

1. DA IMPUGNAÇÃO AO DESCRITIVO DOS SERVIÇOS CONTIDOS NO TERMO DE REFERÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE.

1.1. O Edital de Pregão nº 17/2024 tem como objeto a “prestação de serviço de monitoramento de notícias sobre o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Seções Judiciárias da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná, veiculadas nas mídias impressa (jornal e revista), eletrônica (rádio e televisão) e digital (internet – sites e blogs), conforme as especificações e condições estabelecidas no Anexo I – Termo de Referência”.

1.2. Dentre as especificações técnicas para a realização dos serviços, o Termo de Referência exige da empresa vencedora – a título de habilitação: “A empresa vencedora deverá apresentar, junto com a Documentação de Habilitação, os contratos de licenciamento com os jornais Correio Braziliense e O Estado de S. Paulo”.

1.3. Ocorre que, conforme adiante será exposto, o documento indicado no termo de referência (contratos de licenciamento) consiste em exigência ilegal, nos termos da Lei nº 9.610/1998, razão pela qual a exigência deverá ser retificada, conforme fatos e fundamentos adiante expostos.

A) DA INEXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUNTO AOS JORNAIS. DA RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

1.4. Em que pese a exigência do edital, os serviços de clipping não configuram distribuição remunerada das informações, mas apenas a sintetização de informações de interesse e de menção dos clientes dos veículos de informação, não tratando-se de hipótese que exija a formalização de contratos de licenciamento com jornais ou pagamento de taxas de utilização para esse fim.

1.5. Portanto, a exigência de apresentação de contratos firmados com as empresas jornalísticas é ilegal e tão somente restringe indevidamente a competitividade do certame, tratando-se de imposição desnecessária à demonstração de qualificação técnica das licitantes para prestação dos serviços de clipping.

1.6. O direito de uso das informações para uso interno dos clientes de clipping dispensa a formalização de licenças/contratos ou autorizações, tratando-se de exceção das hipóteses de ofensa aos direitos autorais.

1.7. As reproduções são admitidas a teor do artigo 10 da Convenção de Berna acerca da Proteção das Obras Literárias e Artísticas, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 75.699/1975, bem como, pelos artigos 28, 29 da e 46, incisos I e VIII da Lei nº 9.610/98 estabelecem que:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução: na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos.

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Acrescente-se:

Artigo 10

1) São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.

1.8. A exceção da atividade de clipping aos direitos autorais pode ser confirmada através da aplicação do teste dos três passos, estabelecida no art. 9 (2) da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, com o objetivo de permitir exceções e limitações aos direitos autorais sob certas condições específicas.

1.9. Em síntese, o primeiro passo para verificar a excepcionalidade ao exercício dos direitos autorais, consiste na análise da ocorrência da exceção para casos especiais:

Primeiro passo: Exceção para casos especiais Definição: As exceções aos direitos autorais só são permitidas em casos especiais, ou seja, situações bem definidas e justificadas que não se aplicam de forma genérica ou ampla. Aplicação: A exceção deve ser específica e limitada a um contexto particular, garantindo que a utilização da obra seja claramente justificada.

1.10. A aplicação do primeiro passo no presente caso, resulta na conclusão de que o serviço de clipping solicitado se enquadra como caso especial devido à sua natureza específica e delimitada. O monitoramento de matérias jornalísticas é uma atividade crucial para o órgão Contratante, que precisa acompanhar as notícias e publicações que impactam suas áreas de atuação.

1.11. A atividade pretendida pela contratação trata-se do fornecimento de dados específicos que auxiliam na tomada de decisões, no planejamento estratégico e na resposta a situações emergenciais pelo Contratante. Portanto, essa prática se configura como um caso especial devido à sua importância para a atuação contínua do Contratante.

1.12. O segundo passo utilizado na verificação da excepcionalidade da aplicação dos direitos autorais trata-se da não prejudicialidade da exploração normal da obra pela atividade a ser realizada:

Segundo passo: Não prejudicar a exploração normal da obra Definição: A utilização da obra protegida não deve interferir na exploração normal e habitual da obra, de modo que o uso não comprometa as oportunidades econômicas do titular dos direitos. Aplicação: A obra deve continuar a ser explorada de maneira que permita ao titular dos direitos obter os benefícios econômicos esperados. O uso não deve substituir a necessidade de aquisição legítima da obra.

1.13. Nesse ponto, tem-se que o serviço de clipping jornalístico que será contratado não interfere na exploração normal das obras jornalísticas originais. As matérias jornalísticas monitoradas e compiladas através do clipping continuam a ser exploradas comercialmente apenas pelos veículos de comunicação que as publicam e as notícias permanecem acessíveis ao público somente por meio dos canais oficiais dos veículos, sendo que na atividade de clipping são fornecidos apenas pequenos trechos que sejam relevantes ao Contratante.

1.14. A prática de clipping é uma atividade comum e reconhecida no ambiente corporativo e institucional, onde as notícias são compiladas para fins de análise interna das entidades públicas e privadas. Esse uso não substitui a necessidade de aquisição direta das publicações pelos consumidores finais. Além disso, o clipping é destinado exclusivamente ao uso interno do Contratante, garantindo que não haja uma redistribuição das obras que possa comprometer o valor econômico das publicações originais.

O Contratante utiliza as informações apenas para fins de análise e tomada de decisão, preservando, assim, a exploração normal das obras jornalísticas.

1.15. Por fim, o terceiro passo decorre da verificação de que a atividade não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor:

Terceiro passo: Não causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor Definição:

A exceção não deve causar um dano significativo e injustificado aos interesses legítimos do autor, incluindo tanto os interesses econômicos quanto os morais. Aplicação: A exceção deve respeitar os direitos do autor, garantindo que a utilização da obra não comprometa de forma significativa os ganhos econômicos ou os direitos morais do autor, como a integridade da obra e o reconhecimento da autoria.

1.16. Nesse caso, tem-se que os Interesses Legítimos dos autores serão respeitados pelos serviços de clipping contratados. Conforme exposto, a utilização das matérias é restrita ao monitoramento interno do Contratante, o que significa que as obras não são redistribuídas ou comercializadas de forma que possa prejudicar os interesses econômicos dos autores.

1.17. Os direitos morais dos autores, como a integridade da obra e o reconhecimento da autoria, também são preservados, uma vez que as matérias jornalísticas são utilizadas apenas em parte, de maneira íntegra e com as devidas atribuições de autoria.

1.18. A prestadora de serviços não é remunerada pela cópia ou plágio das matérias jornalísticas, mas sim para buscar e sintetizar o que foi dito a respeito de seus clientes de forma direta e indireta (informações de seu interesse). Não há qualquer relação do lucro de serviços de clipping com a prestação de serviço intelectual dos meios de comunicação e, portanto, não há a necessidade de formalização das autorizações de distribuição da informação.

1.19. Por outro lado, frisa-se que várias empresas do ramo de clipping utilizam-se de plataformas externas, como a plataforma “Comunique-se”, que captam e distribuem as notícias e informativos constatados em pesquisa aos veículos de informação e que já possuem referido licenciamento junto aos jornais supracitados.

1.20. Portanto, nos termos da Lei nº 9.610/98 e disposições da Convenção de Berna, não há que se falar em violação de direitos autorais pela atividade exercida. O serviço de clipping não é um procedimento voltado ao público aberto, e sim ao próprio órgão/entidade ou empresa que coletou as

informações, e não deixa de ser um instrumento de monitoramento de como os veículos de informação estão se referindo ao Contratante. Trata-se de verdadeiro instrumento de verificação da legitimidade e accountability do órgão.

1.21. Nesse sentido, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer e indenizatória. Demanda em face de empresa de "clipping" de notícias, sob alegação da reprodução não autorizada em concorrência desleal. Sentença de improcedência, cassada a antecipação dos efeitos da tutela. Medida liminar. Inicial distribuída na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Pretensão de restabelecimento da antecipação da tutela, visando evitar reprodução de material jornalístico por clipagem. Questão que se confunde com o mérito e com este será analisada. Indeferido pedido de recebimento do recurso de apelação com concessão de tutela recursal. Agravo interno interposto não provido. Preliminares em contrarrazões. Rejeição. Legitimidade configurada. Periódicos e matérias jornalísticas citadas que envolvem as partes. Manutenção do valor da causa que corresponde o proveito econômico. Mérito. Direito autoral. Uso de trecho de matérias jornalísticas em "clipping" (processo de seleção de notícias em resumo). Observação dos limites impostos em legislação sobre o tema. Aplicabilidade da regra do art. 46, incisos I e VIII da Lei nº 9.610/98 amparada pelo art. 10 da Convenção de Berna. Ausência de conduta ilícita. Motivação do decisório adotado como julgamento em segundo grau. Inteligência do art. 252 do RITJ. Honorários recursais. Aplicação da regra do artigo 85, §11, CPC/2015. Verba honorária majorada para 20% (vinte por cento) sobre valor atualizado da causa. Resultado. Preliminares rejeitadas. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1122720-55.2014.8.26.0100; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 11/09/2020)

1.22. Nessa linha, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.217.567 SP (201/0185114-4), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a saber:

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. USO DE TRECHO DA LETRA DA OBRA MUSICAL DANCIN DAYS SEM AUTORIZAÇÃO DO DETENTOR DOS DIREITOS AUTORAIS EM PUBLICAÇÃO DA REVISTA PLAYBOY. LIMITES IMPOSTOS AO DIREITO AUTORAL. INDENIZAÇÃO. 1. A reprodução de pequenos trechos de obras preexistentes apenas não constitui ofensa aos direitos autorais quando a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova, não prejudique a exploração normal daquela reproduzida nem cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII, da Lei n. 9.610/1998). 2. A exploração comercial da obra e os meios em que ela ocorrerá é direito exclusivo do autor, como regra. A transcrição de trecho musical em periódico de forma não autorizada não caracteriza permissivo legal (fair use) que excepcione o direito de exploração exclusiva pelo seu titular. 3. O caso dos autos não se enquadra nas normas permissivas estabelecidas pela Lei n. 9.610/1998, tendo em vista que o refrão musical inserido no ensaio fotográfico e de cunho erótico - de forma indevida -, tem caráter de completude e não de acessoriedade; e os titulares dos direitos patrimoniais da obra vinham explorando-a

comercialmente em segmento mercadológico diverso. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - REsp: 1217567 SP 2010/0185114-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 07/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2013)."

1.23. A exigência do Termo de Referência apenas restringe indevidamente a competitividade do certame, considerando que impõe aos licitantes a formalização desnecessária e ilegal de autorizações de direito de uso e distribuição com os veículos de informação para prestação dos serviços de clipping.

1.24. Ressalta-se que o foco do processo licitatório é selecionar a proposta mais vantajosa desde que atendidos os requisitos técnicos e econômicos necessários. Formalismos extremos e o rigorismo de convocação devem ser afastados, pois se demonstram prejudiciais ao alcance da finalidade e desvirtuam a própria essência do procedimento licitatório.

1.25. Não se pode conceber a licitação enquanto um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. As normas do procedimento licitatório estão voltadas à satisfação do seu próprio propósito, ou seja, a licitação possui uma finalidade substancial, um resultado a ser alcançado. 1.26. A violação ao princípio da competitividade e da igualdade consiste em comportamento que contraria os princípios dispostos pela Lei nº 14.133/2021, em seu art. 5º, que possui o seguinte texto:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

1.27. Vale destacar o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2441/2017-Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, na Representação n. 021.485/2017-8, que entende pela obrigatoriedade de indicação da necessidade de inclusão de especificidades restritivas do certame:

"[...] cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender as necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica.

1.28. A competição é justamente o que proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, caracterizada pelo acesso à competição do maior número possível de licitantes competidores, sendo vedada sua restrição por especificidades incompatíveis. Nesse caso, a exigência de apresentação de contratos de licenciamento com os jornais Correio Braziliense e O Estado de S. Paulo representa restrição indevida à competitividade do certame.

1.29. Isso posto, inexistente qualquer respaldo legal, protocolo de autuação ou exigência de órgão regulador que justifique a exigência de licenciamentos formalizados com as empresas jornalísticas, razão pela qual é necessária a reforma da redação do Termo de Referência, retirando a exigência de

apresentação de contratos de licenciamento com os jornais Correio Braziliense e O Estado de S. Paulo para a habilitação, sob pena de restrição indevida à competitividade do certame.

1.30. Nesse ponto, destaca-se que o Edital exige o monitoramento de dezenas de veículos de comunicação, entretanto, a exigência de licença junto aos veículos de informação refere-se tão somente às empresas referenciadas no subitem 5.2 do Termo de Referência. Para além de ilegal, portanto, a exigência prevista no subitem 5.2 do Termo de Referência é ineficiente para garantir o atendimento a todas as exigências legais e a compreensão da integralidade dos custos para atendimento às normativas pertinentes pelas licitantes.

1.31. A confirmação da legalidade da atuação ou a apresentação de proposta compatível com o objeto da licitação é comprovada através da apresentação de atestados de capacidade técnica e notas fiscais de serviços executados ou em execução com mesmo objeto, ou, ainda, por meio da realização de Prova de Conceito, prevista no item 11 do Edital.

1.32. Além disso, bastaria a apresentação de declaração pela empresa de que “cumpre com as exigências legais relacionadas ao exercício da atividade de clipping e se compromete ao custeio de eventuais encargos relacionados aos direitos autorais dos veículos de informação, conforme disposto no Decreto nº 75.699/1975 e Lei nº 9.610/98”.

1.33. Diante do exposto, tem-se que os requisitos de habilitação previstos no Termo de Referência restringem indevidamente a participação apenas a empresas que atendam aos desarrazoados critérios, razão pela qual requer-se a reforma do Edital com a retirada do critério restritivo.

1.34. Da mesma forma, caso se entenda pela necessidade de comprovação de atendimento às disposições da Lei nº 9.610/98 de outra forma, pugna-se pela inclusão de exigência apenas de declaração que ateste a regularidade legal da atividade de clipping pelas empresas participantes.

2. DOS PEDIDOS

2.1. Ante o exposto, requer-se o conhecimento e apreciação da presente impugnação, dada sua tempestividade e regularidade, e ao final seja julgada procedente, com a alteração do Edital e afastamento das exigências excessivas, visando privilegiar a competitividade do certame, em respeito ao art. 9º, I “a” da Lei nº 14.133/21.

2.2. Para tanto, requer-se a retirada da exigência contida no subitem 5.2 do Termo de Referência (contratos de licenciamento com os jornais Correio Braziliense e O Estado de S. Paulo), sob pena de restrição indevida à competitividade do certame, diante da ilegalidade da exigência, conforme exposto nos termos da presente impugnação. Termos em que pede deferimento.

Resposta: Em relação ao item 5.2 do Termo de Referência do Edital de Pregão nº 17/2024, esclarecemos que tal exigência foi incluída no sentido de garantir o fornecimento de conteúdos de interesse de nossa instituição nos dois veículos de comunicação citados, uma vez que se tem notícias de processos judiciais de empresas jornalísticas contra serviços de clipagem de notícias.

Dessa forma, tendo em vista a argumentação de ilegalidade por parte de uma empresa interessada no certame, não vemos problema na retirada da exigência de contratos de licenciamento com os jornais referidos no item 5.2., desde que seja preservada a inclusão dos dois veículos na lista de publicações a serem clipadas.