



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos

PAD n.º 6382/2019

Assunto: Veiculação de anúncios da campanha de biometria no *facebook* e *instagram*

Parecer n.º. 373/2019

1. Chegam os autos a esta Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos para análise da contratação do Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. para veiculação de anúncios das campanhas de biometria deste Tribunal.

2. Nesse contexto, a área solicitante (Assessoria de Comunicação Social/ASCOM) apresenta a seguinte justificativa:

Diante da relevância do último ciclo da revisão biométrica no estado da Bahia, quando 281 cidades passarão pelo recadastramento, a partir de 13 de maio de 2019 até fevereiro de 2020, o TRE-BA necessita de uma comunicação ágil e direcionada para alcançar o seu público de relacionamento, por local e faixa-etária, proporcionada pelas redes sociais Facebook e Instagram.

As redes sociais, utilizadas de forma pioneira pelo TRE-BA desde 2012, são, segundo a avaliação da Assessoria de Comunicação Social, a forma mais rápida, eficiente e econômica de alcançar o nosso público.

3. Em Ata de Reunião (doc. n.º 87749/2019) aprovou-se a inclusão da referida demanda no Plano Anual de Contratações (PLANCONT 2019).

4. Indo os autos à Seção de Análise e Aquisições (SEAQUI), foi anexada a seguinte documentação:

- a) certidões e consultas de regularidade (docs. n.ºs. 89676/2019 e 94440/2019);
- b) extrato de inexigibilidade de semelhante contratação (doc. n.º 89833/2019);
- c) consulta ao Facebook, a fim de se estimar o preço da contratação (doc. n.º 91102/2019).

4.1. Após análise, a SEAQUI, mediante doc. n.º 94460/2019, conclui pela impossibilidade de “aferir o preço estimado para o presente serviço”, em função da prática, pelo Facebook, de critérios de “cobranças diferenciadas”. Ressalta, por essa razão, que o extrato colacionado aos autos (doc. n.º

89833/2019), embora se refira a “contratação assemelhada”, não serve como real “parâmetro de cotação”.

5. Por seu turno, a Coordenadoria de Aquisições, Material e Patrimônio (COMAP) defende a possibilidade da contratação direta, com base no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (doc. nº 127624/2016), ressaltando, na oportunidade, a resposta da empresa quanto à questão da *precificação dos serviços*, as opções apresentadas para o pagamento (*automático* ou *manual*, nos termos ali explicitados) e o montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), indicado pela ASCOM como sendo o “valor da contratação”.

5.1. Na mesma manifestação, reporta-se a COMAP a opinativo desta unidade consultiva, exarado em anterior tentativa de semelhante contratação (doc. nº 147264/2016 - PAD nº 9215/2016), no qual concluímos que o objeto em questão não se enquadraria no conceito de *serviços de publicidade*.

6. Mediante doc. nº 98561/2019 informou-se a disponibilidade orçamentária.

É o breve relatório.

7. Em primeiro plano, vale nos reportar ao PAD nº 9215/2016 (referido acima), para lembrar que ali chegamos às seguintes conclusões: 1) seria admissível o pagamento antecipado pelos serviços; 2) não estávamos diante de serviço sujeito às regras da Lei nº 12.232/2010, (serviços de publicidade, para os quais obrigatoriamente se exigiria a seleção de *agência de propaganda*, mediante instauração de certame licitatório).

7.1 Pela relevância, transcreveremos excertos do Parecer nº 396/2016:

7. Nesse contexto, inicialmente, questionamos a área solicitante quanto ao fato dos serviços se enquadrarem ou não no conceito de *serviços de publicidade*. Em resposta, asseverou a referida unidade:

“A lei Nº 12.232, de 29 de Abril de 2010 conceitua publicidade como “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”(grifo nosso).

Ademais a lei 4680/65, que regulamenta a profissão de publicitário, define como propaganda, ou seja, a publicidade em si, em seu artigo 5º, como qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado. Então, em nosso entendimento, é considerando publicidade sim.”

8. Desta forma, nossa análise prendeu-se, obrigatoriamente, em se estabelecer se a contratação proposta pela ASCOM estaria ou não sujeita à incidência desse regramento especial. Vejamos, assim, o que diz o artigo 1º, *caput* e § 1º, da Lei nº 12232/2010.

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Subordinam-se ao disposto nesta Lei os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no caput deste artigo."

9. Já o artigo 2º, muito bem citado pela ASCOM, traz o conceito do que sejam serviços de publicidade, definindo que assim será considerado "o conjunto de atividades realizadas integralmente 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."

10. Assim visto, restaria pensar se a veiculação de anúncios no *facebook* e *youtube* pode ser caracterizada como uma solução integrada adotada por este Tribunal para a difusão de ideias ou informações ao público em geral. Em sendo, estaria efetivamente sujeita às regras da lei nº 12.232/2010.

11. Na tentativa de se obter meio robusto para firmar o nosso entendimento, fizemos formal consulta à Zênite, a fim de nos certificar se essa *publicidade em redes sociais* estaria enquadrada como *atividades complementares* (outro conceito trazido pela lei especial), tendo a Consultoria afirmado:

"Na medida em que a "contratação de anúncios no facebook e twitter" não configura nenhuma das situações previstas nos incisos I a III do § 1º do art. 2º da Lei nº 12.232/10, descarta-se, de plano, o enquadramento dessa contratação no conceito de atividades complementares, na forma prevista pelas referida lei.

Em verdade, a "contratação de anúncios no facebook e twitter" parece configurar a mera distribuição ou publicação de material publicitário, não se enquadrado no conceito definido pela Lei nº 12.232/10 para serviços de publicidade.

Assim, se a contratação de anúncios no facebook e twitter representar uma necessidade isolada e não envolver a elaboração dessas peças, entende-se não incidir a Lei nº 12.232/10." (grifo nosso)

12. Sendo assim, em análise às informações encartadas aos autos, notadamente ao Termo de Referência elaborado pela área solicitante, em conjunto com as disposições da lei 12232/2010, e seguindo a linha traçada pela consultoria especializada, concluímos, ao final, que não estamos diante de um conjunto de atividades integradas (planejamento/criação/concepção/criação da arte) que buscam a divulgação de ideias e informações provenientes deste Tribunal. Ao contrário, conforme tópico 4 do Termo de Referência o Tribunal é quem será responsável pela *preparação* do material a ser publicado/divulgado em ambas as redes.

13. Afastada, assim, a obrigatoriedade da contratação de agências de propaganda para o tipo de serviço aqui pleiteado, e estando o valor da despesa dentro do limite estabelecido no artigo 24, II, da lei nº 8.666/93, concordamos com a COGELIC quanto à possibilidade da contratação ocorrer de forma direta, com embasamento no citado dispositivo, desde que despesa similar não esteja programada para este exercício e que somada a essa ultrapasse o montante de R\$8.000,00 (oito mil reais).

14. Resta, portanto, o enfrentamento da questão relativa à forma de pagamento proposta pelas empresas. Diz o tópico 5 do Termo de Referência: "*paga-se um valor que fica creditado na conta de anúncios do Tribunal no Facebook/YouTube e, na medida em que formos veiculando postagens pagas, será debitado o valor correspondente da campanha na referida conta de anúncios.*"

15. As disposições legais ressaltadas pela SGA tratam, de modo geral, da vedação ao *pagamento antecipado* pela Administração Pública, o que, *in casu*, acabará acontecendo se aceitas as condições propostas pelas empresas.

16. Como regra, não se permitirá a ocorrência de pagamentos antes que serviços estejam efetivamente executados e bens estejam efetivamente entregues, ou seja, antes que ocorra o adimplemento das obrigações pactuadas com a Administração.

17. Entretanto, essa regra não pode ser estática, inclusive porque em alguns momentos há que curvar-se a Administração às normais regras de mercado, como ocorre, por exemplo, com a contratação de seguros e de assinaturas de jornais/revistas/periódicos. Nessa linha, vejamos:

INFO 31/TCU - possibilidade de pagamento antecipado se for costume do mercado

Pregão para aquisição de helicópteros: possibilidade de pagamento antecipado

Representação formulada por licitante apontou supostas irregularidades no Pregão Presencial (Internacional) nº 130/2010, cujo objeto constituiu-se na aquisição, pelo Estado de Goiás, de três aeronaves de asas rotativas (helicópteros), para atender às demandas do Corpo de Bombeiros Militar, Polícia Civil e Polícia Militar, valendo-se, para tanto, de recursos federais repassados mediante convênio. Uma delas seria cláusula editalícia que permitiria o pagamento antecipado de parte das despesas. A respeito disso, o relator destacou que “o art. 15, III, da Lei de Licitações, prescreve que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, não sendo vedada pelo ordenamento jurídico a possibilidade de pagamento antecipado. Evidentemente essa não é a regra, mas a exceção. A jurisprudência desta Corte admite em casos excepcionais”. No caso concreto, para o relator, “*a prática do mercado é que, em aquisições de helicópteros e afins, o pagamento seja, parcialmente, efetuado antecipadamente. Eventual adoção de condição de pagamento apenas contra entrega poderia inviabilizar a disponibilização dos helicópteros no prazo requerido pela Administração*”. Ressaltou o relator, ainda, que, de acordo com o edital correspondente ao Pregão Presencial nº 130/2010, o Estado de Goiás exigiu a constituição de garantia para cobrir o valor adiantado. Ao final, propôs a improcedência da representação, o que foi acolhido pelo Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos n.º 918/2005-Segunda Câmara e n.º 1.442/2003-Primeira Câmara. **Acórdão n.º 5294/2010-1ª Câmara, TC-020.139/2010-1, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 24.08.2010.** (grifos nossos)

18. Também no sentido da excepcionalidade, e não da impossibilidade do pagamento antecipado, vejamos:

“A antecipação de pagamentos só pode ocorrer se tiver sido prevista no edital e no respectivo contrato e se forem prestadas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto.” (**Acórdão 1614/2013-Plenário**)

(...)

20. Nesse contexto, entendemos que está a Administração diante das seguintes alternativas:

- a) seguir com a presente contratação, com base no artigo 24, II, da lei nº 8.666/93 e curvando-se às regras impostas pelo *facebook* e *youtube* no que diz respeito à forma de pagamento pelos serviços; ou
- b) desistir dos ajustes, para que não se fuja à regra dos pagamentos apenas após adimplidas as parcelas contratadas, como querem os dispositivos invocados pela SGA.

8. A considerar a semelhança do quanto proposto pela ASCOM em ambos os processos (em 2016 a contratação seria do *facebook* e *youtube*), adotamos a mesma linha esposada acima, para mais uma vez julgar afastar a obrigatoriedade da licitação, bem assim entender possível a adoção de pagamento antecipado pelos serviços.

8.1. No tocante ao pagamento antecipado, não se vislumbra, *in casu*, alternativa diversa à Administração, estando mais uma vez diante de duas opções: 1) prosseguir com a contratação; 2) desistir, caso não pretenda fugir à regra de realizar pagamentos somente após adimplidas as obrigações contratuais.

8.2 Em se mantendo o interesse na divulgação mediante a utilização das *redes sociais facebook* e *instagram*, submetendo-se, portanto, ao antecipado pagamento pelos serviços, deve a área

responsável (ASCOM) criar mecanismo de controle a fim de que não se avenge de qualquer pagamento indevido, o que significa dizer ter a certeza de que o serviço se executou da forma planejada pela Administração.

9. Superadas tais questões, em análise ao Termo de Referência (doc. nº 85481/2019) verificamos que a disposição contida no tópico 6 prevê que o pagamento poderá ocorrer “no total ou em parcelas”. Caso o pagamento em parcelas se revele mais adequado ao necessário controle de pagamentos indevidos, propomos que seja essa a forma do “planejamento da Comunicação” (também referido no mesmo tópico).

10. Por todo o exposto, opinamos pela possibilidade da contratação do Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., para o serviço de veiculação de anúncios das campanhas de biometria deste Tribunal, com base no artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, cabendo à Administração ponderar acerca do obrigatório pagamento antecipado exigido pelo negócio.

É o parecer, *sub censura*.

À ASSESD.

Salvador, 24 de maio de 2019.

Silene Mascarenhas de Souza
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos