



PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
Secretaria de Comunicação Social
Secretaria de Gestão, Controle e Normas
Diretoria de Normas

NOTA TÉCNICA Nº 015/2007/DINOR/SGCN/SECOM

Brasília, 20 de julho de 2007.

Referência: Processo nº 00170.001615/2007-86
Processo TCU – 013.100/2005-4 - Acórdão nº 355/2006 – TCU - Plenário

Assunto: Subsídios para interposição do Recurso de Embargos de Declaração.

Senhor Diretor,

1 – Introdução

Trata-se do **Acórdão nº 355/2006 – TCU - Plenário**, oriundo do Relatório da Auditoria de Conformidade realizada no **Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES**, objetivando verificar a regularidade da contratação e execução dos serviços de publicidade e propaganda, relativos ao período entre 2000 a 2005, o qual enfatiza a ocorrência de “*falhas operacionais*” que, segundo o Relatório, seria decorrente de “*ação (ou falta de ação) da Secom/PR, órgão central de comunicação do Governo Federal*”, o que por si só, já demonstra o interesse e a legitimidade da SECOM em interpor o recurso de Embargos de Declaração em face do referido Acórdão.

2 – Análise da necessidade da interposição de recurso

Em 22.03.2006, os Ministros do Egrégio Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, resolveram, por meio do v. Acórdão nº. 355/2006, determinar ao BNDES as providências constantes do item 9.2.3, com o seguinte teor:

“9.2.3. abstenha-se de subcontratar serviços, bem como evite que as subcontratadas emitam notas fiscais em nome do Banco”;

A determinação afigura-se **contraditória** e **obscura**, porquanto ela contradiz o teor do **Acórdão nº 2062/2006 – Plenário**, em relação aos serviços específicos em que a Corte de Contas já reconheceu a possibilidade da subcontratação, revelando-se ainda obscura ao determinar o não cumprimento do princípio da legalidade, da eficiência e da economicidade, já que os serviços de publicidade devem ser executados por ordem e conta dos anunciantes (art. 3º, Lei 4.680/65) e que, para tanto, o faturamento da divulgação será feito em nome do anunciante (art. 15, Decreto nº 57.690/66).

Registre-se que o v. Acórdão nº 2062/2006, deve ser considerado como Acórdão paradigma, por ser o resultado de um trabalho abrangente e percuciente, específico sobre as peculiaridades da contratação e execução dos serviços de publicidade, que, conforme consta do Relatório da equipe de auditoria, ***“teve por objetivo consolidar as auditorias realizadas no segundo semestre de 2005, em dezessete órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para verificar a legalidade das licitações e contratos de prestação de serviços de propaganda e publicidade, relativos ao período de 2001 a 2005”***. (grifo nosso).

Consta ainda do mencionado Relatório de Auditoria que contemplou o ***“o atendimento à determinação à Adfis constante do Acórdão nº 2.034/2005-TCU - Plenário (item 9.5.1), para que fossem realizados ‘estudos com vistas a examinar as irregularidades existentes no contrato decorrente do modelo de licitação formulado pela Subsecretaria de Comunicação Institucional da Presidência da República, bem assim as peculiaridades concernentes a esse objeto’***. (grifo nosso).

Diante dessas constatações, conclui-se que o v. Acórdão nº 2062/2006 é o mais representativo do pensamento do Tribunal a respeito do que pode ou não constar dos editais e contratos dos serviços de publicidade, executados por de agências de propaganda.

Por isso, existem **contradições** supervenientes, com o advento do Acórdão 2062/2006, e **obscuridades** na determinação inscrita no item 9.2.3. do Acórdão 355/2006, tendo em vista ser aquele Acórdão mais recente e específico da área de publicidade e por ser ele mais abrangente ao se referir à consolidação das auditorias realizadas no período de 2002 a 2005 em dezessete órgãos e entidades da Administração Federal.

Deveras, com uma análise mais profunda do Acórdão nº 2062/2006, verifica-se que a Corte de Contas identificou ali, claramente, quais os casos em que estariam vedadas a subcontratação, conforme determinação do item 9.1.5., *verbis*:

9.1.5. assegure que os integrantes do Sicom realizem licitações independentes, sem a intermediação das agências de propaganda, para a contratação dos seguintes serviços:

9.1.5.1. assessoramento e apoio na execução de ações de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios;

9.1.5.2. organização de eventos;

9.1.5.3. planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições; e

9.1.5.4. outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante;

O item acima citado decorre de profunda análise das normas que tratam dos contratos de publicidade, feitas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, ao concluir que ***“a imposição de licitações em separado importaria a realização de diversos certames de menor porte, o que contraria o princípio da eficiência e provoca protelação de prazos, eis que os trabalhos já criados teriam de esperar o desfecho de licitações posteriores para atingir a produção final”***.

Para fundamentar esse entendimento, o Ministério Público junto ao TCU argumenta o seguinte:

“(..) Da mesma forma, não se mostra viável a promoção de grandes licitações para a execução dos serviços rotineiros decorrentes da criação, incluindo as necessidades de várias campanhas, conforme sugerido pela equipe de auditoria (fl. 232), pois somente a própria agência criadora teria condições de avaliar o fiel atingimento do resultado pretendido em cada campanha, eis que essa tarefa demanda profunda especialização técnica, e de melhor selecionar o fornecedor mais apropriado em cada segmento (veiculação, produção de vídeo, reprodução etc.).

Assim, por exemplo, cada gráfica e cada produtora de vídeo tem maior especialização em determinado tipo de serviço, sendo a agência criadora a mais capacitada para selecionar aquela que melhor atenderia à demanda específica de cada campanha. Demais disso, o vínculo formado entre criador e produtor permite a fiscalização e o acompanhamento de cada fase da produção, garantindo mais fidelidade à idéia original, e, em conseqüência, maior qualidade do resultado final. Destarte, a promoção de licitações distintas, como proposto, poderia implicar prejuízo para o conjunto, o que seria incompatível com o princípio da eficiência que deve nortear a Administração Pública.

Portanto, a obrigatoriedade da intermediação das agências para a execução dos serviços atinentes às ações publicitárias da Administração Pública, imposta pelo artigo 9º do Decreto 4.799/2003, não mereceria ser vergastada, haja vista que essa intermediação, se realizada de forma correta, com os devidos controles, poderia resultar em maior qualidade dos produtos finais. Destarte, não se mostra oportuno o item IV, alíneas “a” a “c.1”, da proposição (fl. 243).

Todavia, afigura-se escoreita a proposta de realização de licitações, sem a intermediação das agências de propaganda, para a contratação dos serviços constantes das alíneas “c.2” a “c.5” do citado item IV, quais sejam: de assessoramento e apoio na execução das ações de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios; de organização de eventos; de planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições, e de outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante.

Com efeito, esses serviços, excluindo a promoção e o patrocínio, referem-se a ações de comunicação mais ligadas às áreas de imprensa e relações públicas, não estando inseridas na área de publicidade, em consonância com o disposto no artigo 2º do Decreto 4.799/2003. Considerando que o artigo 9º da referida norma determina a intermediação de agência de propaganda tão-somente nas ações publicitárias, a mudança na sistemática de contratação das demais ações de comunicação não demandaria alteração da legislação vigente.

Outrossim, quanto às ações de promoção, aí incluído o patrocínio (artigo 2º, inciso III, alínea “b”, do Decreto 4.799/2003), tem-se que o § 1º do artigo 9º do mesmo decreto dispõe que “as ações de promoção poderão ser executadas sem a intermediação de agência de propaganda, a critério dos integrantes do Sicom”.

A execução dessas ações de comunicação por intermédio das agências de propaganda implica a celebração de verdadeiros “contratos guarda-chuvas”, nos quais os aludidos serviços são subcontratados sem licitação, sem critérios e sem transparência, em detrimento dos princípios da publicidade, da isonomia, da eficiência e da economicidade, entre outros.

Assim, a realização de licitações separadas para a contratação desses serviços mostra-se conveniente e necessária para a Administração Pública, pois, além de reduzir custos, eis que serão eliminadas as comissões provenientes das subcontratações efetuadas pelas agências de propaganda, propicia melhor controle das verbas investidas, bem como melhor atendimento às demandas dos órgãos e das entidades contratantes.

Portanto, cumpre determinar à Secretaria-Geral da Presidência da República, como órgão central do sistema de comunicação de governo do Poder Executivo Federal, que assegure que os integrantes do Sicom promovam licitações independentes, sem a intermediação das agências de propaganda, para a contratação desses serviços.(...)”

Com esses fundamentos, o membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, manifestou-se no item V, alínea ‘d’, de sua proposta, no sentido de que fosse determinado à Secretaria-Geral da Presidencia da Republica que:

d) assegure que os integrantes do Sicom realizem licitações independentes, sem a intermediação das agências de propaganda, para a contratação dos seguintes serviços:

d.1) assessoramento e apoio na execução de ações de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios;

d.2) organização de eventos;

d.3) planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições; e

d.4) outros serviços destinados ao atendimento das necessidades de comunicação do contratante;

A redação acima, proposta pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, passou a integrar o item 9.1.5. do Acórdão nº 2062/2006 – Acórdão paradigma - de forma que, fica evidente a contradição com o item 9.2.3. do Acórdão 355/2006, que deve ser corrigido pela Corte de Contas.

Portanto, o fornecimento de serviços de terceiros na execução das ações publicitárias revelam-se imprescindíveis, por se tratar de atividades vinculadas, ou seja, aquelas conexas à ação publicitária. São serviços que não poderiam ser executados separadamente de outras ações integrantes de um mesmo esforço publicitário sob pena de redundar em perda da qualidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços, conforme ensina o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, *verbis*:

“Na contratação de serviços publicitários, todavia, essa divisão do objeto não seria recomendável, eis que o resultado final do trabalho de comunicação depende de uma perfeita conexão entre as fases de criação e de produção final das peças. Sendo assim, somente as empresas que participaram do processo criativo teriam condições de melhor garantir a excelência do produto final, sob pena de se admitir a interferência de um terceiro alheio à idealização que poderia desvirtuar a própria idéia concebida”.¹

Esclareça-se que os outros serviços para o atendimento das necessidades de comunicação do contratante, constante do item 9.1.5.4., devem ser interpretados como reforço do item 9.1.5.1. acima citado, que trata dos serviços de assessoria de imprensa, relações públicas, promoção e patrocínios, não abrangendo as ações de publicidade, em face da determinação contida no item 9.10 do Acórdão nº 2062, *verbis*:

¹ Parecer Ministério Público Junto ao TCU – acima citado.

9.10. determinar à Secretaria de Comunicação do Governo e Gestão Estratégica da Presidência da República (órgão central do SI-COM), que:

9.10.1. em face do disposto no art. 9º, § 1º, do Decreto nº 4.799/2003, realize, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, estudo técnico circunstanciado, no sentido de identificar, em tese, ou, pelo menos, estabelecer critérios para identificação, nos casos concretos, de quais serviços vinculados a ações de publicidade, sobretudo aqueles mais onerosos, não necessariamente teriam de ser intermediados pelas agências de publicidade, informando ao Tribunal o resultado alcançado após o referido prazo; e

9.10.2. com base no referido estudo técnico, oriente os órgãos e entidades da Administração Pública Federal quanto ao procedimento a ser adotado, em cada caso, acerca da necessidade ou não, da intermediação das agência de publicidade;

Por isso, ao impor a proibição genérica de subcontratação dos serviços vinculados às ações de publicidade, o item 9.2.3. do v. Acórdão nº 355/2006, restou contraditório com as determinações supervenientes dos itens 9.1.5 e no item 9.10.1, do v. Acórdão nº 2062/2006, mais representativo do pensamento da Corte, que foi mais parcimonioso ao não vedar expressa e genericamente todas as formas de subcontratação para a concretização das ações publicitárias e ao exigir um prévio estudo técnico, para identificar, nos casos concretos, quais os serviços vinculados às ações de publicidade que não teriam de ser intermediados por agência de propaganda.

Essa situação já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, no v. **Acórdão nº 1180/2007 – Plenário**, que deu provimento aos Embargos de Declaração interpostos pela SECOM, sob o fundamento de que *“a definição de quais serviços vinculados a ações de publicidade não necessariamente teriam de ser intermediados pelas agências de publicidade depende da conclusão de estudos técnicos, cuja realização foi determinada no item 9.10 do Acórdão nº 2.062/2006 – Plenário”*.

Assim, a Corte de Contas já reconheceu que o Acórdão nº 2062/2006, deve ser considerado como Acórdão paradigma para todas as determinações, passadas e futuras, inerentes aos editais, contratos e execução dos serviços de publicidade.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade e a utilidade de se interpor o recurso de Embargos de Declaração, perante o Egrégio Tribunal de Contas da União, para que aquela Corte afaste as contradições subsistentes e aclare as obscuridades verificadas, razão da presente Nota Técnica.

3 – Da Fundamentação Jurídica

3.1. Das Considerações Gerais

As vedações constantes do item 9.2.3. do Acórdão nº 355/2006 devem ser interpretadas à luz do que determina o item 9.10 do Acórdão nº 2062/2006, que impôs a prévia realização de estudos técnicos para identificar, em tese, ou, pelo menos, estabelecer critérios para identificação, nos casos concretos, de quais serviços vinculados a ações de publicidade não teriam de ser intermediados pelas agências (subcontratados), dando um prazo de 180 dias para a realização desse estudo.

Por isso, em que pese o percuciente estudo do qual se emergiu o v. Acórdão nº 355/2006, o item 9.2.3. o referido Aresto não pode prevalecer, uma vez que a vedação de subcontratar, de forma genérica, inviabiliza as ações publicitárias de governo, já que impede a execução de um rol de serviços que podem ser imprescindíveis para a eficiência, eficácia e efetividade do contrato, dependendo de cada caso concreto.

Dessa forma, o item 9.2.3. do v. Acórdão nº 355/2006 – TCU, causa perplexidade diante de decisões mais abrangentes da Corte de Contas, de onde emergem contradições que precisam ser afastadas e obscuridades que devem ser aclaradas, razão pela qual existe a necessidade de se interpor o recurso de **Embargos de Declaração**, para que o Tribunal reconheça os equívocos e corrija o item questionado.

3.2. Da Legitimidade da SECOM para Interposição do Recurso

O art. 144 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União determina que são partes no processo, o responsável e o interessado, sendo responsável aquele assim qualificado, nos termos da Constituição Federal, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e na respectiva legislação aplicável.

O art. 2º-B, inciso V, da Lei nº 10.683/2003, com redação dada pela Lei nº 11.497/2007, determina que compete à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República - SECOM, a coordenação, normatização, supervisão e controle da publicidade e de patrocínios dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, e de sociedade sob controle da União.

Dessa forma, conclui-se que a SECOM tem legitimidade para atuar perante o Tribunal de Contas da União, neste caso, com fundamento no art. 144 do RITCU, c/c art. 2º-B da Lei nº 10.683/2007, uma vez que a legitimidade nasce da competência determinada pela norma aplicável.

Verifica-se também o interesse processual da SECOM, no presente caso, tendo em vista que o Relatório da Auditoria, de onde emergiu o Acórdão nº 355/2006, destaca que *“a ocorrência de falhas operacionais, que, embora influenciem diretamente os trabalhos do BNDES, são causadas pela ação (ou falta de ação) da Secom/PR, órgão central de comunicação do Governo Federal”*, o que confirma o interesse da SECOM em ingressar no feito, interpondo o recurso cabível na espécie.

Em que pese à competência da SECOM e diante da assertiva que imputa as falhas constatadas à sua ação ou omissão, a Corte de Contas não determinou a sua notificação para tomar conhecimento do Acórdão em questão.

3.3. Tempestividade do Recurso de Embargos de Declaração

Por outro lado, neste caso, revela-se tempestiva a interposição do recurso de Embargos de Declaração, com fundamento no princípio constitucional da ampla defesa, visto que a SECOM somente tomou conhecimento do conteúdo do v. Acórdão nº 355/2006, em 18 de julho de 2007, quando recebeu informalmente uma cópia por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), momento em que encaminhou requerimento à Corte de Contas, solicitando cópia da Proposta de Mérito do recurso interposto (cópia do requerimento anexa).

Ademais, como órgão central da comunicação de Governo, a SECOM é e sempre será parte legítima para atuar em todos os processos pertinentes às ações de publicidade, razão por que deve ser notificada de todas as decisões da Corte de Contas que tratam desse assunto, nos termos do art. 183, I, alínea 'a' do Regimento Interno do TCU.

Como a SECOM ainda não foi notificada sobre o teor o Acórdão nº 355/2006, por parte do TCU, devem prevalecer os demais casos, previstos no item IV do art. 183 do RITCU. Por isso, se a SECOM só tomou conhecimento do Acórdão em 18 de julho de 2007, quando recebeu uma cópia pelo BNDES, revela-se tempestiva a interposição do recurso de Embargos de Declaração até o dia 28 de julho de 2007.

3.4. Do Cabimento dos Embargos de Declaração

O art. 34 da Lei nº 8.443, de 1992, determina que “*Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida*”.

Conforme verificado acima, o item 9.2.3. do Acórdão nº 355/2006, é contraditório em relação aos itens 9.1.5 e 9.10.1 do Acórdão nº 2062/2006, por tornar insubsistentes as determinações constantes dos referidos itens, já que vedam todas as subcontratações dos serviços inerentes a uma ação publicitária.

Verifica-se ainda obscuridade no item 9.2.3 do Acórdão nº 355/2006, ao orientar que as subcontratadas evitem emitir notas fiscais em nome do anunciante, em detrimento do art. 3º da Lei nº 4.680/65 e art. 15 do Decreto nº 57.690/66, sendo também contraditória a determinação, em relação ao conteúdo do Acórdão nº 2062/2006, já que este não tratou do assunto referente à emissão de notas fiscais, silêncio que se revela eloquente em razão ao princípio da legalidade.

3.4.1. Primeira Hipótese – Contradição com o item 9.1.5 e item 9.10 do Acórdão paradigma nº 2062/2006 – Ampliação de vedações que o torna insubsistente.

Com o advento do Acórdão nº 2062/2006, referente aos trabalhos de consolidação das auditorias realizadas nos contratos de publicidade, este passou a ser o Acórdão paradigma da execução das ações publicitárias de Governo, conforme reconheceu o Acórdão nº 1180/2007 – Plenário, impondo-se a harmonização de todos os demais Acórdãos, passados e futuros, que tratam do assunto, sob pena de criar-se uma balbúrdia, com determinações contraditórias para um órgão ou entidade integrante do SICOM, ao mesmo tempo em que se impõe para a SECOM normatizar para todos, o que se revela impossível, pela existência de Acórdãos com determinações contraditórias e obscuras, para um ou outro órgão ou entidade do SICOM.

Conforme verificado acima, o item 9.1.5. do Acórdão 2062/2006, determinou para a SECOM assegurar aos integrantes do SICOM, que realize licitações independentes, sem a intermediação de agência (subcontratação), para os serviços assessoria de imprensa, relações públicas, promoção, patrocínio e outros serviços referentes às necessidades de comunicação do Governo, organização de eventos, planejamento e montagem de estandes em feiras e exposições.

Em frontal contradição com o item 9.1.5. do Acórdão 2062/2006, o item 9.2.3 do Acórdão nº 355/2006, ora questionado, veda qualquer subcontratação, o que se revela impossível de ser cumprido pelo BNDES, que estará submetido também ao Acórdão 2062/2006, inclusive nos atos normativos a serem expedidos pela SECOM.

Portanto não pode subsistir a vedação genérica de subcontratação prevista no item 9.2.3. do Acórdão 355/2006, por contraria as determinações dos itens 9.1.5 e 9.10 do Acórdão nº 2062/2006.

Deveras, a determinação constante do item 9.2.3. do Acórdão nº 355/2006, está em flagrante contradição com as determinações dos itens 9.1.5 e 9.10 do Acórdão 2062/2006, com a vedação genérica de subcontratação de serviços, o que levaria à ineficácia e à ineficiência dos serviços de publicidade quando fosse a necessária a realização de diversos serviços vinculados à ação publicitária, conforme o entendimento do Ministério Público do TCU, na sua manifestação constante do referido Relatório:

“Em que pesem os argumentos expendidos pela equipe de auditoria, não se mostra a melhor solução para a questão em tela a proposta de que seriam licitados e contratados separadamente os serviços de reprodução e veiculação daqueles de concepção/criação de ações publicitárias, plano de mídia, produção de vídeo, pesquisas (pré e pós-testes) vinculadas à concepção das campanhas. Tem-se que a desvinculação proposta entre agências de publicidade e os fornecedores dos demais serviços, como os de reprodução e veiculação, poderia acarretar, na prática, uma perda de qualidade dos trabalhos e poderia prejudicar o tempo de produção das campanhas idealizadas, podendo tornar intempestivas as ações de publicidade do Governo”.

“Ademais, a imposição de licitações em separado importaria a realização de diversos certames de menor porte, o que contraria o princípio da eficiência e provoca protelação de prazos, eis que os trabalhos já criados teriam de esperar o desfecho de licitações posteriores para atingir a produção final”.

“A área de publicidade, pela sua natureza, reveste-se de peculiaridades que a distingue de outras áreas técnicas como a engenharia, por exemplo, na qual o objeto é, geralmente, divisível, e a sua execução pode ser delegada sem prejuízo à fidelidade da concepção. Na contratação de serviços de publicidade, todavia, essa divisão do objeto não seria recomendável, eis que o resultado final do trabalho de comunicação depende de uma perfeita conexão entre as fases de criação e de produção final das peças. Sendo assim, somente as empresas que participaram do processo criativo teriam condições de melhor garantir a excelência do produto final, sob pena de admitir a interferência de um terceiro, alheio à idealização que poderia desvirtuar a idéia concebida”.²

Evidente que a determinação prevista no item 9.10 do Acórdão nº 2062/2006 revela-se mais equânime e de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao primar por maior parcimônia na vedação, com base em estudo técnico detalhado e ao mesmo tempo buscando uma solução de meio termo, para não causar transtorno imediato nos serviços de publicidade, até mesmo porque é o caso concreto que vai nortear o que deve ser proibido ou permitido.

² Relatório de Auditoria – Processo TC 019.444/2005-2

Ademais, a determinação para se fazer um estudo técnico mais preciso dos serviços vinculados às ações de publicidade que não necessitariam ser intermediados por agências, demonstra que não existe uma segurança jurídica para determinar, de imediato, a proibição de subcontratação dos serviços inerentes às ações publicitárias, conforme constou do item 9.2.3. do Acórdão nº 355/2006, que se revela impossível de ser cumprido.

Por isso, revela-se imprescindível que o Tribunal faça comparação dos itens 9.1.5 e 9.10 do Acórdão 2062/2006, com o item 9.2.3 do Acórdão 355/2006, e ao fazê-lo conclua pela impertinência da determinação de se vedar todas as formas de subcontratação, por ser aquele Acórdão específico para a área de publicidade e mais abrangente do que este, até mesmo pela necessidade de se uniformizar os entendimentos da Corte de Contas e evitar dúvidas na interpretação de diversos comandos para uma mesma contratação.

Além disso, a não divisão do objeto de uma ação publicitária, se alinha, no espírito, ao § 5º do art.23 da Lei nº 8.666 /1993, que veda a utilização de modalidades de licitações menores, para parcelas de um mesmo serviço, ou ainda para serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, quando o somatório de seus valores caracterizar modalidade maior de licitação, **exceto** as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por empresas de especialidade diversa daquele do executor do serviço.

No caso em apreço, revelam-se indivisíveis todos os trabalhos realizados nas diversas fases de execução de uma ação ou um conjunto de ações publicitárias – planejamento, estudo, criação e concepção, pesquisa de pré-teste, produção, veiculação/exibição, pesquisa de pós-teste, tendo em vista que *“muitas vezes é necessário a interferência do trabalho de criação sobre o de mídia e vice-versa, por isso, é preciso haver uma grande integração entre essas duas tarefas”*.³

Acresce que, em sintonia com o conceito de complementaridade, pode até mesmo existir ação de publicidade conexas e sinérgicas com outras ações de comunicação, formando um todo inseparável que se revela temerário impor uma divisão do objeto, para contratação em separado, por provocar perda da qualidade dos serviços e atraso na execução do contrato.

Portanto, em face da integração entre as tarefas das diversas fases de uma ação publicitária, verifica-se que os serviços conexos e sinérgicos à ação não podem ser parcelados para serem executados mediante licitações independentes, em vista da vedação legal e, sobretudo da sinergia inerente aos trabalhos ínsitos a um esforço publicitário, que consiste na atividade coordenada de várias pessoas físicas ou jurídicas para a concretização conjunta e concomitante de um objetivo comum, consubstanciado na efetivação, eficiente e eficaz, de uma campanha publicitária.

Nesse contexto, revela-se impraticável a vedação de subcontratar todos os serviços inerentes a uma ação publicitária, conforme previsto no item 9.3.2. do Acórdão nº 355/2006, por se tratar de serviços vinculados a ações de publicidade que necessitam de ser intermediados por agência de publicidade, em face da conexão, sincronia e sinergia existentes nas tarefas inerentes a um esforço publicitário, e pela própria vedação legal, que impede o parcelamento de serviços da mesma natureza, conforme previsto no art. 23, § 5º da Lei nº 8.666/1993, e que impõe a realização de tais serviços por agência de publicidade, conforme dispõe o art. 9º, do Decreto 4.799/2003.

³ RAFAEL SAMPAIO, in Propaganda de A a Z, Editora Campus, 3ª edição, 2003, p. 36.

Dessa forma, a vedação genérica de subcontratação, determinada no item 9.2.3.do Acórdão nº 355/2006, está em frontal contradição com as orientações que culminaram com as determinações previstas nos itens 9.1.5 e 9.10 do Acórdão nº 2062/2006, razão pela qual impõe-se a necessidade de se corrigir a contradição mencionada, afastando-se a vedação genérica de subcontratação, já que tal determinação poderá causar transtornos na execução dos contratos de publicidade, conforme restou alertado na manifestação do Ministério Público no Tribunal, acima citada.

3.4.2. Segunda Hipótese – Obscuridade da Segunda determinação do item 9.2.3. – Acórdão nº 355 - Veda emissão de Notas Fiscais em nome do Anunciante: determinação que contraria o princípio da legalidade. Contradição com o Acórdão paradigma nº 2062/2006 – Não previu essa vedação. Silêncio eloqüente.

Afigura-se obscura a determinação da segunda parte do item 9.2.3. do Acórdão 355/2006, ao impor que se “**evite que as subcontratadas emitam notas fiscais em nome do Banco**”, uma vez que as notas fiscais referentes aos serviços subcontratados devem ser emitidas em nome do anunciante (BNDES). A obscuridade, no caso, decorre da afronta aos princípios da legalidade e da economicidade, já que as notas fiscais dos serviços de publicidade são emitidas em nome do anunciante por imposição legal, conforme art. 3º da Lei nº 4.680/65 e art. 15 do Decreto nº 57690/66, a seguir transcritos:

Art 3º A Agência de Propaganda é pessoa jurídica, 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 idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público.

Portanto, verifica-se que, no mercado publicitário, as agências de propaganda desenvolvem uma atividade econômica peculiar, uma vez que, ao mesmo tempo em que criam ou concebem materiais publicitários, empregando a arte, a técnica e os métodos de comunicação publicitária, intermediam negócios de interesse do anunciante junto a terceiros, fornecedores e veículos de comunicação, para a efetivação da ação publicitária.

O art. 6º da Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o imposto de serviços de qualquer natureza, determina que “**Contribuinte é o prestador do serviço**”, de forma que, se o faturamento dos serviços for efetivado em nome da agência, esta não poderá faturar novamente os mesmos serviços em nome do anunciante, porque ela não foi a prestadora dos serviços, ou seja, a agência apenas intermedeia os serviços dos fornecedores e dos veículos, não podendo faturar um serviço que não prestou.

Salienta-se que, o Acórdão nº 2062/2006 refere-se sempre à intermediação de agência de publicidade em todas as vezes que trata da subcontratação, revelando-se obscura a determinação de que a nota fiscal seja emitida em nome da agência, tendo em vista que ela é apenas intermediária dos serviços, por força do art. 3º da Lei nº 4.680/65, acima citado.

Por isso, o art. 15 do Decreto nº 57.690/66, que aprovou o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680/65, determinou que “**O faturamento da divulgação será feito em nome do Anunciante, devendo o Veículo de Divulgação remete-lo à agência responsável pela propaganda**”.

Essa determinação está coerente com o disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 116/2003, porque se o faturamento for feito em nome da agência, esta não poderá faturar novamente, em nome do anunciante, um mesmo serviço que ela não prestou, para possibilitar a liquidação da despesa e o respectivo pagamento.

Diante da determinação legal, evidente que os editais de licitação e os contratos dos serviços devem prever que as notas fiscais serão emitidas em nome do anunciante.

Dessa forma, a brusca mudança do nome da pessoa em que será efetuado o faturamento, conforme determina o TCU, além de contrariar o princípio da legalidade, contraria também o princípio da economicidade, porquanto causará impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será onerado por duplo encargo tributário desnecessário de diversos tributos (ISS, IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, IRFONTE), uma enorme carga tributária de quase 21% sobre a receita bruta e que poderá variar para em pouco menos ou um pouco mais, dependendo da alíquota local do ISS.

Revela-se obscura toda determinação que contraria disposição legal e princípios constitucionais. Assim, não pode prevalecer a determinação para que as notas fiscais referentes aos serviços subcontratados, intermediados por agência de propaganda, sejam emitidas em nome da agência (ao evitar que ela seja emitida em nome do Banco), por contrariar o princípio da legalidade e por causar impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, onerando-o sem necessidade, contrariando também o princípio da economicidade.

Registre-se ainda que o tributo é decorrente de um fato gerador. O fato gerador do imposto sobre serviços é a efetiva prestação do serviço pelo contribuinte. Se a agência apenas intermedeia os serviços de produção e veiculação, não ocorre o fato gerador do tributo, não podendo a agência emitir nota fiscal em nome do anunciante, para receber o pagamento dos serviços subcontratados, que ela não prestou.

Não existem no mundo jurídico fatos irrealis ou fictícios. O fato gerador do tributo existe ou não existe no mundo jurídico. De forma que, a emissão de nota fiscal pela agência, de um serviço que ela não prestou, poderá caracterizar até mesmo crime de falsidade ideológica, além de onerar indevidamente o erário, em virtude de aumento dos encargos decorrentes dos serviços inerentes à ação publicitária.

Nesse contexto, o atendimento imediato da determinação do item 9.2.3., do Acórdão nº 355/2006, no tocante à emissão das notas fiscais dos serviços subcontratados em nome da agência, implica na obrigação de se manter as condições efetivas da proposta (art. 37, inciso XXI da Constituição) quando ocorrerá uma brusca alteração do valor dos contratos de publicidade, de forma desnecessária e contrária à legislação que rege a matéria.

Deveras, em razão da exigência do Acórdão em questão, a majoração dos impostos decorrentes de faturamento irreal, não prevista na proposta de preços elaborada dentro das regras fiscais normais, observadas pelo mercado, o contrato se desequilibra de modo insuportável, impondo-se que a Administração restabeleça-lhe o equilíbrio, conforme a proposta apresentada na licitação, nos termos do art. 65, § 6º da Lei nº 8.666/93, o que se revela contrário ao princípio economicidade, que deve nortear os atos da Administração.

Ademais, o art. 15 do Decreto nº 57.690/66, ao determinar que o faturamento da divulgação será feito em nome do anunciante, estende-se também, por analogia, aos demais fornecedores dos serviços necessários à execução da ação publicitária.

Essa assertiva tem fundamento no permissivo previsto no art. 108, I, do Código Tributário Nacional, ao prever a aplicação da analogia, “*na ausência de disposição expressa*”, tendo em vista que a agência atua apenas como intermediária dos serviços, porquanto ela executa as ações publicitárias por ordem e conta do anunciante, nos termos do art. 3º da Lei nº 4.680/65.

Registre-se também que, os contratos de publicidade caracterizam-se como contratos privados da Administração, porquanto são regidos, de forma prioritária, pela Lei nº 4.680/65, que dispõe sobre a profissão de publicitários, própria do direito privado.

Dessa forma, o art. 3º da Lei 4.680/65, quando determina que a agência de propaganda executa a ação publicitária por ordem e conta do anunciante, implica que o faturamento dos serviços deve ser feito também em nome do anunciante, tendo em vista que a lei tributária não pode alterar as definições, os conceitos e as formas de direito privado, conforme dispõe o art. 110 do Código Tributário Nacional.

Por isso, reforça-se a obscuridade do disposto no item 9.2.3., do Acórdão nº 355/2006, ao determinar que as notas fiscais dos serviços subcontratados devem ser emitidas em nome da agência, e não em nome do Banco (anunciante), porquanto essa determinação não encontra amparo nem mesmo perante a legislação tributária.

Não há dúvida de que, de acordo com o mercado publicitário consolidado há quase meio século no Brasil, as agências de propaganda realizam atividade econômica, ao prestar os seus serviços de planejamento, criação e execução interna e na intermediação de serviços de terceiros, referentes aos fornecedores e veículos, necessários à materialização e divulgação da mensagem publicitária.

Esses serviços de terceiros são contratados pela Agência após a prévia aprovação escrita do cliente-anunciante, por conta e ordem deste, que é quem se beneficiará com os resultados auferidos através da execução dos trabalhos de produção (fornecedores) e divulgação (veículos).

Portanto, se a agência age como intermediária entre o anunciante que necessita da materialização e divulgação de sua publicidade, somente os fornecedores e veículos que podem realizar tais serviços, revela-se razoável que o faturamento dos serviços deve ser efetivado em nome do anunciante, conforme determina a lei regente do caso, porquanto se torna desnecessária e desproporcional o trâmite fiscal irreal para a agência e depois para o anunciante, razão porque, a determinação constante do item 9.2.3, do Acórdão nº 355/2006, revela obscura, por contrariar os princípios legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Conclusão

À vista do exposto, emerge a necessidade de se interpor os Embargos de Declaração, para possibilitar que o Tribunal de Contas da União corrija o item 9.2.3. do Acórdão 355/2006, no sentido de esclarecer os pontos obscuros levantados, apreciando as contradições verificadas e, de conseqüência, conceder os efeitos modificativos (infringentes) no recurso, especialmente para afastar as referidas determinações, por se revelarem contrárias aos itens 9.1.5. e 9.10 do Acórdão 2062/2006 e por ser contrárias aos os princípios da legalidade, economicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade da Administração Pública, conforme demonstrado acima.

Por fim, sugere-se que, se aprovada, a presente **Nota Técnica** seja encaminhada ao Senhor Subchefe-Executivo da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, para que, caso entenda pertinente, a encaminhe ao Egrégio Tribunal de Contas da União, com a solicitação de que aquela Corte de Contas a receba e conheça como recurso de **Embargos de Declaração**, dando-lhe o necessário provimento.

Salvo Melhor Juízo da Autoridade Competente.

À consideração Superior.

EDGAR FERREIRA DOS SANTOS
ASSESSO/SECOM

De acordo, encaminhe-se ao Senhor Subsecretário de Gestão, Controle e Normas, para as providências que julgar pertinente.

Brasília, de julho de 2007.

JOSÉ RICARDO DE ANTONI
Diretor de Normas da SGCN/SECOM