TC nº 72-002.852.01-87

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SGM. Serviços técnicos de projetos de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos municipais, compreendendo o estudo, concepção, pesquisa, produção, execução, veiculação. Não apresentação do projeto executivo com detalhamento dos serviços e respectiva planilha de custos. Não atendimento ao objeto do contrato, tendo havido desvio de sua finalidade. Irregularidades nas contratações realizadas pela subcontratada. IRREGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Lei 12.232/10.

TC citado 72-006.270.99.47

2.912ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 03/08/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.880ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, com voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgar irregular a execução contratual, no período e valores auditados.

Vencidos os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, e MAURÍCIO FARIA que julgaram regular a execução do Contrato 06/1999/SMCS.

ACORDAM, todavia, à unanimidade, considerando a regularidade nos pagamentos, o tempo decorrido desde o encerramento e o cumprimento integral do ajuste, em acolher os efeitos financeiros referentes ao período e valores auditados.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de fevereiro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Cuida-se, nestes autos, da análise da execução contratual referente ao Contrato 06/99, firmado entre a PMSP e a empresa DPZ-Dualibi, Petit, Zaragoza Propaganda Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços técnicos de projetos de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos municipais, compreendendo o estudo, concepção, pesquisa, produção, execução, veiculação, bem como a distribuição de materiais, peças ou campanhas de interesse da PMSP, conforme descrito na cláusula primeira do objeto. O período de análise corresponde aos meses de março e abril de 2001.

Importa salientar que o referido Contrato foi analisado por esta Corte nos autos do TC 72-006.270.99.47, tendo sido considerado formalmente regular pelos seus Órgãos Técnicos.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que:

(i) as despesas realizadas no período sob exame, março e abril de 2001, no valor de R$ 1.192.713,70, foram devidamente empenhadas;

(ii) os valores pagos estão de acordo com os serviços prestados;

(iii) a Unidade mantém controle da execução contratual que deve ser aperfeiçoado conforme item 3.4.

Por outro lado, o Relatório da SFC sugeriu o envio do TC para análise da Assessoria Jurídica para que esta se pronunciasse em relação aos itens 3.3.1 e 3.3.5 – Do Objeto Contratual e Das Condições da Contratação – pois entendeu que poderia ter ocorrido possível desvio de finalidade e desatendimento aos princípios da impessoalidade no caso das subcontratações.

Submetida à análise da AJCE, aquela Especializada manifestou-se em quatro oportunidades (fls. 88/90; 141/148; 168/170 e 243/247), concluindo pela irregularidade da execução, uma vez que a Contratada não apresentou projeto de divulgação; além do mais, concluiu que houve desvio de finalidade, bem como irregularidades nas contratações realizadas pela subcontratada Acqua Comunicação Integrada.

Em resposta às conclusões da AJCE, a Origem prestou os esclarecimentos de fls. 160/164, ponderando que a execução do contrato seguiu a chamada "técnica publicitária" dominante nas contratações de serviços de agências de propaganda.

Encaminhados os autos à Procuradoria da Fazenda Municipal, esta requereu a intimação da Secretaria de Governo Municipal para que respondesse aos quesitos formulados, constantes às fls. 199/201, os quais foram devidamente respondidos às fls. 219/226.

De posse das respostas prestadas pela Origem, a PFM exarou manifestação com as seguintes conclusões:

(i) que o objeto foi integralmente cumprido;

(ii) que restou demonstrado o elevado grau de satisfação da Administração com a execução dos serviços;

(iii) que as peculiaridades do objeto justificam as subcontratações;

(iv) que o objetivo público foi atendido;

(v) e que os atos praticados estavam em consonância com os princípios da moralidade, da economicidade, vantajosidade e publicidade, não se registrando má-fé, benefícios indevidos a terceiros, nem prejuízo ao erário.

Requereu, ao final, o acolhimento da execução contratual ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, em manifestação conclusiva de fls. 293/297, com base nos Órgãos preopinantes desta Corte, entendeu que o objeto contratual não foi atendido. Justifica suas conclusões tendo por base as seguintes irregularidades:

(i) descumprimento da cláusula 5º - ausência de projeto executivo, planilha de custos e ordem de serviço;

(ii) a Contratada infringiu a cláusula 5.2, por não ter prestado pessoalmente os serviços, mas sim por ter assumido a condição de gerenciadora de subcontratações, sem anuência da Contratante, o que caracterizaria o desvirtuamento da finalidade em relação ao objeto.

Apontou, ainda, em relação a esta última infringência, que teria havido prestação de serviços artísticos para simples coleta de informações ou de material para arquivamento, sem a demonstração do interesse público envolvido, ou mesmo de seu caráter educativo ou de orientação social, o que iria de encontro ao estabelecido no art. 31, § 1º, da Constituição Federal.

Ao final, a SG ressaltou que, a despeito das alegadas infringências, o contrato foi integralmente cumprido, deixando ao critério do Conselheiro Relator a aceitação dos efeitos financeiros do ajuste.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o acompanhamento da execução contratual referente ao Contrato 06/99, firmado entre a PMSP e a empresa DPZ-Dualibi, Petit, Zaragoza Propaganda Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços técnicos de projetos de divulgação de atos, programas, obras, serviços e campanhas de órgãos municipais, compreendendo o estudo, concepção, pesquisa, produção, execução, veiculação, bem como a distribuição de materiais, peças ou campanhas de interesse da PMSP.

É de se ressaltar que o referido Contrato 06/99 foi considerado regular pelos Órgãos Técnicos desta corte, conforme consta dos autos do TC 72-006.270.99.47, já julgado por este Plenário.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela regularidade da execução, uma vez que as despesas realizadas no período sob exame, março e abril de 2001, foram devidamente empenhadas, sendo que os valores pagos estavam de acordo com os serviços prestados e que a Origem mantinha controle da execução contratual, com a ressalva de que tal controle deveria ser aperfeiçoado.

No entanto, nas conclusões finais da SFC foram apontados a possiblidade de terem ocorrido violações aos princípios que regem a conduta da Administração Pública: possível desvio de finalidade em relação ao Objeto Contratual e eventual descumprimento do princípio da impessoalidade em relação às subcontratações.

Em relação ao possível desvio de finalidade, observo que foram solicitados à Origem esclarecimentos detalhados sobre os registros em vídeos dos serviços listados nos documentos de fls. 36, referentes à atuação da empresa VCB, da cobertura fotográfica referida às fls. 39/40, executada pela empresa LUME Serviços Fotográficos, bem como os registros referentes à pesquisa junto à população do Município de São Paulo sobre o cumprimento ou não, das propostas apresentadas, durante a campanha eleitoral, pela então candidata – e depois prefeita - Marta Suplicy.

Observo que a AJCE apontou, no parecer de fls. 96/98, o recebimento do Ofício 473/SMCIS/SEC/01, através do qual a Origem encaminhou a esta Corte 01 (uma) fita de vídeo – fita esta, aliás, que integra os documentos anexados a este TC, contendo as reportagens das atividades do Poder Executivo relativas ao mês de março de 2001. Nesse sentido, a AJCE registrou que referida fita "(...) **atende somente ao primeiro item, ou seja, no que pertine ao vídeo dos serviços listados no documento de fls. 36**(...)" – fls. 97 (grifei).

No mesmo diapasão, aponto, às fls. 105, o Ofício 008/SMCIS/CH-GAB/02, através do qual a Origem juntou ao presente TC os orçamentos e a respectiva pesquisa qualitativa referente ao cumprimento das propostas da então Prefeita, pesquisa esta realizada pela empresa Cristina Pacheco Consultoria e Pesquisa.

No mesmo Ofício, a Origem trouxe aos autos 3 (três) encartes contendo 322 cópias de fotografias que retratam a cobertura das atividades do Poder Executivo no período de 15/03/2001 a 23/03/2001, conforme Agenda de Atividades referidas às fls. 39/40.

Ainda com relação à subcontratação da empresa Cristina Pacheco Consultoria e Pesquisa, pela Contratada DPZ-Dualib, aponto que a Origem juntou a necessária pesquisa de preços junto a três empresas do segmento de pesquisas de opinião, conforme fls. 110/115, vindo a contratar a proposta que ofertou o menor preço, a saber:

Empresa	Valor da Proposta
Cristina Pacheco Consultoria e Pesquisa	R$ 60.000,00
Escala Pesquisa de Mercado Ltda.	R$ 65.000,00
Vox Populi	R$ 72.000,00

Desta forma, entendo que o conjunto das atividades jornalísticas e de pesquisa de opinião colacionadas aos autos – fita de vídeo, registro fotográfico e Pesquisa Qualitativa – Expectativas e Demandas da População de São

Paulo (fls. 116/139), elidem por completo o possível desvio de finalidade do Contrato 06/99, uma vez que os serviços prestados pela Contratada restringiram-se às atividades do Poder Executivo Municipal e da então Prefeita, referentes ao mês de março de 2001, atividades estas relacionadas às fls. 36.

No mesmo sentido, não foi possível imputar suposta violação ao princípio da impessoalidade, seja em relação aos registros jornalísticos realizados pela Contratada, uma vez que se restringiram à documentação das atividades finalísticas do Gabinete da Prefeita e às demais atividades do Poder Executivo, seja em relação às subcontratações realizadas pela Contratada.

Finalmente, no que tange à suposta ilegalidade na execução contratual, sob a alegação de que a Contratada não teria prestado diretamente os serviços, mas sim que teria funcionado como gestora de inúmeras subcontratações, descumprindo o disposto na cláusula 5.2 do Contrato, entendo que os esclarecimentos prestados pela Origem às fls. 219/226 elidem o apontamento.

Merecem ser acolhidas as justificativas, pois:

(i) os serviços foram executados a contento;

(ii) todos os serviços prestados estão cobertos no escopo do ajuste;

(iii) as subcontratações estão autorizadas no Contrato, conforme Cláusula 5.2, a saber: "Os serviços serão executados pela contratada com o fornecimento de toda a mão de obra, material e equipamentos necessários, sendo permitida a subcontratação parcial dos serviços necessários ao cumprimento do objeto (...)", fls. 221.

Em relação às subcontratações, a própria PFM formulou pedido de esclarecimento à Origem questionando se seria razoável que a agência contratada executasse sozinha todos os serviços inerentes à publicidade em questão.

A esse respeito, a Origem esclareceu que:

"(...) a complexidade atual da atividade publicitária tornou inviável que uma mesma agência, que como o próprio nome diz, tem a função de agenciar serviços, domine todas as áreas da cadeia de produção do setor.

Hoje, nenhuma agência agrega na sua estrutura toda a gama de serviços e ações necessários para a realização de campanhas e peças publicitárias (nas suas fases de planejamento, pesquisa, criação, produção, etc...), de forma que é natural a contratação de outros profissionais ou empresas para realizar partes ou estágios componentes da publicidade. A produção de vídeo, por exemplo, implica em know how, equipamentos e recursos humanos que as agências normalmente não dispõe, daí a necessidade de subcontratar outras empresas." – fls. 222/223.

Sobre a possibilidade da subcontratação de outras empresas ou pessoas físicas para a realização de serviços específicos, após a concepção do projeto publicitário por parte de seus idealizadores, a antiga Lei Federal 4.680, de 18.06.65, que regulava o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda, era omissa quanto à questão.

No entanto, tal prática sempre foi usual no mercado publicitário, com a Agência de Publicidade funcionando apenas como um centro de criação e concepção do projeto publicitário. Uma vez concebido o projeto e submetido à aprovação pelo cliente contratante, toda a execução do mesmo será feita por diversos outros profissionais ou empresas subcontratadas segundo sua área de atuação, cabendo à Agência de Publicidade a direção e coordenação dos serviços até a conclusão do projeto.

Nesse sentido, a nova lei que regulou as normas gerais para licitação e contratação, pela Administração Pública, de serviços de publicidade prestados por intermédio de **agências de propaganda**, Lei Federal 12.232, de 29.04.10, que assim definiu os serviços de publicidade:

> *"Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se **serviços de publicidade** o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a **concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade** aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral. – Lei Federal 12.232/10" – grifei.*

E, ainda, o parágrafo único do artigo 2º do referido diploma legal prevê expressamente a possibilidade da subcontratação dos serviços complementares, a saber:

> *"§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como **atividades complementares** os **serviços especializados** pertinentes: I - ao **planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado,** o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3o desta Lei; II - à **produção e à execução técnica das peças e projetos** publicitários criados; III - à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em consonância com novas tecnologias,*

visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias que": – Lei Federal 12.232/10 – grifei.

Destaco que a Lei 12.323/10 funciona como verdadeira norma de integração às lacunas da Lei 8.666/93, pois esta última foi elaborada visando, basicamente, as obras e serviços de engenharia, passíveis de cálculos precisos na definição de seu projeto básico.

O mesmo não ocorre com a contratação de serviços de publicidade, uma vez que durante o período de vigência do contrato a Administração pode se deparar com situações imprevistas ou inusitadas, que exigirão da Contratada soluções criativas ou inovadoras.

Nesse sentido, veja a lição de Marçal Justen Filho, na obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", (Editora Dialética, São Paulo, 2009, 13ª edição, página 131): (...)

"A exigência genérica da existência de projetos básico e executivo como requisito da instauração da licitação, prevista no art. 7º, tem de ser interpretada em termos. Essa redação retrata as concepções fortemente relacionadas com o campo da engenharia. É claro que 'projetos básico e executivo' são figuras relacionadas exclusivamente com obras e serviços de engenharia. Logo, ***não há cabimento de exigir 'projeto básico e executivo' em outras espécies de serviço****. Assim, por exemplo, essa figura não existirá em uma licitação para serviços de vigilância." (Justen Filho, 1999).*

Antes da edição da Lei Federal 12.323/10, o TCU deparou-se com o problema da especificidade do contrato de serviço de publicidade pela Administração Pública ao analisar o **Pedido de Reexame em face do V. Acórdão 2062/2006-TCU-Plenário**, no qual o N. Relator acolheu a tese da defesa e assim manifestou seu voto:

"*65. Consoante o* ***Acórdão 2.062/2006-Plenário****, a Administração Pública deve passar a elaborar, na fase de licitação, projetos básicos e orçamentos, com a composição dos custos unitários, para "todas as ações publicitárias a serem executadas no âmbito do contrato". A providência está apoiada nos incisos I e II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93. (...)*

68. Devo esclarecer que esse pensamento aberto não é inteiramente aceito pela jurisprudência deste Tribunal, mas aqui o introduzi porque, vindo do alto magistério de Marçal Justen Filho, adverte-nos de que não devemos ser tão rigorosos ao enxergar o assunto.

69. Uma coisa, contudo, é certa: os conceitos de projeto básico e orçamento de custos unitários, que constam do inciso IX do art. 6º da Lei 8.666/93, são próprios de obras e, assim, têm de ser ajustados na sua aplicação a serviços alheios à engenharia.

70. Mas mesmo com o máximo de adaptação, ***é de se perguntar como que na licitação será possível prever todas as ações publicitárias que irão se desenvolver dentro de um contrato, para traçar-lhes o projeto básico e conhecer os custos de cada material e serviço que comporão a produção.***

71. ***O contrato de publicidade não tem similar****, e um dos motivos disto está na imprevisibilidade do que será necessário fazer. Ao mesmo tempo, abrange um serviço a ser executado de forma contínua, o que pode estender a sua duração para até 60 ou 72 meses. Como saber quais ações publicitárias serão requeridas daqui a três anos, por exemplo? (...)*

82. No ***momento da licitação, o que importa é traçar como será o trabalho da agência e qual será a estimativa da sua remuneração****, o que depende diretamente, por óbvio, do conhecimento prévio dos gastos gerais de produção e veiculação.* ***Porém, o projeto básico e o orçamento para contratação da agência não se confundem com o plano de produção e veiculação e respectivos orçamentos, que nem poderiam ser sabidos por ocasião da licitação****, visto que fazem parte, precisamente, do próprio trabalho para o qual a agência foi contratada:* ***idealização, planejamento, realização e distribuição das peças publicitárias****. TCU – Pedido de Reexame – Acórdão 2062/2006 – Plenário". (Grifei).*

Portanto, a Lei Federal 12.323/10 veio disciplinar uma prática comum no mercado de contratação dos serviços de publicidade, qual seja, a contratação de uma Agência, por um período definido no Edital, com a possibilidade de que esta Agência subcontratasse os serviços profissionais especializados de acordo com as características e necessidades do objeto de cada campanha publicitária.

No caso em análise, embora o Contrato tenha sido firmado em 1999, sob o comando da Lei Federal 4.680, de 18.06.65, o mesmo já possuía elementos que mais tarde iriam integrar, de maneira explícita, o comando da

nova Lei Federal 12.232/10, como é o caso da possibilidade das subcontratações dos serviços complementares especializados, conforme o artigo 2º da referida Lei.

Diante de todo o exposto, JULGO REGULAR a execução contratual referente ao período analisado. Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos. (2.880ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Na análise da execução do Contrato 06/99 a Auditoria concluiu que:

"1- as despesas realizadas no período sob exame, março e abril de 2001, no valor de R$1.192.713,70 (um milhão cento e noventa e dois mil setecentos e treze reais e setenta centavos), foram devidamente empenhadas;

2- os valores pagos estão de acordo com os serviços prestados;

3- a Unidade mantém controle da execução contratual que deve ser aperfeiçoado."

No entanto, solicitou a oitiva da Assessoria Jurídica sobre eventual ofensa ao princípio da impessoalidade (artigo 37, § 1º da Constituição Federal), ao desvio de finalidade e à realização de cotação para subcontratação.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu pela "irregularidade da execução contratual em razão da não apresentação do projeto de divulgação, do desvio de finalidade bem como em decorrência de irregularidades nas contratações realizadas pela subcontratada Acqua Comunicação Integrada."

Ressaltou, ainda, que as justificativas da Origem não afastaram a irregularidade pela não apresentação de projeto executivo com detalhamento dos serviços e a respectiva planilha de custos, razão por que reiterou que a execução contratual não atendeu ao objeto do contrato, tendo havido desvio de sua finalidade.

De sua parte, a Secretaria Geral também entendeu que o objeto contratual não foi atendido, nos seguintes dizeres:

"Por primeiro, porque, houve o descumprimento da cláusula 5ª: ausentes o projeto executivo, a planilha de custos e a respectiva ordem de serviço.

A contratada, infringiu, do mesmo modo, a cláusula 5.2, conquanto não prestou os serviços pessoalmente, antes, assumiu a condição de gerenciadora de subcontratações (subcontratação da subcontratação) sem anuência da contratante; e, como bem demonstrou esta Secretaria Geral – houve o desvirtuamento de finalidade em relação ao seu objeto, pois houve prestação de serviços artísticos para simples coleta de informação ou de material para arquivo, sem que tivesse sido estampado o interesse público envolvido, o caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 31, § 1º da Magna Carta. Ante todo o exposto, opino pela irregularidade da execução contratual "sub examine", posto que não atendeu ao objeto contratual."

Diante do exposto, com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO IRREGULAR A EXECUÇÃO CONTRATUAL, no período e valores auditados.

Todavia, considerando as constatações da Auditoria de regularidade nos pagamentos, bem como diante do tempo decorrido desde o encerramento do ajuste e ainda, tendo em vista o parecer da Secretaria Geral propondo a aceitação dos efeitos financeiros eis que "o contrato foi integralmente cumprido" ACOLHO OS EFEITOS FINANCEIROS referentes ao período e valores auditados.