

Contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública – Apontamentos em relação à Lei nº 12.232/10 e à publicidade em período eleitoral¹

Licurgo Mourão

Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Doutorando em Direito Econômico e Financeiro (USP). Mestre em Direito Econômico (UFPB). Extensões universitárias na The George Washington University (USA), na Fundação Dom Cabral (FDC) e na Universidad del Museo Social Argentino. Pós-Graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental (UFPE). Professor Convidado da Universidad San Nicolas de Hidalgo, no México; da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, MG; da Faculdade de Direito da UFMG; da Escola de Administração Fazendária (ESAF); do Ministério do Planejamento; do Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia; da Universidade Positivo, Paraná; e das Escolas de Contas dos Tribunais de Contas de Minas Gerais, Mato Grosso e Bahia. Palestrante e conferencista nacional e internacional. Autor e coautor de artigos técnicos e livros. Coautor do trabalho técnico-científico ganhador do Prêmio Internacional conferido em 2009 pela Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) no “XII Concurso Anual de Investigación Omar Lynch”.

Daniel Uchôa Costa Couto

Advogado. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Processual Constitucional e em Direito Público. Mestrando em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro, na Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho.

Palavras-chave: Lei nº 12.232/10. Serviços de publicidade. Gastos públicos.

Sumário: **1** Homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta – **2** Introdução – **3** Inovações introduzidas pela Lei nº 12.232/10 – **4** Publicidade no período eleitoral – **5** Conclusão – Referências

¹ Texto originalmente elaborado para publicação na obra coletiva *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*, coordenada por Alécia Paolucci Nogueira Bicalho e Maria Tereza Fonseca Dias (Belo Horizonte: Fórum, 2013).

1 Homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta

“São imperscrutáveis os desígnios de Deus! Imperscrutáveis os seus caminhos!”, afirmava João Paulo II, em discurso na Catedral de Cracóvia, em 06 de junho de 1979, quando de sua viagem apostólica a sua terra natal, a Polônia.

Não sabia que ao ladear o Professor Carlos Motta no debate acerca da Lei nº 12.232/10, por ocasião do VII Congresso Mineiro de Direito Administrativo, ocorrido de 23 a 25 de maio de 2011, seria a última vez que gozaria diretamente dos seus lúcidos ensinamentos e da presença marcante do amigo e mestre que desde sempre, com a lhanza que lhe era peculiar, acolheu-me como a um filho quando das agruras da vida, proporcionando-me incontáveis e profundas lições de humanidade, caráter e honradez.

Mais que palavras de roldão escolhidas a embelezar discursos formais, o Professor Carlos Motta as praticava diariamente. Testemunho do seu legado, uma frase ressoava entre a legião de amigos, alunos, familiares, funcionários e admiradores que acorreram ao seu sepultamento, enfatizando a natureza de seu caráter: “Um homem de bem!”.

Nessa pequena obra que seus discípulos ora lhe ofertam, recrudescer a força de seus ensinamentos, tornando-os legado para as futuras gerações, com a certeza de que a saudade implacável e os princípios de vida que o norteavam são a razão motriz que inspira as ações de todos aqueles que concorrem para uma administração pública voltada para o cidadão e embalam as esperanças de vermos um Brasil mais ético.

2 Introdução

A interação do Poder Público com a sociedade constitui condição inexorável para o desenvolvimento do regime democrático. À Administração Pública democrática cumpre respeitar os princípios basilares do regime jurídico devendo fundamentar seus atos, expressando, de forma clara e acessível, as razões de seu agir, em consonância com o princípio da publicidade. Nesse sentido, em face da imperiosa transparência que deve nortear a atividade administrativa e da necessária aproximação dos órgãos e entidades estatais em relação aos cidadãos, a contratação de serviços de publicidade adquiriu inegável relevo em período recente.

Diante de questionamentos quanto à regularidade e ao volume de recursos despendidos na contratação de serviços de publicidade pelo Poder Público foi publicada a Lei nº 12.232/10. Até o advento da referida lei, a contratação de serviços de publicidade pelo Poder Público encontrava-se submetida à Lei nº 8.666/93.

Todavia, o art. 25, II, o qual veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação, constituía o único dispositivo que tratava especificamente dos referidos serviços.

Do exame do novo diploma normativo, verifica-se a existência de diversos dispositivos próprios e diferenciados em relação à Lei nº 8.666/93, direcionados ao estabelecimento de disciplina adequada à matéria, viabilizando-se o controle efetivo das licitações e contratações de serviços de publicidade.

3 Inovações introduzidas pela Lei nº 12.232/10

Inicialmente, ressalta-se o caráter multidisciplinar da lei em questão, tendo em vista a combinação de normas relacionadas a licitações e contratos administrativos com conceitos e disposições referentes ao exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda. Nesse sentido, a aplicação, de forma complementar, das Leis nºs 4.680/65 e 8.666/93 exige do intérprete conhecimento das citadas matérias, a fim de que possa realizar a interpretação mais adequada dos comandos da Lei nº 12.232/10.

Desde sua gênese, o texto legal foi envolto em controvérsias acerca de seu conteúdo e destinatários. Nesse sentido, a *Folha de S. Paulo*² reverberou declaração do Presidente do STF, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a redação da lei teria sido manejada no sentido de beneficiar réus de processos que corriam no âmbito da Suprema Corte Brasileira, matéria que reproduzimos *ipsis litteris*:

Lei foi alterada para proteger réus, diz presidente do STF

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Carlos Ayres Britto, afirmou ontem em plenário que um projeto de lei foi alterado propositalmente para influenciar o julgamento do mensalão e beneficiar alguns dos réus.

Para o ministro, a manobra “é um atentado veemente, desabrido, escancarado” à Constituição. A declaração refere-se à Lei 12.232, sancionada pelo então presidente Lula em 2010.

O texto trata da contratação de publicidade por órgãos públicos e durante sua tramitação na Câmara foi alterado por deputados do PT e do PR, partidos que têm membros entre os réus.

Britto diz que a redação “foi intencionalmente maquinada” para legitimar ação pela qual réus eram acusados.

O episódio citado começou em 2008, quando o ex-deputado e hoje ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (PT), apresentou o projeto.

² VALENTE *et al.* Lei foi alterada para proteger réus, diz presidente do STF.

Ele regulava, entre outras coisas, os repasses do “bônus-volume”, que são comissões que as agências recebem das empresas de comunicação como incentivo pelos anúncios veiculados.

No processo do mensalão, o Ministério Público acusou empresa de Marcos Valério Fernandes de Souza de ficar com R\$2,9 milhões de bônus que deveriam ser devolvidos para o Banco do Brasil, contratante da empresa.

A acusação diz que o dinheiro foi desviado para abastecer o esquema de compra de votos no Congresso.

A proposta original de Cardoso permitia que as agências ficassem com o bônus, mas era clara: a lei só valeria para contratos futuros.

Uma mudança feita na Comissão de Trabalho em 2008, porém, estendeu a regra a contratos já finalizados.

O relator do projeto na comissão foi o deputado Milton Monti (SP), do PR, partido envolvido no mensalão e que tem um dos seus principais dirigentes, o deputado Valdemar da Costa Neto, como réu.

Durante a discussão, o então deputado Paulo Rocha (PT-PA), também réu no caso do mensalão, pediu uma semana para analisar o texto.

Logo depois, Monti abriu prazo para emenda. O deputado petista Cláudio Vignatti (SC) apresentou sugestões, entre elas a que estendia a aplicação da lei a licitações abertas e contratos em execução. Monti não só acatou a sugestão como incluiu os contratos encerrados.

O texto seguiu a tramitação e virou lei, que foi usada em julho pelo Tribunal de Contas da União para validar a ação de Valério de ficar com os R\$2,9 milhões. A decisão, porém, está suspensa.

Ontem Ayres Britto disse que a mudança no projeto de lei é “desconcertante”. “Um trampo, me permita a coloquialidade, à função legislativa do Estado”.

Outro lado

Milton Monti (PR-SP) e Cláudio Vignatti (PT-SC) negam relação entre a alteração na lei e o julgamento.

Vignatti disse que sugeriu mudanças a pedido de Monti para atender a frente parlamentar da comunicação social, presidida por Monti. “Não tive intenção de prejudicar ou beneficiar alguém”.

Monti confirmou que a mudança no texto foi pedida pelo setor de publicidade, porque as agências já retinham o bônus-volume: “Era uso e costume. O foi que foi feito antes estava errado? Então foi botado na lei”.

Dalto Pastore, ex-presidente da Associação Brasileira das Agências de Publicidade, afirmou que a entidade pediu que a nova lei também atingisse contratos anteriores.

Nos termos do art. 1º, *caput* e §1º, tal norma se aplica aos órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário e às pessoas da Administração indireta, da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos mencionados entes, devendo ser incluídos, ainda, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, a despeito da omissão legal. Às empresas públicas que possuam regulamento próprio de contratação (v.g. Petrobras) se aplica subsidiariamente a lei em comento, conforme art. 20.

A Lei nº 12.232/10 somente é aplicável às licitações e contratos da Administração Pública cujo objeto seja o conjunto de atividades descrito no art. 2º, *caput*, realizadas integralmente, por intermédio de agência de propaganda, a teor do prescrito no art. 1º, *caput*. Adotou-se o modelo de agência completa (*full service*),³ tendo em vista a contratação do “conjunto de atividades realizadas integralmente”, sendo possível a inclusão das atividades complementares previstas no art. 2º, §1º. Dessa feita, à contratação de apenas alguns serviços, e não do conjunto de serviços de publicidade prestados integralmente, deve ser aplicada a Lei nº 8.666/93.⁴

Depreende-se a intenção do legislador de limitar o objeto dos contratos de serviços de publicidade às atividades previstas no *caput* e §1º do art. 2º, haja vista a vedação de inclusão de qualquer outra atividade, em especial as de assessoria de imprensa, comunicação, relações públicas e as direcionadas à realização de eventos festivos, como se demonstra abaixo:



³ Cf. art. 4º da Comunicação Normativa nº 16, de 14 de setembro de 2010, do Conselho Executivo de Normas Padrão (CENP), que dispõe a respeito da certificação de agências de publicidade. O CENP representa entidade criada pelo mercado publicitário, em 1998, tendo como objetivo zelar pela observância das Normas-Padrão da Atividade Publicitária (Disponível em: <http://www.cenp.com.br/PDF/Comunicacoes_Normativas/CN_16_Port.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2012).

⁴ Nesse mesmo sentido: MACHADO. Licitações de serviços de publicidade: aspectos controvertidos e problemáticos da Lei nº 12.232, de 29.04.10. *Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC*.

Desse modo, buscou-se afastar a prática, reiteradamente verificada, de inclusão de atividades de natureza diversa em contratos de publicidade, o que resultava nos denominados “contratos guarda-chuva”.⁵ ⁶ Todavia, na prática, pelo elevado grau de subjetivismo de algumas de suas prescrições, vaticinam-se severas dificuldades no tocante à verificação da incidência ou não da novel legislação.⁷

Aos serviços discriminados no art. 2º, §1º, somente se aplica a lei em exame se contratados em caráter complementar aos serviços de publicidade mencionados no *caput* do referido dispositivo. Por conseguinte, devem guardar pertinência com a ação publicitária avençada, não havendo respaldo legal para sua contratação na hipótese de versarem sobre outras matérias.⁸

O §3º do art. 2º, que prevê a possibilidade de adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, retrata antiga prática, comumente adotada pela Administração Pública, por meio da qual se contrata mais de uma agência para atender as demandas de publicidade, sendo posteriormente definida com qual fica determinada peça ou campanha, assegurado às demais percentual mínimo do total dos serviços.

A propósito, insta ressaltar que, revendo o posicionamento adotado no Acórdão nº 2.062/2006, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 3.233/2010, decidiu que *a contratação de mais de uma agência de publicidade se encontra em consonância com o art. 3º da Lei nº 8.666/93, uma vez que permite à Administração*

⁵ A propósito, vale transcrever ementa de recente acórdão do Tribunal de Contas da União:

“Tomada de contas especial. Conversão de representação de equipe de auditoria. Indícios de prejuízo de prática de atos com infração a normas legais. Citações. Audiências. Contratos ‘guarda chuva’, com diversos serviços na área de marketing. Ausência de repasse de bônus de volume. Superveniência da Lei 12.232/2010. Afastamento de parte das irregularidades. Débito. Multa.

1. Via de regra, a Administração deve realizar tantas licitações e consequentes contratos quantos os serviços que pretende contratar. Somente é lícito contratá-los conjuntamente nos casos em que demonstrado ser a contratação isolada inviável técnica ou economicamente. 2. *Somente podem ser contratados, no âmbito de contratos de serviços publicidade, celebrados entre a Administração e agências de publicidade e propaganda, serviços que efetivamente integrem as campanhas publicitárias a cargo da agência celebrante.* 3. *É vedado incluir, em contratações de serviços de publicidade, assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas”* (TCU. Plenário. Processo: TC nº 020.081/2005-7 (AC-0638-09/12-P). Rel. Min. Walton Alencar. Julgamento em: 21.03.12, grifos nossos).

⁶ Nesse mesmo sentido: MOTTA. *Divulgação institucional e contratação de serviços de publicidade*: legislação comentada, p. 79; MACHADO. *Licitações de serviços de publicidade: aspectos controvertidos e problemáticos da Lei nº 12.232, de 29.04.10*. *Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 678.

⁷ Conforme exposto no Debate acerca da Lei nº 12.232/2010, por ocasião do VII Congresso Mineiro de Direito Administrativo, ocorrido em Belo Horizonte, em 24 de maio de 2011.

⁸ Corroborando com esse entendimento: OLIVEIRA. *Nova legislação sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda*: Lei nº 12.232/2010. *Jus Navigandi*.

Pública promover a contratação mais vantajosa. Entendeu-se que tal prática retrata as peculiaridades da contratação de serviços de publicidade, atendendo de forma adequada à necessidade do poder público, sem que haja violação a princípios e regras da licitação.⁹

No tocante à seleção interna entre os contratados, considera-se que a metodologia do respectivo procedimento deve integrar o edital da licitação, tendo em vista os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da segurança jurídica, afastando-se a possibilidade de surpresa aos contratados, visto que a única incerteza que deve estar presente se refere às propostas técnica e de preços dos demais concorrentes.

Do estudo dos arts. 10 e 11, que disciplinam minuciosamente os processos de definição da subcomissão técnica e de análise e julgamento das propostas de preço e técnicas, constata-se a preocupação do legislador com a manutenção do sigilo da identidade dos licitantes e com o julgamento de forma técnica e imparcial das propostas apresentadas.

⁹ Acórdão nº 3.233 do Plenário do Tribunal de Contas da União, relatado pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça, julgamento em 1º.12.10, do qual se destaca o seguinte trecho do voto condutor: “96. Tenho para mim, de um olhar mais amplo do que o citado artigo [art. 3º, Lei nº 8.666/93], que a lei guia a Administração a buscar, acima da proposta mais vantajosa, a contratação mais vantajosa. Isto inclui, antes do menor preço e da técnica mais apurada, obtidos da oferta do licitante, também a definição, pelo poder público, da melhor maneira para execução do objeto. 97. *De novo, há que se pesar que a contratação de serviços de publicidade foge completamente do modelo ordinário.* Em uma obra ou outro tipo de serviço, a comparticipação de três empresas na realização de objeto único, além de desnecessária, traria dificuldades insuperáveis para a coordenação dos trabalhos. [...] 98. *Dentro de um contrato de publicidade, no entanto, há subobjetos que, tecnicamente, podem ser incumbidos a pessoas distintas, sem causar nenhuma complicação para o resultado.* Não haveria problema, por ilustração, que cada campanha fosse executada por uma agência, desde que respeitada a linha geral de comunicação do contratante. 99. Ocorre que o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva. É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades. [...] 101. *Dadas as características peculiares da contratação de serviços de publicidade, acredito até que se torna mais interessante para um ente público ter mais de uma agência à sua disposição. De fato, assim se pode instaurar uma nova competição interna para a escolha da melhor solução para situações concretas. É como se fosse feita uma licitação dentro de outra.* 102. Ademais, é inapropriado falar, indeterminadamente, que a manutenção de mais de uma agência de propaganda daria azo a favorecimentos. Primeiro, não se deve esquecer que as agências são contratadas como consequência de um processo licitatório regular, e somente elas estão aptas a tomar parte da seleção posterior para execução de qualquer ação publicitária. Depois, existem quesitos contratuais para permitir a comparação das propostas oferecidas diante do caso específico. E, de todo modo, de praxe, menos de 50% dos serviços entram na segunda disputa, tendo em mente que cada agência contratada tem assegurado um percentual mínimo para executar” (grifos nossos).

A contratação de serviços de publicidade apresenta, inexoravelmente, caráter subjetivo, tendo em vista a necessária avaliação do aspecto criativo das propostas técnicas dos licitantes. A Lei nº 12.232/10 apresenta diversos dispositivos que visam a minorar o subjetivismo na avaliação dos planos de comunicação e, assim, a assegurar a lisura das contratações, coibindo o possível direcionamento de certames a determinados licitantes.

*Há que se observar que, acima da definição de procedimentos, é necessário o estabelecimento de critérios objetivos e adequados para a seleção das propostas, bem como para a devida justificativa nos autos do processo licitatório das notas atribuídas aos concorrentes.*¹⁰

A Lei nº 12.232/10, no art. 14, admite a subcontratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, a qual apresenta as seguintes diferenças em relação à prevista no art. 72 da Lei nº 8.666/93: restringe-se aos serviços especializados mencionados no §1º do art. 2º; exige o prévio cadastramento dos fornecedores, pela Administração contratante;¹¹ requer a realização de processo de seleção entre os fornecedores, com base no critério de menor preço, nos termos do art. 14, §2º.

A depender do entendimento adotado, é possível apontar ainda mais uma diferença, que se refere à responsabilidade do contratado em relação à atividade do subcontratado. De um lado, há quem se posicione pela responsabilidade solidária do contratado em relação ao subcontratado, seguindo-se o art. 72 da Lei nº 8.666/93.¹² Lado outro, verifica-se o posicionamento segundo o qual, tendo em vista o processo de seleção estabelecido, que exige o prévio cadastramento do fornecedor subcontratado, junto à Administração contratante e, conforme o caso, a realização de sessão pública, o contratado estaria isento de responsabilização por atos decorrentes da atuação daquele.¹³

¹⁰ A respeito, conferir: TCEMG. Consulta nº 841512. Rel. Conselheiro Mauri Torres. Sessão: 16.11.2011; TCEMG. Processo nº 735923. Rel. Conselheiro Sebastião Helvécio. Sessão: 22.04.10; TCU. AC-2017-35/09-P. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão: 02.09.09; TCU. AC-0210-03/11-P. Rel. Min. Augusto Nardes. Sessão: 02.02.11.

¹¹ A propósito, conforme recente acórdão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta nº 838377, em sessão plenária de 18.07.12, os veículos de comunicação, cuja função se refere à transmissão de mensagens de propaganda ao público, e não à elaboração dessa, não se submetem à exigência de prévio cadastramento, uma vez que tal atividade não se insere no rol de serviços complementares definido no art. 2º, §1º, da Lei nº 12.232/10 (Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota>>. Acesso em: 20 ago. 2012).

¹² Nesse sentido: MOTTA. *Divulgação institucional e contratação de serviços de publicidade: legislação comentada*, p. 183.

¹³ MACHADO. Licitações de serviços de publicidade: aspectos controvertidos e problemáticos da Lei nº 12.232, de 29.04.10. *Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, p. 683.

Na hipótese de não obtenção dos três orçamentos exigidos no §1º do art. 14, tal ocorrência deverá ser devidamente justificada nos autos do certame, sob pena de repetição do processo de subcontratação, observando-se o art. 22, §7º, da Lei nº 8.666/93, em conformidade com o disposto no art. 1º, §2º, da Lei nº 12.232/10.

O procedimento previsto no §2º do art. 14 corresponde a uma seleção de fornecedores, previamente cadastrados pela Administração contratante, com base no critério de menor preço, haja vista a exigência de apresentação de três orçamentos, não havendo menção à qualificação técnica. Tal dispositivo não se refere à publicidade e aos prazos relativos à sessão pública prevista, estabelecendo apenas que essa será convocada e realizada sob fiscalização do contratante. Em face de tal omissão legislativa, devem ser observadas as regras fixadas no art. 21 da Lei nº 8.666/93, sendo necessária, portanto, a publicação da convocação no *Diário Oficial* e em jornal de grande circulação, observados os prazos para a realização da sessão pública estabelecidos no art. 22 da citada norma.

Ademais, deve ser assegurada a possibilidade de terceiros interessados, já cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento, participarem do certame, a fim de afastar a restrição da disputa aos três fornecedores previamente cadastrados que, diante da solicitação do contratado, tenham apresentado o orçamento exigido no §1º, o que poderia resultar em afronta aos princípios da impessoalidade e da isonomia e ao caráter competitivo do certame, devendo constar no ato convocatório a possibilidade de participação de outros fornecedores interessados.

Para se verificar a obrigatoriedade de realização de sessão pública para abertura dos orçamentos foi fixado como parâmetro o valor do fornecimento de bens ou serviços em relação ao valor global do contrato. Da análise do disposto no art. 14, §§2º e 3º, depreende-se a possibilidade de ocorrência de três situações: a) fornecimento igual ou inferior a 20% do limite previsto no art. 23, II, "a", da Lei nº 8.666/93 (o que corresponde, atualmente, a R\$16.000,00), independentemente de superar o valor de 0,5% do valor global do contrato: aplica-se apenas o disposto no §1º; b) valor do fornecimento superior a 0,5% do valor global do contrato e ao montante de R\$16.000,00: exige-se a realização do procedimento previsto no §2º; e, c) valor do fornecimento igual ou inferior a 0,5% do valor global do contrato, mas superior à quantia de R\$16.000,00: a Lei nº 12.232/10 não trata expressamente de tal hipótese.

Em relação a essa terceira situação, mediante interpretação sistemática dos §§2º e 3º do art. 14, cabe entender que, ainda que o fornecimento de bens ou serviços possua valor igual ou inferior a 0,5% do valor global do contrato, caso supere o valor limite previsto no art. 23, II, "a", da Lei nº 8.666/93, deve ser realizada a sessão pública.

Destaca-se a presença de dispositivos voltados para a transparência e o controle dos gastos com serviços de publicidade, em especial os arts. 15 a 17 e 21, o que favorece o exercício da *accountability*, tanto horizontal, especialmente pelos Tribunais de Contas, como vertical, com a previsão do livre acesso a informações por qualquer interessado, na internet.

Não se pode deixar de ressaltar o disposto no art. 20 que, além da aplicação subsidiária às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, prevê a aplicação da Lei nº 12.232/10 às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação. Trata-se de dispositivo de duvidosa constitucionalidade, uma vez que a retroatividade da lei poderá implicar no desrespeito a ato jurídico perfeito e, também, ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.¹⁴

Destacados dispositivos da Lei nº 12.232/10, norma legal que ainda merece ser objeto de estudos e debates mais aprofundados, tendo em vista a importância da discussão sobre os gastos públicos com a contratação de serviços de publicidade, apresentam-se a seguir apontamentos em relação à realização de publicidade no período eleitoral, tema de suma importância para a consolidação e o aprimoramento do regime democrático, a fim de não apenas verificar a regularidade das despesas públicas, mas também evitar a indevida divulgação de matérias com objetivos político-eleitorais.

4 Publicidade no período eleitoral

Não se pode olvidar que os requisitos constitucionais para a realização da denominada publicidade institucional encontram seus fundamentos no art. 37, §1º, da Constituição da República de 1988, a qual prescreve que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos *deverá ter caráter educativo, informativo, ou de orientação social*, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Destaca-se que, conforme a Declaração de Assunção acerca dos Princípios sobre Prestação de Contas, aprovados na XIX Assembleia Geral da Organización

¹⁴ Sobre a aplicação de tal artigo, vale acompanhar decisão a ser proferida pelo TCU no recurso impetrado nos autos da Tomada de Contas 019.032/2005-0, em face do Acórdão nº 1.716, sessão de 04.07.12, relatado pela Ministra Ana Arraes. Nessa decisão, tendo em vista o disposto no art. 19 c/c art. 20 da Lei nº 12.232/10, foi afastada a irregularidade pertinente à apropriação de descontos obtidos junto a fornecedores e veículos de comunicação em desacordo com o contrato firmado, que estabelecia o repasse de tais descontos ao Banco do Brasil S/A.

Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS), ocorrida em 2009, no Paraguai, “a publicidade das atuações públicas é a premissa fundamental da transparência, [...] a informação apresentada para efeitos da prestação de contas deve ser confiável, relevante, clara, acessível, compreensível, completa, medível, verificável, oportuna, útil e pública para o cidadão [...]”.¹⁵

Ocorre que a pretexto de publicizar aos cidadãos os feitos da Administração Pública, não raro se observa um grande aporte de recursos dirigidos a tais dispêndios, em detrimento de funções estatais absolutamente relevantes e de forte apelo social.

De fato, nos anos de 2007 a 2010, houve vertiginoso crescimento dos gastos em mídia¹⁶ em comparação com os investimentos em funções típicas realizados pela Administração direta (incluídos todos os órgãos) e pela Administração indireta (sem se considerar as empresas estatais), conforme se demonstra, em relação às funções energia, habitação e cultura, em milhões de reais:



Observação: No Gráfico acima os valores relativos aos gastos com energia, habitação e cultura foram extraídos dos valores registrados nas subfunções típicas, nos relatórios de execução do orçamento fiscal e da seguridade social do Governo Federal,¹⁷ sendo que os valores de 2007 a 2009 estão atualizados pelo índice IGPM-FGV até 2010 e os valores de 2010 são correntes (nominais).

¹⁵ Disponível em: <http://www.olacefs.com/Olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/Olacefs/Documentos/2010/DOC_201006_37>. Acesso em: 17 abr. 2012.

¹⁶ Valores dos gastos com mídia divulgados pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, incluindo Administração direta e indireta e excluídas as empresas estatais. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

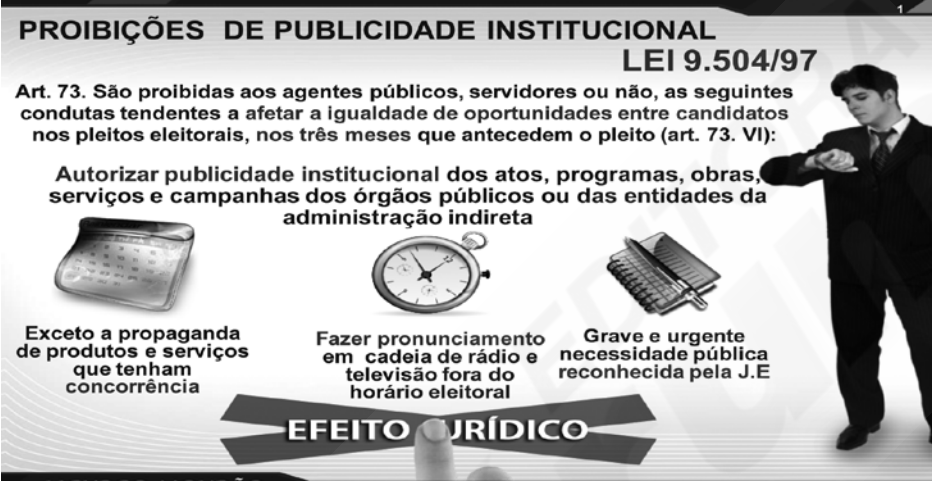
¹⁷ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2012.

Cumpramos ressaltar que a Lei nº 9.504/97 estabelece limitações à realização de publicidade nos três meses antecedentes ao pleito, conforme ilustrado na Figura a seguir:

PROIBIÇÕES DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL
LEI 9.504/97

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, nos três meses que antecedem o pleito (art. 73. VI):

Autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos ou das entidades da administração indireta



Exceto a propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência

Fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral

Grave e urgente necessidade pública reconhecida pela J.E

EFETO JURÍDICO

LICURGO MOURÃO

Entretanto, de modo contraditório, é exatamente no período de vedação imposto pela legislação que se verifica um incremento no aporte de recursos destinados aos veículos de comunicação, conforme se infere de pesquisa desenvolvida ao longo dos anos de 2009 a 2010, no qual houve campanha para a eleição presidencial, conforme Figura a seguir:¹⁸



¹⁸ COSTA; FALCÃO. Propaganda oficial dobrou na eleição.

Nota-se, sem extirpe de dúvidas, que o incremento das despesas com publicidade exatamente no período de vedação, denota a necessidade de aprofundamento da natureza de tais gastos, no sentido de apontar sua compatibilidade ou não com os ditames da Lei nº 9.504/97. Sendo assim, exercer-se-á com precisão o papel fiscalizador imanente aos órgãos de controle da Administração Pública.

5 Conclusão

Os questionamentos e dúvidas destacados em relação a dispositivos da Lei nº 12.232/10 retratam a necessidade de aprofundamento do debate sobre a matéria, devendo-se aguardar a consolidação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que, apesar de passados mais de dois anos de vigência da citada norma, ainda se mostram incipientes.

Cumprir enfatizar, ainda, a importância da discussão sobre os gastos públicos decorrentes da contratação de serviços de publicidade, a fim de estabelecer diretrizes e limites, haja vista o volume de recursos despendidos e a presença, em muitos casos, de interesses político-partidários que motivam tais contratações, notadamente quando se aproximam os processos eleitorais.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2009.

BRASIL. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

BRASIL. TCU. Acórdão nº 3.233. Plenário. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. Sessão: 1º.12.2010.

COSTA, Breno; FALCÃO, Márcio. Propaganda oficial dobrou na eleição. Disponível em: Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0905201104.htm>>. Acesso em: 12 maio 2011.

MACHADO, Oscar Pelissari. Licitações de serviços de publicidade: aspectos controvertidos e problemáticos da Lei nº 12.232, de 29.04.10. *Revista Boletim de Licitações e Contratos – BLC*, ano 23, n. 7, p. 677-685, jul. 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Divulgação institucional e contratação de serviços de publicidade*: legislação comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. Nova legislação sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda: Lei nº 12.232/2010. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18152>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

ORGANIZACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES – OLACEFS. Declaração de assunção acerca dos princípios sobre prestação de contas. Paraguai, 2009. Disponível em: <http://www.olacefs.com/Olacefs/ShowProperty/BEA%20Repository/Olacefs/Documentos/2010/DOC_201006_37>. Acesso em: 17 abr. 2012.

VALENTE, Rubens *et al.* Lei foi alterada para proteger réus, diz presidente do STF. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1146127-lei-foi-alterada-para-proteger-reus-diz-presidente-do-stf.shtml>>. Acesso em: 03 set. 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOURÃO, Licurgo; COUTO, Daniel Uchôa Costa. Contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública: apontamentos em relação à Lei nº 12.232/10 e à publicidade em período eleitoral. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 95-108, jan./jun. 2013.
