

PAAF nº 0024.18.017233-0

Requerentes: 4ª Promotoria de Justiça da
Comarca de Betim

Ementa: Subcontratação de serviços de publicidade. O contrato e as formas de remuneração da agência e prestadores de serviço no regime da Lei nº 12.232/2010. Normas-Padrão da Atividade Publicitária. Desconto-padrão. Previsão contratual de taxa de administração e comissão de mídia. Prejuízos potenciais à Administração Pública e imperiosa necessidade de planejamento formal, controle e fiscalização

1) RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Ludmila Costa Reis, DD. Promotora de Justiça da Comarca de Betim, solicitando orientação acerca de aparente conflito de conclusões entre a Nota Técnica nº 142/2011, expedida pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e o Parecer Técnico-contábil da Central de Apoio Técnico do MPMG – CEAT, emitido nos autos do Inquérito Civil nº MPMG-0027.15.000.066-2.

É esse, em síntese, o relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, é mister consignar que o arcabouço normativo aplicável aos procedimentos licitatórios de serviço de publicidade é composto prioritariamente pela Lei nº. 12.232, de 20 de abril de 2010, e pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, cuja incidência é complementar, aplicando-se ainda subsidiariamente a Lei nº. 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e dá outras providências.

A Lei nº 12.232/2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, presta-se a regulamentar adequadamente a contratação de serviços de publicidade em consonância com o mercado próprio e específico de tais serviços em atendimento aos princípios atinentes a atividade administrativa, em especial os afetos às licitações e contratos.

O tema é relativamente novo e tem sido objeto de inúmeros questionamentos, principalmente porque se pretendeu aproximar dois universos muito distintos, quais sejam: o mercado publicitário, repleto de especificidades (inclusive para o próprio setor privado) e o regime de contratação da Administração Pública, marcado pela rigidez de um procedimento preliminar para a contratação – a licitação.

Justamente por essa razão, a fundamentação jurídica da presente nota foi sistematizada em três eixos fundamentais: na primeira parte, como introito, aborda-se a possibilidade jurídica de subcontratação no contrato de publicidade. Posteriormente, traz-se à baila esclarecimentos sobre o sistema remuneratório aplicável aos serviços de atividade publicitária contratados pela Administração Pública, para, em arremate, adentrar na análise casuística.

PARTE I – DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUBCONTRATAÇÃO NO CONTRATO DE PUBLICIDADE

2.1 – Delimitação conceitual: da subcontratação.

Cumpre-nos recordar que o contrato administrativo é celebrado em caráter *intuito personae*, pelo que a pessoa do contraente é elemento determinante para a boa fruição do ajuste, regido notadamente pela confiança recíproca entre as partes. Como bem pontificam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “os contratos administrativos, em regra, são contratos pessoais, celebrados *intuito personae*, ou seja, a execução do contrato deve ser levada a termo pela mesma pessoa que se obrigou perante a administração”¹.

A natureza pessoal dos contratos administrativos decorre principalmente do fato de serem eles celebrados após a realização de um procedimento licitatório em que se visa não apenas selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a selecionar **uma pessoa, física ou jurídica, que ofereça condições de assegurar a adequada execução do que foi contratado. Por esse motivo, as licitações, regra geral, têm uma fase de habilitação, em que os pretendentes a contratar com a Administração comprovam possuir qualificação técnica, econômico financeira, regularidade fiscal etc. – condições pessoais que ensejam a presunção de que aquela pessoa tem aptidão para executar adequadamente o objeto do contrato. Como decorrência direta da natureza pessoal dos contratos administrativos, não é possível, em princípio, a subcontratação, ou seja, o contrato não pode livremente cometer a terceiros a execução do objeto do contrato.**² (negritamos).

Com efeito, deve-se considerar primacialmente que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuito personae*, ou seja, em razão das condições pessoais do contratado apuradas no procedimento de licitação”³. Nada

1 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 571.

2 *Idem*.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 277.

obstante, o preceito segundo o qual os contratos administrativos são personalíssimos não é absoluto. A logicidade hermenêutica do art. 72 da Lei n. 8.666/1993 admite a subcontratação parcial do objeto, nos seguintes termos:

Lei n. 8.666/1993 – Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra**, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. (Destaque nosso).

Sabe-se que, na esteira do entendimento uníssono do Tribunal de Contas da União, a “subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, **para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado**”⁴.

Assim, a subcontratação consiste na transferência parcial do objeto pelo particular contratado a outrem que não mantém qualquer vínculo contratual com a Administração. Há, por essa razão, a constituição de uma nova relação jurídica, diversa daquela estabelecida originalmente, com natureza e características próprias, vinculando tão somente contratado e subcontratado, cuja formação é condicionada à aquiescência da Administração Pública no caso concreto, com fundamento de validade na prévia autorização assinalada no instrumento convocatório e no contrato administrativo.

Por conseguinte, são pressupostos para o regular advento do instituto:

a) ser previsto em edital e contrato;

b) avaliação, pela Administração Pública, sobre a conveniência da execução de partes da obra por terceiros estranhos ao contrato; e

c) recair somente sobre fragmentos do objeto do contrato, sendo certo que tais fragmentos não podem denotar maior relevância da totalidade contratada.

Registre-se que, de acordo com o art. 78, inciso VI, da Lei de Licitações, a subcontratação total ou mesmo a subcontratação parcial do objeto, não admitida no edital e no contrato, constitui motivo para rescisão unilateral do contrato.

Nesse contexto, considerando a disposição versada no § 2º do artigo 1º da Lei nº. 12.232/2010, que determina a aplicação complementar das Leis nº. 4.680/1965 e 8.666/1993, é possível admitir a subcontratação nos procedimentos licitatórios e nas contratações de serviços de publicidade, observados os pressupostos ventilados pela Lei Geral de Licitações.

2.2 – Da subcontratação em serviços de publicidade na Lei n. 12.232/2010: especificidades.

Antes do advento da Lei nº. 12.232/2010, a contratação de agências de propaganda pela Administração Pública deveria seguir os ditames da Lei de Licitações. Contudo, a lei geral não se adequava à contratação mais vantajosa do ponto de vista técnico, o que prejudicava a eficiência das contratações. O motivo era simples: o objeto, por envolver basicamente a criatividade dos contratados, inseridos em mercado próprio e regulamentado, inviabilizava a avaliação objetiva pelos critérios adotados na Lei nº. 8.666/93.

Essa inadequação da Lei Geral de Licitações, inclusive, foi tratada pelo Tribunal de Contas da União, que assim se manifestou:

21. 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

4 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 791.

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 (...).

23. Quanto às deficiências na sistemática de contratação dos serviços de propaganda e publicidade e respectivos procedimentos, convém ressaltar que muitas das questões mencionadas pelo Analista foram expostas de forma objetiva no Relatório de fls. 76/123, em relação às quais foi sugerido o encaminhamento de cópia do Relatório à 6ª Secex para que avaliasse a conveniência e oportunidade de determinar à Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica – Secom/PR que promova estudos no sentido de alterar as normas que regulam a atividade publicitária, de modo a atender ao interesse público, principalmente sob a ótica dos princípios da eficiência e da economicidade, considerando, em especial, a necessidade de elaboração de projeto básico, definição precisa do objeto a ser contratado e do custo da campanha e estabelecimento de nova sistemática de remuneração das agências de publicidade.⁵

A conjugação de características do mercado e das profissões coligadas à publicidade com os aspectos procedimentais da Lei nº. 8.666/93, em especial os afetos aos tipos de licitação técnica e preço e melhor técnica, foi o cenário que permitiu a concepção de uma lei específica para o segmento, estabelecendo modelo próprio de contratação, em atendimento à competitividade, economicidade, eficiência e ao interesse público e proporcionando segurança jurídica ao administrador público. Assim, surgiu a Lei nº. 12.232/2010, regulamentando a licitação para fins de contratação de serviços de publicidade.

Nos artigos 2º, §1º, e 14, o referido diploma regulamentou a subcontratação ao se referir às atividades complementares, demonstrando a junção entre os aspectos técnicos próprios do mercado e os aspectos jurídicos e procedimentais da contratação pública, conforme abaixo transcritos:

Art. 2º Para fins desta Lei, 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 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.

§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

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 nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II – à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III – à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias. (...).

Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

§ 3º O fornecimento de bens ou serviços de valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, está dispensado do procedimento previsto no § 2º deste artigo.

Do artigo 2º, denota-se que a Lei n. 12.232/2010 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.

Consoante preconizado na 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.

Vê-se, portanto, a preocupação do legislador com a limitação das atividades abrangidas no conceito de publicidade em atendimento à finalidade pública intrínseca ao objeto, excluindo-se outras atividades complementares que não precisam da intermediação de agência de propaganda, tais como, assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas, cuja eventual contratação pela Administração Pública deverá seguir os procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93.⁶

Observe-se que haverá casos em que a subcontratação não constituirá propriamente uma opção da agência contratada, mas sim um recurso inafastável para a execução do contrato. Atividades como a veiculação propriamente dita da campanha publicitária, embora necessárias ao pleno cumprimento do contrato, não são atividades tipicamente exercidas pela agência de publicidade – e, portanto, não são assumidas pela agência para execução pessoal, em nome próprio.

Ao contrário, desde a licitação, considera-se que esses serviços serão exercidos por outrem, o que, de certa forma, confere à subcontratação nesses casos um cunho compulsório. Em tais hipóteses, a subcontratação ficará caracterizada a partir de uma relação equivalente a um contrato de mandato ou de intermediação. Em vez de se responsabilizar diretamente pela veiculação da campanha publicitária, a agência contratada obriga-se a obter e intermediar o compromisso de terceiros incumbidos de fazê-lo em prol da Administração.

Como se vê, a Lei nº. 12.232/2010 não incide sobre um tipo específico de serviço de publicidade, contratado isoladamente, mas sobre a **concepção de uma solução integrada**, constituída por um conjunto de prestações heterogêneas a serem fornecidas em uma mesma relação contratual. Trata-se de contratar a publicidade sob um modelo **full service**, por meio do qual a agência de propaganda responsabiliza-se pela elaboração de um conjunto de atividades inerentes à concepção, execução e distribuição da campanha publicitária.

Dessa forma, essas **atividades complementares** são consideradas uma “**modalidade especial de subcontratação**”, por meio da qual apenas pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante podem fornecer ao contratado bens e serviços especializados, desde que seja seguido o procedimento previsto no artigo 14 da Lei nº. 12.232/2010, a partir:

a) do cadastro prévio do fornecedor no órgão ou na entidade;

b) da realização, pelo contratado, de pesquisa de preços no mercado, por meio da apresentação de três orçamentos obtidos de pessoas que atuem no ramo, quando o valor se situar acima de um limite prefixado; e

c) da realização de sessão pública para abertura dos orçamentos, quando o valor se situar acima de um limite prefixado.

Assim, a subcontratação de serviços de publicidade, prevista na lei em comento, deve observar os seguintes requisitos:

6 Nesse sentido é o teor do Acórdão TCU 638/2012, Plenário.

(i) a subcontratação deve ser **autorizada** pela Administração Pública no caso concreto;

(ii) a subcontratação deve ser **parcial**;

(iii) deve haver **previsão expressa no edital** de licitação e, por consequência, no contrato que esteja a ela anexo;

(iv) só podem ser **subcontratadas atividades complementares** que se enquadrem na descrição do § 1º, do artigo 2º, por força do § 2º, do mesmo dispositivo da Lei nº 12.232/2010;

(v) só pode ser subcontratado o que já está contratado, evitando-se burla ao procedimento licitatório;

(vi) necessário que os fornecedores sejam previamente **cadastrados** pelo ente licitante; e, por fim,

(vii) exigência de **regularidade fiscal** do subcontratado pela empresa contratada pelo Poder Público.

Caso não sejam observados os citados requisitos, a subcontratação será **ilícita**. De outro modo, estar-se-ia admitindo que a empresa vencedora da licitação atuasse como mera intermediadora das empresas subcontratadas, as quais, aliás, sequer executariam atividades acessórias, mas, sim, realizariam a obrigação principal, o que frustraria o devido processo licitatório e ensejaria a concretização de ato de improbidade administrativa (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92⁷).

7 Lei n. 8.429/1992 – Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente (...).

PARTE II – DO SISTEMA REMUNERATÓRIO APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE ATIVIDADE PUBLICITÁRIA CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.3 – Normas-Padrão da Atividade Publicitária.

Remonta aos anos de 1950 o mais significativo marco regulatório no setor publicitário: o I Congresso Brasileiro de Propaganda, que influenciou decisivamente na atuação de seus respectivos atores e definiu uma série de normas aplicáveis a essa modalidade de serviço. Esse evento, convocado pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda (ABAP) em 1957, incumbiu-se de reestruturar o setor de propaganda:

Quando se reuniram na sede da Associação Brasileira de Imprensa, em outubro de 1957, os publicitários estavam na vanguarda do desenvolvimento da Comunicação no Brasil. O I Congresso Brasileiro de Propaganda foi um evento à frente de seu tempo. **Suas principais teses e decisões eram ousadas. Levaram tempo para serem absorvidas formalmente pelo conjunto da “indústria da comunicação”. Exemplos claros são:** 1) o Código de Ética, que oito anos depois veio a ser incorporado pela Lei nº 4.680, de junho de 1965; 2) **as Normas-Padrão, que, posteriormente aperfeiçoadas, foram recepcionadas pelo Decreto nº 57.690, de fevereiro de 1966;** e 3) a decisão de criar o Instituto Verificador de Circulação (IVC) – baluarte definitivo da racionalização das relações entre anunciantes, agências e veículos de mídia impressa –, efetivamente implantado em 1961, como departamento da Associação Brasileira de Propaganda, na gestão de Caio Domingues.⁸ (Destacamos).

Visando à consolidação da publicidade, estabeleceu-se a confecção das “normas-padrão”, com escopo de regulamentar o funcionamento das agências de propaganda, criando novas formas de

8 CAVALCANTI, Alberto R. **Congresso Brasileiro de Publicidade I, II e III.** (versão compilada). Disponível em: http://www.abapnacional.com.br/images/publicacoes/123_congressos.pdf. Acesso em 29 de janeiro de 2019. p.19.

remuneração para o setor publicitário e definindo pormenorizadamente as práticas consideradas reprováveis.

Nesse sentido, as Normas-Padrão da Atividade Publicitária constituem-se em um documento básico composto de recomendações e princípios éticos que objetivam avalizar melhores práticas comerciais no relacionamento estabelecido entre os agentes da publicidade brasileira. São editadas pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), associação civil sem fins lucrativos, com atuação nacional, criada e mantida exclusivamente pelo setor privado, responsável pela condução da autorregulação das relações ético comerciais.

É importante destacar que, ao final de um longo e complexo processo administrativo, arquivado no início de 2017, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconheceu, em decisão unânime, que as Normas-Padrão da Atividade Publicitária estão amparadas e são incentivadas pela legislação em vigor no país. Nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo:

Processo Administrativo 08012.008602/2005-09

Representante: SDE ex officio

Representado: Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP

Advogados: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Carla Osmo, Thiago Francisco da Silva Brito e outros.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

EMENTA: Processo Administrativo. Conduta colusiva. Influência de conduta concertada ou uniforme. Mercado publicitário brasileiro. Previsões do Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP tendentes à uniformização remuneratória no mercado. Imposição de barreiras à entrada e criação de dificuldades de funcionamento de empresas. Normas-padrão. Descontos padrão uniformes. Leis 4.680/65 e 12.232/10 e Decretos 57.690/66 e 4.563/2002. Advocacia da concorrência. Art. 20, incisos I, II e IV, e do art. 21, incisos II, IV, V, X e XI, ambos da Lei 8.884/94. Arquivamento.

Palavras-chave: Influência de conduta uniforme. Mercado publicitário. Normas-padrão. Advocacia da concorrência. Arquivamento.

(...). DO MÉRITO.

O conteúdo normas-padrão abrangia – e ainda abrange – um leque de disposições regulamentares em torno de temas técnicos do mercado publicitário, mas também de temas econômicos que envolvem standards de remuneração a contratantes dos chamados “serviços de propaganda”. O problema aqui exposto é a extensão desse conteúdo, uma vez que a Lei 4.680/65 nada dispõe sobre as normas-padrão, mas a regulamentação desse diploma faz uso dos parâmetros emitidos pelo CENP como forma de remuneração dos contratantes (vide art. 7º do Decreto 57.960/66), tendo em vista que os filiados são obrigados a cumprir essas normas-padrão por força do Estatuto Social do CENP (vide art. 13[1], por exemplo).

(...). Um dos objetivos do Representado é zelar pela observância das **Normas-Padrão da Atividade Publicitária, as quais definem condutas e regras das melhores práticas éticas e comerciais entre os agentes do setor, bem como aderir irrestritamente e divulgar as normas-padrão da atividade publicitária (art. 5º do Estatuto Social do CENP)**. Essas normas-padrão foram objeto de discussão nos presentes autos a fim de investigar se teriam o potencial de induzir a conduta uniforme de agentes econômicos ligados ao Representado.

As condutas em torno da implementação do Certificado de Qualidade Técnica do CENP e sua vinculação ao desconto de agência – que são alguns dos elementos inseridos nas normas-padrão – fazem parte do mercado publicitário brasileiro e do mercado nacional de venda de espaço/tempo publicitário por veículos de comunicação. Tais mercados possuem elevadas barreiras à entrada, notadamente, a restrição de atuação de nova entidade certificadora, capazes de suavizar as determinações do Representado, não obstante haver previsão legal que autoriza sua criação na Lei 12.232/10.

O poder de mercado de uma entidade de classe pode ser visualizado na representatividade de seus filiados no mercado. A congregação de praticamente todos os agentes – senão os mais relevantes – que compõem o mercado publicitário brasileiro pelo Representado demonstra a relevância da instituição, uma vez que tem o condão de impor práticas que podem envolver a regulação da atividade publicitária. A importância concorrencial dessa representatividade foi destacada pela

Superintendência-Geral no sentido de que “quanto maior a representatividade do CENP, maior a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de mercado, inclusive mantendo preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado, ainda que não seja em proveito da associação, mas sim de seus associados” (SEI 0201327).

Não obstante a possível indução de conduta concertada que pode ser implementada por meio dessas normas-padrão, destacadamente na obrigação de padronização de percentuais de desconto imposta pelo CENP, forçoso observar que a sistemática possui amparo legal. Nesse contexto, decidindo pela existência ou não de risco concorrencial de se estabelecer ao mercado parâmetros uniformes de remuneração de 20%, a prática comercial do CENP é chancelada enquanto vigorarem as Leis 4.680/65 e 12.232/10 e os Decretos 57.690/66 e 4.563/2002. (...).

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATA DA 97ª SESSÃO ORDINÁRIA DE JULGAMENTO REALIZADA EM 18 DE JANEIRO DE 2017

Às 11:14h do dia dezoito de janeiro de dois mil e dezessete, o Presidente Interino do Cade, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, declarou aberta a presente sessão. Participaram os Conselheiros do Cade, Alexandre Cordeiro, João Paulo de Resende e Paulo Burnier da Silveira. Ausente, justificadamente, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Presentes o Procurador-chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, Victor Santos Rufino, o representante do Ministério Público Federal junto ao Cade, Márcio Barra Lima, e o Secretário do Plenário, Paulo Eduardo Silva de Oliveira.

O Presidente Interino do Cade saudou os participantes da 37ª Edição do Programa de Intercâmbio do Cade e o Senhor Márcio Barra Lima, atual representante do Ministério Público Federal junto ao Cade.

JULGAMENTOS

3. Processo Administrativo nº 08012.008602/2005-09 (b)

Representante: SDE ex officio

Representado: Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP

Advogados: Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Carla Osmo, Thiago Francisco da Silva Brito e outros.

Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Decisão: O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator (negrito nosso).

Com efeito, ainda de acordo com o Conselheiro Relator, houve uma inegável evolução da legislação que dá suporte às normas-padrão da atividade publicitária, as quais podem ser elucidadas pelo seguinte quadro síntese adaptado:

Norma	Vigência	Conteúdo relevante
Lei 4.680/65	18/06/65	Art 17. A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda , instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.
Dec. 57.960/66	01/02/66	Este decreto aprovou o regulamento para a execução da Lei n 4.680/1965. Definiu, entre outros temas, os serviços básicos prestados por agência de propaganda ao anunciante.
Dec. 2.262/97	Entre 28/07/97 e 31/12/02	Alterou o regulamento aprovado pelo Decreto n. 57.690/1966, para, entre outras incumbências, determinar que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, que mantivessem contrato com Agência de Propaganda deveriam renegociar, em benefício da Administração, as cláusulas de remuneração da contratada, quando da renovação ou prorrogação do contrato.
Dec. 4.563/02	31/12/02	Alterou, novamente, o regulamento aprovado pelo Decreto n. 57.690/1966, para a execução da Lei n. 4.680/1965. Fez menção específica às Normas-padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP, nos termos do artigo 1º, que deu a seguinte redação ao artigo 7º do Decreto n. n. 57.690/1966: “Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP – Conselho Executivo das Normas-Padrão , com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob no 263447, 263446 e 282131 (NR)”.

Norma	Vigência	Conteúdo relevante
Lei n.12.232/10	29/04/10	Essa lei diz respeito às condições para contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública, através de procedimento de licitação. Indica a Lei Federal n. 4.680/65 como norma subsidiária a ser utilizada em licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade. Além disso, determina que os serviços de publicidade sejam contratados com agências de propaganda que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento emitido pelo CENP, na forma do artigo 4º, § 1º: “os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento. O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP , entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda”.

Nessa perspectiva, as normas-padrão encerram a proteção dos interesses de todos os agentes econômicos envolvidos nas negociações no mercado publicitário, além de pretender retificar determinadas insuficiências de mercado, atuando de forma permanente em quatro importantes áreas:

1. Certifica a qualidade técnica da agência de publicidade, assegurando que ela tenha estrutura física e de pessoal compatível com o mercado no qual atua, inclusive quanto ao uso competente de pesquisas de mídia;

2. Mantém depósito, para comprovação pública, das listas de preços dos veículos de comunicação, instrumento inibidor de práticas desleais na oferta de preços pelos serviços de veiculação da publicidade;

3. Credencia os serviços de informações de mídia oferecidos pelas empresas especializadas e credencia, também, institutos/empresas para atuarem na verificação de circulação dos Veículos de Comunicação impressos;

4. Atua como fórum permanente de discussão técnico-comercial da área publicitária. Não é ente público, mas tem as Normas e a

Certificações reconhecidas pela legislação federal como instrumento para entes públicos que utilizam a publicidade para o exercício da comunicação.

Percebe-se, portanto, que as Normas-Padrão são demonstração da **capacidade autorregulatória** do setor publicitário. Logo, o plexo normativo é composto, além da legislação vigente, das normas de autorregulação, que além de definir padrão de ética comum, rege direitos e deveres e a necessidade de implementar uma cultura de integridade (compliance) nesse setor.

Uma vez superadas essas considerações, cumpre-nos abordar o “Desconto-Padrão”, que pode ser compreendido como a padronização do patamar remuneratório, estabelecida pelas Normas-Padrão da Atividade Publicitária, conforme veremos doravante.

2.3.1 – Do Desconto-Padrão.

O desconto-padrão mínimo, de acordo com Sílvia Fagá de Almeida e Bernardo Macedo, é uma **estrutura de remuneração, referente à prestação dos serviços de mídia das agências, que visa estimular a qualidade dos serviços sem eliminar a concorrência via preço**⁹. Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa explicam, de maneira didática, que:

O desconto-padrão tem origem na experiência norte-americana, que é pioneira na questão da publicidade. No Brasil, o modelo dos EUA foi estabelecido por meio de um convênio celebrado em 1949 entre agências e veículos, que instituiu a regra de cobrar uma comissão de 17,65% sobre o montante líquido pago aos veículos. Esse curioso número deriva de uma mudança na prática publicitária americana, que originalmente era a de cobrar uma comissão de 15% sobre o valor de tabela, mas que se mostrou inadequada porque ela terminava por gerar uma tensão entre os Anunciantes e as Agências.

Ainda na primeira metade do século XX, **tornou-se claro que o fato de o desconto incidir sobre o gasto total de veiculação fazia com que a remuneração das agências seja proporcional ao gasto que ela intermedeia**. Esse fato faz com que as agências não tenham interesse em realizar campanhas mais baratas, o que gera um potencial conflito de interesse com o anunciante.

(...)

Todavia, apesar do referido convênio de 1949, estabeleceu-se na publicidade brasileira dos anos 1950 o costume de pagar uma comissão de 20% sobre o valor de tabela dos veículos, de tal forma que esse valor foi reconhecido tanto pelas Normas Padrão de 1957 quanto pelas de 1998. Além disso, no Brasil essa comissão nunca foi paga diretamente pelos anunciantes, e sim pelos veículos.

Esse desconto é possível porque embora a veiculação seja contratada em nome do anunciante, os anunciantes repassam previamente às agências os valores a serem despendidos. Como todo o dinheiro relativo à campanha é gerido pela agência, o desconto do veículo significa uma

autorização para que ela retenha uma determinada percentagem do preço a ser pago pelos serviços de divulgação na mídia.

Em países mais influenciados pelo paradigma liberal da economia, como é o caso do próprio sistema norte-americano atual, essa comissão não tem um valor definido em lei, o que estabelece uma concorrência entre as agências que fixam a sua remuneração por meio do ajuste da comissão a ser recebida. **No Brasil, contudo, desde as Normas-Padrão de 1957, houve uma tentativa de limitar a concorrência de preços entre as agências, o que conduziu ao estabelecimento de um desconto uniforme de 20%.**

Essa padronização do patamar remuneratório fez com que, para os anunciantes, o único diferencial entre as diversas agências de publicidade seria a sua qualidade, na medida em que todas elas seriam remuneradas basicamente por meio desse desconto-padrão.

Uma padronização semelhante também foi implementada nas outras formas remunerativas, sendo definida em 15% o valor das comissões a serem recebidas pelas agências pela contratação de terceiros para a execução de serviços que não resultam em desconto-padrão. E quando a agência não cria as peças a serem produzidas, realizando simples intermediação, essa comissão cai para a faixa de 5 a 10%. Além disso, as NPAP atuais estabelecem que os próprios serviços internos da agência não devem ser submetidos à livre estipulação das partes, mas observar parâmetros definidos pelo Sindicato das Agências.

Desde 1957, a integralidade desse desconto-padrão é devido exclusivamente às agências, sendo vedada a sua concessão aos anunciantes que contratam os veículos de maneira direta. Em 1998, essa regra tornou-se ainda mais rígida, com a limitação do desconto às agências devidamente certificadas pelo CENP. Esses mecanismos de homogeneização e de exclusividade tiveram um impacto muito grande sobre o desenvolvimento da publicidade brasileira nos últimos cinquenta anos.

(...)

A tentativa das agências e veículos de manter o atual sistema remunerativo pode ser interpretada como o esforço para a manutenção de um ambiente em que a ausência de uma competição por preços garante a ambos os atores níveis de remuneração mais elevados que em um sistema de livre competição. A manutenção desse sistema de proteção é criticada por aqueles que

9 CENP. Documentos CENP – 2. ALMEIDA, Sílvia Fagá. MACEDO, Bernardo. **Concorrência em qualidade: análise econômica do modelo brasileiro de publicidade** in Visão Econômica do Modelo Brasileiro de Publicidade. Disponível em: http://www.cenp.com.br/PDF/modelo_brasileiro_publicidade.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2019. p. 11

consideram necessária uma liberalização dos mercados, mas essa posição deve ser vista com cuidado, especialmente porque o sistema também é defendido pelos próprios anunciantes, que teoricamente seriam a parte prejudicada por esse arranjo de coisas.¹⁰ (Destques nossos).

Com efeito, consoante o art. 19 da Lei nº. 12.232/10, o desconto-padrão constitui a receita da Agência de Propaganda como remuneração pela concepção, execução e distribuição da propaganda, por ordem e conta de seus clientes:

Lei 12.232/2010

Art. 19. Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação.

A descrição do item 1.11 das Normas-Padrão do CENP acrescenta que o desconto-padrão é calculado sobre o valor negociado, na forma de percentual. É esta a previsão contida nas Normas-Padrão em razão da Lei nº. 4.680/65:

2.5 O “Desconto-Padrão de Agência” de que trata o art. 11 da Lei nº 4.680/65 e art. 11 do Decreto 57.690/66, bem como o art. 19 da Lei 12.232/10, é a remuneração destinada à Agência de Publicidade pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes.

2.5.1 Toda Agência que alcançar as metas de qualidade estabelecidas pelo CENP, comprometendo-se com os custos e atividades a elas relacionadas, habilitar-se-á ao recebimento do “Certificado de Qualificação Técnica”, conforme o art. 17, inciso I, alínea “f”, do Decreto nº 57.690/66, e fará jus ao “desconto padrão de agência” não inferior

a 20% (vinte por cento) sobre o valor dos negócios que encaminhar ao Veículo por ordem e conta de seus Clientes. (...).

3.6 Todos os demais serviços e suprimentos terão o seu custo coberto pelo cliente, deverão ser adequadamente orçados e requererão prévia e expressa autorização do Cliente para a sua execução. O custo dos serviços internos, assim entendidos aqueles que são executados pelo pessoal e/ou com os recursos da própria Agência, será calculado com base em parâmetros referenciais estabelecidos pelo Sindicato da base territorial onde a Agência estiver localizada e não será acrescido de honorários nem de quaisquer encargos.

3.6.1 Os serviços e os suprimentos externos terão os seus custos orçados junto a Fornecedores especializados, selecionados pela Agência ou indicados pelo Anunciante. O Cliente deverá pagar à Agência “honorários” de 15% (quinze por cento) sobre o valor dos serviços e suprimentos contratados com quaisquer Fornecedores.

3.6.2 Quando a responsabilidade da Agência limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento do serviço ou suprimento, sobre o valor respectivo o Anunciante pagará à Agência “honorários” de no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 10% (dez por cento).

Consoante o CENP, os veículos devem explicitar, em campo próprio de sua nota fiscal ou fatura, como referência, o valor do desconto-padrão assegurado à Agência que intermediou a veiculação. Salvo reduções permitidas pelas Normas-Padrão, este valor de referência deve ser faturado pela Agência contra o Cliente-Anunciante para o qual criou a peça publicitária e por cuja ordem e conta encaminhou-a ao veículo de divulgação.

Ainda de acordo com o Conselho, é possível que os veículos, agências e anunciantes estabeleçam, excepcionalmente, formas de relacionamento e de remuneração diversa, desde que respeitada a legislação tributária e fiscal, mormente a que proíbe o faturamento do desconto-padrão pelo veículo.¹¹

Em síntese:

10 COSTA, Henrique Araújo. COSTA, Alexandre Araújo. Direito da Publicidade. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 28-31.

11 Nesse sentido, vide: http://www.cenp.com.br/PDF/perguntas_Frequentes%20120711.pdf.

(i) o anunciante (“A”) contrata uma agência de propaganda (“B”) para a execução de serviços de concepção e desenvolvimento de campanhas de acordo com suas necessidades;

(ii) a agência de propaganda (“B”), a seu turno, cria/desenvolve a campanha e contrata um fornecedor (“C”) para a elaboração das peças publicitárias e coordena a inserção dessas peças nos veículos de divulgação, após desenvolver um plano de mídia;

Nesse contexto, cabe ao anunciante (em nosso exemplo, “A”) a remuneração de todos os agentes envolvidos, sendo os pagamentos realizados, geralmente, por intermédio da agência de propaganda (“B”).

2.4 – O contrato no regime da Lei nº 12.232/2010 e formas de remuneração da agência e prestadores de serviço.

A disciplina do contrato na Lei nº. 12.232/2010 apresenta inovações relevantes, se comparada ao paradigma da Lei das Licitações. Preveem-se formas remuneratórias específicas e a possibilidade de uma mesma licitação gerar relações contratuais diversas – seja com terceiros alheios ao certame, seja entre a própria Administração e várias agências, contratadas no âmbito de uma mesma licitação.

Adota-se assim, ao menos para uma parcela das obrigações, o regime de administração contratada, conforme se pode extrair da leitura do artigo 14, § 1º¹². Trata-se de regime contratual não previsto na Lei

12 Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

nº. 8.666/93, em que o contratado não desembolsa recursos para a produção dos serviços (no caso, as atividades complementares), mas se incumbe de selecionar, contratar e remunerar o pessoal necessário para realizar a prestação.

A respeito dessa forma remuneratória, Marçal Justen Filho pontifica que na “Administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A Administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão¹³”. Vale ressaltar que regime de execução semelhante fora objeto de veto presidencial na Lei de Licitações e Contratos (alínea “c”, do inciso VII, do art. 6º; alínea “c”, do inciso II, do parágrafo único, do art. 10; e inciso XII, do art. 40), sob o argumento de risco de potencial prejuízo aos cofres públicos. A propósito, manifestou-se naquela época, oportunamente, a Advocacia-Geral da União:

A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob o regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela Administração. (...). Como é sabido, nesse regime de execução interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também os seus ganhos serão maximizados. (...). **Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público.**¹⁴ (Destaque nosso).

De qualquer sorte, a especificidade da contratação de agências de publicidade e até mesmo o modelo preconizado pela Lei nº. 4.680/65 demandam a adoção da administração contratada nessa temática, mas com temperamentos. Isso porque, dita lei, no artigo 11¹⁵, definiu que a

§ 3º O fornecimento de bens ou serviços de valor igual ou inferior a 20% (vinte por cento) do limite previsto na alínea a do inciso II do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, está dispensado do procedimento previsto no § 2º deste artigo.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 139.

14 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf. Acesso em 26 de março de 2019.

15 Art. 11. A comissão, que constitui a remuneração dos

remuneração das agências de propaganda será mediante comissão ou percentual de desconto sobre os preços estabelecidos em tabela, exatamente o modelo vetado na lei geral das licitações, a partir das fundadas preocupações da AGU.

Por meio do Acórdão nº. 2.062/06 – Plenário, o Tribunal de Contas da União havia se manifestado pela ilegalidade do pagamento por meio de comissão ou desconto sobre os preços. Esse posicionamento, entretanto, foi revisto no Acórdão nº 3.233/10 – Plenário¹⁶, em que o tribunal reconheceu que o pagamento das agências de publicidade tem regimento próprio, previsto na Lei nº. 4.680/65:

52. A Lei nº 8.666/93 “estabelece normas gerais” sobre contratações públicas, como textualmente está redigido no seu art. 1º. Dela não faz parte o regime de administração contratada, mas também não há uma disposição que o proíba de modo expresso sob qualquer situação.

(...).

54. Assim acontece com a contratação de publicidade. A Lei nº 8.666/93, que trata de normas gerais, é silenciosa quanto à administração contratada, o que, ordinariamente, impede o uso desse regime. Porém, esse Estatuto de Licitações e Contratos não exclui imperativamente outros regimes de contratação. Não soa estranho, por consequência, que a Lei nº 4.680/65, que é específica da atividade publicitária, traga no seu bojo a administração contratada.

55. A Lei nº 4.680/65 está vigente e sua aplicação é admitida pelo Acórdão nº 2.062/2006-Plenário. Em decorrência, não se pode dizer que o regime de administração contratada está completamente fora do ordenamento, pois pelo menos no caso da publicidade ele é permitido.

Agenciadores de Propaganda, bem como o desconto devido às Agências de Propaganda serão fixados pelos veículos de divulgação sobre os preços estabelecidos em tabela.

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

16 Acórdão nº 3.233/2010-Plenário, TC-019.444/2005-2, rel. Raimundo Carreiro, 1º.10.2010.

Se por um lado é natural que o contrato de publicidade envolva serviços de terceiros (administração contratada), por outro é insuperável a conclusão de que o regime de remuneração previsto na lei – no que garante à agência “honorários” sobre o valor dos serviços e suprimentos de fornecedores e “desconto-padrão” sobre os gastos com a veiculação – é flagrantemente prejudicial à Administração Pública, já que, repita-se, estimula a agência contratada a encarecer a conta, para daí garantir maior ganho. Nem mesmo a previsão de coleta de pelo menos três (3) orçamentos, para submissão ao órgão público contratante, é capaz de afastar tal vulnerabilidade, pois faltará a esta capacidade técnica para afastar eventuais direcionamentos e abusos.

2.5 – Da remuneração paga pelo anunciante à agência.

As Normas-Padrão do CENP (item 1.13) conceituam a remuneração paga pelo anunciante à agência como **fee**, e o descrevem como “(...) o **valor contratualmente pago pelo Anunciante à Agência de Publicidade, nos termos estabelecidos pelas Normas-Padrão, independente do volume de veiculações, por serviços prestados de forma contínua ou eventual**”.

Como visto, o conceito de remuneração presente no artigo 15 da nova lei é **mais amplo** que o das Normas-Padrão, porque engloba, além da remuneração da agência, o valor devido ao veículo. Como já mencionado, especiais efeitos essa espécie de remuneração traz no âmbito dos contratos administrativos, tendo em vista que quanto maior forem os gastos desses serviços terceirizados, maior será o valor que corresponderá à remuneração da agência via desconto-padrão, situação que tem o potencial de incentivar o aumento dos custos dos serviços para justificar maiores ganhos para a agência, resultado que não se coaduna com o princípio da economicidade que orienta os processos públicos de contratação.

Outrossim, é bom salientar que o parágrafo único¹⁷, do artigo 15, da Lei n. 12.232/2010, busca impedir tão somente a retenção, pela agência, dos descontos ou abatimentos que forem negociados por ela ou pelo próprio anunciante sobre os preços de tabela do veículo de comunicação. Nada a ver com o desconto-padrão, bem como com as bonificações por volume (“bonificações na forma de reaplicações”), ou seja, com os planos de incentivo, por que estas verbas compõem, segundo o que fixado na lei, o sistema de remuneração da agência. O que previsto no art. 15 e no seu parágrafo único (apropriação, pela administração anunciante, dos abatimentos negociados) não se confunde e nem interfere no regime de remuneração da agência (honorários sobre produtos e serviços de terceiros e desconto-padrão do veículo).

Fácil perceber que a Lei nº. 12.232/2010 impõe à Administração Pública práticas e modelos típicos da iniciativa privada, correntes no mercado, estabelecendo que, sempre de acordo com a sistemática do edital, “a proposta de preço conterá quesitos representativos das formas de remuneração vigentes no mercado publicitário” (artigo 6º, V).

Nem mesmo a advertência dirigida à agência, de que a escolha dos veículos de divulgação da publicidade deve ser orientada por critérios técnicos, sem permitir que seus interesses remuneratórios se sobreponham, é capaz de garantir a supremacia do interesse público e, em especial, a observância do princípio da economicidade, especialmente porque o órgão público contratante não terá condições técnicas para avaliar e criticar as escolhas da agência. Quais os elementos técnicos balizam a decisão de veicular uma campanha de combate à Dengue em horário nobre da rede de TV líder de audiência (em que as inserções são caríssimas), no lugar de anunciar em emissoras de rádio comunitárias, alcançando localidades de maior incidência do vetor? O órgão público/anunciante terá servidores com qualificação técnica capaz de criticar, em nome da preservação do interesse público, as escolhas da agência? É sabido que não! (artigo 18, §2º¹⁸).

17 Parágrafo único. Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia diretamente ou por intermédio de agência de propaganda, incluídos os eventuais descontos e as bonificações na forma de tempo, espaço ou reaplicações que tenham sido concedidos pelo veículo de divulgação.

18 § 2º As agências de propaganda não poderão, em

2.6 – Da remuneração paga pelo veículo de comunicação à agência de propaganda.

O Capítulo IV da Lei nº. 12.232/2010 trata das disposições finais e transitórias, em que relaciona mecanismos remuneratórios típicos de contratações de serviços de publicidade no mercado em geral. Nesse capítulo alude-se à possibilidade de, no trato com veículos de divulgação, a agência de propaganda perceber receitas no âmbito de planos de incentivo contratados diretamente com tais veículos – isso dentro de um relacionamento mais amplo entre a agência e o veículo, não circunscrito à contratação pública (artigo 18¹⁹) e a técnicas como a do desconto-padrão (artigo 19²⁰), sem que tais receitas integrem a equação econômico-financeira do contrato.

nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados.

19 Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei. § 1º A equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato não se altera em razão da vigência ou não de planos de incentivo referidos no caput deste artigo, cujos frutos estão expressamente excluídos dela. § 2º As agências de propaganda não poderão, em nenhum caso, sobrepor os planos de incentivo aos interesses dos contratantes, preterindo veículos de divulgação que não os concedam ou priorizando os que os ofereçam, devendo sempre conduzir-se na orientação da escolha desses veículos de acordo com pesquisas e dados técnicos comprovados. § 3º O desrespeito ao disposto no § 2º deste artigo constituirá grave violação aos deveres contratuais por parte da agência contratada e a submeterá a processo administrativo em que, uma vez comprovado o comportamento injustificado, implicará a aplicação das sanções previstas no caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

20 Art. 19. Para fins de interpretação da legislação de regência, valores correspondentes ao desconto-padrão de agência pela concepção, execução e distribuição de propaganda, por ordem e conta de clientes anunciantes, constituem receita da agência de publicidade e, em consequência, o veículo de divulgação não pode, para quaisquer fins, faturar e contabilizar tais valores como receita própria, inclusive quando o repasse do desconto-padrão à agência de publicidade for efetivado por meio de veículo de divulgação. Parágrafo único. (VETADO)

Planos de incentivo (mero nome alternativo para a bonificação de volume) é o valor pago com certa periodicidade pelo veículo de comunicação à agência de propaganda em razão da quantidade de anúncios que a agência faz circular por meio daquele veículo, independentemente de quais sejam os anunciantes-clientes da agência e sem depender da anuência desses, por se tratar de prática do mercado publicitário. Em outras palavras, é um “programa de pontos” que a agência vai somando a cada vez que direciona anúncios ao veículo (jornal, rádio, TV, etc.) e pelos quais é recompensada em algum momento.

Tem por consequência estimular a fidelidade entre a agência e o veículo, cujo resultado mais imediato é a utilização repetida desse mesmo veículo como forma de propagação dos anúncios de todos os clientes da agência, ainda que os públicos-alvo desses diferentes clientes não sejam iguais. Portanto, mesmo que o veículo não seja realmente o mais indicado para veicular os anúncios. Assim, a bonificação de volume traz grandes benefícios econômicos para a agência, influenciando na escolha feita por ela, também potencialmente em detrimento dos melhores interesses do órgão público-anunciante-cliente.

PARTE III – DA ANÁLISE CASUÍSTICA

2.7 – Análise do caso concreto trazido pela Promotora consulente.

O caso concreto trazido pela nobre Promotora consulente resume-se na aparente contradição havida entre a conclusão da Nota Técnica nº. 142/2011, expedida pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e a conclusão do Parecer Técnico-contábil da CEAT, emitido nos autos do Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2.

Na Nota nº. 142/2011, na análise do caso concreto, chegou-se à conclusão de que a previsão contratual de pagamento pela contratante (Administração Pública) à contratada (Lume Comunicação Ltda.) de 15% dos valores dos serviços

subcontratados, a título de taxa de administração, e a previsão contratual de pagamento pelo veículo de comunicação à agência de publicidade de 20% do custo bruto dos anúncios e comerciais, a título de comissão de mídia (ou desconto-padrão), ferem os princípios da moralidade e da economicidade. Isso porque a contratada, diretamente interessada no recebimento de tais percentuais – que variam de acordo com o preço dos serviços – certamente não buscará colher orçamentos com os menores valores e nem escolherá veículos de divulgação mais baratos.

Já a CEAT, no Parecer Técnico-contábil expedido nos autos do Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2 da comarca de Betim, concluiu que “confrontando as cláusulas editalícias e contratuais, no tocante a definição de honorários e desconto-padrão em favor da agência de publicidade, verificamos que as mesmas foram definidas em conformidade com as Normas-Padrão da Atividade Publicitária”.

Como se vê, de imediato é importante consignar que o parecer técnico da CEAT, no trecho retro transcrito, não conflita com a Nota 142/2011 do CAOPP, posto que se limitou a dizer que as cláusulas do edital e do contrato, no caso concreto, estavam em conformidade com as Normas-Padrão, sendo certo, ainda, que o formato de remuneração não foi avaliado sob a ótica daquela nota.

Ademais, através daquele parecer, observou-se que o inquérito civil alhures mencionado investiga a contratação da empresa Articulação Comunicação e Marketing Ltda., para a prestação de serviços de comunicação, propaganda e marketing, para atendimento às necessidades gerais do Município de Betim (cultura, transporte, trânsito e mobilidade), ocorrida por meio do Processo Administrativo de Compras nº. 223/2009, Licitação Concorrência nº. 002/2009, que resultou no Contrato nº. 448/2009, em 25/11/2009, fls. 409/418.

Do referido Contrato de Prestação de Serviço nº. 448/2009, ressalta-se a cláusula 3.2.1, letras A, B, C, D e E, em que consta os percentuais definidos a favor da agência de publicidade a título de “Desconto-padrão” e “Honorários”:

3.2.1 – O preço dos serviços contratados será em conformidade com o discriminado abaixo e proposta da contratada que passa a fazer parte integrante deste contrato como Anexo I.

A) preço para veiculação em mídia impressa, eletrônica e telemática de acordo com a tabela de preços em vigor, dos veículos na data da veiculação da matéria, sendo que do preço cobrado 20% pertence a Agência, conforme Lei 4.680 art. 11 de 18/06/65, Decreto 57.690 art. 11 parágrafos 1º, 2º, 3º, cuja porcentagem está especificada em Conceitos Básicos 1.12 das Normas Padrão deste Decreto.

B) preço para serviços terceirizados necessários à execução do objeto do presente Contrato, excluídos os citados na letra “A”, será aferido mediante a apresentação pela “CONTRATADA”, de 03 (três) orçamentos, desde que estejam no preço de mercado, para o “CONTRATANTE” analisar e autorizar o orçamento que melhor o atenda, tendo o mesmo autonomia e a seu critério, para solicitar a inclusão de outras propostas de fornecedores. No caso de serviços que constam de tabelas de Entidades Representativas, excluem-se os 03 (três) orçamentos, prevalecendo o preço da tabela, desde que seja mais vantajoso para o Município, ressalvada a possibilidade de oferecer descontos sobre a mesma.

C) Os preços dos serviços realizados diretamente pela “CONTRATADA”, com exclusão dos preços apurados, na forma dos itens acima, serão prestados mediante honorários, tendo como parâmetro básico as referências de Custos do Sindicato da Agência de Propaganda do Estado de Minas Gerais, consolidada na Tabela em vigor, com o respectivo percentual de desconto de 50% (cinquenta por cento), conforme a proposta da “CONTRATADA”.

D) Honorários de 15% (quinze por cento) que incidirão sobre os custos dos serviços e suprimentos externos, contratados junto a fornecedores especializados.

E) Honorários de 5% (cinco por cento) que incidirão sobre os custos dos serviços e suprimentos externos, contratados junto a fornecedores especializados, quando sua responsabilidade limitar-se exclusivamente à contratação ou pagamento dos serviços.

Tal cláusula está em consonância com a proposta de preço apresentada pela empresa na Concorrência n. 002/2009, qual seja: **50% de**

desconto sobre os custos internos da agência, baseados na Tabela de Custos Referenciais do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Minas Gerais; **15% de honorários sobre o valor dos serviços e suprimentos externos contratados com fornecedores especializados;** e **5% de honorários incidentes sobre os custos de outros serviços realizados por terceiros,** quando a responsabilidade da agência limitar-se exclusivamente à contratação do serviço/suprimento; e, por sua vez, em conformidade com as Normas-Padrão da Atividade Publicitária, conforme parecer da CEAT.

2.8 – Esclarecimentos referente ao funcionamento da precificação das despesas com publicidade e propaganda.

Conforme descrito no Item 3.1 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária – CENP, a prestação dos serviços de publicidade deve ser fundamentada e executada com base em um plano publicitário, a saber:

3.1 Toda Agência, habilitada e certificada em conformidade com o item 2.5 e subitens destas Normas-Padrão, deve estar capacitada a prestar a seu Cliente os seguintes serviços, além de outros que constituam seu desdobramento natural ou que lhes sejam complementares, agindo por ordem e conta do Cliente/Anunciante:

3.1.1 Estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;

3.1.2 Identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;

3.1.3 Identificação e análise das idéias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;

3.1.4 Exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise das suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

3.1.5 Elaboração do plano publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (Criação) e o estudo dos meios e Veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados (planejamento de Mídia);

3.1.6 Execução do plano publicitário, incluindo orçamento e realização das peças publicitárias (Produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de Mídia), e o no pagamento das faturas. (destaque nosso)

Note-se que o tal plano publicitário deve refletir o trabalho de estudo e pesquisa, definidos nos subitens 3.1.1 a 3.1.4 daquele mesmo dispositivo.

Todavia, em que pese o plano publicitário mostrar-se essencial ao atingimento dos objetivos da campanha, na prática ele não tem estado presente nos procedimentos examinados pelos Analistas da Central de Apoio Técnico – CEAT, quando da análise de grande parte das prestações de contas envolvendo serviços de publicidade contratados por órgãos públicos. Pelo contrário, a experiência da CEAT autoriza concluir que a regra tem sido a veiculação de publicidade sem o antecedente planejamento formal, controle e fiscalização, impossibilitando, por conseguinte, a identificação das reais razões que levaram a agência a escolher este ou aquele veículo para executar a campanha e se o meio utilizado seria, de fato, idôneo ao fim almejado. Sem os estudos prévios (plano publicitário) e, portanto, sem qualquer controle da Administração-anunciante, a agência-contratada fica livre para elevar a remuneração ao seu sabor.

Percebe-se que a formalização da execução dos serviços de publicidade tem seguido uma mesma linha, assim podendo ser descrita:

1 – Solicitação e autorização do serviço pelo órgão público (exemplo, solicitação da criação/ produção de um áudio referente a campanha contra a Dengue e sua veiculação);

2 – Nota fiscal emitida pela agência de publicidade contratada, com os serviços gerados pela solicitação do órgão público, podendo contemplar:

2.1 – Custos Internos: serviços de criação da publicidade; honorários e/ou comissões pelos serviços subcontratados.

2.2 – Custos Externos: serviços terceirizados, correspondentes aos valores devidos às empresas subcontratadas.

Na quase totalidade dos casos analisados pela Central de Apoio Técnico – CEAT, denota-se que as prestações de contas mostram-se precárias e incompletas, não permitindo sequer a comprovação de que a publicidade foi de fato veiculada e que a Administração Pública, portanto, pagou por um serviço efetivamente fornecido.

De todo incontestado que as notas fiscais da agência contratada devem ser acompanhadas dos seguintes documentos/informações:

a) Nota fiscal dos serviços subcontratados de produção da publicidade (exemplo: serviços de gráfica, estúdio, pesquisas);

b) Orçamentos prévios para a execução dos serviços descritos no item “a” retro. De acordo com o item 3.6.1 das Normas-Padrão da Atividade Publicitária – CENP e inciso III, art. 9º, do Decreto nº 57.690/66, os serviços especializados devem ser previamente orçados e o resultado deve estar inserido na prestação de contas;

c) Nota fiscal dos serviços subcontratados de veiculação da publicidade (exemplo: matéria veiculada em jornais, revistas, outdoors, busdoor, rádio, televisão);

d) “Tabela Pública” dos preços praticados pelo veículo de comunicação subcontratado. De acordo com os arts. 14 e 15 do Decreto nº 57.690/66, os preços dos serviços do veículo de comunicação devem ser por esse fixados em Tabela Pública,

aplicável a todos os clientes, inclusive os privados, e anexada à prestação de contas. Sendo fato que a comunicação conhece diferenças substanciais entre os veículos disponíveis no mercado, ditadas por características peculiares a cada um, como o quadro de profissionais, a confiabilidade do seu editorial, a sua abrangência territorial e a sua popularidade, a escolha não deve mesmo pautar-se somente pelo preço, mas pela eficiência da publicidade.

e) Comprovantes da realização dos serviços, com base no inciso III, § 2º, do art. 63, da Lei 4.320/64. A fase de liquidação da despesa, prevista neste dispositivo, visa à comprovação da efetiva realização dos serviços e/ou entrega do material, pressuposto indispensável ao pagamento que se seguirá. Sem esta comprovação, o pagamento é ilegítimo e configura dano ao erário, pois ao desembolso de dinheiro não terá correspondido o efetivo fornecimento. Fazem prova da veiculação da propaganda, v.gr., a folha do jornal, o plano de mídia da emissora, a fotografia do outdoor, dentre outros.

A Agência obrigará-se a apresentar ao Cliente, nos primeiros dias de cada mês, uma demonstração dos dispêndios do mês anterior, acompanhada dos respectivos comprovantes (...) (inciso III, artigo 9º, Decreto nº 57.690/66).

A comprovação da publicidade autorizada é feita mediante anexação, à fatura emitida pela Agência de Propaganda, das Notas Fiscais emitidas pelos Veículos, acompanhadas das folhas (inteiras) dos jornais que a veicularam. Consulta da FENAPRO.²¹

Nesse contexto, a Central de Apoio Técnico, por meio do Ofício-Circular nº 008/2016, regulamentou algumas práticas e procedimentos de trabalho, dentre os quais que os serviços de publicidade fossem comprovados nos seguintes moldes:

Discriminação do Serviço	Comprovação/ liquidação
Veiculação de anúncios em jornais, revistas (...)	Apresentação da cópia da página onde encontra-se a publicação da matéria, abrangendo o preâmbulo com a data, nome e edição do jornal
Veiculação de anúncios em outdoor, busdoor (...)	Apresentação de fotos das imagens da propaganda no outdoor/busdoor (...)
Veiculação de anúncios em rádio e TV (...)	Apresentação de relatório de inserção da propaganda emitido pela emissora de TV/ rádio, e cópia da gravação da propaganda (...)
Confecção de cartilhas, bottons, cartazes, faixas, camisas (...).	Apresentação da foto ou exemplar do material confeccionado

Do caso concreto – Contrato nº 448/2009 – Inquérito Civil n. MPMG-0027.15.000.066-2.

Do total das despesas apuradas na execução do Contrato nº 448/2009, 77% se destinaram a serviços subcontratados, 14% a comissões e honorários em favor da agência contratada e apenas 9% a serviços realizados pela própria agência de publicidade.

21 Disponível em: <http://www.fenapro.org.br/fenapro-responde/licitacoes>. Acesso em 26 de março de 2019.

Consolidação do Quadro I da Planilha I em Anexo (em reais)

Natureza das despesas	Gasto	%
1) Remuneração da agência de publicidade		
1.1) Serviços prestados pela própria agência	180.001,80	9%
1.2) Comissão e honorários sobre serviços subcontratados	292.343,39	14%
2) Serviços subcontratados	1.563.232,60	77%
Total das Despesas	2.035.577,79	

Nota-se que a maior parcela de gastos no caso em tela se referiu a despesas com serviços subcontratados, seguidas das despesas com comissões e honorários em favor da agência de publicidade e, por último na ordem de grandeza, com as despesas com os serviços próprios da agência contratada. A referida ordem da natureza de gastos tem se refletido em praticamente todas as licitações analisadas pela Central de Apoio Técnico – CEAT.

Apesar dos valores das subcontratações e das comissões e honorários delas decorrentes corresponderem aos maiores gastos da conta publicitária, tais rubricas não são consideradas e analisadas na etapa de escolha da agência de publicidade, ou seja, na licitação propriamente dita, pois esta, quando o tema é publicidade e propaganda, a modalidade adotada pela administração é quase sempre a “melhor técnica e preço”.

Com relação à “técnica”, a classificação e o julgamento na licitação se dão por meio do plano de publicidade, elaborado pelos participantes a partir das informações fornecidas no Edital (briefing), sendo o mesmo pontual, ou seja, elaborado apenas para efeito de avaliação e concorrência, não tendo serventia na etapa da execução contratual.

Já no que tange ao quesito “preço”, a escolha da agência de publicidade limita-se em julgar os descontos oferecidos pelas licitantes, para a execução dos serviços próprios, sobre os preços da “Lista de Referência de Custos Internos”, fornecida,

anualmente, pelo Sindicato das Agências de Propaganda – SINAPRO/MG, sendo muito comum o desconto oferecido por elas atingir 90% (noventa por cento) sobre os preços sugeridos na dita “Lista de Referência de Custos Internos”.

Essa prática rotineira de grandes descontos sobre a “tabela” do Sindicato chama a atenção para duas hipóteses:

a) Estariam os preços sugeridos pela “Lista de Referência de Custos Internos” superdimensionados, permitindo à agência praticar os tais descontos de cerca de 90%?

b) A agência de publicidade disporia de outra fonte de receita no contrato, a ponto de perder na remuneração por serviços próprios e compensar essa perda com os honorários e com as comissões?

Não é sabido como e quando foram formados os custos da “Lista de Referência de Custos Internos”, sabendo-se apenas da existência da atualização monetária anual dos preços da Lista.

Dito tudo isso, a CEAT e o CAOPP, considerando a sistemática com a qual tem sido implementado o “desconto padrão”, concluem que o procedimento de licitação pública sequer cumpre o seu papel de estabelecer efetiva competição entre os interessados em contratar com a administração pública, dada a inconsistência dos valores de referência (a tabela do sindicato) e o artificial percentual de desconto que sobre ela se oferece (algo em torno de 90%, repita-se), bem como devido ao fato de os maiores gastos, da conta publicitária, não serem analisados na etapa da escolha da agência de publicidade.

Como se percebe, embora previstos na legislação, os honorários e as comissões sobre serviços subcontratados, em favor das agências de publicidade, mostram-se evidentemente nocivos aos interesses da Administração Pública, pois fazem com que a agência de publicidade tenha interesse em majorar o quanto possível o preço dos serviços subcontratados, haja vista serem eles a base para o cálculo da referida remuneração. Fácil perceber o conflito de interesses entre a Administração-contratante e a agência-contratada, pois aquela busca sempre o menor preço, enquanto que a esta interessa subcontratações de valores mais elevados.

Ademais, na totalidade dos casos analisados pela CEAT, tem se verificado a ausência de planejamento, de controle e de fiscalização (inclusive por não haver plano publicitário) para o atingimento dos fins da publicidade. Nunca visto, o plano publicitário poderia indicar, em cada caso, qual a forma de divulgação e quais veículos seriam os mais apropriados para a propaganda pretendida, permitindo, ainda que apenas em tese (pois os órgãos públicos em geral não têm pessoal qualificado para a avaliação e crítica dos critérios técnicos orientadores da escolha), um mínimo de controle.

Evidente que a agência de publicidade contratada, agindo de forma livre na escolha dos fornecedores e dos veículos e na quantidade de serviços/mídias subcontratados, pode se valer dessa liberdade para compensar os preços subestimados por ela na etapa da licitação, quando oferecidos os descontos na casa dos 90%.

Em arremate, se a remuneração das agências vem – em valores realmente importantes – dos “honorários” e do “desconto-padrão” e se estes têm como base de cálculo o valor por elas contratado com fornecedores e veículos, percebe-se que o contrato de publicidade deixa a administração-contratante inteiramente nas mãos da agência-contratada.

3) CONCLUSÃO

O advento da Lei nº. 12.232, de 20 de abril de 2010, decorreu do reconhecimento da deficiência na legislação que regulava a matéria à época, exigindo alterações nos normativos pertinentes e nos critérios adotados na Lei nº. 8.666/93. Assim, a Lei nº 12.232/2010, que estabelece normas gerais para licitação e contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, presta-se a regulamentar a contratação de serviços de publicidade em consonância com o mercado próprio e específico de tais serviços, sem olvidar dos princípios inspiradores da Administração Pública, em especial aqueles afetos às licitações e contratos.

Depreende-se do artigo 2º desse diploma que a lei 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. Com efeito, a Lei nº 12.232/2010 não incide sobre um tipo específico de serviço de publicidade, contratado isoladamente, mas sobre a concepção de uma solução integrada, constituída por um conjunto de prestações heterogêneas a serem fornecidas em uma mesma relação contratual. Trata-se de contratar a publicidade sob um modelo full service, por meio do qual a agência de propaganda responsabiliza-se pela elaboração de um conjunto de atividades inerentes à concepção, execução e distribuição da campanha publicitária.

É mister registrar, porém, que o arcabouço legislativo aplicável *in casu* não se restringe à Lei nº 12.232/2010. Esta lei se aplica prioritariamente aos procedimentos licitatórios de serviço de publicidade, mas também incide, de forma complementar, a Lei nº. 8.666/1993 e subsidiariamente a Lei nº. 4.680/1965 (que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e dá outras providências). Outrossim, as Normas-Padrão, que são demonstrações da capacidade autorregulatória do setor publicitário, ainda orientam os contratos da espécie. Logo, o plexo normativo é composto não apenas da legislação vigente, mas também das normas de autorregulação, que além de definir padrão de ética comum, rege direitos e deveres e a necessidade de implementar uma cultura de integridade (compliance) nesse setor. Justamente por essa razão é que é relevante, em tema de sistema remuneratório aplicável aos serviços de atividade publicitária contratados pela Administração Pública, analisar o que vem a ser o “desconto padrão”.

O desconto-padrão é, basicamente, uma estrutura de remuneração, referente à prestação dos serviços de mídia das agências. Reside aqui importante controvérsia quanto à conformidade constitucional da Lei nº 12.232/2010, pois vulnerado o princípio da economicidade que deve reger todos os negócios da administração pública. Ainda, é curioso que o mencionado conjunto normativo só se impõe à administração pública, especialmente quanto ao sistema remuneratório, obrigando práticas, como o “desconto padrão”, as “comissões”

e os “honorários”, que eliminam a livre concorrência entre as agências interessadas em contratar com órgãos públicos.

Consoante o art. 19 da Lei nº. 12.232/10, o desconto-padrão constitui a receita da Agência de Propaganda como remuneração pela concepção, execução e distribuição da propaganda, por ordem e conta de seus clientes. A descrição do item 1.11 das Normas-Padrão do CENP acrescenta que o desconto-padrão é calculado sobre o valor negociado, na forma de percentual. É esta a previsão contida nas Normas-Padrão em razão da Lei nº. 4.680/65.

Como cotidianamente detectado pela CEAT, as licitações para escolha das agências de publicidade têm se limitado, no quesito “preço”, em apreciar os descontos oferecidos pelas agências participantes, para a execução dos serviços próprios, sobre os preços da “Lista de Referência de Custos Internos” (ou “tabela do sindicato” da categoria, cuja formação é desconhecida). Ainda segundo a experiência da CEAT, também é muito comum que tal desconto atinja o percentual de **90% (noventa por cento)** sobre os preços sugeridos na dita “Lista de Referência de Custos Internos”.

O que chama a atenção é a amplitude desse “desconto” oferecido à Administração Pública, dando ensejo a duas indagações:

a) Estariam os preços sugeridos pela “Lista de Referência de Custos Internos” superdimensionados, permitindo à agência praticar os tais descontos de cerca de 90%?

b) A agência de publicidade apostaria nas outras fontes de receita do contrato, a ponto de perder na remuneração por serviços próprios e compensar essa perda com os honorários, com as comissões e com o desconto-padrão, cujos valores ficam a seu critério, já que calculados sobre os serviços de terceiros por ela escolhidos?

De um modo ou de outro, há evidente potencial risco de prejuízo para a Administração Pública contratante, do ponto de vista prático, a recomendar que esse modelo de remuneração seja evitado. Melhor, por prestigiar a efetiva competição entre

as agências licitantes e por preservar o interesse da Administração Pública em gastar o quanto menos na realização das despesas em geral, e em particular nas despesas com publicidade, que o edital de licitação fixe como remuneração única para a agência-contratada, para os seus custos internos, o valor que a agência vencedora ofertar, em forma de desconto sobre a “Lista de Referência de Custos Internos” (ou “tabela do sindicato”). E que o edital deixe claro que a Administração arcará, como já arca, com os custos externos, ou seja, com os relacionados a serviços subcontratados de gráficas, estúdios, jornais, emissoras, etc., sobre os quais não poderá haver comissões, honorários e desconto-padrão em proveito da agência-contratada.

De outro lado, enquanto mantido o modelo de remuneração da questionada Lei nº. 12.232/2010, imprescindível que, tratando-se de serviços publicitários, o procedimento de realização de despesas observe as seguintes exigências:

a) Nota de empenho;

b) Nota fiscal da agência de publicidade, envolvendo os custos internos (de criação da campanha, desenvolvimento do plano de publicidade, comissões, honorários e desconto-padrão, etc.) e custos externos (serviços subcontratados: gráficas, estúdios, jornais, emissoras de rádio e TV, etc.), acompanhada de documentos comprobatórios dos serviços subcontratados:

b.1) Plano publicitário;

b.2) Notas fiscais dos fornecedores subcontratados (gráfica, estúdios, etc.),

b.3) Mínimo de **3 orçamentos** de serviços de produção da publicidade (gráficas, etc.) e **tabela de preços** do veículo de comunicação utilizado;

b.4) comprovante da efetiva realização do serviço (exemplar do jornal, da cartilha, do panfleto, etc.; foto do outdoor; CD ou DVD da matéria veiculada; relatório de inserções da emissora, etc.)

Diante de todo o exposto, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e sem caráter vinculante, são essas as considerações do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Central de Apoio Técnico que tem a registrar.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 03 de maio de 2019.

JOSÉ CARLOS FERNANDES JUNIOR

Promotor de Justiça

Coordenador do CAO – Patrimônio Público

EDSON DE RESENDE CASTRO

Promotor de Justiça

Coordenador da CEAT