informativa. IV - Assim, não prevalecem as teses sustentadas pela ré, tampouco a intitulada exceção de imprensa, no sentido de que toda matéria jornalística que veicula alguma informação seria passível de reprodução independentemente de autorização, caso em que tornar-se-ia regra a exceção estabelecida pelo art. 46, inciso I, alínea “a”, da Lei 9.610/1998. [...] IX - Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (Processo 2013.61.00.010829-3 – TRF 03)”

Sendo assim, tem-se a tese de que a reprodução parcial ou total de jornal, incluindo conteúdos que lhe são peculiares, encontra abrigo nas limitações previstas nos arts. 46 a 48 da LDA não vem sendo acolhida pela jurisprudência, sob pena de tornar regra a exceção estabelecida pelo art. 46, inciso I, alínea “a”, da LDA.”

Percebe-se também, que o subitem 7.8 do edital fala que a proposta conterà a integralidade dos seus custos. Como também o subitem 11.6 “Que os licitantes assumem todos os seus custos e que nada mais poderá reclamar”. Então, este é um insumo direto a ser publicizado nos editais de licitação, antes da fase concorrencial pelo menor preço!

No novo edital PE nº20/23 TRT5ª Região em pág. 57 do T.Ref. subitem 11.2.23 está assim expressado: “A Contratada deve apresentar, dentro de cinco dias úteis APÓS a assinatura do contrato, Autorização Expressa ou Contrato de Licenciamento para clipagem dos conteúdos nos veículos de comunicação impressa que façam esse tipo de exigência, com o fim de evitar futura alegação de violação de Direitos Autorais. Caso o contratante sanar a questão no menor tempo possível, sem prejuízo ao Contratante ou interrupção da prestação do serviço, estando o Contratante isento de responsabilidade em caso de eventuais ações indenizatórias contra a Contratada”.

Qual a lógica de contratar uma empresa IRREGULAR com as suas obrigações de Direitos Autorais, já que esta matéria tem sido repetida em DIVERSOS editais de Licitação, concluindo que os licitantes do setor de clipping não se legalizam com os veículos por negligência ou mera intenção de fraudar os certames de que participam. É necessário lembrar que o próprio TRT5ª Região em seu T.Ref. de 2017 já cobrava tais licenciamentos. Isso significa dizer que há 6 (seis) anos esta exigência era feita e que não é do desconhecimento de NENHUMA empresa deste mercado esta cobrança.

Por outro lado, não há, em todo o T.Ref., menção aos nomes dos veículos que exigem os Licenciamentos – o que é obrigatório. São eles: Jornal A Tarde, Jornal Correio da Bahia, Jornal Tribuna da Bahia, Jornal Massa, Jornal Folha de São Paulo, Jornal Estado de São Paulo e Jornal Correio Braziliense. Então deverá haver consertos a serem feitos neste artigo.

Merece reparo ainda, com a sua total EXCLUSÃO, na Cláusula 9ª, o sub-item letra MM, do Anexo IV do Edital, por ser INÓCUO, uma vez que TODOS os veículos impressos editados no Brasil permitem clipagem dos seus conteúdos. A diferença está apenas entre aqueles que cobram e os que não cobram o Licenciamento.

Os editais de licitação e seus anexos são confeccionados visando à preservação dos princípios constitucionais e legais, e, isto pela defesa do Interesse Público em obter serviços de menor preço, justo e fazendo uma boa contratação, por isso, eles devem ser claros e precisos.

PEDIDOS .

1. PEDE ANULAÇÃO da parte do P.AD 4244/23 que trata sobre a verba orçamentária estipulada para esta licitação, pelos motivos de ilegalidades sinalizadas aqui nesta Impugnação e ocorridos em seu procedimento, e, ainda, publicizando para esta equipe de planejamento sobre a existência deste Insumo Direto no Preço que são as Licenças de Uso dos Direitos Autorais dos Jornais Impressos que as exigem e a serem pesquisados por interesse do TRT5ª Região. Portanto, se **DEVE** refazer o **ORÇAMENTO** considerando todas as informações aqui relatadas.

2. PEDE que as Licenças de Direitos Autorais dos veículos já citados sejam exigidas entre os Documentos Habilitatórios, posto que, não se tratam de nenhuma novidade para quem atua neste mercado, além de atestar a Capacidade Técnica Operacional da empresa licitante. Que a lista destes veículos conste no texto do Edital, Termo de Referência e Minuta do Contrato, do PE 020/23.

3. PEDE a exclusão da Letra MM, da Cláusula 9ª, do Anexo IV - Minuta do contrato, pelas razões censuradas.

4. PEDE para que se exijam, das empresas concorrentes, como na maioria dos Editais, a **AUTODECLARAÇÃO** de possuir **TODAS** as condições e os documentos exigidos para participação do certame, sob pena de serem punidas de acordo com o item 2.7 e 2.7.1, sendo esta medida extensiva a **TODOS** os participantes que deram lances na disputa."

É o relatório.

DECISÃO

O processo foi encaminhado à Secretaria de Assessoramento Jurídico que assim se pronunciou:

A empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX impugna as regras editalícias, alegando que a pesquisa de preços foi elaborada de acordo com a IN 73/2020, já revogada pela IN 65/2021, não refletindo a realidade do mercado e que a exigência de Licenças de Uso de Direitos Autorais deve constar como requisito de habilitação.

Sobre a alegação de revogação, cumpre esclarecer que a IN 65/2021 passou a regulamentar o procedimento de pesquisa dos processos autuados com base na Lei 14.133 /2021, sem revogar a anterior, IN 73/2020, que permanece válida e respalda os processos autuados pela Lei 8.666/93. Por isso é que, sendo o Pregão regido pela Lei 14.133/2021, a pesquisa de preço deve ser orientada pela IN 65/2021. Resta saber, apenas, se constou na planilha a referência a IN 73/2020 por equívoco/erro material ou se realmente necessita de atualização.

O primeiro argumento deverá ser tratado pela equipe que elaborou a pesquisa de preços, que terá melhores condições de examinar e explicitar as questões levantadas.

Assim, cabe a esta Assessoria Jurídica o exame dos argumentos relativos aos documentos de habilitação.

Pois bem.

A impugnante alega as Licenças de Uso de Direitos Autorais dos jornais devem ser exigidas na fase de apresentação dos documentos habilitatórios, pois reflete a Capacidade Técnica Operacional da empresa licitante para desempenhar a contento todos os serviços, que necessitam das licenças para serem executados.

Argumenta, ainda, que tal exigência garante isonomia entre os licitantes, tendo em vista que as empresas que pagam por esta licença entrariam em desvantagem competitiva com os concorrentes irregulares, que colocariam preços inexecutáveis, desconsiderando os valores que serão pagos pela obtenção do documento.

Sem razão.

De fato, o art. 29 da Lei nº 9610/98 preceitua a necessidade de autorização expressa do titular do direito autoral para a reprodução parcial ou integral de sua obra.

No caso em análise, o Edital prevê que a Contratada deverá apresentar, dentro de 5 (cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, Autorização Expressa ou Contrato de Licenciamento para clibagem do conteúdo dos veículos e comunicação que façam esse tipo de exigência” (item 11.2.23).

Vê-se, pois, que não há que se falar em omissão da Administração em exigir que o contratante tenha a licença necessária para o desempenho de suas atividades.

Contudo, ao contrário do que sustenta a impugnante, considerar que os contratos de licenciamentos ou autorização expressa dos veículos de comunicação para a prestação dos

serviços de clipping sejam indispensáveis à participação das empresas no certame impõe a estas despesas excessivas antes mesmo de se declararem vencedoras da licitação.

Conforme analisando em parecer anterior (doc.38), as exigências a título de habilitação nas licitações públicas que transbordem os limites estabelecidos em lei são consideradas ilegais e restritivas da competitividade.

Há que observar que pelo Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório o licitante está adstrito ao Edital, de tal modo que ao participar do processo licitatório tem ciência da necessidade de obter as licenças necessárias tão logo o contrato seja assinado.

Deste modo, entendemos pela legalidade do Edital, sendo possível diferir o licenciamento para clipping de matéria jornalística para o momento posterior à assinatura do contrato.

Conclusão

Ante o exposto, conforme fundamentação acima, esta Secretaria de Assessoramento Jurídico opina pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação ao edital apresentado pela empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx relativa aos requisitos de habilitação.

Este é o parecer que, se de acordo, sugiro o encaminhamento à Coordenadoria de Licitações e Contratos - CLC.

O processo foi encaminhado à DIPRE – Divisão de Registro e Preparo das Aquisições que assim se pronunciou:

“Vem os autos a esta Divisão de Registro e Preparo de Aquisições por solicitação da secretaria de Assessoramento Jurídico, para manifestação no que se refere a primeira parte da impugnação da empresa xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx intitulada “NULIDADE DE PARTE DO P. AD n.º 4244/2023.”, passamos a nos manifestar:

*Cumprе esclarecer que diferentemente do que a empresa alega no início da sua impugnação a IN 73/2020 **não foi revogada** pela IN SEGES/ME 65/21, senão vejamos:*

a) Instrução Normativa nº 73 de 05/08/2020 dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, aplicada aos processos regidos pela Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei 12.462/2011.

Ver link: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-73-de-5-de-agosto-de-2020>

a) Instrução Normativa SEGES /ME nº 65 de 07/07/2021 dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, aplicada aos os processos regidos pela nova lei de licitações Lei n. 14.133/2021.

Ver link: <https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/legislacao-geral/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-65-de-7-de-julho-de-2021>

Na verdade as duas Instruções Normativas estão em vigor, porém a IN 65/2021 é mais recente e se aplica ao presente processo licitatório nº 4244/2023, que é regido pela nova lei de licitações.

A pesquisa de preços para estimar o valor da contratação dos serviços, objeto do presente processo, foi realizada com base na Instrução Normativa SEGES /ME nº 65 de 07/07/2021, por erro material, alguns documentos do processo citam a Instrução Normativa nº 73 de 05/08/2020, o sistema Banco de Preços que é a plataforma eletrônica de pesquisa utilizada, não diferencia a forma de pesquisa de preços por uma ou outra IN, as planilhas estimativas de custos, docs. 15, 16, 26 e 31, contêm erro material ao citar a IN nº 73/2020.

A empresa alega, no quarto parágrafo, que a primeira pesquisa orçamentária (pag. 12) que “foram escolhidas quatro empresas fornecedoras (são as colocadas na primeira planilha) atuantes em mercados TOTALMENTE diferentes daquele observado na Bahia, tornando incomparável o objeto do serviço, “

A primeira pesquisa orçamentária a que se refere a Impugnante, foi realizada no âmbito do ETP -Estudo Técnico Preliminar, onde consta no “item 7 – LEVANTAMENTO DE MERCADO – CONSULTAS E ESTUDOS REALIZADOS” que tem como objetivo analisar soluções compatíveis/similares de contratação.

Mais adiante no ETP “item 8 – ESTIMATIVA DO VALOR DA CONTRATAÇÃO “ indica que os valores obtidos na pesquisa foram obtidos com utilização de metodologia de cálculo da IN SEGES/ME nº 65/2021, ver item 8.1, atual norma de pesquisa de preços da nova lei de licitações.

*Vale ressaltar que as Instruções Normativas que tratam dos procedimentos administrativos para a realização de pesquisa de preços, objetivam **estimar** o preço da contratação, ou seja, estabelecer um valor médio, que coincide com o máximo valor que a administração está disposta a contratar, evitando o sobrepreço (art. 2º, II, da IN 65/2021). Em momento algum a pesquisa tem o condão de fixar o valor exato da futura contratação, pois se fosse assim frustraria diversos princípios insculpidos no art. 5º da Lei de licitações nº 14.133/2021, em especial o princípio da **competitividade** que tem como objetivo alcançar a proposta mais vantajosa para a administração pública. Ver art. 2º da IN 65/2021:*

“Art. 2º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - preço estimado: valor obtido a partir de método matemático aplicado em série de preços coletados, devendo desconsiderar, na sua formação, os valores inexequíveis, os inconsistentes e os excessivamente elevados;”

A pesquisa de preços foi realizada priorizando os parâmetros do art. 5º, incisos I e II, combinado com §1º, da IN 65/2021:

“Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços correspondente;
II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;”

A pesquisa de preços de mercado para contratação de serviços sempre leva em conta a similaridade da contratação. Os requisitos da contratação previstos no ETP e TR - Termo de Referência do TRT da 5ª Região jamais será exatamente igual à contratação de outros órgãos públicos pesquisados, o que se busca é uma similaridade ou semelhança entre os serviços.

Como exemplo, podemos citar as palavras-chave para pesquisa nos jornais, mídias, TV e outros meios, indicados no item 4.4 do Termo de Referência que são próprios do TRT da 5ª Região.

*Quanto a alegação da Impugnante que os mercados pesquisados são “TOTALMENTE diferentes daquele observado na Bahia, tornando incomparável o Objeto do serviço”, não se sustenta pois a própria IN 65/2021, art. 5º, inciso II, trata de pesquisa de **contratações similares** feitas pela **Administração Pública**, o que significa órgãos públicos em geral nos âmbitos federal, estadual ou municipal.*

A pesquisa de preços foi realizada com quatro órgãos públicos que possuem contratações similares à do TRT5, sendo que três órgãos são federais e um órgão estadual.

*O artigo 4º da IN 65/2021, citado pela Impugnante, apenas reforça que **sempre que possível** ou **quando for o caso** deverão ser observados as condições comerciais praticadas, prazos, peculiaridades do local, entre outros.*

A atual contratação do serviço prestado ao TRT5, através do proad 4476/2018, Edital PE 17/2018, valor mensal de R\$4.854,17, teve seu contrato firmado em 2018 não constou na pesquisa de preços atual pois decorreu o período de 1 ano anterior à data da pesquisa de preços, art. 5º, inciso II da IN 65/2021.

Ante o exposto, considerando que não houve nulidade da pesquisa de preços, recomendamos manter a pesquisa realizada, apenas passando a constar que foi utilizada a IN 65/2021, conforme doc. 45 NCL - Planilha estimativa de custos - 12 meses v4.”

Diante do posicionamento da Secretaria de Assessoramento Jurídico e da DIPRE – Divisão de Registro e Preparo das Aquisições ficam refutados os pedidos descritos nos itens 1 e 2 da Impugnação apresentada.

No que diz respeito ao pedido 3, de acordo com a informação trazida pela própria impugnante:

“Merece reparo ainda, com a sua total EXCLUSÃO, na Cláusula 9ª, o sub-item letra MM, do Anexo IV do Edital, por ser INÓCUO, uma vez que TODOS os veículos impressos editados no Brasil permitem clipagem dos seus conteúdos. A diferença está apenas entre aqueles que cobram e os que não cobram o Licenciamento.”

O subtitem letra mm da cláusula 9ª não necessita ser excluída já que, se todos os veículos impressos editados no Brasil permitem clipagem, não há prejuízo na manutenção da citada cláusula, até mesmo como forma de garantia para a Administração Pública, caso haja exceção.

Noutro passo, o pedido 4 também não merece prosperar. Note-se que há previsão expressa contida no item 3.5 do Edital no que tange à obrigatoriedade das declarações mencionadas.

Em face do exposto, deixo de acolher os argumentos lançados pela empresa interessada e julgo IMPROCEDENTE a impugnação apresentada contra o edital, pelos motivos já mencionados.

Outrossim, informamos aos licitantes que com as informações prestadas não houve alterações substanciais que afetassem a elaboração das propostas. Assim, a data da licitação se mantém a mesma originalmente designada.

NOTIFIQUE-SE a impugnante da presente decisão. DIVULGUE-SE na internet, para dar maior conhecimento e propiciar ampla publicidade deste julgamento.

Salvador, 01 de agosto de 2023

Documento assinado eletronicamente

Eunápio U. Duarte Júnior

Coordenadoria de Licitações e Contratos