



Estado do Piauí
Tribunal de Contas
Gabinete Cons^a. Lilian Martins



Processo TC – 12555/2013

Assunto: Consulta

Procedência: Secretaria Municipal de Comunicação Social

Interessado: Cláudia Brandão de Oliveira

Procurador: Leandro Maciel do Nascimento

Relatora: Lilian de Almeida Veloso Nunes Martins

Consulta sobre a forma de pagamento de empresas terceirizadas para a veiculação de anúncios publicitários da Prefeitura Municipal de Teresina através da SEMCOM.

I - RELATÓRIO:

Trata-se de **Consulta** formulada pela Sr^a. Cláudia Brandão de Oliveira, Secretária Municipal de Comunicação Social referente ao posicionamento desta Corte de Contas sobre o pagamento realizado aos veículos de comunicação para veiculação de anúncios publicitários da Prefeitura Municipal de Teresina.

O pedido da consulente fora aduzido, questionando a possibilidade da Administração pagar diretamente ao subcontratado o serviço de veiculação de anúncios publicitários.

A interessada informa que anteriormente à publicação da Lei 12.232/2010, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, a prática da Administração Pública era a execução de pagamento de serviços subcontratados diretamente aos terceiros prestadores. No entanto, a referida lei, passou a restringir tal prática, estabelecendo que os serviços de publicidade deveriam ser prestados necessariamente por meio de agências de propaganda, assim, os gastos decorrentes da subcontratação somente poderiam ser empenhados diretamente às empresas vencedoras da licitação.

Encaminhado à Comissão de Regimento e Jurisprudência deste Tribunal (peça 04) informou da ausência de prejudgado ou decisão reiterada sobre o tema, enviando a consulta à DALC para instrução.

A Divisão de Acompanhamento Concomitante de Licitação e Contratos - DALC por sua vez apresentou relatório (peça 05), por meio do qual concluiu que desde que sejam observados todos os requisitos legais para uma regular subcontratação, é possível a realização de pagamentos diretos às empresas subcontratadas, caso haja previsão do pagamento direto no instrumento convocatório e contrato firmado, e sem prejuízo da verificação pela Administração da existência de títulos e documentos comprobatórios dos respectivos créditos.

Assim, mesmo que se entenda como inviável a realização do pagamento direto aos terceirizados no âmbito dos contratos administrativos ordinários, tratando-se de serviços de publicidade, é possível a realização do pagamento direto aos subcontratados caso haja previsão no instrumento convocatório e contrato firmado, por força do disposto no art. 4º, § 2º, art. 14, § 1º, art. 15, caput e parágrafo único, e art. 19, in fine, todos da Lei nº 12.232/10, bem como do seu art. 1º, § 2º, c/c o art. 3º da Lei 4.680/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e o art. 15 do Decreto Federal nº 57.690/66, que regula a referida lei, sem prejuízo da observância das regras para liquidação da despesa.

Remetidos os autos ao Ministério Público de Contas, este apresentou parecer (peça 09) aduzindo que a consulta possuía um vício de admissibilidade, haja vista que faltava a manifestação do órgão de consultoria jurídica legalmente competente. Assim, opinou pela notificação da Secretária consulente, para apresentar no prazo de 30 dias o parecer jurídico da Procuradoria do Município para instruir o processo.

Após a notificação, a Consulente apresentou parecer exarado pela Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos da Procuradoria do Município, que concluiu pela impossibilidade jurídica de pagamento direto ao subcontratado, pois fere o princípio da legalidade. Assim, por força da lei 12.232/2010 e, conforme os preceitos que regem a subcontratação nos contratos administrativos, e desde que preenchidas as exigências para sua formalização, somente as atividades complementares previstas no art. 2º, § 1º da lei, podem ser objeto de tal instituto, tais como a produção e a execução técnica das peças e projetos, posto que a própria lei veda a inclusão de quaisquer outras atividades nos contratos de serviços de publicidade.

No entanto, o Procurador Geral do Município não aprovou o parecer nº 343/2014 da Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos, coadunando com o

entendimento defendido pelo órgão técnico deste TCE, Divisão de Acompanhamento Concomitante de Licitações e Contratos-DALC, admitindo a efetivação de pagamentos realizados diretamente às empresas subcontratadas, desde que respeitados os demais requisitos legais.

Após, retornaram os autos ao Ministério Público de Contas que emitiu parecer na peça 17, opinando pelo conhecimento da consulta, já que preenchidos os requisitos de admissibilidade e pela impossibilidade jurídica de pagamento da empresa subcontratada ser efetuado diretamente pela Administração Pública, nos termos da manifestação da Procuradoria de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos da Procuradoria Geral do Município de Teresina, por ferir o princípio da legalidade.

É o relatório, passo à análise dos fatos.

II – CONHECIMENTO

Preliminarmente, constatamos que a presente consulta preencheu todos os requisitos de admissibilidade, previstos no Regimento Interno (art. 201, II, “b” ao art. 203 do RITCE).

III – MÉRITO

Merece destaque as inovações trazidas pela Lei 12.232/2010, de 29 de abril de 2010, que trata das normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Os serviços de publicidade são definidos pela lei como o “conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir idéias ou informar o público em geral”.

A referida lei, dentre outros, restringiu a prestação dos serviços de publicidade prevendo que os mesmos devem ser realizados necessariamente por intermédio de agências de publicidade, no entanto, apesar de não consignar de forma expressa, a interpretação extensiva de alguns dispositivos possibilitam a realização de contratação e o pagamento direto por meio da

Administração aos veículos de divulgação, conforme se depreende dos seguintes artigos colacionados abaixo: (grifo nosso)

Art. 4º Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento.

(...)

§ 2º A agência contratada nos termos desta Lei **só poderá reservar e comprar espaço ou tempo publicitário de veículos de divulgação, por conta e por ordem dos seus clientes**, se previamente os identificar e tiver sido por eles expressamente autorizada.

(...)

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

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

(...)

Art. 15. **Os custos e as despesas de veiculação apresentados ao contratante para pagamento deverão ser acompanhados da demonstração do valor devido ao veículo**, de sua tabela de preços, da descrição dos descontos negociados e dos pedidos de inserção correspondentes, bem como de relatório de checagem de veiculação, a cargo de empresa independente, sempre que possível.

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

(...)

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

Ademais, não obstante tratar-se de uma lei relativamente recente, haja vista ter sido publicada em abril de 2010, e ainda não haver manifestação do TCU e STJ quanto ao tema, entendemos que não caberia interpretar distintivamente as terceirizações e eventuais subcontratações dos serviços de publicidade.

A legislação pátria, de forma geral, é pacífica quanto à possibilidade de realizar a subcontratação parcial pela Administração Pública, devendo haver apenas a previsão no edital de licitação, bem como não se tratar de atividades finalísticas ou para realizar atividades cuja incumbência é de servidores de seu quadro efetivo, conforme previsto no artigo 72 da Lei 8666/93, que institui as normas gerais de licitações e contratos.

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

O Tribunal de Contas da União vem entendendo que é possível a subcontratação, terceirizando serviços acessórios ou atividades-meio para a execução contratual, desde que atendidos os requisitos legais, não sendo viável a sub-rogação ou cessão parcial do contrato de terceiro.

O parecer apresentado pela Procuradoria do Município de Teresina, quando da sua manifestação, analisou as regras estabelecidas pelas Leis nº 8.666/93 e 12.232/10 e buscando fundamento na jurisprudência e na doutrina, manifestando-se da seguinte forma:

De todo o exposto, tendo como base as características do instituto legal da subcontratação, neste parecer estudadas, como resposta à indagação específica do consulente, entende-se que a Administração Pública tem amparo legal para admitir a subcontratação parcial (art. 72 da Lei nº 8.666/93 [...]).

A lição do Professor Marçal Justen Filho explica que :

“A subcontratação não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante.”

A regra geral é que a subcontratação não cria vínculos entre a Administração Pública e o terceiro contratado, assim, o pagamento ao subcontratado deve ser efetuado pela empresa que o subcontratou, cabendo àquele responder perante a Administração pela totalidade dos serviços contratados.

No entanto, há posicionamentos na doutrina que defendem a possibilidade de pagamento direto pela Administração ao subcontratado, desde que observados os requisitos para a subcontratação. Argumentam que o pagamento direto ao subcontratado se alinha de modo mais adequado com a realidade mercadológica atual, que exige, para a consecução do escopo de grandes contratos administrativos, a colaboração de empresas especializadas em segmentos diversos.

Ademais, os princípios da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa prestigiam a tese da possibilidade do pagamento direto da Administração ao subcontratado, pois existindo razões técnicas que recomendam a reunião do objeto divisível, a impossibilidade da subcontratação restringiria a competitividade da licitação, além de afrontar o princípio da isonomia, já que prestigiaria o certame apenas as empresas maiores.

No tocante, especificamente ao objeto da consulta, quanto ao pagamento direto a empresas de veiculação de propaganda, entende-se que mesmo não estabelecendo de forma direta e peremptória, a Lei 12232/2010 no parágrafo único do artigo 15, possibilita a interpretação da realização do pagamento direto pela Administração às empresas subcontratadas, senão vejamos: “Pertencem ao contratante as vantagens obtidas em negociação de compra de mídia **diretamente** ou por intermédio de agência de propaganda...”

No mesmo sentido, o art. 3º da Lei nº 4.680/65 (dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda), aplicável de forma complementar às licitações e contratos de serviços de publicidade celebrados pelo Poder Público por força do § 2º do art. 1º da Lei nº 12.232/10, também estabelece que a atuação das agências de publicidade no que se refere à distribuição de propaganda aos veículos de divulgação ocorre por conta e ordem dos anunciantes, sendo que o art. 15 do Decreto Federal nº 57.690/66 (que regulamenta aquela lei) expressamente estabelece que “O faturamento da divulgação será feito em nome do Anunciante”.

Cumprir registrar, que esta relatoria já se manifestou pela possibilidade de contratação direta dos veículos de divulgação, haja vista as características e especificidades da necessidade de veiculação, principalmente nas áreas como saúde, educação e assistência social. Dependendo do objetivo, público alvo, essas veiculações devem ocorrer em veículos e horários diferenciados.

Por todo o exposto e consoante ao entendimento da Unidade Técnica, fazendo uma interpretação extensiva da Lei 12.232/2010 e a ponderação entre os princípios e prevalecendo o princípio da razoabilidade, conclui-se que é possível a subcontratação parcial e a realização de pagamentos diretos aos subcontratados para execução de serviços de veiculação publicitárias, sendo imprescindível que fique comprovado a motivação formal na licitação e contrato, descrevendo as razões de ordem técnica e ou econômica, justificando o não parcelamento do objeto.

Cumprir registrar, entretanto, que apesar do posicionamento favorável à contratação e pagamento direto pela Administração aos veículos de divulgação, não implica na indicação de regularidade de toda e qualquer permissão de subcontratação realizada pela Administração, cabendo este a Tribunal analisar cada caso, verificando o atendimento dos requisitos legais, mormente os atinentes ao não parcelamento do objeto.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 2014.

Assinado Digitalmente pelo sistema e-TCE - **LILIAN DE ALMEIDA VELOSO NUNES MARTINS:07756518349 - 19/09/2014 11:16:56**
Lilian de Almeida Veloso Nunes Martins

Conselheira Relatora