

Pesquisa CMA nº 519/2016

Solicitante: CMA

Data da Solicitação: 4 de agosto de 2016

Data da Resposta: 25 de agosto de 2016

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CONTRATOS DE PUBLICIDADE - PUBLICIDADE INSTITUCIONAL E LEGAL - DIREITO À INFORMAÇÃO E CONTROLE SOCIAL - LEI 8.666/93 E LEI 12.232/2010 - ÂMBITOS DE APLICAÇÃO - PRINCÍPIOS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - REGÊNCIA SOBRE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE PUBLICIDADE - DIFICULDADES NA FISCALIZAÇÃO E NA PADRONIZAÇÃO DE PREÇOS E SERVIÇOS - VÍCIOS MAIS COMUNS - PROGRAMA MPSC "SERVIÇO PRESTADO, CONTRATO FISCALIZADO" - PGA 2016/2017 - CONSTRUÇÃO DE METODOLOGIA PARA ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS - PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS DEMAIS INSTÂNCIAS DE CONTROLE

1. INTRODUÇÃO

A economia brasileira encolheu 3,8% em 2015 e as perspectivas para o ano em curso não são alvissareiras. Contudo, a despeito do declínio dos indicadores sociais e econômicos, a imprensa nacional relata que os gastos com publicidade dos entes públicos, tanto da administração direta quanto da indireta, aumentam continuamente.

É de conhecimento geral que os valores despendidos por órgãos e entidades vinculados à Administração Pública na execução de contratos de publicidade atinge somas de vulto, que muitas vezes traduzem o principal mecanismo de financiamento e sobrevivência de alguns veículos de comunicação. Assim, diante das conhecidas limitações do Erário, em que escolhas devem ser feitas a fim de que as necessidades mais urgentes da população possam ser satisfeitas com prioridade, a própria dimensão dos gastos com publicidade já realçaria a obrigação premente dos órgãos de fiscalização de investigar se os gestores públicos estão administrando eficazmente os recursos de que dispõem, inclusive no que se refere às despesas com publicidade, tradicionalmente infladas em períodos próximos às eleições.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

É sabido que alguns gastos com publicidade derivam de determinação legal, mas expressiva parcela deles decorre de despesas discricionárias com publicidade institucional, muitas das quais realizadas ao arpejo da lei, com claro desvio de finalidade. Dentre os desvios de finalidade mais recorrentes, destaca-se a publicidade com caráter autopromocional, que busca enaltecer o gestor local e suas realizações às custas do Erário. Trata-se de prática bastante conhecida dos tribunais pátrios e que, por isso mesmo, está na origem de vários julgados sancionatórios, tendo para tanto contribuído a forte atuação do Ministério Público catarinense no combate à chamada "promoção pessoal" dos agentes públicos.

Outra área mais cinzenta e que desperta cada vez mais a atenção dos órgãos de fiscalização, dentre os quais o Ministério Público, são os gastos com publicidade que, mesmo revestidos de natureza educativa, informativa ou de orientação social, tal qual impõe a Carta Magna em seu art. 37, §1º, vinculam no entanto recursos reclamados por outros segmentos de ação administrativa, como a prestação de serviços públicos de educação e saúde, ainda pendentes de efetivação por falta de investimentos.

Por último, mas não menos importante, os valores milionários envolvidos na concepção, produção e execução de campanhas publicitárias financiadas com recursos públicos suscitam, como não poderia deixar de ser, a cobiça do mercado publicitário, que, desde o nível local até o plano nacional, encontra na esfera pública, como dito acima, muitas vezes os seus principais anunciantes. Nesta seara, para além da fiscalização quanto à razoabilidade do gasto com publicidade e do combate à promoção pessoal, o desafio lançado aos órgãos de controle é duplice:

a) zelar para que os certames licitatórios que tenham por objeto serviços de publicidade observem os preceitos da legislação de regência e dos princípios maiores da Administração, especialmente no tocante à isonomia entre os licitantes e à garantia da competitividade do certame;

b) fiscalizar a execução do contrato administrativo de prestação de serviços publicitários, de modo que este tipo de préstimo, de forte conteúdo intelectual e imaterial, não se torne instrumento propício para desvio de recursos públicos, através de práticas conhecidas como o superfaturamento, especialmente comum em contratos ditos "intangíveis", no que se refere ao seu objeto.

Não se deve perder de vista, aliás, que no recente escândalo da vida política brasileira conhecido como "Mensalão", a origem do desvio de recursos públicos que financiava a cooptação ilícita de parlamentares no Congresso Nacional era a celebração de contratos de publicidade fraudulentos, superfaturados em seus valores e cujos objetos jamais foram executados.

Atento a esta realidade, por ocasião do lançamento do Plano Geral de Atuação do Ministério Público de Santa Catarina para o biênio 2016/2017, o Conselho Consultivo do CMA sugeriu a este Centro de Apoio a adoção de iniciativas que

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

impulsionassem o trabalho do Promotor de Justiça na fiscalização deste tipo de pacto. O resultado é o programa “**Serviço Prestado, Contrato Fiscalizado**” que, lançado no final 2015, e após produzir compilação jurisprudencial sobre o tema, parte agora para a definição de seus contornos teóricos, de modo a apresentar ao colega Promotor de Justiça os contornos básicos da publicidade constitucionalmente adequada e os principais vícios que maculam o processo de contratação – e os principais mecanismos para evitá-los. Estes são, em apertada síntese, os objetivos desta pesquisa.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

A publicidade é tanto um direito do cidadão quanto um dever do gestor público. Portanto, ante de se discorrer sobre contratos de publicidade, publicidade legal e promocional, agências de publicidade, dentre outros, mister investigar o princípio constitucional que traduz esse mandamento, qual seja, o princípio da publicidade, e suas repercussões na esfera administrativa.

O princípio da publicidade administrativa encontra previsão no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, sendo aplicável aos poderes de todos os entes federativos, e abrange tanto a administração direta quanto a indireta. É essa a inteligência do texto constitucional, vazado nos seguintes termos:

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.

A importância desse princípio é destacada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero nos seguintes termos:

A publicidade é essencial ao princípio democrático e ao princípio do Estado de Direito (*auf dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip*). Tem assento, portanto, nos dois corações políticos que movem o Estado Constitucional. Por essa razão, ainda que não fosse prevista constitucionalmente de forma expressa, sua imprescindibilidade seria facilmente compreendida como consequência necessária do caráter democrático da administração da justiça no Estado Constitucional (Curso de Direito Constitucional, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2012, p. 663).

O reflexo prático do princípio da publicidade, como bem apontam Mendes, Coelho e Branco, é que dele decorre:

[...] a necessidade de que todos os atos administrativos estejam expostos ao público, que se pratiquem à luz do dia, até porque os agente estatais não atuam para a satisfação de interesses pessoais, nem sequer da própria Administração, que, sabidamente, é apenas um conjunto de pessoas, órgãos, entidades e funções, uma estrutura, enfim, a serviço do interesse público, que, este sim, está acima de quaisquer pessoas. Prepostos da sociedade, que os mantém e legitima no exercício das suas funções, devem os agentes públicos estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

com a publicação/publicidade dos seus atos (Curso de Direito Constitucional, 4 ed., São Paulo: Saraiva, p. 884).

A correlação entre a publicidade, o controle democrático da Administração e a persecução do interesse público é destacada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, se os interesse públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los não de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou mal conduzida. (...) Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultando dos administrados os assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado (Curso de direito administrativo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110).

O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversos arestos, desenvolveu a concepção do princípio da publicidade, trazendo-o para a regência de casos concretos. Por ocasião da análise da constitucionalidade da publicação da remuneração de servidores públicos, a Corte reiterou a relação indissociável entre o princípio da publicidade, o princípio republicano, destacando que aquele necessariamente informa e norteia a gestão da coisa pública, *verbis*:

A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O 'como' se administra a coisa pública a preponderar sobre o 'quem' administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública" (STF, **SS 3.902-AgR-segundo**, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 9-6-2011, Plenário, **DJE** de 3-10-2011).

O conteúdo ético-jurídico da diretriz de publicidade e sua conexão direta com a essência do regime republicano foram também destacados no Pretório Excelso, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello no HC 93431/PI:

No Estado Democrático de Direito, não se pode privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo compromete a própria legitimidade material do exercício do poder.

A Constituição republicana de 1988 dessacralizou o segredo e expôs todos os agentes públicos a processos de fiscalização social, qualquer que seja o

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

âmbito institucional (Legislativo, Executivo ou Judiciário) em que eles atuem ou tenham atuado. Ninguém está acima da Constituição e das leis da República. Todos, sem exceção, são responsáveis perante a coletividade, notadamente quando se tratar da efetivação de gastos que envolvam e afetem a despesa pública.

Esta é uma incontornável exigência de caráter ético-jurídico imposta pelo postulado da moralidade administrativa. Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

O sistema democrático e o modelo republicano não admitem - nem podem tolerar - a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade. Nenhum membro de qualquer instituição da República, por isso mesmo, pode pretender-se excluído da crítica social ou do alcance do controle fiscalizador da coletividade e dos órgãos estatais dele incumbidos.

A imputação, a qualquer agente estatal, de atos que importem em transgressão às leis revela-se fato que assume, perante o corpo de cidadãos, a maior gravidade, a exigir, por isso mesmo, por efeito de imposição ética emanada de um dos dogmas essenciais da República, a plena apuração e o esclarecimento da verdade, tanto mais se se considerar que o Parlamento recebeu, dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos agentes dos demais poderes.

Não se poderá jamais ignorar que o princípio republicano consagra o dogma de que todos os agentes públicos – legisladores, magistrados e administradores – são responsáveis perante a lei e a Constituição, devendo expor-se, plenamente, às consequências que derivem de eventuais comportamentos ilícitos.

A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo.

Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade - que domina e abrange todas as instâncias de poder -, proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: “A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (RTJ 182/525-526, Relator Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

O princípio da publicidade relaciona-se a inúmeros outros princípios constitucionais, sendo elemento intrínseco ao Estado Democrático de Direito, que veda o ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam. Trata-se, sem dúvida, de pressuposto da transparência, facilitador da fiscalização social e marca indelével da gestão da coisa pública.

E se de um lado a Carta Magna impõe ao gestor público o dever de publicidade, de outro ressalva, no tocante ao conteúdo da matéria veiculada, que **“a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (art. 37, §1º)**. Sobre esse dispositivo, o STF já se pronunciou no sentido de que “o conteúdo educativo, informativo ou de orientação social há de ter como alvo a utilidade e o proveito da comunidade, não o interesse, mesmo legítimo, do administrador” (STF - ARE: 772766 PR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/11/2013, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 25/11/2013 PUBLIC 26/11/2013).

No mesmo sentido, extrai-se a seguinte informação de julgado do TSE:

A Constituição Federal não dispõe sobre propaganda institucional, mas sobre publicidade institucional acrescentamos "institucional" a "publicidade". Em nenhum momento, usa a expressão propaganda institucional, conforme se verifica no *caput* do artigo 37 e no seu §1º. A publicidade institucional é válida, e é até necessária, desde que cingidas aquelas três vertentes constitucionalmente lançadas: caráter informativo, educativo ou orientador social. Então, a publicidade institucional divulga os atos de governo. Inscreve-se nessa nova quadra democrática de visibilidade dos atos do poder, de divulgação, de publicidade, até de transparência - o que é ótimo -, os atos, as campanhas, as promoções, as obras, os serviços (TSE - ARCED: 703 SC, Relator: FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 18/12/2008, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 11/02/2009, Página 33/34).

Apesar da objetividade com que foi redigido, na tentativa de combater as mazelas mais comuns que até então grassavam na Administração Pública, o mandamento constitucional é frequentemente desvirtuado pelo gestor público, que argutamente explora a linha tênue que separa autopromoção e publicidade de caráter educativo, informativo e de orientação social. Sobre o tema, o STF já teve a oportunidade de assentar:

O *caput* e o parágrafo 1º do art. 37 da CF impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos **slogans**, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta (STF, **RE 191.668**, rel. min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-2008, Primeira Turma, **DJE** de 30-5-2008).

Publicidade de caráter autopromocional do Governador e de seus correligionários, contendo nomes, símbolos e imagens, realizada às custas do Erário. Não observância do disposto na segunda parte do preceito constitucional contido no art. 37, §1º (STF, **RE 217.025-AgR**, rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 18-4-2000, Segunda Turma, **DJ** de 5-6-1998.).

Evidenciada a íntima relação entre o dever de publicidade e o princípio republicano, bem como a limitação imposta aos gestores consistente na veiculação de publicidade apenas e tão somente com **caráter educativo, informativo ou de orientação social, investigaremos como esses serviços devem ser contratados e quais os principais problemas que a matéria suscita.**

3. PUBLICIDADE, PROPAGANDA E PROMOÇÃO PESSOAL

Segundo Sant'Anna (Propaganda: teoria, técnica e prática, 7 ed, p. 75):

[...] embora usados como sinônimos, os vocábulos publicidade e propaganda não significam rigorosamente a mesma coisa. Publicidade deriva de público (do latim *publicus*) e designa a qualidade do que é público. Significa o ato de vulgarizar, de tornar público um fato, uma ideia. Propaganda é definida como a propagação de princípios e teorias. Foi traduzida pelo Papa Clemente VII, em 1597, quando fundou a Congregação da Propaganda, com o fito de propagar a fé católica pelo mundo. Deriva do latim *propagare*, que significa reproduzir por meio de mergulhia, ou seja, enterrar o rebento de uma planta no solo. *Propagare*, por sua vez, deriva de *pangere*, que quer dizer enterrar, mergulhar, plantar. Seria então a propagação de doutrinas religiosas ou princípios políticos de algum partido. Vemos, pois, que a palavra publicidade significa, genericamente, divulgar, tornar público, e propaganda compreende a ideia de implantar, de incluir uma ideia, uma crença na mente alheia. [...]; contudo hoje ambas as palavras são usadas indistintamente" (*apud* Micheloti, Improbidade na publicidade institucional, Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 34, fev. 2010).

Além da frequente confusão conceitual entre publicidade e propaganda, é recorrente o emprego do termo promoção no sentido de publicidade. O legislador nacional não se esforçou em lançar luzes sobre a matéria, sendo de praxe a falta de rigor com que essas expressões são utilizadas. Diógenes Gasparini tenta elucidar a matéria propondo a distinção entre publicidade legal (publicidade) e publicidade promocional (divulgação) nos seguintes termos:

A literalidade e, principalmente, a finalidade desses preceptivos autoriza afirmar que à Administração Pública é, de um lado, determinada a **publicidade**, e, de outro, permitida a **divulgação**, ainda que sem essa distinção nominal. Em razão desses textos, a notícia promovida pela Administração Pública ora

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

destina-se a cumprir exigência legal; ora visa informar a comunidade sobre a promoção de programa, obra, serviço, campanha ou ato público.

No primeiro caso tem-se a **publicidade legal**, portanto, obrigatória e sem a natureza de difundir ideias ou informar o grande público. Nesse caso, não cabe à Administração Pública qualquer avaliação quanto à sua realização, como ocorre com a publicação do edital licitatório. A lei impõe a publicação e esta deve acontecer, sob pena de ilegalidade. No segundo, acolhe-se a **publicidade promocional**, destinada a difundir ideias ou informar o grande público. Sendo desse modo, é facultativa, ou seja, realizável consoante a conveniência e a oportunidade da notícia, tal qual se passa com a campanha de combate ao mosquito da dengue (Publicidade e Divulgação, p. 1) (destaques originais).

A lição doutrinária foi adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) no Prejudgado 1.359/2003:

1. Os serviços de publicidade do Poder Público podem ser classificados em legal (obrigatória) e institucional (divulgação de atos e ações da Administração) e lhes ser conferido caráter de serviços contínuos, aplicando-se o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93.

2. A publicidade legal (publicação de leis e atos administrativos municipais que produzam efeitos externos) deve ser feita, obedecida a ordem, no órgão oficial de publicação do Município, instituído por lei; ou no órgão de divulgação da respectiva associação municipal; ou em jornal local de circulação diária ou semanal na localidade, contratado mediante processo licitatório; ou em jornal da microrregião a que pertencer o município, de circulação diária ou semanal na localidade; ou conforme dispuser a Lei Orgânica do município, consoante determinação do art. 111, parágrafo único, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 21/2000. [...]

4. A publicidade e propaganda governamental de caráter institucional, destinada à divulgação de normas legais e regulamentares municipais, programas e campanhas de educação, saúde, desenvolvimento econômico, esportes, cultura, lazer etc., obras, serviços, festividades municipais e outros eventos, deve obedecer aos ditames do art. 37, § 1º, da Constituição do Brasil, ou seja, quando estiver presente o interesse público, o caráter educativo, informativo ou de orientação social e não contenham nomes, símbolos, expressões ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (grifos acrescidos).

Além dessas noções básicas, existe, no âmbito do Poder Executivo federal a Instrução Normativa da Secretaria de Comunicação Social (IN n. 7/2014) que traz inúmeros conceitos, dentre os quais o de publicidade, distinguindo quatro espécies:

Seção I Das espécies de publicidade

Art. 3º As espécies de publicidade de que trata o art. 3º, inciso V, alíneas “a” a “d”, do Decreto nº 6.555/2008 são conceituadas como segue:

I - Publicidade Institucional: destina-se a posicionar e fortalecer as instituições, prestar contas de atos, obras, programas, serviços, metas e resultados das ações do Poder Executivo Federal, com o objetivo de atender ao princípio da

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

publicidade e de estimular a participação da sociedade no debate, no controle e na formulação de políticas públicas e de promover o Brasil no exterior;

II - Publicidade de Utilidade Pública: destina-se a divulgar temas de interesse social e apresenta comando de ação objetivo, claro e de fácil entendimento, com o objetivo de informar, educar, orientar, mobilizar, prevenir ou alertar a população para a adoção de comportamentos que gerem benefícios individuais e/ou coletivos;

III - Publicidade Mercadológica: destina-se a alavancar vendas ou promover produtos e serviços no mercado;

IV - Publicidade Legal: destina-se a divulgar de balanços, atas, editais, decisões, avisos e de outras informações dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, com o objetivo de atender a prescrições legais.

Destaque-se que a publicidade não é, *per se*, ilegal. Em verdade, a publicação legal é obrigatória para a Administração Pública, até mesmo para que seus atos possam produzir efeitos. Ademais, é pacífico entre os tribunais pátrios que o maior problema com a publicidade é seu conteúdo e sua finalidade, muito mais do que o ato de publicar:

Os tribunais de todo país adotam o entendimento de que a publicidade por meio de veículos de mídia não está proibida, ao contrário, a publicidade é dever das administrações, contudo o conteúdo e a finalidade do que se intenta divulgar é que deve sofrer o controle de constitucionalidade, tanto a difusa quanto a concentrada, dependendo do caso (Oliveira, O desvirtuamento do dever de dar publicidade de atos administrativos, configurando situações de improbidade e desperdício de recursos financeiros do Estado, De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, jan./jun. 2008, p. 476).

É claro que uma previsão legal vaga enseja inúmeros abusos, forçando os órgãos de fiscalização a avançar sobre terreno menos firme, a saber, o da discricionariedade administrativa. Isso por que os gastos com publicidade promocional despertam a atenção dos órgãos de fiscalização, sobretudo diante das inúmeras limitações orçamentárias que se agudizam em tempos de contenção generalizada de despesas.

Registre-se, porém, que a discricionariedade administrativa não se traduz em ampla e irrestrita liberdade do gestor público, até mesmo porque ele atua sempre sob o manto da legalidade (em seu sentido amplo e restrito) e suas decisões não podem, jamais, ser arbitrárias. Nesse sentido, Di Pietro é bastante feliz ao afirmar que:

[...] a ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo (Direito Administrativo, 28 ed, p. 261).

Ainda sobre o controle judiciário e os limites da discricionariedade, a autora paulista aduz:

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Poder-se-ia afirmar que estão controlando o mérito, no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. Não se pode confundir controle de mérito com controle dos limites legais da discricionariedade (Di Pietro, Direito Administrativo, 28 ed, São Paulo: Atlas, 2015, p. 262).

E foi com fulcro nessa ideia que os tribunais pátrios tornaram-se mais severos na repressão a artifícios que, no mais das vezes, estavam na origem de gastos excessivos, dispensáveis ou inoportunos com publicidade, como se depreende da leitura do trecho abaixo transcrito do julgado do TJSP:

Não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas tal é tolerado pela lei, não é precisamente o que se discute no presente caso. Mas nem por isso, pode-se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de autopromoção (TJSP, Apelação n. 160.666-1/0, rel. Des. Melo Júnior, 07.02.1992).

Do exposto, percebe-se que grande foi o avanço normativo proporcionado pela Carta Magna vigente, que buscou combater a permissividade até então existente e estabelecer marco normativo mínimo a fim de combater as práticas mais recorrentes nessa seara, a saber: falta de caráter informativo, educacional e de orientação social; ausência do interesse público como norteador das políticas de publicidade; e, principalmente, utilização patrimonialista da publicidade, com vistas à promoção da imagem da autoridade ou do servidor público às custas do Erário.

4. A LICITAÇÃO E OS SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

Alicerçada sobre o fundamento trazido pelo art. 37, XXI, da Carta Política, a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) ainda é o diploma normativo a ser aplicado à maioria dos contratos de publicidade celebrados pela Administração Pública, sendo

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

expressamente vedada a inexigibilidade de licitação para pactuação destes serviços, nos termos do art. 25, II:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, **vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.**

Aliás, logo em seu pórtico, a Lei 8.666/93 deixa claro que os contratos de publicidade, celebrados por qualquer ente da Administração, estão especialmente albergados por suas diretrizes:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, **inclusive de publicidade**, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, **inclusive de publicidade**, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei
. (destaques acrescidos)

Resta evidente que a legislação em comento vedou a inexigibilidade de licitação na área de publicidade e divulgação em clara tentativa de restringir a prática, até então recorrente, de não se licitar sob o argumento de notória especialização do profissional ou da empresa. É que, com frequência, as contratações públicas nessa área eram direcionadas para agências de aliados políticos, sendo que os órgãos de controle viam-se impossibilitados de avaliar objetivamente serviços que se baseavam essencialmente no elemento criatividade.

Com a edição da Lei n. 8.666/1993, vedou-se expressamente a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade, ainda que preenchidos os três elementos essenciais para a inexigibilidade, a saber, serviço profissional especializado, notória especialização do profissional ou empresa e a natureza singular do serviço. Ressalte-se que a publicidade a que se refere o art. 25, II, diz respeito à publicidade promocional ou divulgação e que exige esforço criativo.

Com relação à questão, Marçal Justen Filho afirma:

O problema está na impossibilidade de julgamento objetivo nessa área. A grande evidência reside em que, sendo obrigatória a licitação, o critério

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

decisivo de seleção acaba sendo a “criatividade”, a qual envolve avaliação meramente subjetiva. No final das contas, o critério de seleção continua a ser a subjetividade e a preferência da Administração Pública. Como já afirmado, melhor seria promover a contratação direta, obrigando a Administração a justificar suas escolhas. Muito pior é a atual situação, em que a escolha (subjetiva, em última análise) é exteriorizada como produto de um julgamento objetivo (Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., São Paulo: RT, 2014, p. 504).

Cumpra ainda destacar que a vedação legal aplica-se à inexigibilidade de licitação, mas não à dispensa. Entretanto, diante das hipóteses elencadas em *numerus clausus* no art. 24 da Lei de Licitações, a dispensa de licitação em contratos de publicidade revela-se pouco usual, salvo, talvez, com base no critério do valor do contrato (art. 24, II).

A jurisprudência registra, entretanto, casos de dispensa de licitação de serviços de publicidade com base na hipótese do art. 24, V (casos de emergência ou de calamidade pública), mas que foram posteriormente rechaçadas pela respectiva Corte de Contas:

REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

1. A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas (ACÓRDÃO Nº 1138/2011 – TCU – Plenário).

Dos tribunais colhem-se lições semelhantes, que reafirmam a necessidade de licitação para contratação dos serviços de publicidade:

HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL SEM LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE DA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO ANTES DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO PODER LEGISLATIVO. Sendo expressa a lei ao vedar a contratação de propaganda institucional sem licitação, o agente público que atua em desacordo com essa proibição legal fica sujeito à persecução penal, independentemente das decisões que venham a ser tomadas pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Legislativo. Pois é certo que nenhuma delas poderá vir a ser prolatada *contra legem*, em afronta ao princípio da legalidade, ao qual vinculada a Administração. Ordem denegada (STF - HC: 87372 GO, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 28/03/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 28-04-2006, PP-00047, VOL-02230-03, PP-00430)

Ainda sobre a necessidade de licitação, o TCE/SC já se manifestou nos

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

seguintes termos:

Prejulgado 1359

1. Os serviços de publicidade do Poder Público podem ser classificados em legal (obrigatória) e institucional (divulgação de atos e ações da Administração) e lhes ser conferido caráter de serviços contínuos, aplicando-se o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93.

2. A publicidade legal (publicação de leis e atos administrativos municipais que produzam efeitos externos) deve ser feita, obedecida a ordem, no órgão oficial de publicação do Município, instituído por lei; ou no órgão de divulgação da respectiva associação municipal; ou em jornal local de circulação diária ou semanal na localidade, contratado mediante processo licitatório; ou em jornal da microrregião a que pertencer o município, de circulação diária ou semanal na localidade; ou conforme dispuser a Lei Orgânica do município, consoante determinação do art. 111, parágrafo único, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 21/2000.

3. Não existindo imprensa oficial, permite-se a publicação em imprensa privada, selecionada mediante processo licitatório e qualificada como oficial por lei municipal. Havendo motivo legítimo e suficiente capaz de afastar as alternativas anteriores, a publicação se dará na conformidade da Lei Orgânica Municipal, inclusive, se nela prevista, mediante afixação dos textos legais, em lugar visível e de amplo acesso, nas sedes do Executivo e do Legislativo municipais. A contratação de agência de publicidade para a publicação de leis e de atos administrativos que produzam efeitos externos é facultativa e é regida pela Lei n. 8.666/93, pois se trata de serviço não relacionado no art. 2º da Lei n. 12.232/2010.

4. A publicidade e propaganda governamental de caráter institucional, destinada à divulgação de normas legais e regulamentares municipais, programas e campanhas de educação, saúde, desenvolvimento econômico, esportes, cultura, lazer etc., obras, serviços, festividades municipais e outros eventos, deve obedecer aos ditames do art. 37, § 1º, da Constituição do Brasil, ou seja, quando estiver presente o interesse público, o caráter educativo, informativo ou de orientação social e não contenham nomes, símbolos, expressões ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

5. A publicidade e propaganda governamental de caráter institucional nos meios de comunicação privada dependem de prévia licitação nos termos da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 12.232/10, nos casos dos serviços elencados em seu art. 2º. Recomenda-se que sejam realizadas mediante a contratação de agência de publicidade, abrangendo todos os órgãos e entidades (administração direta e indireta) do Poder Executivo municipal, inclusive para fins de definição da modalidade de licitação, observadas, no que couberem, as normas da Lei Federal n. 4680/65, do Decreto n. 57.690/66, com as modificações do Decreto n. 2262/97, as Normas-Padrão da Atividade Publicitária e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária editado pelo CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.

De toda forma, é pacífico o entendimento de que seja na dispensa, seja na inexigibilidade, **a Administração Pública deve sempre realizar pesquisa de preço**, a

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

fim de garantir que o *quantum* avençado seja o mais econômico ou que esteja dentro da média de mercado:

Proceda, nas licitações, dispensas ou inexigibilidades, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, consubstanciando-a em, pelo menos, três orçamentos de fornecedores distintos, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório. Faça constar, nos processos de licitação de obras e serviços, projeto básico e orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, conforme prescrito no art. 7º, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993. Atente para que o projeto básico obedeça às disposições do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993 (TCU – Decisão 955/2002 – Plenário).

A avaliação do custo do serviço pela Administração dever ser feita por meio de orçamento detalhado, considerados os preços e as especificações em prática no mercado (TCU – Acórdão 531/2007 – Plenário – Sumário).

Proceda à devida pesquisa de preços previamente à contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, devendo a documentação pertinente constar do respectivo processo, em observância ao disposto no inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993 (TCU – Acórdão 933/2008 – Plenário).

O art. 57, II, da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de prorrogação dos contratos administrativos nos seguintes termos:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Entretanto, o entendimento das Cortes de Contas é que **os contratos de publicidade institucional não se enquadram na categoria de serviços de prestação continuada**, o que inviabiliza sua prorrogação. É o que se extrai do excerto abaixo:

Indaga o consulente, no primeiro quesito, se os contratos de publicidade estão contemplados no disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93. (...) A Lei Nacional de Licitações refere-se à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, mas não oferece critérios para se apreender o que pode ser considerado como tal. A doutrina (...), ao tratar do dispositivo em questão, considera que o contrato de prestação de serviço de forma contínua caracteriza-se pela impossibilidade de sua interrupção ou suspensão, sob pena de acarretar prejuízos ou danos insuperáveis. (...). **Em regra, os contratos de publicidade não se encaixam nesse quadro de contrato de duração continuada, haja vista que visam tão somente divulgar uma determinada atividade pública, que se esgota com o seu cumprimento, sem obrigação de continuidade. Nesse sentido, o contrato de publicidade não possui natureza típica de serviço contínuo**, cuja atividade, como bem lembrou a

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

auditoria, tem por fim resguardar as obrigações estatais de execução diferida, ou seja aquelas que não se exaurem num único exercício financeiro. Cumpre destacar, outrossim, que os contratos de publicidade firmados pelo Poder Público com agências de publicidade, devem respeitar o disposto no art. 37, §1º, da Constituição Federal (...).

1 — os contratos realizados pelo Poder Público com agências de publicidade, devem observar o disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando adstritos, quanto ao prazo, à vigência dos respectivos créditos orçamentários, não estando contemplados no disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93;

2 — quanto à segunda indagação, dirigida para a hipótese de os contratos em questão serem considerados de duração continuada, e concernente à obrigatoriedade de observarem o disposto no art. 65, §1º, ficando adstritos, no que tange ao valor, à porcentagem de 25%, a resposta à mesma resta prejudicada, diante do parecer negativo à primeira indagação (TCE/MG – Consulta n. 736572. Rel. Cons. Wanderley Ávila, 28/11/2007). (destaques acrescidos)

Em rápida síntese:

- a) Os contratos de publicidade estão sujeitos à Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93);
- b) Os contratos de publicidade não podem ser celebrados mediante inexigibilidade de licitação, conforme inteligência do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93;
- c) Mesmo nos contratos de publicidade, a Administração Pública deve sempre realizar pesquisa mercadológica de preço;
- d) Os contratos de publicidade institucional (promoção) não se enquadram na categoria de serviços de prestação continuada, o que inviabiliza sua prorrogação nos termos do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93.

5. A LEI 12.232/2010 E OS SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

Apesar da abrangência da Lei Geral de Licitações, o diploma não conseguiu fazer face às necessidades sociais que evoluíam em velocidade superior à sua capacidade de adaptação. Por essa razão, outros diplomas surgiram, como é o caso da Lei n. 10.520/2002 (pregão), da Lei n. 12.349/2010 (privilégios em favor de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras), da Lei n. 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações) e da Lei n. 12.232/2010, que dispõe sobre normas para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Apesar de inovar na ordem jurídica, estabelecendo modelo próprio de contratação, em respeito à competitividade, economicidade, eficiência e ao interesse público e proporcionando segurança jurídica ao administrador público, a Lei n. 12.232/2010 não exclui por completo a utilização da Lei n. 8.666/93, conforme se infere de seu §2º do art. 1º:

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 1º *Omissis*

§2º As Leis n. 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar.

Trata-se de diploma bem acolhido tanto por juristas, que clamavam por um marco normativo específico sobre a matéria, quanto por publicitários, que defendiam um ambiente mais transparente e competitivo. O próprio Tribunal de Contas da União (TCU) já havia alertado para o fato de que a ausência de um marco normativo mais consistente poderia comprometer a contratação futura de serviços de publicidade e propaganda:

Convém destacar que, tomando-se como exemplo os trabalhos de auditoria realizados por esta Unidade Técnica, chega-se à conclusão que as falhas e irregularidades decorrem, em grande parte, de deficiência na legislação que regula a matéria, exigindo, portanto, em um primeiro momento, alterações nos normativos pertinentes, sob pena de inviabilizar não só a continuidade da prestação dos serviços de publicidade e propaganda do governo federal objeto dos contratos em vigor, como também, a médio prazo, qualquer contratação futura de tais serviços no âmbito da Administração Pública Federal. Além disso, para que se tornasse efetiva a medida proposta, exigir-se-iam ações desproporcionais à capacidade técnica e operacional dos órgãos de controle no sentido da verificação do seu cumprimento. (Acórdão 262/2006. Plenário)

O novo diploma legal veio preencher vazio normativo, o que se fazia cada vez mais necessário diante do agigantamento dos gastos públicos com publicidade:

A edição da Lei n. 12.232/2010 (Lei de Licitações dos Serviços de Publicidade) mostra-se bem-vinda por inúmeras razões. Inicialmente, os encômios são merecidos porque a Lei n. 12.232/2010 se endereça a um setor econômico deveras relevante, sobretudo em razão da dimensão dos gastos públicos, com serviços de publicidade. Estima-se que no ano de 2009, por exemplo, tenha sido gasto em torno de 2,5 bilhões de reais com publicidade no Poder Público, nas esferas federal, estaduais, distritais e municipais. Nos últimos dez anos, calcula-se que as campanhas publicitárias da Administração Pública direta e indireta da União custaram R\$ 10,8 bilhões aos cofres públicos, em uma média de R\$ 1,1 bilhão por ano. Diante disso, o surgimento de uma legislação aplicável a um dos mais dispendiosos serviços contratados pelo Poder Público vai ao encontro de inúmeras das finalidades que deram ensejo aos cuidados jurídicos, de que o tema – licitações e contratações públicas – é merecedor no Direito brasileiro (Rafael Maffini, Licitação de Serviços de Publicidade Prestados por Agências de Propaganda – em torno da Lei n. 12.232/2010, Revista Síntese de Direito Administrativo, n. 74, fev./2012, p. 32-33).

Registre-se, todavia, que a Lei 12.232/10 não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas **somente às atividades nela delineadas, mais complexas e que devem ser executadas de modo integrado por intermédio de agências de publicidade**. Seu âmbito de aplicação é estabelecido no dois primeiros artigos da Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [...]

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se (*sic*) serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

A lei permite ainda, nas contratações de serviços de publicidade, a inclusão de atividades consideradas **complementares**, conceituando-as como serviços especializados, cujo teor refere-se (I) ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação e os resultados das campanhas realizadas, (II) à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados, (III) e à criação e desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária.

Para a perfeita compreensão da Lei n. 12.232/2010, é inevitável a remissão a outros diplomas legais, que apresentam conceitos importantes, como os de agência de propaganda, veículo de divulgação, e propaganda.

Lei n. 4.680/65

Art 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, ...**VETADO**..., e especializada na arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Art 4º São veículos de divulgação, para os efeitos desta Lei, quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe, assim considerados as associações civis locais e regionais de propaganda bem como os sindicatos de publicitários.

Art 5º Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

Dec. n. 57.690/66

Art 2º Considera-se propaganda qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

Art 6º Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através, de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir ideias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Destaque-se que apenas os serviços de publicidade **prestados de forma integrada**, e que, por isso, possuam maior complexidade, são abrangidos pela Lei n. 12.232/2010. É a lição que se colhe da doutrina:

[...] denota-se que a Lei 12.232/10 não se aplica a qualquer serviço de publicidade, mas somente às atividades nela delineadas, mais complexas e que devem ser executadas de modo integrado por intermédio de agências de publicidade.

As atividades a serem desenvolvidas no conceito amplo de publicidade, consoante preconizado na Lei, abrangem as etapas seguintes:

- a) planejamento e execução de pesquisas e estudos sobre o mercado, público-alvo, ações publicitárias e resultados;
- b) produção e execução técnica;
- c) criação e desenvolvimento de comunicação publicitária.

Vê-se, portanto, a preocupação da Lei com a limitação das atividades abrangidas no conceito de publicidade em atendimento à finalidade pública intrínseca ao objeto, excluindo-se outras atividades complementares e que não precisam da intermediação de agência de propaganda e que ao serem contratadas pela Administração Pública devem seguir os procedimentos previstos na Lei 8.666/93, tais como, assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas (Silva, A Licitação para Contratação de Agências de Publicidade pela Administração Pública. Inovações da Lei 12.232/2010, p. 2-3).

Da mesma forma, transcreve-se manifestação do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso:

PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTO TAQUARI. CONSULTA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE AOS VEÍCULOS E DEMAIS MEIOS DE DIVULGAÇÃO. CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO ISOLADAMENTE. NÃO APLICAÇÃO DA LEI 12.232/2010. A Lei 12.232/2010 não se aplica a qualquer serviços de publicidade, mas apenas às atividades complexas, realizadas de forma integrada e por intermédio de agências de publicidade, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 2º da referida Lei. Para contratação de serviços de publicidade a serem executados de forma isolada, singular e não integrada, como por exemplo a distribuição de publicidade aos meios de divulgação de material produzido e concebido por departamento especializado do próprio ente, não há a obrigatoriedade de aplicação do rito previsto na Lei 12.232/2010. Neste caso, devem ser utilizados os procedimentos previstos na Lei 8.666/93 ou na Lei 10.520/2002, nesta última hipótese, quando se enquadrarem como serviços comuns. (TCE/MT. Resolução de Consulta nº 01/2013 -TP, rel. Cons. Antônio Joaquim, j. 12/03/2015)

Desta feita, infere-se que os contratos de prestação de serviço de publicidade, nos termos da Lei n. 12.232/2010, necessariamente visarão a um objetivo específico de comunicação para o qual o certame foi realizado, conglobando desde o planejamento das ações que serão executadas até a veiculação da campanha

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

respectiva.

Ainda, consoante preconizado pela lei, as atividades a serem desenvolvidas no conceito amplo de publicidade abrangem as seguintes etapas: a) planejamento e execução de pesquisas e estudos sobre o mercado, público-alvo, ações publicitárias e resultados; b) produção e execução técnica; c) criação e desenvolvimento de comunicação publicitária.

Essa Lei, tendo em vista os aspectos do serviço e do mercado em que se insere, que envolvem criatividade e estratégias de comunicação específicas, definiu características próprias para contratação, como por exemplo a obrigatoriedade da adoção de modalidade “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 5º).

Ademais, depreende-se que a nova Lei vedou a utilização do pregão para a contratação dos serviços de publicidade abarcados pela Lei 12.232/2010. De todo modo, como afirma Rafael Wallbach Schwind:

[...] dada a complexidade dos serviços de publicidade sujeitos à nova lei, eles dificilmente se enquadrariam como objeto de licitações realizadas na modalidade de pregão. A obrigatoriedade legal na adoção dos tipos "melhor técnica" e "técnica e preço" na contratação de serviços de publicidade, por sua vez, tem o claro intento de fazer com que a Administração se valha da criatividade das agências de propaganda na elaboração de propostas técnicas. Esse mecanismo é bastante proveitoso na contratação de serviços de publicidade, em que necessariamente deve haver um espaço significativo ao exercício da criatividade. Se a Administração formulasse um objeto específico, sem qualquer margem à inovação por parte dos licitantes, a disputa se resumiria à proposta comercial, o que poderia privar o Estado de determinadas soluções criativas e possivelmente mais vantajosas à Administração (Breves comentários à nova Lei de Licitações de serviços de publicidade – Lei n. 12.232/2010, p. 4)

No que tange à elaboração das propostas, segundo Cristiano Aguiar Lopes (Normas para contratação de serviços de publicidade pelo Poder Executivo Federal, Câmara dos Deputados, dez./2011, p. 4-5), os itens mais importantes a serem analisados são:

- a) diagnóstico das necessidades de comunicação publicitária do órgão ou entidade responsável pela licitação;
- b) desafios de comunicação a serem enfrentados;
- c) estratégia de comunicação publicitária;
- d) ideia criativa;
- e) estratégia de mídia e não mídia, na qual o proponente explicita e justifica a estratégia e as táticas recomendadas e em função da verba disponível indicada no instrumento convocatório.

A avaliação das propostas técnicas deve ocorrer por meio da aplicação de critérios objetivos e previamente conhecidos dos licitantes, razão pela qual **a Administração deverá elaborar um briefing** e fornecer aos interessados as informações necessárias à elaboração de propostas que atendam às necessidades do

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

ente contratante.

Da lei, extrai-se ainda que o instrumento convocatório deve obedecer aos itens seguintes:

Art. 6º A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes: [...]

III - a proposta técnica será composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas no *briefing*, e de um conjunto de informações referentes ao proponente;

O inciso III do artigo citado trata da proposta técnica a ser entregue pelos licitantes. Em complemento a esse dispositivo, o art. 7º dispõe que:

Art. 7º O plano de comunicação publicitária de que trata o inciso III do art. 6º desta Lei será composto dos seguintes quesitos:

I - raciocínio básico, sob a forma de texto, que apresentará um diagnóstico das necessidades de comunicação publicitária do órgão ou entidade responsável pela licitação, a compreensão do proponente sobre o objeto da licitação e os desafios de comunicação a serem enfrentados;

II - estratégia de comunicação publicitária, sob a forma de texto, que indicará e defenderá as linhas gerais da proposta para suprir o desafio e alcançar os resultados e metas de comunicação desejadas pelo órgão ou entidade responsável pela licitação;

III - ideia criativa, sob a forma de exemplos de peças publicitárias, que corresponderão à resposta criativa do proponente aos desafios e metas por ele explicitados na estratégia de comunicação publicitária;

IV - estratégia de mídia e não mídia, em que o proponente explicitará e justificará a estratégia e as táticas recomendadas, em consonância com a estratégia de comunicação publicitária por ela sugerida e em função da verba disponível indicada no instrumento convocatório, apresentada sob a forma de textos, tabelas, gráficos, planilhas e por quadro resumo que identificará as peças a serem veiculadas ou distribuídas e suas respectivas quantidades, inserções e custos nominais de produção e de veiculação.

Os dispositivos transcritos demonstram que a proposta técnica a ser apresentada pelo licitante conterá o planejamento publicitário a ser desenvolvido para a Administração Pública, e é neste documento, relevante no procedimento licitatório em questão, que serão definidas as estratégias de divulgação desenvolvidas para a instituição contratante. Por conta disso, é nesse documento, que representa a **proposta das agências de propaganda, que ficarão definidos os meios de divulgação e as mídias a serem utilizadas.**

Quanto aos contratados, a Lei n. 12.232/2010 dirige-se apenas às

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

agências de publicidade e propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei n. 4.680/65 e exige que elas obtenham certificado de qualificação técnica a ser expedida pelo Conselho Executivo de Normas Padrão (CENP) ou por entidade equivalente legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

A Lei não cria uma nova modalidade de licitação, pelo que devem ser utilizadas aquelas já previstas na Lei n. 8.666/1993. A licitação para contratação de serviços de publicidade que segue as diretrizes da Lei n. 12.232/10 será processada e julgada por uma comissão permanente ou especial e por uma subcomissão técnica. Essa subcomissão, responsável pela avaliação do conteúdo técnico das propostas, será constituída por pelo menos três membros, necessariamente formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que pelo menos 1/3 deles não devem manter vínculo funcional ou contratual com o órgão promotor da licitação (art. 10, §1º). De plano, verifica-se que a própria constituição da comissão, nos moldes propostos pela Lei, será extremamente problemática em Municípios de pequeno e até de médio porte, com exíguos quadros funcionais.

Ainda, a formação da Subcomissão deve ser feita por sorteio em sessão pública. A exceção é quanto à modalidade de convite empregada nas pequenas unidades administrativas, hipótese na qual a subcomissão técnica específica prevista no §1º do art. 10 da Lei n. 12.232/2010 poderá ser substituída pela comissão de licitação. Nesse caso, a apreciação dos documentos técnicos competirá à própria comissão de licitação e, caso esta não exista, a análise técnica deverá ser realizada por servidor designado e que tenha conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing.

Interessante que a Lei n. 12.232/2010 não é clara quanto ao que se deve entender por “pequenas unidade administrativas”, muito embora o TCE/PR já se tenha manifestado no sentido de que a expressão deve ser interpretada à luz do §1º do art. 51 da Lei n. 8.666/93, *verbis*:

Segundo o disposto no artigo 51, § 1º, da Lei Geral de Licitações, entende-se por pequena unidade administrativa aquela que conte com exíguo número de pessoal disponível. Portanto, enquadram-se no conceito aquelas unidades em que o número de servidores dificulte a composição de uma comissão de licitações, nos termos exigidos em lei (TCE/PR – Proc. n. 114386/11 – Acórdão 308/12 – Tribunal Pleno).

Um importante aspecto da Lei n. 12.232/2010 e que, até a presente data, carece de maior efetividade, é a **divulgação de informações sobre a execução dos contratos de publicidade**, o que, certamente, facilitaria a atuação dos órgãos de fiscalização. O art. 16 dispõe do referido diploma dispõe que:

Art. 16. As informações sobre a execução do contrato, com os nomes dos fornecedores de serviços especializados e veículos, serão divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

livre acesso às informações por quaisquer interessados.

Parágrafo único. As informações sobre valores pagos serão divulgadas pelos totais de cada tipo de serviço de fornecedores e de cada meio de divulgação.

Esperava-se, com isso, assegurar maior transparência na prestação dos serviços publicitários ao se garantir o livre acesso às informações por qualquer pessoa interessada, muito embora não se tenha notícias sobre sua real efetividade, à exceção do Governo Federal, cuja divulgação é feita no sítio da Secretaria de Comunicação (SECOM).

Por seu turno, os custos e despesas de veiculação apresentados ao contratante para pagamento deverão ser acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo, de sua tabela de preços, da descrição dos descontos negociados e dos pedidos de inserção, bem como de relatório de checagem de veiculação. A Lei n. 12.232/2010 prevê que eventuais vantagens obtidas em negociação de compra de mídia – incluídos eventuais descontos ou bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações – pertencerão ao contratante, *in casu*, ao Poder Público.

Do exposto, percebe-se que ao ser comparada à Lei n. 8.666/93, a Lei n. 12.232/2010 tenta proporcionar uma melhor análise e valoração da qualidade criativa dos licitantes, sem, contudo, afastar-se do princípio do julgamento objetivo. Isso é alcançado através da instituição de Subcomissão Técnica, a ser escolhida por sorteio do qual as agências interessadas no certame participarão, podendo inclusive impugnar justificadamente os profissionais pré-escolhidos. Ainda, a lei inova ao restringir a contratação pela Administração Pública apenas de agências que detenham certificado de qualificação técnica emitido pelo CENP ou por entidade equivalente e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.

A fim de fornecer ao Colega Promotor um panorama mais inteligível da nova lei, confeccionou-se o quadro sinótico abaixo:

Quadro Sinótico da Lei n. 12.232/2010

Âmbito de aplicação:

União, Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º, *caput*), abrangendo os órgãos de todos os poderes, as pessoas da administração indireta e as entidades por eles controladas direta ou indiretamente (art. 1º, §1º).

Matérias abrangidas:

Serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda (art. 1º, *caput*), cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei n. 4.680/65 e que disponham de certificado de qualificação técnica de funcionamento (art. 4º, *caput*), obtida junto ao CENP (Conselho Executivo das Normas-Padrão) ou entidade equivalente (art. 4º, §1º).

Definição de publicidade:

Considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral (art. 2º, *caput*).

Modalidades e tipos de licitação:

Não há restrição quanto à modalidade, devendo-se aplicar, nesse ponto, a Lei n. 8.666/93. Entende-se, todavia, que por impor os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” (art. 5º), a lei tacitamente exclui a possibilidade de adoção do pregão.

Inversão de fases:

Os documentos de habilitação serão apresentados apenas pelos licitantes classificados no julgamento final das propostas (art. 6º, I e art. 11, XI).

Instrumento convocatório:

Deve obedecer ao disposto no art. 6º da Lei n. 12.232/2010 e no art. 40 da Lei n. 8.666/93, com exceção das previstas nos incisos I (projeto básico e/ou executivo) e II (orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários) do seu §2º.

Necessidade de pesquisa de preço:

O enunciado do art. 6º, *caput*, apenas previu a desnecessidade de inserção, no edital, do projeto básico e do orçamento detalhado em planilhas, mas não dispensou a confecção dos atos em si, sendo o entendimento das Cortes de Contas que a Administração Pública é obrigada a realizar pesquisa mercadológica com base em elementos que possibilitem a comparação de preços.

Plano de comunicação publicitária:

O plano de comunicação publicitária contemplado pelo instrumento convocatório da licitação deve ser apresentado em 2 (duas) vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com a identificação (art. 6º, IV), e deve conter: raciocínio básico (art. 7º, I), estratégia de comunicação publicitária (art. 7º, II), ideia criativa (art. 7º, III), estratégia de mídia e não mídia (art. 7º, IV).

Julgamento:

As licitações são processadas e julgadas por comissão permanente ou especial (propostas de preço), com exceção da análise e julgamento das propostas técnicas (art. 10).

As propostas técnicas são analisadas e julgadas por subcomissão técnica, constituída por, no mínimo, 3 (três) membros que sejam formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que, pelo menos, 1/3 (um terço) deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação (art. 10, §1º).

Subcomissão técnica:

A escolha dos membros da subcomissão técnica será feita por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, 1/3 (um terço) de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação (art. 10, §2º).

Pequenas unidades administrativas:

Quando processadas sob a modalidade de convite, a subcomissão técnica, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas, será substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo esta, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing (art. 10, §10).

Envio dos invólucros:

As propostas técnicas e de preço devem ser enviadas em invólucros distintos (art. 9º, *caput*), devendo aqueles contendo as propostas técnicas ser remetidos à respectiva subcomissão técnica (art. 11, §4º, II).

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Abertura dos invólucros:

Primeiramente, abrem-se os invólucros com as propostas técnicas (art. 11, §4º, VII), posteriormente, abrem-se aqueles com as propostas de preço (art. 11, §4º, IX).

Resultado e recurso:

Publicado o resultado do julgamento final das propostas, abre-se prazo para interposição de recurso (art. 11, §4º, X), que é de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata (art. 109, I, da Lei n. 8.666/93).

Documentos de habilitação:

Após o julgamento final das propostas, convocam-se os licitantes classificados para apresentação dos documentos de habilitação (art. 11, §4º, XI)

Homologação:

Reconhecida a habilitação dos licitantes, o procedimento é homologado e o objeto licitado, adjudicado (art. 11, §4º, XIV).

6. IRREGULARIDADES MAIS COMUNS

a) Promoção pessoal

Dentre as irregulares mais recorrentes, o uso da publicidade para autopromoção do agente político talvez seja a mais comum. Trata-se de prática bastante difundida, que viola não apenas o princípio da publicidade, mas também o da impessoalidade. Isso por que:

[...] o agente público que se autopromove com o dinheiro do povo retira o ato administrativo da esfera do público, deixando de ser da administração, impessoal, objetivo, e passa a existir no mundo dos fatos como se fosse uma realização do agente, subjetiva, vontade do agente, desvinculada do ente estatal (ARAÚJO, Carlos José Alves, Improbidade administrativa – autopromoção com dinheiro público, Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas, v. 6, n. 1, jan./dez./2005, p. 150).

É infelizmente muito comum que os gestores públicos tentem associar as realizações de sua gestão à sua própria pessoa, com o objetivo de capitalizar votos para si, em uma eventual reeleição, ou para seus aliados políticos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR - ART. 12 DA LEI N. 7.437/85 - REQUISITOS - FUMUS BONIS IURIS E PERICULUM IN MORA - PRESENTES - PROMOÇÃO PESSOAL DE PROPAGANDA DA ADMINISTRAÇÃO DOS VEREADORES DO MUNICÍPIO DE NAVIRAÍ/MS - AUSÊNCIA DE CARÁTER EDUCATIVO, INFORMATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL - ART. 37, § 1º, DA CF/88 - LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ALCANÇA OS AGENTES POLÍTICOS - INDÍCIO DE PRÁTICA - RECEBIMENTO DA INICIAL - RECURSO DESPROVIDO. (TJ-MS - AGV: 1134 MS 2008.001134-4, Relator: Des. Rêmolo Letteriello, Data de Julgamento: 23/09/2008, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 08/10/2008)

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL QUE SE UTILIZAVA DE JORNAL, VENCEDOR DE LICITAÇÃO PARA DIVULGAÇÃO DE ATOS OFICIAIS, PARA NOTICIAR EVENTOS E OBRAS DE SUA GESTÃO. NÍTIDO CARÁTER POLÍTICO. DISTRIBUIÇÃO DE "INFORMATIVO" COM AS OBRAS DA ADMINISTRAÇÃO. PUBLICIDADE REALIZADA SOB A RESPONSABILIDADE DA MUNICIPALIDADE. AUTOPROMOÇÃO CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE (ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ATOS ÍMPROBOS COMPROVADOS. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. "Hipótese em que o requerido, prefeito municipal, autoriza a veiculação de material evidentemente elaborado com o intento de se autopromover e de enaltecer os seus feitos. Folder que contém fotos de sua pessoa e que enumera as obras que realizou durante a sua gestão, o que caracteriza manifesta afronta ao disposto no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. Deveras, 'Por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade de atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial dos próprios Chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público. "Tais hipóteses, atualmente, estão expressamente vedadas pela Constituição Federal, que determina que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, §1º). 'O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado.' (MORAES, Alexandre. Constituição no Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004, p. 889).'" (TJSC, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2011.065325-2, de São Domingos, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 13.12.2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.001007-3, de Armazém, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 13-08-2015).

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DESPESAS COM PUBLICAÇÃO DE MATÉRIAS EM JORNAIS. AUSÊNCIA DE CARÁTER INFORMATIVO, EDUCATIVO OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL. PROPAGANDA PESSOAL.

O TCE/SC constatou irregularidades nas contas do Fundo Municipal de Saúde de Jacinto Machado, imputando débitos ao ex-Gestor, pela realização de despesas com publicação de matérias em jornais, relativas à construção da Unidade Básica de Saúde, sem caráter informativo, educativo ou de orientação social, caracterizando propaganda, em desacordo com os princípios da publicidade e impessoalidade c/c art. 37, § 1º, da CRFB/88.

O processo de Tomada de Contas Especial decorreu de auditoria in loco, a qual teve como objeto a "verificação de registros contábeis e execução orçamentária nos exercícios de 2009 a 2013".

O Relator ressaltou "a gravidade da conduta de se realizar gastos com a publicação de matérias em jornais desprovidas de caráter informativo, educativo ou de orientação social". Citou o entendimento apresentado pelo Ministro Carlos Ayres Britto (autos RCEd n. 703/SC), do Tribunal Superior Eleitoral, que assim dispõe: "A Constituição Federal não dispõe sobre

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

propaganda institucional, mas sobre publicidade institucional acrescentamos 'institucional' a 'publicidade'. A publicidade institucional é válida, e é até necessária, desde que cingidas aquelas três vertentes constitucionalmente lançadas: caráter informativo, educativo ou orientador social. Então, a publicidade institucional divulga os atos de governo. [...] Quanto à propaganda eleitoral, é proibida desde sempre. Não se pode usar a máquina administrativa para fazer propaganda eleitoral. Não se pode jamais transverter a publicidade institucional em propaganda eleitoral. Confundindo a administração e o administrador, pessoalmente considerados, não dá para 'indistinguir', misturar a administração e o administrador" (TCE-14/00299230. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Promoção pessoal de prefeito municipal. 1. Publicidade redacional paga com recursos públicos, em que é enaltecida a pessoa do prefeito municipal, constitui ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, por ofender o art. 37, §1º, da CR. 2. Anúncio destinado a divulgar láurea obtida por empresa local, notadamente quando associado a dístico ligado à gestão do prefeito em exercício, mandado publicar pela Prefeitura, também ofende o art. 37, caput e §1º da CR. 3. Não é ofensivo, porém, anúncio que faça alusão *en passant* a cumprimento de meta de campanha, quando desacompanhado de nomes, símbolos ou imagens que o liguem diretamente à pessoa do candidato vitorioso. 4. A simples instauração do inquérito civil, por consistir terapêutica eficaz, desautoriza aplicação de sanção outra que não multa correspondente a um vencimento do agente, aliada à condenação na reparação do dano. 5. Ação julgada parcialmente procedente. Recurso do autor não provido. Recurso do réu provido em parte, para excluir da condenação indenização relativa a anúncio não considerado ilegal. (TJ-SP - APL: 994092504328 SP, Relator: Coimbra Schmidt, Data de Julgamento: 29/03/2010, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/04/2010)

E não se deve imaginar que essa ilegalidade é desprovida de efeito prático, pois ela gera a obrigação, para o gestor infrator, de reembolsar o Erário das despesas irregulares e pode, inclusive, resultar em sua inelegibilidade:

CONTRATO DE PROPAGANDA – LICITAÇÃO – PREFEITO MUNICIPAL – DESPESAS COM PUBLICIDADE – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL – REEMBOLSO DE DESPESAS COM PUBLICIDADE – Contrato de publicidade. Licitação. Objeto vedado pela Constituição Federal. Responsabilidade do então prefeito de Bom Jardim. É ilegal a propaganda do governo municipal, quando tem por objetivo a promoção pessoal do prefeito. Se, mesmo assim, foi feita, deve ser custeada por ele. Vencida a licitação e realizada a peça publicitária, nenhuma responsabilidade tem a agência que a produziu, nem o canal de televisão que a transmitiu. Provimento dos primeiro e segundo recursos e improvimento do terceiro. (TJRJ – AC 786/1999 – (Ac. 14101999) – 15ª C.Cív. – Rel. Des. Bernadino M. Leituga – J. 05.08.1999)

RECURSOS ELEITORAIS - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - CONDUTA VEDADA - PROPAGANDA INSTITUCIONAL - PROMOÇÃO PESSOAL - JORNAL - PREFEITO E VICE-PREFEITO - SENTENÇA: PROCEDÊNCIA PARCIAL: CASSADO O REGISTRO E DECLARADA INELEGIBILIDADE -

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PREJUDICADA A ANÁLISE: ART. 249, § 2º DO CPC - MÉRITO - NÃO CONFIGURADA CONDUTA VEDADA - CARÁTER INFORMATIVO - DE OFÍCIO: AFASTADA AS CONDENAÇÕES APLICADAS EM FACE DE ROGÉRIO CONSTANTINO, RESPONSÁVEL PELAS PUBLICAÇÕES - PROVIMENTO AO RECURSO DE SAID IBRAIM SALEH E DE JOSÉ MARCOS MARTINS. (TRE-SP - RE: 31330 SP, Relator: CLARISSA CAMPOS BERNARDO, Data de Julgamento: 28/05/2009, Data de Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 04/06/2009, Página 02)

Por fim, convém transcrever excerto de artigo publicado na Revista *De Jure*, do Ministério Público de Minas Gerais, que traz reflexão bastante pertinente sobre os gastos públicos com publicidade:

O Poder Executivo, operador por excelência da Administração Pública, em todos os níveis da Federação, não pode despende recursos elevados com publicidade de qualquer ordem, excluídos aqueles de caráter verdadeiramente educativos, ou, de utilidade pública. Os informes publicitários das obras realizadas configuram desperdício de dinheiro, e, suspeita de autopromoção, o que configura improbidade administrativa, passível de correção por meio de todas as medidas previstas pelo ordenamento pátrio, destacando a Ação Popular, a Ação Civil Pública e a Ação Direta de Inconstitucionalidade. O representante eleito possui o chamado “poder dever”, cujos limites se evidenciam na obediência da vontade dos cidadãos e dos princípios constitucionais, em maior medida que a simples legalidade. Caberá ao próprio Poder Público desenvolver meios razoáveis e baratos de colocar à disposição da sociedade comparativos e estatísticas dos resultados das administrações, pois, somente assim se avançará na eterna luta para consolidar a moralidade e a justiça social (Oliveira, O desvirtuamento do dever de dar publicidade de atos administrativos, configurando situações de improbidade e desperdício de recursos financeiros do Estado, *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte*, n. 10, jan./jun. 2008,, p. 479).

b) Prorrogação indevida de contratos

Regra geral, os contratos de publicidade não se enquadram na hipótese de contrato de duração continuada, haja vista possuírem por objetivo divulgar determinada atividade pública, que se esgota com o seu cumprimento, sem obrigação de continuidade. No sentido de que contrato de publicidade não possui natureza típica de serviço contínuo, são os precedentes transcritos a seguir:

Abstenha-se de prorrogar contratos de serviços, com base no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, que não sejam prestados de forma contínua, tais como fornecimento de passagens aéreas e publicidade (TCU – Acórdão 1386/2005 Plenário).

REPRESENTAÇÃO. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE, PROPAGANDA E MARKETING. PRORROGAÇÃO INDEVIDA DE CONTRATO. PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA DE ADITAMENTO CONTRATUAL. REVOGAÇÃO TARDIA DE CONCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. MULTA (TCU 01987920092, Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento:

11/06/2013).

c) Divisão artificial do objeto da licitação

Deve-se atentar para artificial divisão do objeto da licitação, tanto para que a licitação seja artificialmente enquadrada em modalidade distinta, seja para favorecer competidores. A lei n. 12.232/2010 dispõe expressamente sobre a matéria, prevendo a **adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de publicidade**, desde que obedecidos estritamente os procedimentos de seleção interna previamente estabelecidos:

Art. 2º *Omissis*

§ 3º Na contratação dos serviços de publicidade, faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de licitação.

§ 4º Para a execução das ações de comunicação publicitária realizadas no âmbito dos contratos decorrentes das licitações previstas no §3º deste artigo, o órgão ou a entidade deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial.

Colhem-se na jurisprudência precedentes que reforçam a ilegalidade dessa prática:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SECRETÁRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL DE LAGES ENTRE OS ANOS DE 2003 A 2006. 1. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA. REQUERIDO QUE FOI ELEITO PREFEITO NO CURSO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FORO. "[...] O prefeito municipal não goza de prerrogativa de foro em relação às ações que visam à apuração de atos de improbidade administrativa. Conforme julgado na ADI 2.797/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade de norma ordinária que alterou a competência vertical dos órgãos do judiciário, não há simetria entre a jurisdição penal e a natureza civil da ação de improbidade administrativa [...]" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2007.012298-1, de Camboriú, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 03-04-2008). [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AI n. 2013.035317-6, de São José, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 17-3-2015). 2. MÉRITO. 2.1. COMPRA DE MÓVEIS PARA O GABINETE DO RÉU COM RECURSOS DO FUNDEF. VERBA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A ATENDER DESPESAS COM O ENSINO FUNDAMENTAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. VIOLAÇÃO DO ART. 11, I, DA LIA. 2.2. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE DESPESA. CONTRATAÇÕES SUCESSIVAS DA MESMA EMPRESA PARA PRESTAR OS MESMOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA DESCRITA NO ART. 11, CAPUT, DA LEI DE IMPROBIDADE. "1. A contratação fragmentada para a prestação de serviços com o mesmo objeto, com o escopo de obviar o necessário processo de licitação, traduz conduta ilegal e típica de ato de improbidade administrativa". [...] (AC n. 2008.061488-9, de São Joaquim, rel. Des. Newton Janke, j. 13-3-2012). 2.3. DISPENSA DE LICITAÇÃO REALIZADA SEM A INSTAURAÇÃO DO NECESSÁRIO PROCEDIMENTO. CONTRATOS QUE FORAM INDEVIDAMENTE PRORROGADOS. DISCREPÂNCIA ENTRE O QUANTITATIVO AUTORIZADO E O EFETIVAMENTE PACTUADO. FALTA

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS E DE OBSERVÂNCIA DE CLÁUSULAS OBRIGATÓRIAS NOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS. SUCESSIVAS ILEGALIDADES. LIA, ART. 11. 2.4. INOBSERVÂNCIA DE PUBLICIDADE DOS CONTRATOS E SUAS PRORROGAÇÕES. ALEGAÇÃO DO DEMANDADO DE QUE SE TRATA DE MERA IRREGULARIDADE, SEM AFETAR O ATO ADMINISTRATIVO. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL A SER OBSERVADO E CUJA VIOLAÇÃO NÃO FOI SEQUER JUSTIFICADA PELO RÉU. LEI DE IMPROBIDADE ART. 11, IV. 2.5. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ARGUMENTO DO REQUERIDO DE QUE HAVIA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA TEMPORÁRIA ATÉ QUE FOSSE CONCLUÍDO PROCESSO LICITATÓRIO REALIZADO A NÍVEL ESTADUAL. FALTA DE PROVA. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429. 3. APROVAÇÃO DE PARTE DAS CONTAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. "Como órgão técnico que é, o Tribunal de Contas emite decisões eminentemente administrativas, sem traços de definitividade capazes de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." (Apelação Cível n. 2006.040457-4, de Armazém, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 13-10-2009). [...] (AC n. 2011.024237-2, de Capivari de Baixo, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-2-2014). 4. PREJUÍZO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADOS. IRRELEVÂNCIA NO QUE TANGE AOS ARTS. 9 E 11 DA LIA. PRECEDENTES DO STJ. "2. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente". (AgRg no REsp 1500812, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 28-5-2015) 5. IMPOSIÇÃO DE MULTA NO EQUIVALENTE A 5 VEZES A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO AGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO OU RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA PARA 2,5 REMUNERAÇÕES. RECURSO PROVIDO APENAS NESSE PONTO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.047357-1, de Lages, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 22-03-2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - PROPAGANDA INSTITUCIONAL - PARÁGRAFO ÚNICO, DO ARTIGO 37, DA CARTA MAGNA DE 1988 - CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2007 - CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA - RATEIO ENTRE OS ÓRGÃOS DE COMUNICAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LICITAÇÃO E NO CONTRATO FIRMADO - PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - MEDIDA EXCEPCIONAL - PRESENÇA DE PROVA INEQUÍVOCA QUE CONVENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO , que irão divulgar as matérias de interesse institucional do Governo do Estado. (TJ-SE - AI: 2010205782 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 28/03/2011, 2ª.CÂMARA CÍVEL)

d) Ausência de pesquisa mercadológica de preço

Antes de lançar o edital, a Administração Pública tem por obrigação produzir a pesquisa prévia de mercado com o objetivo de apurar o preço estimado do serviço ou da obra. Isso deve ser feito antes de o gestor averiguar se é possível haver licitação, já que sem o valor estimado, não há como apurar se efetivamente existe ou não dotação

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

orçamentária para cobrir a despesa futura.

Assim sendo, apesar de o art. 6º, caput, da Lei n. 12.232/2010 ter previsto a desnecessidade de inserção, no edital, do projeto básico e do orçamento detalhado em planilhas, não dispensou a confecção desses atos em si. Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas da União:

GRUPO I – CLASSE V – PLENÁRIO TC 018.664/2013-0. Natureza: Relatório de Auditoria. Unidade: Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República – Secom/PR. Interessado: Tribunal de Contas da União – TCU. SUMÁRIO: AUDITORIA. PUBLICIDADE E PROPAGANDA. AVALIAÇÃO DE CONTROLES INTERNOS DA SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFICIÊNCIAS DE PROCEDIMENTOS E AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DE ROTINAS. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÕES. [...] ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, em: [...] 9.2. com fundamento no art. 43, I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, III, do Regimento Interno, recomendar à Secom/PR que: 9.2.2. **formalize requisitos mínimos de descrições das especificações de bens e serviços demandados às agências de propaganda, de modo a permitir que as propostas apresentadas pelos fornecedores contem elementos que possibilitem a comparação de preços**". (destaques acrescidos)

"GRUPO I – CLASSE V – Plenário TC 013.091/2005-3 Natureza: Relatório de Auditoria. Unidade: Banco da Amazônia S.A. – Basa. SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. ACÓRDÃO 879/2005-PLENÁRIO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. IRREGULARIDADES. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DE PARTE DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTAS. JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE ÀS CONTAS ANUAIS DE 2004 E 2005 DO BASA. [...] **Entende-se, todavia, que deveria ter sido publicado briefing que versasse sobre o real plano de publicidade da instituição a ser adotado no exercício, ou seja, o que seria de fato praticado, de modo a permitir aos licitantes precificarem adequadamente suas propostas, em moeda corrente nacional, podendo ainda utilizar critérios de negociação dos percentuais de desconto e de honorário**, conforme preceituam as Normas-Padrão da Atividade Publicitária expedida pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão. Ressalte-se que o projeto básico é o documento que norteia a forma com que será executado o objeto. Ademais, o edital não possuía planilha de custos estimados de preços, dificultando a verificação de prática de preços compatíveis aos de mercado. [...] 13. A defesa não merece prosperar. A uma, porque todo contrato deve conter, necessariamente, cláusula específica estipulando o valor, que será aquele obtido no processo de licitação, bem como as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, nos exatos termos do inciso III do art. 55 da Lei 8.666/1993. 14. Em segundo lugar, não se confunde o valor do contrato com o crédito pelo qual correrá a despesa, com indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, possuindo, cada um, cláusula específica prevista, respectivamente, nos incisos III e V, do mencionado artigo. 15. Além disso, o edital para contratação dos serviços de publicidade não possuía planilha de custos estimados de preços, impossibilitando a verificação da compatibilidade dos preços a serem praticados pela empresa vencedora com os preços de

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

mercado. (destaques acrescidos)

e) Serviços não prestados

A experiência recente derivada de investigações conduzidas pelo Ministério Público indica que a execução dos contratos de publicidade é extremamente propícia para o desvio de recursos públicos, via de regra concretizada com adimplemento contratual apenas parcial, tendo a contratada recebido pela integralidade dos serviços avençados.

Nesses casos, como regra, há a cumplicidade ou, no mínimo, a negligência de agentes públicos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato. Em suas formas mais básicas, esta conduta criminosa pode consistir, por exemplo, na produção de material gráfico (folders, panfletos, convites e outros instrumentos de divulgação) em quantidade substancialmente menor a que foi encomendada e paga pela Administração.

O esquema criminoso torna-se um pouco mais sofisticado quando os serviços contratados envolvem não apenas a produção de campanhas publicitárias, mas também a aquisição de espaços na programação de veículos de comunicação para inserção da campanha. Nesta hipótese, a agência de publicidade contratada pode apresentar ao Poder Público a conta relativa à divulgação de comerciais em emissoras de rádio e televisão, por exemplo, ao passo que as inserções em questão ou não foram realizadas ou foram realizadas em número muito inferior ao previsto.

Também neste aspecto, além da má-fé da contratada, avulta a falta de tirocínio dos representantes da Administração contratante para fiscalização da efetiva veiculação das inserções. Como regra, os contratos de publicidade que envolvam a divulgação do material em rádio e televisão não contemplam provas da efetiva veiculação da matéria. Existem hoje, no mercado privado, aplicativos desenvolvidos para acompanhamento de emissoras de rádio e televisão, que podem ser usados para acompanhamento e fiscalização da efetiva veiculação da propaganda institucional, mas, infelizmente, esta tecnologia ainda passa longe nossos órgãos públicos.

A título de exemplo, este subscritor instaurou moveu ações criminais e de improbidade administrativa na Comarca de São Joaquim contra agentes públicos e empresários envolvidos na contratação de empresa para divulgação da Festa Nacional da Maçã. O inquérito civil que embasou as demandas demonstrou que um dos serviços contratados consistia na aquisição e veiculação de um certo número de comerciais da festa em um conjunto de várias empresas de rádio e televisão; todavia, várias destas emissoras sequer haviam sido contatadas pela “empresa de divulgação”, e o número de comerciais veiculados não chegou a 40% do total pago pela Administração.

E foi com vistas à fiscalização dos serviços de publicidade e à repressão a eventuais malfeitos, que o TCE/SC editou a **Instrução Normativa n. 20/2015** estabelecendo alguns elementos que devem obrigatoriamente constar quando da

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

prestação de contas pelo gestor público referente a tais avenças:

Art. 42. Os comprovantes de despesa com publicidade serão acompanhados de:

I - memorial descritivo da campanha de publicidade, quando relativa a criação ou produção;

II - cópia da autorização de divulgação e/ou do contrato de publicidade;

III - indicação da matéria veiculada, com menção de datas, horários e tempos de divulgação;

IV - cópia do material impresso, em se tratando de publicidade escrita, e gravação da matéria veiculada, quando se tratar de publicidade radiofônica, em meios eletrônicos ou televisiva;

V - cópia da tabela oficial de preços do veículo de divulgação e demonstrativo da procedência dos valores cobrados.

O escopo da norma regulamentar do TCE/SC é claro: revestir a execução e a apresentação de contas dos contratos de publicidade de garantias mínimas quanto à efetiva prestação do serviço, nos exatos termos e seguindo os quantitativos descritos no memorial da campanha.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aquisição de bens e serviços é uma realidade inexorável da Administração Pública, cuja gestão exige a celebração de inúmeros contratos das mais diversas espécies. Contratos são celebrados para a aquisição de insumos indispensáveis ao bom funcionamento da coisa pública (material de escritório, material hospitalar, armamento para as forças de segurança, veículos automotores etc.), bem como para a prestação de serviços (construção e reforma de edifícios, serviços de limpeza, telefonia, segurança patrimonial, publicidade etc.). Trata-se de atividade constante e necessária e que, não raras vezes, envolve somas vultosas.

Sendo inerente às necessidades contínuas da Administração Pública a celebração de contratos e sua constante interação tanto com empresas privadas, mas também com entes públicos, o número de avenças revela-se bastante expressivo, qualquer que seja o tamanho da unidade administrativa em foco. E é justamente em virtude do volume e da expressividade dessas verbas públicas que maus gestores enxergam nesse fato uma oportunidade para obtenção de vantagens indevidas, celebrando contratos com desvio de finalidade, pouco vantajosos para a Administração Pública, superfaturados ou sem obedecer aos procedimentos de seleção impostos em lei.

Essa área, por excelência, de atuação do gestor público, é igualmente uma área profícua para a atuação dos órgãos de fiscalização. E não por outra razão, o Ministério Público de Santa Catarina identificou a fiscalização dos contratos administrativos como uma das metas prioritárias em seu Plano Geral de Atuação para o biênio 2016/201. A partir de então foi gestado o programa “Serviço Prestado, Contrato Fiscalizado” que, lançado no final 2015, apresenta ao colega Promotor, os contornos

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

legais adequados dos contratos de publicidade. O foco inicial nesse tipo de contratos justifica-se em virtude da expressividade das somas envolvidas e no fato de que, não raramente, a atuação discricionária do gestor público serve de véu para acobertar ilicitudes, dentre as quais o uso do Erário no financiamento de publicidades desprovidas de **caráter educativo, informativo ou de orientação social**.

Ademais, registre-se a edição da Lei n. 12.232, em 29 de abril de 2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, ao mesmo tempo que lançou novas luzes sobre a matéria, trouxe regramento distinto da Lei Geral de Licitação (Lei n. 8.666/93), o que justifica seu estudo por ser matéria relativamente nova e ainda pouco conhecida dos operadores do direito.

O moderno enfoque sobre esses contratos não é exclusivo do Ministério Público barriga-verde. Logo na sequência, apresentamos lista de verificação para checagem e fiscalização dos contratos de publicidade, produzida pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte, que pode ser um valioso instrumento na fiscalização desses pactos.

Enfim, a presente pesquisa propõe-se a subsidiar a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público de Santa Catarina na sua atuação de fiscalização dos contratos de publicidade celebrados pela Administração, ao mesmo tempo em que fornece subsídios teóricos e jurisprudenciais para que o colega Promotor, disponibilizando material técnico de apoio que venha a facilitar a atuação ministerial.

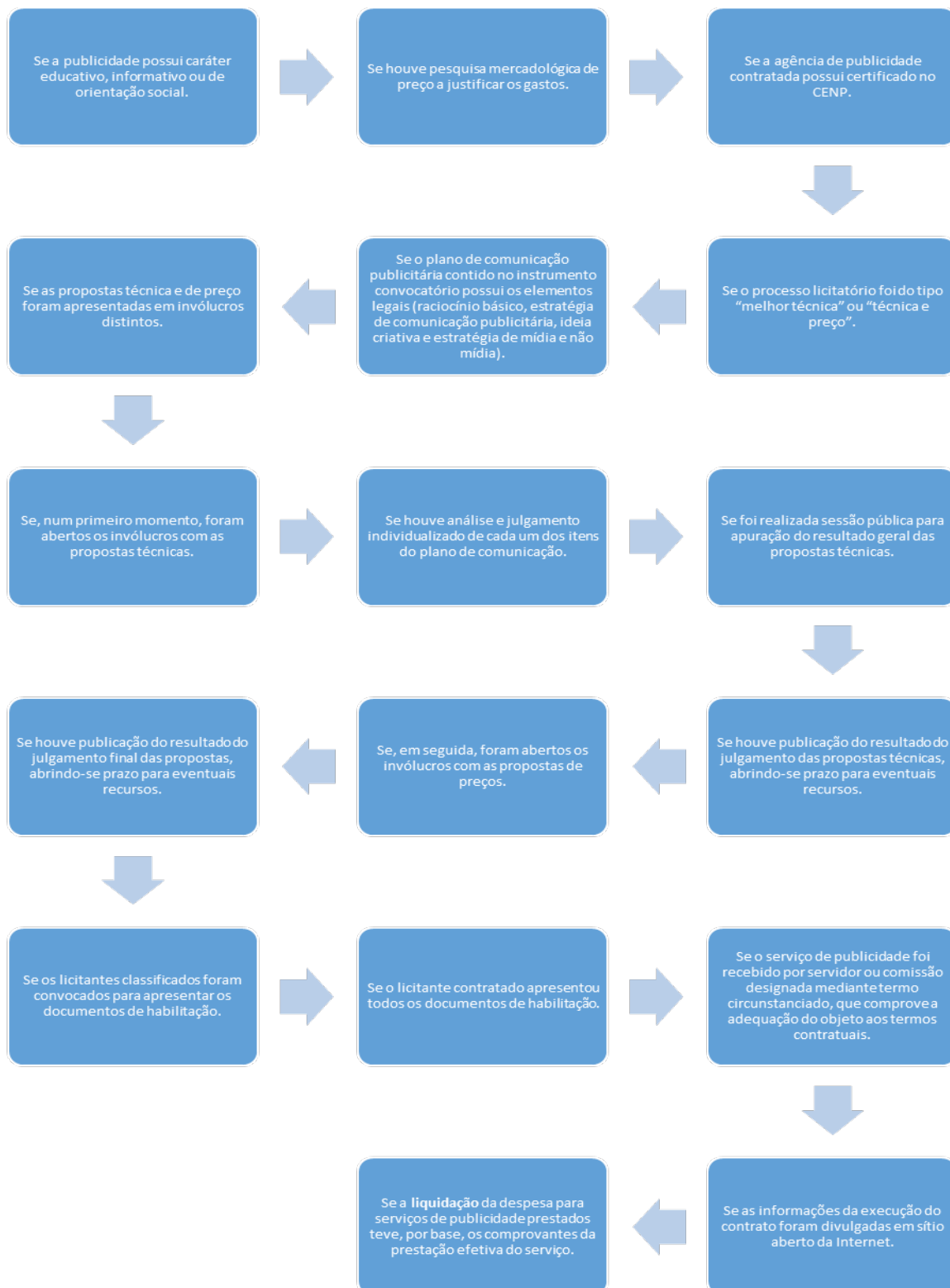
SAMUEL DAL-FARRA NASPOLINI
Promotor de Justiça
Coordenador do CMA

ROBERTO DI SENA JÚNIOR
Analista do Ministério Público

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

PASSO A PASSO DA LEI N. 12.232/2010

O Colega Promotor deverá verificar:



PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA – ART. 7º DA LEI N. 12.232/2010



*Os quatro itens indicados acima devem constar no instrumento convocatório e ser julgados de forma individualizada pela Subcomissão Técnica.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

CHECK LIST “CONTRATOS DE PUBLICIDADE” – LEI 12.232/2010
(Manual de Atuação do MP/RN)

	Previsão legal	Os requisitos legais foram satisfeitos?		Observações
		Sim	Não	
A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas possui caráter educativo, informativo ou de orientação social , não constando nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal do gestor ou dos servidores públicos?	Art. 37, §1º da CF			
Foi feita pesquisa mercadológica para a realização da despesa?	Art. 7º, §1º da Lei n. 8.666/93			
Há ofensa aos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e legalidade?	Art. 37 da CF			
Foram incluídas na licitação outras atividades , tais como as de assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas ou as que tenham por finalidade a realização de eventos festivos de qualquer natureza, vedadas por lei?	Art. 2º, §2º da Lei n. 12.232/2010			
Houve justificativa da Administração Pública para contratação de mais de uma Agência de Publicidade ?	Art. 2º, §3º da Lei n. 12.232/2010			
No caso supracitado, foi instaurado procedimento de seleção interna entre as agências de propaganda contratadas após a contratação?	Art. 2º, §4º da Lei n. 12.232/2010			
As agências contratadas possuem certificado de qualificação técnica de funcionamento concedido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP)?	Art. 4º, §1º da Lei n. 12.232/2010			
No processo licitatório foi utilizado o tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”?	Art. 5º da Lei n. 12.232/2010			
O edital obedeceu às exigências do art. 40, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu §2º, da Lei de Licitações?	Art. 40 da Lei n. 8.666/93			
O edital respeitou as exigências do art. 6º da Lei n. 12.232/2010?	Art. 6º da Lei n. 12.232/2010			
A proposta de preço contém quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário?	Art. 6º, V, da Lei n. 12.232/2010			
O Plano de Comunicação Publicitária é composto pelos quesitos de: a) raciocínio básico; b) estratégia de comunicação; c) ideia criativa e d) estratégia de mídia e não-mídia?	Art. 7º, I a IV, da Lei n. 12.232/2010			
As propostas de preço foram apresentadas em um invólucro , enquanto que as propostas técnicas foram entregues em três invólucros distintos, organizados da seguinte forma:	-	-	-	-
1) Um envelope não identificado, contendo o plano de comunicação publicitária (o envelope, contendo essa via não identificada deve ser padronizado e fornecido previamente pelo órgão ou entidade responsável pela licitação, sem nenhuma identificação).	Art. 9º, §1º e §2º da Lei n. 12.232/2010			
2) um identificado, contendo o plano de comunicação publicitária;	Art. 9º, §1º e §2º da Lei n. 12.232/2010			
3) um identificado, para as demais informações da proposta técnica.	Art. 9º, §1º e §2º da Lei n. 12.232/2010			
Foi formada Subcomissão Técnica de, pelo menos, três membros, formados em comunicação, publicidade ou marketing, ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que um terço deles não tenha nenhum vínculo com o órgão responsável pela licitação?	Art. 10, §1º da Lei n. 12.232/2010			
A escolha dos membros da Subcomissão se deu por	Art. 10, §2º da Lei			

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

meio de sorteio , em sessão pública, entre os nomes de uma lista que deve possuir, no mínimo, o triplo do número de integrantes da Subcomissão, previamente cadastrados, sendo que, um terço desses profissionais não tem nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão responsável pela licitação?	n. 12.232/2010			
A contratação possui valor estimado de até dez vezes o limite previsto na alínea "a" do inciso II, do art. 23, da Lei n. 8.666/93? Se superior, a Subcomissão Técnica possui no mínimo 6 integrantes?	Art. 10, §3º da Lei n. 12.232/2010			
A relação dos nomes dos integrantes da Subcomissão foi publicada na imprensa oficial em prazo não inferior a dez dias?	Art. 10, §4º da Lei n. 12.232/2010			
O processamento e o juízo da licitação ocorreu na seguinte sequência?	-	-	-	-
1) foram abertos os 2 invólucros com a via não identificada do plano de comunicação e com as informações de que trata o art. 8º da Lei n. 12.232/2010, em sessão pública, pela comissão permanente ou especial?	Art. 11, §4º, I da Lei n. 12.232/2010			
2) As propostas técnicas foram encaminhadas à subcomissão técnica para análise e julgamento?	Art. 11, §4º, II da Lei n. 12.232/2010			
3) Houve análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderam as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inc. XIV do art. 6º da Lei n. 12.232/2010?	Art. 11, §4º, III da Lei n. 12.232/2010			
4) Foi elaborada a ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso?	Art. 11, §4º, IV da Lei n. 12.232/2010			
5) Houve análise individualizada e julgamento dos questos referentes às informações de que trata o art. 8º da Lei n. 12.232/2010, desclassificando-se as que desatenderam quaisquer exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório?	Art. 11, §4º, V da Lei n. 12.232/2010			
6) Foi elaborada a ata de juízo dos questos mencionados no inciso V do art. 11, mencionado no item 5 acima, e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso?	Art. 11, §4º, VI da Lei n. 12.232/2010			
7) Foi realizada sessão pública para apuração do resultado geral das propostas técnicas, com os seguintes procedimentos: a) abertura dos invólucros com a via identificada do plano de comunicação publicitária; b) cotejo entre as vias identificadas e não identificadas do plano de comunicação publicitária, para identificação de sua autoria; c) elaboração de planilha geral com as pontuações atribuídas a cada um dos questos de cada proposta técnica; d) proclamação do resultado do julgamento geral da proposta técnica, registrando-se em ata as propostas desclassificadas e a ordem de classificação?	Art. 11, §4º, VII da Lei n. 12.232/2010			
8) Publicação do resultado do julgamento da proposta técnica, com a indicação dos proponentes desclassificados e da ordem de classificação, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inc. I do art. 109 da Lei n. 8.666/93.	Art. 11, §4º, VIII da Lei n. 12.232/2010			
9) Abertura dos invólucros com as propostas de preços, em sessão pública, obedecendo-se ao previsto nos incisos II, III e IV do §1º do art. 46 da Lei n. 8.666/93, nas licitações do tipo "melhor técnica", e	Art. 11, §4º, IX da Lei n. 12.232/2010			

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

ao disposto no §2º do art. 46 da mesma Lei, nas licitações do tipo "técnica e preço".				
10) Publicação do resultado do juízo final das propostas, abrindo-se prazo para interposição de recurso, conforme disposto na alínea b do inc. I do art. 109 da Lei n. 8.666/93.	Art. 11, §4º, X da Lei n. 12.232/2010			
11) Convocação dos licitantes classificados no julgamento final das propostas para apresentação dos documentos de habilitação.	Art. 11, §4º, XI da Lei n. 12.232/2010			
12) Recebimento e abertura do invólucro com os documentos de habilitação dos licitantes previstos no inc. XI do art. 11 da Lei n. 12.232/2010, em sessão pública, para análise da sua conformidade com as condições estabelecidas na legislação em vigor e no instrumento convocatório.	Art. 11, §4º, XII da Lei n. 12.232/2010			
13) Decisão quanto à habilitação ou inabilitação dos licitantes previstos no inc. XI do art. 11 da Lei n. 12.232/2010, e abertura do prazo para interposição de recurso, nos termos da alínea a do inciso I do art. 109 da Lei n. 8.666/93.	Art. 11, §4º, XIII da Lei n. 12.232/2010			
14) Reconhecida a habilitação dos licitantes, na forma dos inc. XI, XII e XIII do art. 11, §4º da Lei n. 12.232/2010, foi homologado o procedimento e adjudicado o objeto licitado, observado o disposto no §3º do art. 2º da Lei n. 12.232/2010.	Art. 11, §4º, XIV da Lei n. 12.232/2010			
Os custos e as despesas de veiculação apresentados aos contratantes foram acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo , de sua tabela de preços, da descrição dos descontos negociados e dos pedidos de inserção correspondentes, bem como de relatório de checagem de veiculação , a cargo de empresa independente, sempre que possível?	Art. 15 da Lei n. 12.232/2010			
As informações sobre a execução do contrato, com os nomes dos fornecedores de serviços especializados e veículos, foram divulgadas em sítio próprio aberto para o contrato na rede mundial de computadores, garantido o livre acesso às informações por quaisquer interessados?	Art. 16 da Lei n. 12.232/2010			
O serviço de publicidade foi recebido por servidor ou comissão designada pela autoridade competentes, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais , observado o disposto no art. 69 da Lei n. 8.666/93?	Art. 73, I, "a" e "b" da Lei n. 8.666/93			
O contrato firmado entre a Administração Pública e as Agências de Publicidade estabelece o preço e as condições de pagamento , os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento dos preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, como também os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso?	Art. 55, III e IV da Lei n. 8.666/93			
A liquidação da despesa para serviços de publicidade prestados teve, por base, os comprovantes da prestação efetiva do serviço?	Art. 63, §2º, III, da Lei n. 4.320/64			