



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

NOTA TÉCNICA Nº 24/2007/DINOR/SGCN/SECOM

Brasília, 29 de outubro de 2007.

Referência: Processo na SECOM nº 00170.002734/2006-75
Processo no TCU – 019.444/2005-2 - Acórdão nº 2062/2006 – TCU - Plenário

Assunto: Esclarecimentos sobre a proposta de mérito expedida pela Secretaria de Recursos do TCU a respeito do Pedido de Reexame interposto em face do Acórdão nº 2062 – TCU – Plenário.

Senhor Diretor,

1 – Introdução

Diante da proposta de mérito da Secretaria de Recursos do TCU sobre as razões apresentadas no Pedido de Reexame interposto pela Advocacia-Geral da União, como representante da Secretaria Geral da Presidência da República, da qual esta Secretaria de Comunicação Social é sucessora, em face de alguns itens do Acórdão nº 2062/2006-TCU - Plenário, impõe-se a necessidade de apresentar **esclarecimentos** ao Excelentíssimo Ministro Relator do Processo, sobre afirmações e posicionamentos assumidos pela referida proposta de mérito.

2. Breve Relato

A análise desta Assessoria decorre do entendimento de que é necessário prestar esclarecimentos ao Excelentíssimo Senhor Ministro Relator do feito naquela Egrégia Corte de Contas que permitam afastar incongruências contidas na manifestação da Secretaria de Recursos do Tribunal de Contas da União (TCU), juntada nos autos do processo, razão, pois, da presente Nota Técnica.

3. Do Cabimento

Com suporte no princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, entende-se cabível a apresentação de esclarecimentos ao Ministro Relator pela SECOM, como parte interessada, representada pela Advocacia-Geral da União, à vista de a manifestação da área técnica ter adentrado em matéria alheia ao mérito do recurso, além de inovar quanto à posição assumida pela própria Corte no acórdão em reexame

4. Esclarecimentos gerais sobre a manifestação da área técnica do TCU

A proposta de mérito apresentada pela Secretaria de Recursos do TCU, no presente caso, revela-se subjetiva, repleta de juízos de valor contrapostos. Não adentrou o mérito das questões jurídicas postas nas razões do recurso e pode ser considerada como um **anti-recurso**, por inovar em questões já pacificadas no Acórdão recorrido, ao levantar a tese da não-recepção da Lei nº 4.680/65 pela Constituição de 1988, sob o pretexto de que a propaganda comercial (art. 22, XXIX da CF) e a comunicação social (arts. 220/224 da CF) se confundem com publicidade institucional (§ 1º art. 37 da CF), no propósito de *reformatio in peius*, decorrente do Pedido de Reexame, o que é vedado pelo sistema recursal civil brasileiro, já que não pode o Tribunal piorar a situação da recorrente em face do recurso por ela interposto.

Registre-se que a Lei nº 8.389/91, citada na proposta de mérito em apreço, não se aplica ao caso em julgamento, razão por que ela não atribuiu ao Conselho de Comunicação Social, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, a função de emitir pareceres e recomendações sobre publicidade institucional do Poder Executivo Federal, e nem poderia fazê-lo, sob pena de ser inconstitucional, por criar mais um órgão auxiliar de controle externo do Poder Executivo, em detrimento da competência constitucional do próprio TCU.

O Conselho de Comunicação Social, criado pela Lei nº 8.389/91, é órgão auxiliar do Congresso Nacional, no tocante ao cumprimento dos arts. 220/223 da Constituição, que tratam da liberdade de informação jornalística, vedação de censura, regulamentação de diversões e espetáculos públicos, produção e programação das emissoras de rádio, propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora, apreciação pelo Congresso Nacional do ato de outorga ou renovação de concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora.

Uma análise dos arts. 220 a 223 da Constituição Federal permite verificar que eles não tratam da publicidade institucional, razão por que se afigura inapropriada qualquer interpretação que pretenda ampliar a competência do mencionado Conselho de Comunicação Social para emitir pareceres e recomendações, como órgão auxiliar do Congresso Nacional, também sobre a publicidade institucional dos órgãos e entidades da Administração Federal.

Por isso, a confusão apresentada na proposta de mérito não pode prevalecer, porque não está em discussão, no caso, a recepção ou não da Lei nº 4.680/65 pela ordem constitucional vigente, até porque o Plenário da Egrégia Corte de Contas, no próprio Acórdão nº 2.062/2006, reconheceu a validade e aplicação obrigatória dessa Lei, quando no subitem 9.1.1 determinou que a SECOM/PR deve observar “os ditames da Lei 8.666/1993 e

os estritos termos da Lei 4.680/1965 com vistas a fixar a remuneração devida às agências de propaganda”. Ora, entender agora de outra forma é não só inovar em pleno curso do processo, como também conceder que a área técnica do TCU, em sua avaliação, pode rever ou mesmo desconsiderar uma decisão do próprio Tribunal.

Também não vem ao caso a exaustiva manifestação da proposta de mérito, esparramada ao longo dos parágrafos 46 a 72 sobre o Conselho Executivo de Normas Padrão (CENP) e sua mencionada pendência com o Conselho de Defesa Econômica (CADE), porque ambos não são parte do presente processo, fato que o analista fez questão de pontuar quando afirma que as entidades privadas, o CENP incluso, não intentaram mudança do Acórdão nº 2062/2006. Afora essa impertinência, há o fato de essas matérias não serem objeto do Pedido de Reexame em apreço. São, assim, absolutamente estranhas à discussão posta no recurso, logo dispensável qualquer comentário.

Ademais, as questões inerentes à auto-regulação do mercado publicitário brasileiro se constituem em um fato social já acolhido pela ordem jurídica, no teor da Lei 4.680/65, que dificilmente poderia ser revogada por uma interpretação administrativa, até mesmo porque o direito origina-se do fato. Uma nova interpretação não revoga o conteúdo de uma Lei.

É nesse sentido que o Pedido de Reexame demonstra a natureza jurídica do contrato de publicidade, inserida no âmbito dos contratos privados da Administração, ou contratos de figuração privada, em face da realidade do mercado publicitário, que tem fundamento na Lei 4.680/65, cuja validade e aplicação, reitera-se, foram reconhecidas pelo Acórdão em discussão a despeito da opinião agora ventilada.

Vale repetir aqui os ensinamentos do Professor MARÇAL JUSTEN FILHO, no sentido de que *“o fundamental não é o contrato isoladamente considerado, mas as atividades e as empresas que praticam essa contratação. As características da estruturação empresarial geram a impossibilidade de aplicar o regime de direito público, porque isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizará a empresa privada”*.¹

Não se trata também de submissão da Administração Pública aos interesses do setor privado, conforme parece entender do analista, mas da ponderação de interesses e da ponderação de princípios, com ênfase nos princípios da proporcionalidade e da eficiência, conforme ficou consignado no Pedido de Reexame, já que a Administração impõe ao particular todas as regras juridicamente possíveis nas contratações adotadas e, ao mesmo tempo, não tem como deixar de respeitar a realidade do mercado, por ser um fato concreto irrevogável no Estado Democrático de Direito.

Registre-se também que o Pedido de Reexame interposto pela AGU está imbuído de seus próprios fundamentos jurídicos, não necessita de “arrimo” em pareceres contratados por entidades privadas, conforme entendeu o analista, já que o indigitado “arrimo” não foi objeto de pedido consignado no recurso, razão por que se revelam inócuas as análises de pareceres jurídicos eventualmente juntados nos autos. Não interessa para a SECOM se tais pareceres têm ou não “pertinência temática” para o caso.

Lamenta-se que o analista não tenha atentado mais detidamente para os fundamentos do recurso interposto, preferindo enveredar-se na desqualificação do conteúdo de pareceres jurídicos de autoria de respeitáveis juristas, juntados aos autos. A omissão na análise dos fundamentos jurídicos do recurso leva a conclusões insustentáveis.

¹ Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 2005, p. 302.

Frise-se que as matérias jurídicas tratadas no Pedido de Reexame versam sobre procedimento administrativo para licitações e contratos dos serviços de publicidade, de interesse exclusivo da Administração Pública, e não das empresas privadas, já que, no caso de serem mantidas as determinações recorridas, poderá inviabilizar a contratação de serviços essenciais para o atendimento do princípio da publicidade, preceito fundamental da ordem constitucional vigente.

Por isso, revela-se impertinente o alerta grifado do analista, no sentido de que “as entidades privadas interessadas na reforma da decisão não intentaram a mudança do acórdão por meio de recurso” (grifo no original).

Esse raciocínio é equivocado porque as entidades do ramo de publicidade não precisam ter interesse processual na alteração de regras gerais de procedimentos de licitações e contratos impostas pelo TCU, já que as determinações, em tese, não têm a força jurídica para causar qualquer prejuízo a elas.

Na verdade, o interesse das agências de publicidade emergirá com a publicação dos editais de licitações, nos moldes preconizados pelo Acórdão nº 2.062/2006, que poderão inviabilizar a apresentação de propostas, momento em que as empresas poderão paralisar a licitação, mediante ações generalizadas perante o Poder Judiciário.

Da mesma forma, revela-se fora de propósito a assertiva do analista no sentido de que “Coube exclusivamente ao Poder Público a defesa do **status quo**” (grifo no original).

Não há que se falar em manutenção do **status quo** no caso vertente, porque a maior parte das determinações do Acórdão nº 2062/2006 foi acolhida pela Administração, para aprimorar o procedimento das licitações para a contratação dos serviços de publicidade.

Apenas a menor parte das determinações é contestada, pois, a prevalecer seu comando, pode inviabilizar a própria licitação e a contratação dos serviços de publicidade, sem qualquer aprimoramento dos atos do certame, razão da interposição do Pedido de Reexame.

O analista parece não ter entendido os argumentos jurídicos postos no recurso, porque em momento algum foi dito que *“a atuação do TCU nos autos constitui verdadeira emenda constitucional”*. Apenas no questionamento aos subitens 9.1.9 e 9.6.2, em que o Acórdão acrescentou a vedação de *“promoção da imagem do governo federal”*, às vedações instituídas pelo § 1º do art. 37 da Constituição Federal, foi levantada a tese de uma possível emenda constitucional, já que toda vedação deve ser interpretada no sentido restritivo, de forma que o intérprete não pode ampliar aquilo que a Lei Maior não previu.

Da mesma forma, nunca foi dito no recurso que o *“Tribunal de Contas extrapolou as suas competências no acórdão vergastado”*, até porque a Administração acolheu a maioria das suas determinações e argüiu a incompetência do TCU apenas quando se questionou os subitens 9.1.1, 9.1.9 e 9.6.2, em que a Corte determinou que se abstenha de cumprir o Decreto nº 4.563/2002, e, respectivamente, quando foi acrescentada a vedação de *“promoção da imagem do governo federal”*, mencionada acima.

A proposta de mérito promoveu uma distorção nos argumentos jurídicos postos no recurso, quando assevera que a SECOM defende a tese no sentido de que *“há atipicidade nos contratos de publicidade e propaganda”* (fls. 409). Ao contrário, a tese defendida no recurso foi a da **tipicidade** dos contratos de publicidade, por ser eles, de fato, um contrato **típico do direito privado**, por envolver diversos agentes do mercado, conforme está escrito na página 29 do Pedido de Reexame, *verbis*:

A tipicidade dos contratos de publicidade está demonstrada no próprio Relatório de Auditoria, no qual o Tribunal de Contas reconhece que ***“a área de publicidade e propaganda no mercado brasileiro é caracterizada pelo relacionamento entre seus quatro principais participantes: os anunciantes, as agências, os veículos e os produtores”***. (grifo nosso)

Fica evidente que a elaboração da proposta técnica não teve o cuidado de entender as razões apresentadas no Pedido de Reexame, ao inverter a tese recursal.

Basta ler o inciso II do art. 6º da Lei nº 8.666/93, para se constatar o perigo da interpretação no sentido de que os contratos de locação de bens, de publicidade e de seguro, sejam contratos administrativos, mesmo sendo regulados materialmente por normas de direito privado. É essa a interpretação desarrazoada feita pelo analista, que, além de omitir na análise o que foi colocado no recurso, distorceu toda a tese nele apresentada.

Da mesma forma, nunca foi dito no recurso que *“os contratos devem ser regidos pelas normas de direito privado”*, o que seria um absurdo. O que se disse é que a Lei 4.680/65 é uma norma de direito privado, que trata dos serviços de publicidade, como a Lei 8.245/91, que trata da locação de imóveis e o Decreto-lei nº 73/66, que dispõe sobre o Sistema Nacional Seguros Privado, razão por que se aplica, nesses contratos, a Lei 8.666/93 no que couber, como manda o seu art. 62, § 3º, inciso I, porque locação de bens, publicidade e seguros são regulados por normas jurídicas de direito privado.

Não importa o nome dado pela doutrina, se *“contratos de direito privado”*, *“contratos privados da Administração”* ou *“contratos de figuração privada”*, o que importa é que a Administração Pública não pode ignorar as normas postas na Lei 4.680/65, de direito privado, que regem a espécie contratos de publicidade.

Quando o art. 3º da Lei 4.680/65 diz que a agência de publicidade estuda, concebe, executa e distribui propaganda, não pode o Poder Público, por exemplo, dividir estas tarefas, contratando uma agência somente para estudar e conceber, uma produtora somente para executar e um veículo para veicular uma propaganda, separada da agência, conforme a tese inovadora apresentada pelo analista no parecer conclusivo em apreço.

Saliente-se a sabedoria da Lei, que há mais de quarenta anos já se preocupava com a eficiência, elevada a princípio constitucional na Constituição de 1988. Nada obsta que a Administração imponha diversas outras obrigações ao particular, visando a atender ao interesse público, desde que atenda também às normas de direito privado, o que constitui também um interesse público, mormente quando atende ao princípio da eficiência. Frise-se, cumprir a lei de direito privado também é de interesse público.

Verifica-se outra distorção da proposta de mérito quando assevera que, no Pedido de Reexame, foi levantada uma tese no sentido de que *“o aspecto criativo dos objetos contratados deve ser preservado”*. É descabida essa assertiva, porque publicidade é um trabalho criativo por natureza. Isso é um fato e não uma tese, conforme parecer crer o analista. Não há publicidade sem um estudo e uma concepção (criação), conforme dispõe o art. 3º da Lei 4.680/65, ao estabelecer que ***“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”***.

Onde há arte, deve haver criatividade, razão por que não se pode conceber uma tese que busca preservar a criatividade nas atividades publicitárias, porque a criatividade é inerente a estas atividades.

Outra impropriedade levantada pela proposta de mérito é a de que o Pedido de Reexame defende a tese de que “*é legítimo o poder auto-regulamentar do mercado*”, o que não é verdade, até mesmo porque ninguém pode negar a realidade complexa e abstrata do mercado, razão por que se torna irrelevante defender a legitimidade ou ilegitimidade desse poder gigantesco.

Dessa forma, a auto-regulação do mercado é um fato que dispensa qualquer juízo de valor, por residir na seara da liberdade de associação, do exercício de qualquer trabalho ou profissão, da livre iniciativa e da livre concorrência, todos elevados a direito fundamental e princípios da atividade econômica, pela Constituição Federal.

De outro lado, revela-se equivocada a assertiva posta na proposta de mérito no sentido de que o recurso defende que “*há necessidade de sujeição do Poder Público às normas editadas pelo mercado*”. Evidente que o Poder Público, por ser soberano, não está obrigado a sujeitar-se a nada.

Ocorre que, se o Poder Público quiser contratar as atividades publicitárias, ele deve procurar esse mercado, que tem as suas regras dirigidas a todos, tanto para as empresas privadas quanto para o Poder Público, que, por mais soberano que seja, não pode revogar as normas de mercado, sob pena de tornar-se poder absoluto, o que não se admite no Estado Democrático de Direito. Foi isso que se disse, e isso foi distorcido pelo analista.

No tocante à ilegalidade do Decreto nº 4.563/2002, dita proposta de mérito consigna que o TCU “*estaria extrapolando suas competências se resolvesse sustar atos normativos do Poder Executivo*”. Mas diz que “*Não o fez. Apenas determinou a abstenção de sua aplicação. O poder para tal está nítido no art. 71, IX, da Constituição Federal. Em verdade esta Corte apenas reafirmo a eficácia da Lei 8.666/93 para os contratos de publicidade e propaganda. Deixou explícito que o Decreto a fere*”.

Ora, determinar à Administração Pública, de forma genérica, que se abstenha de cumprir uma norma, seja ela lei, decreto ou ato normativo, equivale a sustar os efeitos do ato normativo, porque restaram afastadas a sua eficácia e a sua efetividade, conforme ocorreu no caso vertente.

Para o cumprimento estrito do disposto no inciso IX do art. 71, da Lei Maior, o TCU deveria primeiro “*assinar prazo pra que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade*”, conforme expressa disposição constitucional, e não suspender abrupta e genericamente a eficácia e os efeitos do ato normativo acoimado de ilegal. Isso ficou claro no Pedido de Reexame interposto.

O inciso IX do art. 71 da Constituição Federal está regulado no art. 45 da Lei 8.443/92, ao determinar que, além de assinar prazo para que o órgão adote as providências necessárias, manda ainda que o TCU indique expressamente “*os dispositivos a serem observados*”, ou seja, no caso em análise, a ordem jurídica impõe à Corte de Contas que primeiro indique quais as cláusulas do contrato analisado foram redigidas conforme o Decreto nº 4.563/2002, em cada caso concreto e, em seguida, assinar prazo para que a Administração corrija a cláusula contratual indigitada de ilegal.

A proposta de mérito confunde a fiscalização da legalidade dos atos praticados pela Administração, no caso concreto, com a própria legalidade e constitucionalidade genérica da lei e dos atos normativos federais, o que se revela desarrazoado porque, da simples análise da compatibilidade de um ato administrativo com uma lei, no caso concreto, a Corte passaria a questionar a legalidade e a constitucionalidade da própria lei, genericamente, o que não se pode admitir, porque se criaria um órgão de

controle constitucional com poderes absolutos, acima do Supremo Tribunal Federal e acima do próprio Congresso Nacional.

Ademais, o Acórdão 2062/2006 não indicou, expressamente, quais os dispositivos da Lei nº 8.666/93 foram feridos pelo Decreto nº 4.563/2002, para vergastá-lo de ilegalidade, conforme inovação posta na análise em apreço.

Compete ainda que se refute, na seqüência, a análise feita pela proposta de mérito quanto às determinações recorridas e constantes dos subitens 9.1.3.1, 9.1.3.3, 9.1.3.4, 9.1.3.5, 9.1.3.7.1, 9.1.6, 9.1.9 e 9.6.2 do Acórdão nº 2.062/2006.

Subitens 9.1.3.1 e 9.1.3.3

Com relação aos subitens 9.1.3.1 e 9.1.3.3, referentes à definição detalhada do objeto a partir do projeto básico e instrução com orçamento detalhado, o Pedido de Reexame demonstrou ser inviável, de antemão, conhecer as ações publicitárias que vão ser desenvolvidas ao longo da vigência do contrato, assim como é impraticável o estabelecimento prévio de custos unitários de cada ação publicitária.

Não foi esse o entendimento da proposta de mérito, ao comparar as atividades publicitárias, como toda aquela que *“compreende em graus diferentes arte, técnica e capacidade criativa, isso ocorre na elaboração de projetos arquitetônicos, trabalhos advocatícios, construção, desenvolvimento de sistemas, estudos de planejamento organizacional, etc. Em todos os exemplos, a ação intelectual supera a atividade braçal”*.

As peculiaridades e complexidades das atividades publicitárias não foram postas na linha simples da relação: trabalho intelectual x trabalho braçal, o que seria despropositado e demonstra que a substância do recurso interposto não foi percebida na análise.

Os argumentos postos no recurso, no sentido da complexidade dos serviços que envolvem criatividade, são objetados com a afirmação de que *“a singela presença do caráter criativo não faz surgir condição que justifique tratamento diferenciado”*, que leva a comparar desacertadamente os contratos de publicidade com os contratos de serviços de arquitetura, obras e advocatícios..

Evidente que não é por causa das normas padrão do CENP que os contratos de publicidade são considerados contratos privados da Administração, mas pelo fato de esses serviços serem regidos pela Lei 4.680/65, uma Lei que veicula normas de direito privado, conforme ficou claro nos argumentos postos no Pedido de Reexame.

A proposta de mérito traz o entendimento equivocado de que o processo de comunicação está fundado *“em singela estrutura. São dois os agentes presentes em uma comunicação, quem comunica e quem recebe a comunicação”*. Singelo entendimento esse que ignora a complexidade do mundo pós-moderno e que não deve ser acolhido pela Corte de Contas, sob pena de impor um retrocesso nos serviços de comunicação do Governo Federal..

Nesse ponto, a proposta de mérito discorda do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, acolhido pela Corte de Contas, no Acórdão recorrido, a ponto de pugnar pela necessidade da realização de licitações parceladas para os serviços de publicidade, uma para criação, outra para produção e outra para a veiculação, uma inovação digna de nota, que não está contida no Acórdão recorrido, até porque o Plenário do TCU, em sua

sabedoria, tem ciência de que tal procedimento simplesmente inviabilizaria as atividades publicitárias do Poder Executivo Federal.

A proposta de mérito, por outro lado, reconhece a dificuldade e a complexidade das licitações para a contratação dos serviços de publicidade, razão pela qual propõe o concurso como modalidade de licitação a ser adotada para a contratação de agências de publicidade, ao asseverar que *“é possível que a solução para a área de publicidade e propaganda seja a adoção da modalidade concurso, selecionando um projeto que daria direito ao vencedor a celebração do contrato com o Poder Público para auxiliá-lo na elaboração do edital de execução da produção, acompanhamento da execução e escolha do veículo de comunicação com vistas a viabilizar o projeto vencedor”*.

Contudo, essa proposta, fruto do desconhecimento da área de comunicação, revela-se inviável para as licitações e contratos das atividades publicitárias, porque não existe uma única ação publicitária, com um único projeto de produção e veiculação, são inúmeras ações publicitárias que se realizam durante o ano, cada uma com uma criação, uma produção e uma veiculação específica, que imporiam inúmeras licitações e contratações impossíveis de ser realizadas para cada ação publicitária, por não haver tempo disponível para tanto, além de ser antieconômico.

Ao se referir à “singela presença do caráter criativo” e à “singela estrutura” e, sobretudo, ao tentar demonstrar como seria simples fazer a comunicação do programa Bolsa Família, exemplo apresentado no Pedido de Reexame, a proposta de mérito passa a impressão de que ou entende muito do assunto que analisou (encontrou só facilidades onde a SECOM mostrou dificuldades), ou se afigura excessivamente reducionista.

Ao voltar a exercitar seu entendimento de publicidade, a proposta de mérito se aventura a comentar o insucesso da propaganda contratada pela Justiça Eleitoral para reduzir os níveis de abstenção, de votos em branco e nulos, assunto que não diz respeito ao processo de que trata o Pedido de Reexame. A propósito, dispensa comentário as afirmações segundo as quais *“A análise dos contratos de propaganda e publicidade não deve focar exclusivamente no aspecto criativo, quando o mais relevante é o resultado. Uma propaganda esteticamente fraca pode produzir melhores efeitos que uma idéia altamente elaborada”*.

Subitem 9.1.3.4

Por outro lado, o TCU determinou, no subitem 9.1.3.4 do Acórdão 2062/2006 que a **“contratação de serviços de publicidade e propaganda seja realizada sob os regimes permitidos pela legislação que rege a matéria, vedada a utilização de regime de administração contratada, por falta de amparo legal e por contrariar reiteradas deliberações deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 387/2001, 445/2003 e 898/2004, todos da 2ª Câmara”**.

O Pedido de Reexame afirma que a SECOM vem realizando as contratações dos serviços de publicidade de acordo com a legislação que rege a matéria, já que o regime jurídico que rege esses contratos é o da Lei 4.680/65, aplicando-se, no que couber, a Lei 8.666/93. Portanto, nas contratações dos serviços de publicidade é cabível o regime da empreitada por preço unitário previsto na Lei 8.666/93 (preço certo, por unidade determinada), combinado com o disposto na Lei 4.680/65, nos termos do art. 62, § 3º, I, da Lei 8.666/93.

Afirmou também que não há parâmetro jurídico seguro para a equiparação entre o regime da chamada **administração contratada**, inexistente na ordem jurídica, e o regime dos contratos de publicidade, por ser ilógico comparar o que não existe com o que existe no mundo jurídico, o que causa perplexidade e insegurança jurídica para a aplicação prática da vedação posta no Acórdão recorrido.

Insensível diante da insegurança jurídica da determinação, a proposta de mérito afirma que *“o que faz o ser não é o nome que se dá, mas o conteúdo que se possui. A forma de execução dos contratos de publicidade e propaganda, por meio de incidência de percentual sobre o valor das subcontratações e remuneração baseada no valor da fatura paga aos meios de comunicação, é típica da ‘administração contratada’”*.

Por isso, em nome de um instituto inexistente na ordem jurídica, a proposta de mérito advoga que não deve ser aplicado o disposto no art. 11 da Lei 4.680/65, que trata do desconto de agência e que constitui uma das formas de sua remuneração. Tal posição afronta o princípio da legalidade.

No Pedido de Reexame, restaram demonstradas as grandes diferenças entre o chamado regime de **administração contratada** (na definição do Decreto-lei 2.300/86 - revogado) e o regime dos atuais contratos de publicidade, já que nesses contratos a agência estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos (art. 3º, da Lei 4.680/65).

Nesse raciocínio, esclareceu que a criação, a produção e a veiculação são atos interligados e vinculados a um fim específico: a efetiva realização da ação publicitária; o que não ocorre no suposto regime da **administração contratada**, em que o administrador nada executa, apenas subcontrata 100% da execução da obra, recebendo um percentual pela administração.

Ficou demonstrado também que, na execução dos contratos de publicidade, a intermediação da agência revela-se justificada, necessária e até mesmo imprescindível, porque tem a finalidade de imprimir eficácia, efetividade e eficiência na propaganda, já que a agência é pessoa jurídica **“especializada na arte e técnica publicitária”** (art. 3º, Lei 4.680/65); ao passo que, na **administração contratada**, a intermediação do administrador da obra revela-se desnecessária, porque não estaria revestida do interesse público, já que visa apenas a angariar lucros.

A proposta de mérito conclui que *“em essência, a execução dos contratos de publicidade e propaganda ocorre no regime de ‘administração contratada’, visto ser a intermediação requisito essencial para configurar essa modalidade de execução”*, o que se revela contrário ao princípio da eficiência, porque qualquer anunciante, seja ele público ou privado, não faria uma publicidade eficiente, no mundo atual, sem a intermediação de uma agência de propaganda.

No Pedido de Reexame, verificou-se também que, na contratação dos serviços de publicidade, emerge a ponderação de interesses, uma vez que não há autonomia da agência, porque ela atua **“por ordem e conta de clientes anunciantes”**, assim a Administração impõe as suas normas e ao mesmo tempo respeita as normas do mercado publicitário (princípio da proporcionalidade), ao passo que, na **“administração contratada”**, poderia haver conflito de interesse, tendo em vista a autonomia total do administrador da obra, que atua por conta própria.

Todos esses argumentos foram contrapostos na proposta de mérito, que não pode prevalecer, sob pena de inviabilizar a efetivação do princípio da publicidade e impedir a Administração de atender um preceito constitucional fundamental.

No seu recurso, a AGU demonstrou ainda que, nos contratos de publicidade, a intermediação de uma agência consiste em uma atividade econômica na organização de agentes do mercado publicitário para produzir e veicular propaganda de forma mais eficiente (aplicação do princípio da razoabilidade: adequação dos meios aos fins). O que não ocorreria no regime da **administração contratada**, em que a função do administrador seria de mera prestação de serviços na administração de uma obra específica.

Registrou-se também que a remuneração da agência de propaganda, nos contratos de publicidade, na sua maior parte (80%), é realizada pelo veículo, mediante desconto de agência (art. 11, Lei 4.680), mais honorários pela intermediação de outros serviços prestados por terceiros em que não há veiculação, mas com participação das agências em sua execução. Dessa forma, se não houver veiculação, não há desconto de agência. Diferentemente da pretensa **administração contratada**, em que o administrador da obra seria reembolsado das despesas efetuadas mais pagamento do percentual ajustado pelos trabalhos de administração (lucro garantido).

Portanto, ficou demonstrado que o regime de execução dos contratos de publicidade não se equipara à chamada **administração contratada**, e nem se verifica analogia ou similitude entre as duas situações, diante das evidentes diferenças acima demonstradas.

Em última análise, registra ainda o Pedido de Reexame que a doutrina tem entendido que o regime da Lei 4.680/65 apresenta características da **administração contratada**, permitindo-se, porém, a sua adoção nos contratos de publicidade, com base na lei de regência das atividades publicitárias, porque não há vedação no ordenamento jurídico vigente.

Registre-se também que esse sempre foi o entendimento do TCU, manifestado em diversos acórdãos e decisões. Cita-se como exemplo, o Acórdão nº 1559/2005 – Segunda Câmara, em que foram aprovadas as contas prestadas, sob o fundamento apresentado pelo Ministro Relator, nos seguintes termos:

“Após examinar as justificativas apresentadas, a Secretaria de Controle Interno entendeu que ‘a forma de remuneração prevista no contrato em questão não caracteriza o denominado regime da administração contratada’ uma vez que a citada forma de remuneração é a que está prevista em lei específica, e correspondente regulamentação própria, que tratam do exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda e da comunicação social do Poder Executivo (Lei nº 4.680, de 18.06.1965, artigos 3º, 7º e 11; Decreto nº 57.690, de 01.02.1966, art. 7º, artigo 11 e parágrafos e artigo 15; Decreto nº 2004, de 11.06.1995, artigo 14; Instrução Normativa SECOM/PR nº 07, de 13.11.1995), as quais prevêem a sistemática adotada pela Administração contratante”.

Portanto, seria estranha, além de configurar a instalação de insegurança jurídica, uma abrupta mudança de posicionamento do TCU, sem qualquer alteração na legislação pertinente.

Revela-se de fundamental importância que Sua Excelência o Ministro Relator faça uma profunda reflexão sobre os fundamentos jurídicos postos no Pedido de Reexame, acima resumidos, para viabilizar a aplicação de preceito constitucional fundamental, consubstanciado no princípio da publicidade.

Subitem 9.1.3.5.

Com relação ao subitem 9.1.3.5, referente à vedação de que seja adjudicado o objeto do certame a uma única agência de propaganda, a proposta de mérito afirma que “o sentido da Lei n. 8.666/93 não é o de escolha de vários interessados que possa celebrar contrato com a Administração Pública”, sem atentar para a complexidade, o grande vulto e peculiaridade dos serviços de publicidade, e que essa modalidade de adjudicação visa a atender ao interesse público, na efetiva execução do contrato.

O Pedido de Reexame demonstrou que, em face das peculiaridades do contrato de publicidade, constitui um avanço a adjudicação do objeto do certame a mais de uma agência, sendo possível e salutar escolher mais de uma proposta como vencedora da licitação, em atenção ao princípio da eficiência, e com o fim de imprimir eficácia e efetividade na plena execução dos contratos, tendo em vista o princípio da impessoalidade que não admite o personalismo contratual e o princípio da objetividade, que permite à Administração verificar se um único vencedor teria condições de executar o contrato.

Verificou-se, por isso, a legitimidade da quebra do paradigma do vencedor único nos contratos de publicidade, porque não contraria os princípios da licitação, amplia salutarmente o número de fornecedores, fortalece o princípio do julgamento objetivo, proporciona maior segurança jurídica na escolha das propostas mais vantajosas, além de garantir maior eficiência, eficácia e efetividade aos serviços contratados.

Em que pese ao TCU ter concluído pela legalidade dos contratos em diversas licitações realizadas com esse modelo, a mudança de posicionamento no Acórdão recorrido, que a proposta de mérito pugna pela manutenção, constitui um retrocesso que nada beneficia o interesse público, diante da realidade do mercado publicitário brasileiro, conforme foi demonstrado nas razões do recurso interposto.

Não se trata de um “vício pós-positivista de criar normas pelas meras vias hermenêuticas”, conforme a crítica posta na manifestação do Secretário de Recurso do TCU, mas do reconhecimento da validade e da efetiva aplicação dos princípios que norteiam as licitações e contratos, previstos no art. 3º da Lei 8.666/93, e dos princípios da eficiência e da impessoalidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Subitem 9.1.3.7.1

No tocante ao subitem 9.1.3.7.1, referente à negociação com veículos e fornecedores para obtenção de descontos e bônus em função do volume, a AGU demonstrou, no seu recurso, que a prática de negociação, especialmente com os grandes veículos de comunicação e fornecedores, vem sendo efetivada pela Administração desde 2003, sob a coordenação da SECOM com a participação dos principais anunciantes do SICOM e suas respectivas agências de publicidade.

Demonstrou ainda ser antieconômico e contrário ao interesse público, a negociação com todas emissoras de rádio e jornais espalhados pelo País e a exigência da participação de servidores públicos nestas negociações, por ser inexequível.

Da mesma forma, foi demonstrado que não se revela exequível a negociação do BV, por se tratar de uma faculdade do veículo em premiar a agência por volume veiculado, numa relação de natureza eminentemente privada. Por se tratar de uma relação privada, não existem critérios objetivos para aferir o montante real do bônus em função do

volume, visto que o valor é fixado ao talante do veículo, que, ao que se sabe, leva em conta o volume da publicidade que lhe é carreado por todos os anunciantes, públicos e privados, atendidos por uma mesma agência. Por isso, não se revela exequível a participação de servidor público nessa negociação.

Por isso, não é correto concluir que os argumentos da SECOM possam suscitar a concepção de “um modelo que promova a exclusão do principal agente das relações, o anunciante”. Não é correto, ademais, porque a Administração vem promovendo todas as formas de negociações de mídia, no mesmo nível dos entes privados, inclusive com base no Decreto nº 4.563/2002, declarado ilegal pelo TCU.

Ao reconhecer o desacerto da determinação, a proposta de mérito na manifestação do Secretário da Secretaria de Recursos do TCU expressa dúvidas quanto à possibilidade jurídica da aplicação integral do dispositivo, porque “*esta Corte estaria determinando que a administração se imiscua no negócio empresarial*”, sugerindo que a Corte “*possa pensar em solução objetiva*” para o caso. Essa conclusão leva à admissão do provimento parcial do recurso interposto.

Subitem 9.1.6.

Com relação à publicidade como promoção de posicionamento ou reforço de conceito e/ou identidade de unidades do SICOM (subitem 9.1.6), a AGU demonstrou, em **preliminar** do recurso, que não compete ao TCU autorizar, restringir ou vedar a publicidade institucional promovida por órgãos ou entidades do SICOM, por se tratar de exercício superior da administração federal, da competência exclusiva do Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

No **mérito**, o Pedido de Reexame demonstrou que não procede a assertiva do TCU, porque o conceito de publicidade institucional constante do item III da IN nº 02/2006 está perfeitamente compatível com os objetivos da comunicação de governo prevista no Decreto 4.799/2003.

Argumentou-se também que uma publicidade sem posicionamento de conceito ou identidade das instituições do Estado e sobre as políticas de Governo revela-se ineficiente e ineficaz, por não atingir o cidadão exigente de nossos dias. De conseqüência, não contribuiria com elementos para a formação da opinião pública, importante para a materialização do controle social sobre o Estado e a construção contínua do regime democrático.

Não se pode deixar de repudiar aqui a afirmação constante do parágrafo 242 da proposta de mérito que, em juízo totalmente desacertado, traz à discussão a possibilidade de a publicidade institucional do Poder Executivo Federal ser utilizada em favor de partido político, matéria estranha ao processo e reveladora de pré-disposição em desfavor do recorrente..

Subitens 9.1.9 e 9.6.2

Com relação ao acréscimo da vedação de promoção da imagem do Governo Federal no § 1º do art. 37 da Constituição Federal (subitens 9.1.9 e 9.6.2), constatou-se a preocupação do TCU com o que chama de promoção da imagem do Governo nas ações de publicidade, razão por que parece entender que deve ser feita uma censura prévia na

publicidade institucional, para excluir a chamada promoção da imagem do Governo Federal nas ações publicitárias. Esse raciocínio causa perplexidade, porquanto qualquer publicidade institucional poderia ser interpretada como promoção da imagem do Governo, no alvedrio do censor de plantão que adotasse parâmetros subjetivos para análise .

Em **preliminar**, demonstrou-se a incompetência do TCU para promover emenda à Constituição Federal, acrescentando a vedação de “*promoção da imagem do governo*” nas ações de publicidade institucional, que não está prevista na Lei Maior.

No **mérito**, demonstrou-se que o princípio da impessoalidade veda apenas a promoção pessoal de autoridade e de servidores públicos. A vedação é restritiva. Qualquer ampliação da vedação contraria o próprio princípio da publicidade.

Destacou-se, por isso, a impossibilidade jurídica da vedação de promoção da imagem do Governo Federal, visto que, não existem parâmetros objetivos para aferir tal promoção, porquanto, em qualquer propaganda, a imagem afigura-se como um ente complexo, por ser própria do receptor da mensagem e não do emissor, o que inviabiliza qualquer controle prévio sobre uma eventual promoção da imagem do Governo na publicidade institucional, sob pena de se instalar uma censura prévia.

Foi demonstrado ainda que, no Estado Democrático de Direito, o Governo não é pessoal, como no regime monárquico absolutista, onde o Governo é pessoal, por isso não há vínculo entre a promoção da imagem do Governo e o princípio da impessoalidade no regime democrático adotado pela ordem jurídica vigente. Dessa forma, a publicidade do Governo constitui poder-dever da Administração, para imprimir visibilidade e transparência nas políticas públicas do Estado.

Verificou-se também que o substantivo ‘imagens’ constante da Constituição se relaciona com a identificação pessoal do governante (retrato) e não com o Governo como um ente incorpóreo.

Demonstrou-se ainda ser impossível o cumprimento da decisão do TCU, porque gera perplexidade na definição do que seja a promoção da imagem de uma instituição, para aplicação prática da vedação, levando-se à proibição de qualquer publicidade institucional, já que a imagem se forma no receptor da mensagem, o que se revela impossível de controle prévio da mensagem publicitária, porque nunca se saberá se ela irá promover ou não a imagem do Governo.

Entretanto, a proposta de mérito não concorda com as teses apresentadas no Pedido de Reexame, sob o argumento de que a publicidade do Governo “*tem em sua essência a marca indelével da pessoalidade*”.

Ocorre que a AGU utilizou o conceito de governo extraído da Ciência Política, em que demonstra ser ele um aspecto do Estado. No Estado Democrático o Governo deve ser impessoal, em sintonia com o próprio princípio da impessoalidade.

Com todo respeito à posição do analista, a tese de que o Governo tem a “*marca indelével da pessoalidade*” só cabe nos governos monárquicos e absolutistas, mas não no regime democrático.

Por fim, cabe registrar a ausência de propósito, no exame dessa importante questão, a afirmação feita na proposta de mérito de que “... *o Dicionário Eletrônico Aurélio defini [sic] publicidade enganosa como: ‘Mensagem de propaganda com informação total ou parcialmente falsa, ou que, de algum modo, induz o consumidor a erro com respeito a produto ou serviço anunciado; propaganda enganosa’*”.

5. Esclarecimentos específicos sobre a proposta de mérito apresentado pela área técnica do TCU

À guisa de esclarecimentos específicos, vale registrar e comentar algumas assertivas que se revelam impertinentes, postas na análise ora em discussão, que merecem repúdio do Egrégio Colegiado daquela Corte de Contas, por não haver nexos de causalidade com as matérias jurídicas tratadas no recurso e por demonstrar conteúdo de cunho absolutamente pessoal as quais se apresentam com o seguinte teor:

•1ª assertiva: “Ademais, não poderia deixar de ser registrado que o Sr. José Antônio Dias Toffoli não demonstrou dúvida sobre o significado de ‘ação de promoção e posicionamento...’ quando atuou como advogado do PT no processo que questionou a propaganda ‘Uma nova era’ comemorativa do aniversário de oito anos do plano real”.

Comentários: Essa assertiva é fora de propósito, porque não revela nenhuma relação com as questões jurídicas colocadas no Pedido de Reexame, além de guardar um alto grau de pessoalidade, que não se recomenda em uma análise técnica. A análise técnica deve ser objetivamente justificada, conforme determina o art. 47 da Lei 9.784/99, aplicável no caso vertente.

•2ª assertiva: “Por ocasião da campanha de reeleição do Presidente Lula, o referido causídico, atualmente ocupante da função de AGU, defendeu os interesses do Presidente na Representação TSE n. 875, de 17/08/2006, por meio da qual foi apreciada a confecção de ‘cartilhas publicadas em janeiro de 2006...’ violando o § 1º do art. 37 da Constituição Federal. Na ocasião, o TSE imputou multa de R\$ 900.000,00”.

Comentários: Assertiva impertinente, que se refere a uma matéria eleitoral não tratada no Pedido de Reexame e, por isso, não cabe qualquer menção no caso vertente, em face da impessoalidade de que deve revestir-se uma análise que se diz “técnica”, de um órgão técnico do Egrégio TCU.

•3ª assertiva: “Na representação patrocinada pelo PT contra a propaganda ‘Uma nova era’ o TSE considerou que os ganhos do plano real foi de toda a sociedade, valendo lembrar que as bases do plano econômico foram implementada no Governo Itamar Franco, e não no Governo FHC, que veiculou a propaganda. Já em relação à representação contrária ao PT, novamente o TSE manifestou entendimento de que a contratação das cartilhas pelo governo violou o § 1º do art. 37 da Constituição Federal”.

Comentários: A assertiva revela-se tendenciosa, porque demonstra a objeção pessoal em face um partido político. Não há pertinência temática entre o conteúdo da afirmação e os fundamentos jurídicos postos no Pedido de Reexame analisado.

•4ª assertiva: “A fronteira do aceitável decorre do juízo de razoabilidade diante do caso concreto. Limite que o Sr. José Antônio Toffoli demonstrou conhecer quando representou o PT em ações contrárias ao Governo FHC”.

Comentários: Além de impertinente para o caso em análise, essa assertiva revela-se ofensiva à pessoa do Advogado-Geral da União, que deve ser tratado com respeito e urbanidade, por todos os servidores públicos. Caracteriza-se também, no caso, uma

manifestação de desprezo à pessoa nomeada na assertiva, o que é proibido a todos os servidores públicos, nos termos do art. 117 da Lei 8.112/90.

•5ª assertiva: “*A disposição da Lei n. 8.666/93, que inclui expressamente os contratos de publicidade no rol dos contratos que devem observar os ditames da Lei, não foi suficiente para evitar que os interessados apresentassem recursos*”.

Comentários: A assertiva é fora de propósito, porque nunca foi dito no recurso que a SECOM pretendia deixar de cumprir as disposições da Lei nº 8.666/93, como, de fato, nunca deixou de cumprir a referida Lei nas suas licitações e contratos dos serviços de publicidade, como é do conhecimento do próprio TCU.

Saliente-se que a atividade de controle estabelece-se numa via de mão dupla, visto que, tanto o órgão de controle como a Administração estão imbuídos do mesmo propósito de aprimoramento dos procedimentos administrativos, razão por que, uma vez constatada que uma decisão da Egrégia Corte de Contas poderá inviabilizar ou prejudicar uma ação administrativa, não há dúvida de que a autoridade competente está revestida do poder-dever de interpor o recurso previsto em lei, para a reforma da decisão, tudo visando ao aprimoramento da Administração Pública.

O princípio da segregação de funções nas atividades do controle reforça esse raciocínio, no sentido de que “*quem executa não controla e quem controla não executa*”, o que não impede que quem executa contribua para o aprimoramento da decisão, por ser ela quem vivencia as lutas e turbulências do dia-a-dia da Administração Pública, de forma que a Corte de Contas não pode estranhar a interposição de um recurso, conforme parece ser o posicionamento do analista.

Isso demonstra que o Pedido de Reexame interposto jamais poderia ser analisado como um conflito de interesse entre o TCU e a Administração. O recurso, nesse caso, constitui uma proposta de reflexão para a Corte de Contas reapreciar algumas (poucas) determinações do Acórdão, pela própria falibilidade do ser humano. Portanto, revela-se fora de propósito falar-se em “evitar recursos”, no caso em apreço.

•6ª assertiva: “*A conclusão da avaliação situacional é de que todos os elementos que permitiram o ‘valerioduto’ ainda estão presentes. Reformar a decisão sob exame é permitir seara mais livre, propiciando que novos casos de corrupção envolvendo ação de publicidade e propaganda voltem a acontecer, podendo, inclusive, botar a perder todo o trabalho realizado no âmbito do Congresso Nacional e nos órgãos de fiscalização*”.

Comentários: Essa assertiva, que mais parece uma acusação sem provas, revela-se impertinente e fora de propósito, para não dizer ofensiva, por não haver qualquer liame entre os casos de suposta corrupção noticiados pela imprensa e os fundamentos jurídicos postos no Pedido de Reexame. Deveras, o recurso em apreço visa justamente a aprimorar os procedimentos, já que as poucas determinações do Acórdão que foram objeto do recurso se afiguram contrárias ao aperfeiçoamento das ações administrativas, conforme restou demonstrado.

É certo que a maior burocratização dos procedimentos das licitações e contratos de publicidade, conforme proposto nos subitens recorridos, em nada contribuiria para permitir ou não “*novos casos de corrupção*”, porque a função da burocracia é tão-somente a de formalizar os procedimentos, e não a de corrigir os seres humanos.

•7ª assertiva: “A extensão (...), o referido Acórdão surge, em última análise, como resposta a uma sistemática operacional que permitiu a prática de inúmeras irregularidades, fraudes e desvios de recursos públicos, conforme restou evidenciado no curso da CPMI dos Correios, nas auditorias realizadas por esta Corte de Contas, na denúncia proposta pelo Procurador-Geral da República e recebida pelo STF sobre o suposto esquema do ‘mensalão’. A reforma do Acórdão, tal como pleiteada pelo recorrente, redundaria na inutilidade de todos os esforços implementados com vistas a detectar as falhas dessa sistemática até então utilizada nas contratações de serviços na área de publicidade e propaganda”.

Comentários: A assertiva revela-se fora de propósito, porque os esforços implementados pelo TCU já surtiram efeitos positivos, dado que a Administração acolheu cerca de 70% (setenta por cento) das determinações constantes do V. Acórdão recorrido, sendo que a matéria tratada no recurso constitui situação jurídica polêmica, de difícil operacionalização prática, extremamente onerosa, em certos casos, impossível de ser cumprida na prática.

No tocante à assertiva de que o Acórdão recorrido foi “resposta a uma sistemática operacional que permitiu a prática de inúmeras irregularidades, fraudes e desvios de recursos públicos”, vale salientar que é temerário esse entendimento, já que as poucas determinações objeto do recurso tratam de questões jurídicas polêmicas, sem qualquer liame com as supostas “irregularidades, fraudes e desvios” mencionadas na proposta de mérito, talvez com o intuito de impressionar, mas sem qualquer supedâneo científico ou embasamento na realidade dos fatos.

•8ª assertiva: “Observa-se que o legislador parece ter antecipado a possíveis questionamentos acerca da aplicabilidade dessa lei aos serviços de publicidade ao se valer, nos artigos 1º e 2º, da expressão ‘inclusive publicidade’, inviabilizando, desse modo, interpretações como a suscitada pelo recorrente”.

Comentários: A assertiva revela-se inoportuna, porque em momento algum foi dito no recurso que a Administração pretendia deixar de cumprir as disposições da Lei de Licitações, porque essa Lei sempre foi obedecida nos contratos de publicidade. Se assim não fosse, o TCU não teria aprovado as Contas prestadas nos exercícios anteriores a 2006.

9ª assertiva: “Rememorando indicação feita em parágrafo anterior, nem o Cenp ou qualquer outro ente privado compareceu aos autos, mesmo tendo sido informado, para fazer defesa da manutenção da situação atual. Quem assumiu a função de reformar o Acórdão n. 2.062/2006 – Plenário foi o Poder Público”.

Comentários: Frise-se que a matéria tratada no Pedido de Reexame se refere a procedimentos administrativos para licitação e contratos dos serviços de publicidade nos quais o interesse processual é exclusivo do Poder Público. Não interessa às empresas de publicidade a manutenção ou não de regras de procedimentos para a contratação dos seus serviços. Por isso, revela-se fora de propósito a assertiva de rememoração feita pelo analista.

10ª assertiva: “Em defesa da atuação do Cenp, o AGU afirma que a entidade defende os interesses dos setores público e privado, importando indicar que dentre os entes que participam da ABA está a Subsecretaria de Comunicação Institucional da Secretaria-Geral (Secom/SG-PR)”.

Comentários: A assertiva afigura-se tendenciosa, porque visa induzir os Doutos Julgadores a erro, por forçar um entendimento equivocado no sentido de que a atuação da AGU nos autos foi com a intenção de defender a atuação do CENP e do mercado em detrimento do setor público, o que não pode ser aceito.

Afirmar que o CENP é entidade representativa do setor publicitário (anunciantes, agências, veículos e produtores), porque muitos anunciantes públicos também são filiados à Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), não implica que a AGU está “em defesa da atuação do Cenp”, mas sim que os anunciantes também integram o mercado publicitário, sejam eles do setor público ou privado, filiados ou não à ABA.

A proposta de mérito não absorveu que o conceito de mercado quebra o paradigma linear da dicotomia público x privado, porque não se pode afastar o setor público do mercado, sob o singelo raciocínio reducionista de que todo mercado é privado, e o setor público deve ficar longe do privado, por estar imbuído de interesses contrapostos.

No mundo de hoje, a idéia de complementaridade é que prevalece como um fato concreto, pelo fluxo constante que há entre o setor público e o privado da economia, e é nesse fluxo complexo que transita o mercado.

Por isso, o público e o privado se complementam e não se excluem, porque um depende do outro para concretizar o sistema. Não há dúvida de que um setor privado fraco implica um setor público decadente e vice-versa, razão por que defender as normas postas na Lei nº 4.680/65, de direito privado, também constitui uma forma de defesa do interesse público, pelo fato de que o público não sobrevive sem o privado.

11ª assertiva: “Analisadas isoladamente as contas de órgãos e entidades as informações são favoráveis, porém não há menção acerca de uma provável negociação conduzida pela Secretaria de Comunicação Social (...), com vistas a auferir custos menores de veiculação para órgãos e entidades em razão do volume total de verba publicitária ...”.

Comentários: No tópico dedicado aos documentos acostados em face da Audiência Pública do TCU, a proposta de mérito mencionou o estudo “Evolução na execução da publicidade do Poder Executivo Federal”, que a Secretaria de Gestão, Controle e Normas da SECOM encaminhou ao Tribunal.

As informações expressas no subtítulo “Veiculação: mais informações com menor custo” desmentem cabalmente a assertiva, porquanto mostra que, com a criação do Comitê de Negociação, formado por representantes da SECOM, Banco do Brasil, Caixa Econômica, Correios, Petrobrás e Ministério da Saúde, as negociações foram centralizadas e os órgãos e entidades passaram a negociar conjuntamente. Essa nova postura permitiu ao Governo Federal condições de negociação semelhantes às da iniciativa privada: maior poder de compra e rentabilização dos recursos públicos, ampliando a capacidade de comunicação da administração direta e indireta.

Com isso, o Governo obteve 28% de rentabilidade em mídia no primeiro ano de criação do Comitê de Negociação de Mídia. A partir daí, realizaram-se ajustes ano a ano para manter os ganhos e conseqüente poder de compra. Além disso, foram agregados aprimoramentos que auxiliaram nos resultados dessas negociações, tais como: avaliações de evolução de custos de tabelas de preços dos veículos no período de doze meses (parametrizado pelo IGPM); avaliações de evolução de audiência, tiragem, circulação e leitores, tendo como base institutos de pesquisas (Ibope, Marplan e IVC); estudos comparativos de custos e audiências com veículos concorrentes (comparação do custo-benefício de cada veículo, em termos de Custo Por Ponto e Custo Por Mil).

O quadro que consta do referido documento mostra a grande diferença entre os ganhos negociais obtidos a partir de 2003 e evidencia como eram dispersas e desfavoráveis as negociações realizadas até o ano anterior.

Ainda a propósito de ganhos obtidos pelos órgãos e entidades integrantes do SICOM, o mesmo documento, no subtítulo “A progressiva redução da remuneração paga às agências”, mostra que, durante quatro décadas, as agências de propaganda receberam 20% de desconto de agência, pagos pelos veículos de divulgação, 15% de honorários sobre todo os serviços de produção externa, pagos pelo anunciante, e 100% de ressarcimento dos custos dos trabalhos internos, pagos pelo anunciante.

E ressalta que, a partir do advento do Decreto nº 2.262/97, progressivamente os anunciantes do Poder Executivo Federal passaram a obter o repasse de parte do desconto de agência, em função do valor investido em mídia, até chegar a 2002, quando o Decreto nº 4.563/02 fixou o repasse em 1/4 (um quarto) do valor recebido pelas agências dos veículos. Ou seja, as agências passaram a receber 15% do valor veiculado e o anunciante 5%. Registre-se que esse benefício foi estendido a todos os poderes das três esferas da administração pública.

Nesse mesmo período, houve progressiva queda nas demais remunerações das agências. O Poder Executivo Federal simplesmente deixou de pagar honorários sobre a produção de serviços destinados à veiculação, lembrando que, depois da veiculação, esse é o item mais representativo das despesas num contrato de publicidade. Além disso, no tocante aos custos internos, hoje é comum os anunciantes nada pagarem às agências.

Por fim, são dignas de observação duas afirmações constantes da proposta de mérito que merecem destaque, em razão de demonstrar desconhecimento da matéria em discussão.

Veja-se na fl. 399, que se considera viável “licitar a parte relativa à produção e à veiculação”, o que revela alheamento sobre o processo de contratação de mídia para uma ação de comunicação, ao entender que seja factível a escolha de veículos de comunicação mediante processo licitatório.

Ainda na mesma fl. 399, a minimização do significado das ações de comunicação institucional é revelada pela proposta de mérito, ao pretender que as necessidades de comunicação entre governo e sociedade estariam contempladas com os recursos relativos a pronunciamentos em cadeia nacional e rádio e TV e aos programas radiofônicos “Voz do Brasil” e “Café com o Presidente”. Esse entendimento dispensa comentários.

6. Conclusão

Como restou demonstrado nesta Nota, a proposta de mérito apresentada pela Secretaria de Recursos do TCU encontra-se eivada de impropriedades e impertinências, que a tornam subjetiva e tendenciosa. Em conseqüência, não reúne as condições necessárias e indispensáveis para servir de arrimo a um julgamento isento, sobre esse tema tão importante para a Administração Pública Federal, lembrando que as decisões do Plenário de Ministros ainda provocarão reflexos nos Tribunais de Contas de outras esferas administrativas.

Ante o exposto, sugere-se que a presente Nota Técnica, se acatada pelos dirigentes da SECOM, seja encaminhada à Advocacia-Geral da União para que seja avaliada a possibilidade de apresentar os presentes esclarecimentos ao Excelentíssimo Ministro Relator do feito, com fundamento no princípio do contraditório e da ampla defesa.

Salvo Melhor Juízo.

À consideração Superior.

EDGAR FERREIRA DOS SANTOS
Assessor/SECOM

TÂNIA NEIVA RIZZO
Assessora/SECOM

De acordo.

Brasília, 31 de outubro de 2007.

JOSÉ RICARDO DE ANTONI
Diretor de Normas da SGCN/SECOM