



MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Capital da República, 31 de janeiro de 2008 A.D.

À Sua Senhoria o Senhor
WELIGTON MORAES

Secretário da AGEKOM – AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO DF
Brasília, DF

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

por seus membros abaixo assinados, em exercício nas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Social, nos termos da Constituição da República, Lei Complementar nº 75/93, e demais diplomas pertinentes, com base no procedimento de investigação cível nº 08190.014802/07-96, tem a satisfação de se dirigir a Vossa Excelência, a fim de vos encaminhar a presente

R E C O M E N D A Ç Ã O

visando à **melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa nos cabe promover** (LC 75, art. 6º, inciso XX), no que diz respeito à licitação do tipo concorrência nº 01/2007-CEL/AGEKOM, instaurada para a contratação de 3 agências prestadoras de serviços de publicidade de toda a Administração Direta do Distrito Federal.

Observamos que existem no edital determinadas cláusulas que precisam de ajustes, em razão da **necessidade de previsão de mecanismos de controle de fraudes e falhas na execução dos eventuais contratos.**

Além disso, entendemos que **são inexecutáveis as propostas de preços feitas pelas empresas licitantes mais bem classificadas no julgamento das propostas técnicas.**

Passemos a demonstrar essas afirmações.

Como é do pleno conhecimento de V. Exª, são três as formas de remuneração previstas no edital das empresas a serem contratadas, que são as praticadas no mercado; analisemos uma por uma, decodificando o prolixo linguajar do *métier* publicitário.

1 - Honorários, a serem cobrados do ÓRGÃO, incidentes sobre os custos.

Recebido
17/21
01/10/2108
165058-0



comprovados de serviços de produção realizados por terceiros cuja distribuição não proporcione o desconto de agência concedido pelos veículos de divulgação

Esta é a hipótese em que a peça publicitária foi criada pela agência e materializada por terceiros subcontratados (gráficas, editoras etc.), mas não será divulgada na mídia -- por serem artigos para uso interno ou de caráter promocional -- e assim não terá custos cobrados por veículos publicitários. Exemplos estão previstos no edital, nas cláusulas 1.4.1.1 e 1.4.1.2: livros, monografias, coletâneas de leis, boletins, folhetos, cartazes e outros.

A agência é quem elege o terceiro subcontratado, cuja proposta de preço é aprovada pelo órgão público, com a apresentação de três orçamentos prévios, nos termos da cláusula 5.1.7 da minuta do contrato (anexo VI do edital)¹. O órgão público é quem remunera o subcontratado, via agência, que retém uma percentagem pela intermediação.

A definição do montante exato da percentagem devida à agência vai depender do que esta lançar como proposta ainda no seio da licitação; quanto menor a sua proposta, maior a chance de vencer o certame.

Em sua cláusula 9.2.2, o edital previa a desclassificação da licitante que apresentasse percentual de honorários superior a 15%. Mas isso não foi necessário, porque as três empresas mais bem colocadas no julgamento das notas técnicas fizeram propostas de honorários que, após a negociação prevista no art. 46 § 1º, II, da Lei de Licitações, e cláusula 11.12 do edital, ficaram no patamar de **0% (zero por cento)**.

Embora isso signifique uma suposta economia para o erário, surgem sérios inconvenientes dessa sistemática.

A hipótese de a agência abrir mão de ser remunerada pelo serviço de terceiros vai em direção contrária ao minucioso levantamento do TCU (Acórdão 2.062/2005), que mostrou que, no mundo real, a imensa totalidade (alguns casos, mais de 98%) das verbas públicas auferidas pelas agências nada tinham a ver com criação, e sim com serviços de terceiros e veiculação. Confira-se:

A remuneração pela prestação de serviços de criação e produção de peças publicitárias deveria ser a principal fonte de receita das agências de publicidade, tendo em vista se referirem ao ramo de negócio dessas empresas. No entanto, o montante auferido por tais serviços é de tal forma

¹ Textualmente: "CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. (...) 5.17. Fazer cotação de preços para todos os serviços de terceiros e apresentar, no mínimo, três orçamentos, com a indicação do mais adequada para sua execução, ressalvado o direito da CONTRATANTE de fazer opção diversa".



insignificante, comparado às outras formas de remuneração obtidas pelas agências, que nem é considerado remuneração, mas sim 'ressarcimento dos custos internos dos trabalhos realizados pela própria contratada'. Embora o trabalho de criação esgote-se com o término da produção da peça publicitária, parte significativa da remuneração por este trabalho somente será definida no futuro, quando houver a veiculação. Assim, a remuneração desvincula-se da criação e fica atrelada ao número de vezes em que a peça publicitária será veiculada, o horário, o tamanho da página e o local de inserção (p. 55).

Tudo conspira para que o *custo zero* seja de um simbolismo postiço, pois as agências não trabalham de graça, nem poderiam fazê-lo se não são entidades filantrópicas, e muito provavelmente buscarão outros meios de compensação. Existe algo de capcioso nesse pretensão *custo zero*, incompatível com os preços praticados no mercado.

Recomendamos que as propostas devem ser tidas como inexeqüíveis, e desclassificadas, nos termos do art. 44 § 3º e 48 § 1º da Lei de Licitações.

De fato, em um contexto em que as licitantes apresentaram propostas de 0% de honorários justamente em um dos filões em que mais conseguem obter lucros, é grande a tentação de se buscar ser compensadas de outras formas -- por exemplo, apresentando propostas muito elevadas dos terceirizados e recebendo comissões em *cash* "por debaixo do pano" (e o custo final disso está desde logo embutido na proposta vencedora do terceirizado), ou simplesmente não repassando os honorários devidos ao subcontratado -- fatos que também se sabe que acontecem no mercado publicitário.

Em qualquer desses casos, é bastante generosa a chance de a Administração Pública estar coonestando uma farsa, pagando por serviços arranjados, que poderiam e deveriam ser mais baratos, além de estarem sob seu controle mais efetivo.

Não queremos pôr na berlinda a honestidade das firmas ora licitantes. Não estamos fazendo uma acusação, e sim a constatação do fato sabido de que, no meio publicitário, existe a praxe mais ou menos generalizada de os orçamentos dos subcontratados serem **combinados**.

As outras empresas, que apresentam propostas *mais caras*, existem (ou às vezes nem existem; são "fantasmas") mas os orçamentos são fajutos, de tal modo que apenas aparentemente a Administração aprovou a proposta mais em conta, enquanto que, na verdade, as demais é que foram aumentadas artificialmente (quando não puramente inventadas), em um jogo de cartas marcadas. Esse é o chamado *racha*.

E mais ainda: a praxe é que o subcontratado escolhido de antemão pela



agência se dê ao trabalho de providenciar os outros dois orçamentos de "cobertura".

Para se precaver desse risco, é fundamental que a Administração se utilize de um mecanismo simples e célere, a saber: a cotação de preços pelo próprio órgão público (e não pela agência), que convoca empresas pré-habilitadas interessadas em fazer o serviço subcontratado, com dia e hora designados para a entrega das propostas, em envelopes lacrados. Esse procedimento, além de perfeitamente factível e pouco burocrático, elimina ou minimiza os riscos de fraudes e prestigia empresas sérias que desejam participar do mercado, mas não querem se submeter aos achaques de algumas agências de publicidade, o que, infelizmente, também acontece.

Essa pretensão não é mais do que de um ajuste na minuta do contrato -- cuja cláusula 5.1.7 prevê que "se e quando julgar conveniente, a CONTRATANTE poderá realizar cotação direta de preços junto aos fornecedores, inclusive estabelecendo um banco de fornecedores e preços" -- para que essa rotina ocorra sempre e obrigatoriamente, em razão do princípio constitucional da eficiência e em nome da transparência dos atos do Poder Público. Ao final, será proposta nova redação da cláusula.

Por sua vez, as agências licitantes realmente sérias não se oporão a essa sistemática, até porque, se fizeram proposta de 0% de honorários, é que voluntariamente renunciaram a serem remuneradas por tanto.

2 - Honorários, a serem cobrados do ORGAO, incidentes sobre os custos comprovados de serviços de produção realizados por terceiros, constantes do objeto do contrato

Este caso é idêntico ao anterior. A diferença é que as peças produzidas pelos terceiros serão objeto de veiculação na mídia.

Novamente, é a agência quem elege o subcontratado, cuja proposta de preço é aprovada pelo órgão público, após a apresentação de três orçamentos prévios. O órgão público remunera o subcontratado, via agência, que retém uma percentagem pela intermediação.

A definição exata da percentagem devida à agência vai depender do que esta propuser no bojo da licitação; quanto menor a sua proposta, maior a chance de vencer o certame.

Em sua cláusula 9.2.3, o edital previa a desclassificação da licitante que apresentasse percentual de honorários superior a 10%. Mas isso não foi necessário, porque



as três empresas mais bem colocadas no julgamento das notas técnicas fizeram propostas de honorários que, após a negociação prevista no art. 46 § 1º, II, da Lei de Licitações, e cláusula 11.12 do edital, ficaram no patamar de 0% (zero por cento).

Na concorrência ora em estudo, os três licitantes mais bem colocados também fizeram proposta de 0% de honorários, razão porque, mais uma vez, a economia para o erário é apenas aparente, pelos mesmos motivos colocados no item anterior, que são reiterados também aqui.

3 - Percentual de repasse do desconto de agência a ser concedido pelos veículos de divulgação

Traduzindo a expressão para linguagem corrente, aqui se trata da veiculação das peças que já foram concebidas e feitas, e estão prontas para ser divulgadas nos veículos midiáticos: rádio, tv, jornais, revistas etc.

A remuneração do veículo se dá através de tabelas de preços formuladas por cada um deles, de acordo com o art. 11 da Lei Federal nº. 4.680/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, e mais o seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº. 57.690/66 e alterado pelo Decreto nº. 4.563/2002.

Já a remuneração da agência que faz a intermediação entre o órgão público e o veículo se dá pela chamada bonificação de volume cujo valor, na presente concorrência, já estava estipulado em fixos 20%, nos termos da cláusula 17.3.do edital².

Essa comissão de 20%, porém, não fica na íntegra com a agência, mas apenas 15%. Os outros 5% são devolvidos ao órgão público – o chamado *repasse* –, conforme as cláusulas 17.4 e 9.4 do edital. Estranhamente, o valor percentual do *repasse*, embora já estivesse fixado no item 17.4 do edital, ao mesmo tempo, foi objeto de proposta das licitantes, conforme item 3 do anexo V. Como o valor de 5% foi mesmo o proposto pelas três agências mais bem classificadas, e era exatamente o que determinava o edital, a incoerência não acabou fazendo diferença.

Em resumo, quer nos parecer -- o que deve ser objeto de confirmação ou

² *In verbis*: 17.3. Além da remuneração que lhe é paga pelo ÓRGÃO, prevista na Cláusula Oitava da Minuta do Contrato, limitadas às hipóteses nela descritas, a contratada fará jus ao desconto de agência – à base de um percentual bruto de 20% (vinte por cento) dos preço de tabela ou dos preços negociados para veiculação, prevalecendo sempre o menor dos dois – que lhe é concedido pelos veículos de comunicação, em conformidade com o art. 11 da Lei nº. 4.680/65 e com o art. 11 do Regulamento da Lei Lei nº. 4.680/65, aprovado pelo Decreto nº. 57.690/66 e alterado pelo Decreto nº. 4.563/2002.



correção por parte de Vossa Excelência -- que o valor da remuneração das agências é de 15% sobre os custos de veiculação, a serem concedidos pelo veículo e pagos pelo órgão.

No contexto geral da licitação, essa seria a única maneira formal com que as agências serão remuneradas, porque as três licitantes mais bem classificadas fizeram propostas de 0% de honorários em relação às outras duas formas de remuneração.

Mas aqui surgem novos problemas.

Esse tipo de transação entre órgão público/agência/veículo, em regra, não é isolado; como há expectativa de futuras inserções, os veículos costumam conceder descontos ou bônus à agência, de valor financeiro ou em créditos, como uma espécie de plano de incentivo, o que tem impacto na escolha no veículo, em virtude da lei da oferta e da procura. O TCU chamou isso de "trânsito de recursos nas duas vias".

Ainda conforme auditoria do TCU, no particular, "instala-se insuperável conflito de interesses" porque "contratualmente, a agência deve buscar o menor preço na subcontratação, em benefício do cliente e em detrimento do seu interesse particular, pois, quanto maiores os ganhos que intermedeia, maiores os seus lucros". E mais:

"pela natureza dessa bonificação, quanto maior o volume contratado de um mesmo fornecedor, maior o desconto concedido. Ou seja, quanto maior a concentração de contratações em pequeno número de veículos ou fornecedores, maiores os benefícios financeiros angariados pela agência. O BV, portanto, tem o potencial de afetar a escolha das agências, consistindo em mecanismo que as estimula a concentrarem a publicidade em menor número de veículos".

Esse desconto deve ser objeto de repasse ao órgão público, nos termos da cláusula 5.1.5 da minuta do edital³, e é justamente o critério escolhido na licitação para aferição da proposta mais vantajosa.

As negociações de descontos entre a agência e os veículos não costumam ser do objeto de conhecimento pleno do órgão público, que deveria ter minucioso interesse no assunto, porque é ele quem vai pagar a conta. O TCU explica que

a regra de mercado é manter a confidencialidade, não sendo revelados detalhes dos planos de incentivo firmados entre veículo e agência, tais como a periodicidade, variações regionais, metas estipuladas e forma de pagamento

³ Essa cláusula determina que a agência tem a obrigação contratual de "envidar esforços no sentido de obter as melhores condições nas negociações junto a terceiros e transferir, integralmente, à CONTRATANTE descontos especiais (além dos normais, previstos em tabelas), com reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens passíveis de transferência".



(pecúnia ou em mídia). A discriminação decorre do caráter estratégico do BV na competição entre os veículos de mídia.

E mais:

a ausência de informações acessíveis aos clientes sobre a negociação do BV entre a agência e os fornecedores torna difícil a verificação do cumprimento dos repasses contratualmente previstos.

O ponto derradeiro de toda essa argumentação é que não é necessário correr esse risco, porque não é necessária e muito menos legalmente obrigatória a intermediação da agência para fins de veiculação. Esclareceu ainda a equipe de auditoria do TCU "não há vedação a negociações diretas entre clientes e veículos, mas, se isso ocorrer, só a agência deixa de ter ganho, pois o veículo não pode repassar esse desconto ao cliente. O percentual do desconto não foi estabelecido na lei".

Assim, se o próprio órgão público negociasse diretamente com os veículos de comunicação, nenhum dos dois teria qualquer prejuízo – ao contrário, o órgão só teria proveito, porque passaria a ter total controle sobre a informação e os futuros descontos, além de poder desenvolver critérios mais transparentes acerca da escolha dos veículos (o que tem sido outro problema sério).

Nesse caso, apenas a agência não teria ganhos, mas o contrato administrativo não é feito com o objetivo precípuo de dar lucro à agência -- contra o quê absolutamente nada temos contra --, e sim para atender também ao princípio constitucional da eficiência, o que inclui o quesito economicidade dos gastos públicos.

Acaso Vossa Excelência não concorde com essas ponderações, deverá declinar as razões.

C O N C L U S ã O

Assim resumimos a argumentação exposta nesta ação, que não é fruto de um juízo discricionário da nossa parte, e sim do reconhecimento de padrões jurídicos e de possibilidades fáticas decorrentes da natureza das coisas:

- Na fase de criação, tudo recomenda e até mesmo exige que a Administração tenha seu próprio quadro de servidores -- devidamente concursados na especialidade de publicidade -- para bolar as campanhas quando ou se isso for necessário. Em outras palavras, o Poder Público precisa de suas próprias cabeças pensantes para dar vazão ao seu dever para com a política de comunicação social. Isso é objeto da ação civil



pública do Ministério Público, neste momento recapitulado apenas de passagem.

• A etapa de **produção** é totalmente diferente, porque pode não ser conveniente ou mesmo exeqüível que o Poder Público disponha de gráficas, confecções, estúdios etc. para o **fazimento** de suas peças. Ao contrário da criação, a **produção** deve ou, em determinados casos, só pode ser feita por empresas privadas, em contratos precedidos de licitações que não guardam nenhum mistério e contém cláusulas fixas e de fácil controle. Para tais fins, o contexto é de uma objetividade perfeitamente aceitável, pois o que entra em jogo são percentagens de honorários, descontos e repasses entre órgão, agência e terceiros -- questões basicamente matemáticas, em que basta se fazer as contas. Mas é necessário que (1) as propostas dos licitantes sejam exeqüíveis, porque esta é uma das principais fontes de renda das agências publicitárias; (2) existam mecanismos que garantam a lisura do processo.

• A fase de **veiculação**, embora também seja completamente distinta da de criação é de prestação por intermediários desnecessária e arriscada, que deve então ser afastada.

DA RECOMENDAÇÃO

Pelo exposto, o Ministério Público **recomenda** a V. Senhoria que **não homologue** o resultado da licitação do tipo concorrência nº 01/2007-CEL/AGECOM.

Também nesta data foi recomendado que a Comissão de Licitação:

1 - desclassifique as propostas de honorários de 0%, por serem inexecutáveis;

2 - altere a cláusula 5.1.7 do edital, que passará a ter a seguinte redação sugerida:

5.1.7.a. A CONTRATANTE habilitará prestadores de serviço para a produção de peças publicitárias, estabelecendo um banco de empresas e preços.

5.1.7.b. A CONTRATANTE realizará cotação direta de preços para a produção das peças publicitárias dentre as empresas pré-habilitadas, que concorrerão com propostas fechadas no dia e ora



designados pela CONTRATANTE, após divulgação com antecedência suficiente.

3 -- vede ao Distrito Federal a intermediação de empresas para fins de veiculação de suas peças publicitárias ou explicando-se as razões de essa possibilidade atender melhor ao interesse público.

Fica Vossa Excelência notificada a comparecer **pessoalmente** ao Edifício-Sede do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Praça do Buriti), sala 215, no **dia 8 de fevereiro de 2008, às 15 horas**, para dizer se pretende cumprir a presente recomendação (em caso negativo, explicando as razões, de preferência com material por escrito) e esclarecer dúvidas.

Assina o Procurador-Geral de Justiça


LEONARDO AZEREDO BANDARRA

e os promotores de Justiça e promotores de Justiça e Adjuntos


IVALDO LEMOS JÚNIOR


EDUARDO GAZZINELLI VELOSO


ANA CAROLINA MARQUEZ


KARINA SOARES ROCHA