



X Encontro Brasileiro de Administração Pública.
ISSN: 2594-5688
secretaria@sbap.org.br
Sociedade Brasileira de Administração Pública

Contratação de serviços de comunicação digital pela Administração Pública: impactos da Lei nº 14.356, de 31 de maio de 2022

Arthur Henrique De Sousa Braga, Carlos Eduardo Dos Santos, Francismary Souza Pimenta Maciel

[ARTIGO] GT 5 Governança, Riscos e Integridade das Organizações e Contratações do Setor Público

X Encontro Brasileiro de Administração Pública, Brasília - DF - 05/06/2023
Sociedade Brasileira de Administração Pública Brasil

Contratação de serviços de comunicação digital pela Administração Pública: impactos da Lei n° 14.356, de 31 de maio de 2022

Resumo:

Este trabalho se propõe analisar os impactos da Lei n° 14.356, de 31 de maio de 2022, sobre as práticas de contratações de serviços de comunicação digital pela Administração Pública, bem como avaliar os incentivos econômicos dela decorrentes. A norma submete um rol de serviços de comunicação digital ao regime estabelecido na Lei n° 12.232, de 29 de abril de 2010, que trata da contratação de serviços de publicidade. Foi realizada pesquisa descritiva quanto aos fins, bibliográfica e documental quanto aos meios. Como resultado, sob a perspectiva das recomendações do Tribunal de Contas da União e das normas que regem as contratações públicas, não se identificou ineficiência prévia à lei, na contratação dos serviços de comunicação digital, que justifique a intervenção legislativa.

Palavras-chave: Gestão Pública. Contratações Públicas. Contratação de serviços de comunicação digital. Contratação de serviços de publicidade. Análise de impacto. Incentivos econômicos.

Introdução:

A sociedade vive a dinâmica do mundo sob transformação digital. É uma realidade que se impõe inclusive à Administração Pública. Tal como se dá na iniciativa privada, a oferta de serviços com agilidade e eficácia pela Administração pressupõe, hoje, o uso maciço de ferramentas e de tecnologias digitais. Se nas empresas privadas a transformação digital é uma questão de sobrevivência e lucro, nos governos é questão de assegurar inclusão e accountability.

Em um aspecto global, a evolução digital na Administração Pública tem sido gradual. Datam do fim da década de 1980 os primeiros serviços eletrônicos disponibilizados; da década de 90 o início efetivo das políticas públicas de inserção das chamadas Tecnologias da Informação (VIANA, 2021).

No Brasil, a evolução também é facilmente notada, sobretudo nos últimos anos. Atualmente, estamos entre os vinte países do mundo com melhor oferta de serviços públicos digitais (LAFUENTE et al, 2020).

É natural que, nesse contexto, cresça na Administração Pública, em proporções igualmente significativas, a demanda por serviços relacionados à comunicação digital, no bojo das ações de comunicação institucional.

Cabe esclarecer que se utiliza aqui o mesmo conceito de comunicação digital adotado pelo Poder Executivo Federal. O Ministério das Comunicações expediu, recentemente, regulamento específico para dispor sobre a “conceituação das ações de comunicação do Poder Executivo federal”. Trata-se da Portaria MCOM n° 3.948, de 26

de outubro de 2021 (BRASIL, 2021a). Nos termos da norma, a comunicação digital integra as ações de comunicação do Poder Executivo Federal e é definida como “ação de comunicação que consiste na criação e na convergência de conteúdos e mídias, para a disseminação, interação, acesso e troca de informações na internet” (BRASIL, 2021a).

Não obstante o citado regulamento tenha aplicação restrita ao Poder Executivo federal, na ausência de outra norma oficial de abrangência mais ampla, entende-se que o conceito pode ser tomado como referência em outras esferas da Administração Pública. As ações de comunicação – inclusive a comunicação digital – por certo são relevantes em todos os poderes e em todos os níveis de governo. Dados coletados por Viegas et al (2022), em estudo sobre a comunicação dos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos nas redes sociais, por exemplo, revelam que “todos os MPs do Brasil e 97% dos Tribunais de Contas têm um departamento específico para comunicação, com profissionais contratados”. Ainda evidenciam que praticamente todos os órgãos pesquisados têm páginas oficiais ativamente atuantes em redes sociais.

Embora as ações de comunicação digital e, por conseguinte, os serviços necessários à instrumentalização da comunicação digital sejam relevantes e já usuais para a Administração Pública, não havia, até o início deste ano de 2022, norma que tratasse precisamente da contratação de tais serviços.

O assunto foi, então, disciplinado pela Portaria MCOM n° 5.218, de 7 de abril de 2022 (BRASIL, 2022a), e pela Lei n° 14.356, de 31 de maio de 2022 (BRASIL, 2022), curiosamente nessa ordem. A referida lei, afóra tratar da contratação de serviços de comunicação, dispôs sobre os gastos com publicidade dos órgãos públicos no primeiro semestre do ano de eleição, para majorá-los.

Este trabalho centra-se na avaliação dos impactos produzidos pela aludida Lei n° 14.356/2022, em particular pelos dispositivos que tratam da sistemática de contratação de serviços de comunicação digital.

Em síntese, a norma alterou a Lei n°12.232, de 29 de abril de 2010 (BRASIL, 2010), que dispõe sobre a contratação de serviços de publicidade por intermédio de agências de propaganda, para acrescentar-lhes dois artigos: o art. 20-A e o art. 20-B. Por força da alteração, os serviços de comunicação institucional, que compreendem os típicos serviços de comunicação digital, passam a observar as regras de contratação de serviços de publicidade. Tais regras condicionam tanto o critério de julgamento da licitação – obrigatoriamente melhor técnica ou técnica e preço –, quanto as exigências específicas de processamento do certame.

1. Contexto da proposição da Lei – o Acórdão TCU 6.227/2016-2ª Câmara

A Lei nº 14.356/2022 é resultado de um processo legislativo célere. Originou-se do Projeto de Lei nº 4059/2021, apresentado à Câmara dos Deputados sob justificativa da qual se extrai o seguinte:

A Lei 12.232 de 29 de abril de 2010 foi promulgada com o objetivo de conferir maior imparcialidade, isenção e transparência ao processo de contratação dos serviços de publicidade, criando mecanismos e soluções capazes de mitigar a ocorrência de interferências no julgamento e no resultado da licitação.

(...)

Há mais de 10 (dez) anos, portanto, a Administração tem buscado estabelecer um formato seguro e eficiente para a contratação desses serviços, tanto do ponto de vista técnico como econômico. Entretanto, na prática, tem-se constatado recorrentes equívocos por conta da utilização da modalidade pregão, regido pela Lei 10.520/2002, que estabelece o preço como parâmetro único para a seleção da proposta mais vantajosa e classifica os serviços como de natureza comum. Por vezes, constata-se a contratação por postos de trabalho o que contraria frontalmente preceitos constitucionais e legais.

Entretanto, a partir da publicação do Acórdão TCU 6.227/2016-2ª Câmara, a Secretaria de Comunicação da Presidência da República envidou esforços e estudos profundos de todas as áreas da comunicação e concluiu que tanto comunicações digitais como comunicação corporativa possuem natureza intelectual, intangível e os serviços são indivisíveis e seus objetos não podem ser completamente previsíveis quando da abertura do processo licitatório. A futura demanda do produto ou serviço que será contratado depende da necessidade verificada no momento da emissão da ordem de serviço e necessária ao enfrentamento de problemas ou oportunidades de comunicação que são conhecidas e verificadas somente após a celebração do contrato. (BRASIL, 2021b)

Com efeito, por intermédio do julgado mencionado na proposição legislativa, o TCU se pronunciou sobre Representação, com pedido de cautelar, que tratava de contratação de serviços de comunicação digital. A peça noticiava supostas irregularidades em concorrência do tipo melhor técnica, cujo objetivo era contratar a prestação dos serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital (BRASIL, 2016).

Em síntese, o representante alegava a existência de duas irregularidades no processo: ausência de critérios objetivos no edital para julgamento das propostas técnicas e descumprimento dos termos da Lei 12.232/ 2010.

No exame da cautelar, o TCU entendeu não haver plausibilidade jurídica nos argumentos, vez que, além de não ter sido constatada ausência de critérios objetivos no julgamento, a Lei nº 12.232/2010 não seria aplicável ao caso, por tratar de serviços de publicidade. No entanto, por entender que o objeto da contratação poderia se enquadrar na definição de serviço comum, considerou, no exame sumário, imprópria a escolha da modalidade licitatória concorrência tipo melhor técnica, e determinou oitiva do órgão

responsável.

No julgamento de mérito do processo, a Corte de Contas concluiu, a par das justificativas apresentadas pelo responsável, que os serviços de comunicação digital se assemelham aos de publicidade, em especial porque nas duas modalidades existem planejamento, criação e confecção de material.

A unidade técnica que instruiu o feito, acompanhada pelo Ministro Relator, entendeu, como fundamento a essa conclusão, que a diferença entre as duas formas de comunicação – publicidade e comunicação digital – seria o canal de divulgação.

Enquanto as ações publicitárias se valem dos veículos de comunicação de massa, como rádio, televisão, jornais e revistas; a comunicação digital transmite sua mensagem por meio dos canais disponibilizados pela internet, especialmente os sítios e as redes sociais. (BRASIL, 2016).

No entanto, haveria característica comum a ambos os serviços, decisiva para a escolha do critério de julgamento na contratação: envolverem “atividades predominantemente intelectuais, que abarcam o planejamento das ações de comunicação, a criação e a execução das peças a serem utilizadas”. (BRASIL, 2016).

Como ressaltou o Ministro Relator do processo,

a jurisprudência do TCU aduz que a predominância do caráter intelectual e criativo na execução dos serviços afasta o seu enquadramento na definição de serviços comuns estabelecida na Lei nº 10.520, de 2002 (v. g.: Acórdãos 601/2011, 2.471/2008, 1.092/2014, do Plenário).

Por fim, o TCU expediu, no acórdão, a seguinte recomendação à Secretaria de Comunicação da Presidência da República:

que avalie a possibilidade de adoção de boas práticas, a exemplo daquelas previstas na Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010 (não identificação das propostas técnicas e o emprego de subcomissão técnica composta por membros sorteados e instituída exclusivamente para avaliar as propostas técnicas), para os processos de contratação de serviços de comunicação digital, além de atentar para a eventual necessidade de parcelamento do objeto sem o fracionamento da despesa, nos termos do art. 23, §§ 2º e 5º, da Lei n.º 8.666, de 1993, avaliando a oportunidade e a conveniência de, após ultimados esses estudos, expedir orientação aos integrantes do Sistema de Comunicação do Executivo Federal com o intuito de incorporar essas boas práticas em suas licitações e na contratação de serviços de comunicação digital; (BRASIL, 2016)

Pelo que se observa, o TCU, no julgado referido na justificativa da proposição legislativa, não sugeriu a alteração da Lei 12.232/2010, para estender a sua aplicação às contratações dos serviços de comunicação digital. Tampouco, no exame do caso concreto, firmou entendimento no sentido de que todo e qualquer serviço de comunicação digital possuiria, a priori, as características que afastam o enquadramento

como serviços comuns, quais sejam, predominância do caráter intelectual e criativo na execução.

Portanto, embora a Corte de Contas tenha fornecido algumas balizas de análise para escolhas em processos de contratação, não indicou precisamente problema a ser resolvido por meio da intervenção legislativa.

Conclui-se, assim, que a identificação do problema que se buscou ser resolvido com Lei nº 14.356/2022 originou-se, exclusivamente, dos estudos mencionados na justificativa da proposição legislativa, realizados pela Secretaria de Comunicação.

Conquanto tais estudos não tenham sido localizados, é possível examinar a validade dos fundamentos e das premissas invocadas, com base na motivação exposta por ocasião da proposição legislativa, sob o particular prisma da sua coerência com as regras gerais e específicas que orientam as contratações públicas.

É o que se fará a seguir.

2. O problema a ser solucionado e suas premissas

O primeiro tópico a se considerar, na avaliação de impacto legislativo de uma norma, é o que originou a intervenção. É necessário identificar o problema a ser resolvido, com destaque para suas causas, que devem ser o foco da atenção (MENEQUIN; SILVA, 2017).

Neste caso, razoável presumir, do exame das justificativas que acompanharam o Projeto de Lei 4059/2021, que foram identificadas disfunções a serem corrigidas na contratação de serviços de comunicação digital e corporativa pela Administração Pública. É o que se depreende, com mais clareza, do seguinte trecho:

Por esta razão, faz-se necessário a alteração legislativa aqui debatida para direcionar a contratação dos serviços de comunicação corporativa e comunicação digital por meio de modalidades e tipos de licitações mais adequados e que privilegiem a investigação da capacidade técnica da futura contratada, evitando desperdício de recursos públicos em contratações pautadas exclusivamente em preços e que, por vezes, não geram resultado e eficiência (BRASIL, 2021b)

As causas de tais disfunções – também é possível presumir com razoável segurança do exame da justificativa da proposição legislativa – residiriam no fato de que o critério de julgamento menor preço para os certames que têm por objeto a contratação de serviços de comunicação digital e institucional não seria adequado, tendo em vista que tais serviços equiparar-se-iam aos de publicidade, dadas as características similares

Assim, as regras da Lei nº 12.232, de 2010, que dispõe sobre a contratação de

serviços de publicidade, seriam as únicas apropriadas. Ocorre que as proposições usadas no argumento posto na justificativa da lei, ainda que verdadeiras, não possuem ligação necessária com a conclusão alcançada. Posta a questão em termos mais aplicados: a presença dos atributos indicados na proposição, acima transcritos, usados para caracterizar e definir os serviços de comunicação digital, não conduzem, por si, à certeza de que o critério de julgamento menor preço seja de fato inadequado.

Tais atributos, relacionados exclusivamente ao fato de não ser possível antever com precisão as quantidades de serviços a serem executados na contratação, somente remetem à necessidade de ser estabelecida uma sistemática de execução de serviços mediante demanda, com utilização de controles apropriados. Trata-se de sistemática de execução de contrato na verdade bastante trivial no âmbito da Administração Pública. Em diversos tipos objetos, indiscutivelmente comuns, a circunstância da imprevisibilidade da futura demanda é contornada por meio de mecanismos de controle contratuais e orçamentários ordinários, como empenhos estimativos, expedição e ordens de serviço, acompanhamento por relatório e controles de saldos contratuais.

Portanto, ainda que a imprevisibilidade das demandas futuras seja particularidade de fato partilhada entre os contratos de serviços de publicidade e os de comunicação digital, em nada se relaciona com as condições que justificam a utilização de critérios técnicos no julgamento das propostas nos certames. Essas condições, conforme sólida jurisprudência do TCU, mencionada inclusive no voto que conduziu o acórdão referenciado na justificativa da proposição legislativa (BRASIL, 2016), condensam-se na predominância do caráter intelectual e criativo na execução dos serviços a serem contratados. É a legítima exceção ao julgamento pelo critério do menor preço, que permanece regra geral.

Não se pode perder de vista que, como bem adverte Justen Filho (2021), a escolha do critério de julgamento é uma formalidade instrumental, não um fim em si mesmo. O critério de técnica só será adequado “nos casos em que a necessidade da Administração é satisfeita mediante objetos de qualidade diversa, mas em que as variações de qualidade representam vantagens significativas.” (JUSTEN FILHO, 2021, p.491).

Se os argumentos indicados na justificativa da norma não são hábeis a demonstrar a existência das causas e do problema a ser resolvido – respectivamente, inadequação dos critérios de julgamento menor preço nas contratações de serviços de comunicação digital pela Administração, e disfunções a serem corrigidas nessas contratações – deve-se questionar se há outros que o sejam. Há, afinal, outros indicativos de problemas na

contratação de serviços de comunicação digital pela Administração, que comprometam a eficiência e a efetividade dos contratos, suficientes para justificar a específica intervenção legislativa aqui examinada?

Ponto que se afigura relevante para responder esse questionamento é avaliar se a execução dos serviços de comunicação digital demanda avaliação técnica das contratadas em nível mais refinado do que aquele permitido nas licitações por menor preço. Nesse sentido, é válido lembrar que na modalidade pregão, tanto na disciplina dada pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002 (BRASIL, 2002), quanto na recente Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021), a qualificação técnica das licitantes constitui fase regular do processo.

Para essa análise, no contexto específico da Lei nº 14.356/2022 (BRASIL, 2022), para além do conceito geral do termo, recorre-se à discriminação, posta no art. 2º da aludida norma, do rol de serviços ditos de comunicação institucional. São os serviços agora submetidos à sistemática de contratação especial prevista na Lei 12.232/2010, inclusive aos critérios de melhor técnica ou técnica e preço:

serviços direcionados ao planejamento, criação, programação e manutenção de páginas eletrônicas da administração pública, ao monitoramento e gestão de suas redes sociais e à otimização de páginas e canais digitais para mecanismos de buscas e produção de mensagens, infográficos, painéis interativos e conteúdo institucional.

Pelo que se depreende, o dispositivo fez mera enumeração dos serviços, sem qualquer aprofundamento de suas especificações ou menção às condições e conjuntura em que seriam executados.

Examinando-se essa circunstância no contexto da jurisprudência do TCU, não há como assegurar que de fato não seriam comuns os serviços, dado que não se trata de juízo possível de ser fixado a priori, com base unicamente na descrição sucinta do objeto. É necessário analisar a presença, em cada contratação, dos elementos autorizativos das licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço.

Ilustra bem o entendimento da Corte de Contas nesse sentido o Acórdão TCU 1074/2017 – Plenário (BRASIL, 2017). Ele é posterior, inclusive, ao Acórdão TCU 6.227/2012 – 2ª Câmara (BRASIL, 2016), invocado na justificativa da lei objeto desta análise.

No julgado, o TCU apreciou Representação contra licitação na modalidade concorrência cujo objeto era contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos e de suporte às atividades de comunicação e assessoria de imprensa. No

bojo da contratação, havia serviços de monitoramento de rede, um dos listados no trecho transcrito da Lei nº 14.356/2022.

Para julgar a demanda, a Corte de Contas refutou o argumento de que os serviços seriam similares aos de publicidade, cuja contratação é disciplinada na Lei nº 12.232/2010. Discutiu a definição de serviços comuns, para concluir que não são a “complexidade” ou a “simplicidade” dos serviços os elementos norteadores da avaliação. Ponderou, reiterando a sua jurisprudência já consolidada, que o que define serviços comuns é a característica, avaliável caso a caso, de possuírem padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

O TCU lembrou que sua própria área administrativa se utilizou da modalidade pregão para contratação de serviços de assessoria à imprensa. E concluiu que os serviços de assessoria de imprensa e de monitoramento de redes sociais “devem ser licitados por meio de pregão, preferencialmente na forma eletrônica.” (BRASIL, 2017). O mesmo raciocínio de que se utilizou o TCU para os serviços de monitoramento de rede, nesse caso, poderia ser estendido, se não a todos, à maioria dos demais serviços incluídos no âmbito de aplicação da Lei 12.232/2010. Há, entre os listados, outros até bem mais corriqueiros e simples, como é o caso da manutenção de páginas eletrônicas da internet.

Em determinadas circunstâncias, e sob restritos condicionantes, tais serviços até poderiam ser caracterizados como não comuns, nada obstante não ser esse o primeiro juízo cabível. De toda forma, não houvesse a lei, a decisão – inclusive, eventualmente, de realizar contratação por melhor técnica ou técnica e preço – seria guiada pela análise do caso concreto, pelas referências e pelos limites já estabelecidos.

Desse modo, conclui-se que a inovação legislativa é desnecessária, porquanto não se identifica problema, no campo das contratações de serviço de comunicação digital e institucional, que as normas antes já vigentes de licitação não pudessem resolver com eficiência. Esta parece ser uma das situações mencionadas por Meneguim e Silva (2017), em que a melhor solução seria manter o estado vigente das coisas. A intervenção legislativa pode, ao revés, implicar efeitos e incentivos indesejados.

3. Os potenciais efeitos da norma

3.1. Prejuízos para a eficácia da contratação

Segundo Carvalho, Oliveira e Rocha (2021) a existência do procedimento licitatório se justifica em função dos riscos em que a Administração Pública incorreria ao deixar sob o livre arbítrio dos administradores a escolha dos seus contratados.

As regras licitatórias têm por propósito, ao mitigar esses riscos, selecionar a alternativa mais vantajosa, por meio de critérios objetivos. A nova norma geral de licitações públicas, em seu art. 11 (BRASIL, 2022) indica ainda outros objetivos almeçados pelo processo licitatório: assegurar a isonomia entre os licitantes, evitar sobrepreço ou contratações inexequíveis, e incentivar a inovação e o desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, a licitação não pode ser enxergada com um fim em si mesmo. Trata-se de mero instrumento para o atingimento dos objetivos que conduzem à melhor proposta possível para a Administração (JUSTEN FILHO, 2021).

Por certo, considerou-se essa natureza instrumental do processo licitatório na concepção original das regras previstas na Lei 12.232/2010, tendo-se à época por específico escopo a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. Assim é que as normas postas na lei, sobretudo em seus artigos 5º a 12, devem se prestar a selecionar a melhor solução para a prestação dos aludidos serviços.

A despeito de ser admitida a similaridade, ou até equivalência, entre os serviços de comunicação digital e os serviços de publicidade, nada garante que tais regras, concebidas para serviços de publicidade, sejam integralmente aplicáveis a todos os serviços de comunicação digital que passaram a abranger desde a Lei 14.356/2022.

Tome-se como exemplo os serviços de criação, programação e manutenção de páginas eletrônicas na internet, um dos incluídos no âmbito de aplicação das regras de licitação prescritas na Lei 12.232/2010. Conforme o código atribuído pela Classificação Nacional e Atividades Econômicas (CNAE), classificação adotada pelo Sistema Estatístico Nacional e pelos órgãos federais gestores de registros administrativos (IBGE, 2022), trata-se de atividade descrita em subclasse associada ao Grupo “Atividades dos serviços de tecnologia da informação”. Também para os efeitos da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que trata do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal (BRASIL, 2003), o código da atividade – 1.08 Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas – a classifica como subitem de “Serviços de Informática e Congêneres”. Presume-se, por isso, que as atividades sejam prestadas majoritariamente por empresas especializadas em tecnologia da informação (TI), segundo a dinâmica peculiar aos típicos serviços de TI.

Ocorre que o artigo 6º da Lei nº 12.232/2010 (BRASIL, 2010) prevê que a

proposta técnica a ser apresentada pelas licitantes, em todo e qualquer processo, seja composta de um “plano de comunicação publicitária”. Forçoso concluir, da simples leitura do dispositivo, que a regra é pouco compatível com serviços de TI em geral, e em particular com os serviços relacionados à criação e manutenção de páginas eletrônicas na internet. Na verdade, o plano de comunicação, pelo que se extrai da lei, deve conter elementos estritamente característicos da criação publicitária.

Isso representa, no mínimo, um embaraço a ser superado pelas empresas do ramo de TI, não habituadas aos procedimentos já triviais para as agências de publicidade. Mas a incompatibilidade não se restringe às eventuais dificuldades das licitantes. Sob o ponto de vista do contratante, que deve direcionar as regras ao bom resultado da licitação, não se mostra encargo simples utilizar um plano de comunicação – caso ele chegue a ser apresentado – para apreciar serviços de manutenção e desenvolvimento de páginas de internet, em especial utilizar os critérios referidos na avaliação das propostas técnicas. O mesmo juízo, a depender das peculiaridades do objeto a ser contratado, pode ser estendido a serviços de monitoramento de rede, e à otimização de páginas e canais digitais para mecanismos de buscas e produção de mensagens, infográficos, painéis interativos e conteúdo institucional.

A inconciliabilidade das normas impostas na Lei 12.232/2010 com os serviços que foram incluídos no seu âmbito de aplicação pela Lei 14.356/2022 tem potencial de comprometer severamente o alcance dos objetivos do processo licitatório. Se os critérios de avaliação e julgamento não são apropriados, o instrumento é deficiente, e o desfecho dificilmente será a seleção da melhor solução para a Administração em termos de eficiência, eficácia e efetividade da contratação.

3.2. Ampliação de gastos na Administração Pública

Uma análise mais ampla dos resultados da inovação legislativa na contratação de serviços de comunicação digital na Administração Pública, para verificar a efetividade dos seus efeitos, de natureza *ex post* (MENEQUIN; SILVA, 2017), só seria possível a partir da aplicação recorrente, ao longo do tempo, dos dispositivos da norma.

Todavia, há um efeito já perceptível – o maior dispêndio de recursos públicos. O propósito, declarado à época do projeto de lei, de se obter ganhos econômicos e eficiência nas contratações de comunicação digital pode não ser alcançado, obtendo-se, em vez disso, pelo que já se pode apurar de alguns indicativos, resultado diametralmente oposto. Atribui-se esse resultado a pelo menos dois fatores: o uso obrigatório dos critérios de julgamento “melhor técnica” e “técnica e preço” e os custos administrativos do

processamento das licitações.

Quanto ao primeiro fator, como se sabe, pelos critérios técnica e preço ou melhor técnica, agora exigíveis no julgamento das licitações, o preço deixa de ser primordial e passa a ser aspecto secundário. Essa circunstância, por si, invariavelmente implica a não seleção da proposta de menor preço.

Para ilustrar esse efeito, um possível indicativo a que se pode recorrer é a evolução dos dados de contratações de serviços de publicidade, realizadas pelo Poder Executivo do Governo Federal, nos anos de 2017 a 2022. O valor estimado para gastos contratos de publicidade no período variou, em cada contrato, de R\$ 208.000.000,00 (duzentos e oito milhões de reais) para R\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de reais). Entre as novidades dos contratos mais recentes, além da quantidade de novos termos, bastante aumentada por período, verifica-se justamente a inclusão de serviços de comunicação digital (BRASIL, 2022c).

No que toca ao segundo fator, relacionado ao custo do processo, a Lei 12.232/2010, a partir do seu artigo 5º, prevê uma sucessão de atividades administrativas complexas a serem desenvolvidas no processo, até a efetivação da contratação. Exige-se, por exemplo, a criação de uma subcomissão técnica; há necessidade de se desenvolver briefing e plano de comunicação; há etapas de apresentação e avaliação das propostas técnicas e de preço, além das rotineiras análises de documentação de habilitação. Em suma, uma variedade de ações que, embora de custo administrativo dificilmente mensurável, certamente consome muito mais tempo e recursos dos órgãos e entidades responsáveis pela condução das licitações do que consumiria uma licitação por menor preço. Por este prisma, a ampliação de gastos ocorre ainda no momento da licitação, anterior à contratação.

Por fim, retoma-se a reflexão de que serviços como manutenção de páginas eletrônicas, monitoramento e gestão de redes sociais não são, *a priori*, intelectuais, complexos e criativos. Além disso, são encontrados no mercado em vários formatos, prestados por diferentes tipos de empresas e de soluções. Os serviços podem ser executados, inclusive, pelas próprias estruturas da Administração Pública, viabilizados, em alguns casos, por uso de *softwares* comuns no mercado¹, gratuitos ou adquiridos por

¹ A plataforma *Capterra*, disponível no endereço <https://www.capterra.com.br/blog/1583/monitoramento-de-rede>, indica pelo menos 5 softwares gratuitos e *open source* de monitoramento de rede: *Checkmk*, *ClouStats*, *Spiceworks*, *Splunk Enterprise*, e *Zabbix*.

licitações de menor preço.

Assim, incluir os serviços de comunicação digital em contratos a serem executados por agências de publicidade, que normalmente possuem saldo elevado e são onerosos aos cofres públicos, tende a se mostrar uma alternativa antieconômica.

3.3. Riscos à lisura dos processos de contratação

Nas licitações desenvolvidas pelos critérios de julgamento melhor técnica ou técnica e preço, a Administração Pública avalia as licitantes sob duas dimensões: a) a averiguação prévia da titularidade das condições de licitar e dos requisitos mínimos necessários à execução do contrato (JUSTEN FILHO, 2021), e b) a escolha da melhor técnica, do melhor método e das melhores habilidades para a produção do resultado pretendido. A primeira dimensão trata das exigências de habilitação jurídica, fiscal, econômico-financeira e técnica; a segunda diz respeito à análise e ao julgamento das propostas, que vinculam o aspecto técnico e financeiro do serviço a ser desenvolvido.

A avaliação dos elementos da proposta técnica é realizada por meio da pontuação de requisitos previamente fixados, ponderados com o preço ofertado – no caso do critério técnica e preço. A definição dos requisitos fica a cargo da própria Administração contratante, com base na análise de cada caso em concreto, já que não seria viável preestabelecer, de forma exaustiva, na lei ou em regulamentos, todas as soluções possíveis.

Trata-se, pois, de uso da discricionariedade administrativa na disputa pública, sujeita aos riscos que lhes são próprios. Os controles aplicáveis ao processo licitatório, sobretudo os que dão substância à isonomia e ao julgamento objetivo, acabam atenuados. Por certo, não se pode desprezar a possibilidade de que a escolha dos requisitos – e sua análise – seja orientada por parâmetros pouco objetivos, que podem acabar por privilegiar indevidamente determinado segmento de mercado ou, mesmo, determinados sujeitos.

Esse risco se exaspera sobremaneira se os juízos de avaliação são predominantemente subjetivos. É o que tem ocorrido nas licitações de serviços de publicidade realizados pelo governo federal, sob o amparo da Lei 12.232/2010. As licitações seguem as orientações expedidas pela Secretaria Especial de Comunicação Social (Secom). Nos editais disponibilizados pela Secom, como modelos a serem seguidos (BRASIL, 2022b), os quesitos avaliados na proposta técnica, no “Plano de Comunicação Publicitária”, são: Raciocínio Básico, Estratégia de Comunicação Publicitária, Ideia Criativa, e Estratégia de Mídia e Não Mídia.

Como se observa, trata-se de avaliações de natureza predominantemente

subjetiva. Sem naturalmente desprezar a utilidade de, em alguns casos, a Administração poder se valer de apreciações mais fluidas e flexíveis, o julgamento objetivo é ainda a regra geral, que somente deve ser mitigada em hipóteses muito restritas. Alargar o cabimento dessa mitigação, para além de situações em que seja absolutamente indispensável examinar aspectos criativos, representa perigos desnecessários à isonomia e à regularidade do processo.

3.4. Restrições à competitividade

Como alertam Bugarin e Meneguín (2016), “o funcionamento das instituições, no qual se inclui a legislação, precisa estar corretamente calibrado de forma a contribuir com uma eficiente coordenação do sistema econômico”. É que embora as leis pretendam reduzir problemas e contribuir para a lisura da gestão pública, podem introduzir distorções na economia e na sociedade (BUGARIN; MENEGUÍN, 2016).

Na verdade, é intrínseco ao poder de império do Estado, monopolista que é do uso legítimo da força, intervir sobre as relações econômicas. Mas ao realizar essa intervenção, o Estado “pode, em tese, utilizar esse poder para privilegiar certos grupos sociais em detrimento de outros: o direito pode realizar escolhas e, assim, incluir ou alijar pessoas do mercado” (SAMPAIO, 2013, p. 55).

No caso da inovação objeto deste estudo, concretizada pela Lei 14.356/2022, identificam-se potenciais distorções econômicas, relacionadas, sobretudo, ao mercado de fornecedores afetado. A legislação pode efetivamente implicar situações não isonômicas, já discutidas ao longo deste estudo, que originam privilégios para um segmento, em detrimento de desvantagens concorrenciais para outros.

O simples fato de a Lei 1.232/2010 ser uma norma concebida originalmente para disciplinar negócios firmados com agências de publicidade já é um relevante indicativo das disfunções econômicas que a alteração legislativa aqui discutida é capaz de provocar:

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. (BRASIL, 2010)

Com efeito, o processo seletivo público de contratação de serviços de comunicação digital tem agora suas regras moldadas para um específico nicho de mercado – as agências de publicidade. O direcionamento tanto pode ser extraído da expressa declaração do texto da norma, acima transcrito, quanto da aplicabilidade estrita das regras licitatórias, em especial dos critérios de julgamento, tema sobre o qual já se

discutiu nos itens precedentes. A Lei 14.356/2022 efetivamente produziu, no sistema de contratações públicas, concretas barreiras à entrada de empresas estranhas ao segmento da publicidade, ainda que capazes de prestar satisfatoriamente os serviços. Põe-se em risco, com isso, a eficiência e a economicidade dos contratos que tenham por objeto atividades afetas à comunicação digital.

É legítimo que a chamada “eficiência da compra” seja por vezes extrapolada, quando a contratação é utilizada secundariamente como instrumento de política pública, com o propósito de fomentar o desenvolvimento socioeconômico do país (THORSTENSEN, 2021).

Ocorre que na situação aqui discutida não cabe falar em objetivo secundários com perspectiva de desenvolvimento econômico. Pelo contrário. O resultado da inovação deve importar prática prejudicial ao desenvolvimento de certos mercados, em real afronta à livre iniciativa e ao bem-estar social. Como é cediço, a livre iniciativa é fundamento da Ordem Econômica, na forma estabelecida na Constituição Federal de 1998. Trata-se do “direito de todo cidadão lançar-se no mercado para produzir e transacionar bens e serviços” (SAMPAIO, 2013, p. 33).

A corroborar esse risco, saliente-se o representativo volume de recursos negociados nos contratos públicos no Brasil. Dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) dão conta de que, no Brasil, entre 2002 e 2019, somente as compras governamentais da União representaram, em média, 6,6% do PIB (THORSTENSEN, 2021). Parcela generosa desses recursos, atualmente, por certo dizem respeito a contratos de publicidade. Segundo informações disponibilizadas pela Secom (BRASIL, 2022c), somente em 2022 foram firmados quatro contratos de publicidade com diferentes agências de publicidade, no âmbito do Poder Executivo Federal. Cada um dos contratos tem valor estimado de R\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões).

Pode-se argumentar que, a despeito do privilégio dado às agências de publicidade, outros segmentos alijados do processo licitatório, como as empresas especializadas em TI, podem continuar a participar dos contratos públicos indiretamente, por meio da chamada subcontratação. Trata-se de mecanismo por meio do qual o contratado atribui a um terceiro, que não participou da relação original, a execução parcial do objeto do contrato (JUSTEN FILHO, 2021).

Na realidade, dada a especialidade própria da área de TI na maioria dos serviços de comunicação digital, é muito provável que a subcontratação seja de fato usada em larga escala, como único meio de viabilizar a execução dos contratos. De todo modo, essa

circunstância, além de não destituir o privilégio conferido às agências de publicidade, corrobora a onerosidade que a reserva de mercado deve impor aos contratos públicos.

Por fim, não é demais ressaltar que as disfunções aqui discutidas lançam fundadas dúvidas sobre a própria legitimidade da regulação. Com isso, alimentam a crise de representatividade já enfrentada pelo nosso sistema político produtor de normas, para a qual alerta Sampaio (2013).

Considerações finais

Uma boa regulação deve, entre outros requisitos, servir claramente aos objetivos definidos na política governamental, ter base legal e empírica, ser consistente com outras regulações, e minimizar os custos e distorções do mercado (MENEGUIN; BIJOS, 2016). Tais indicativos servem de parâmetro para que seja possível identificar o grau de eficiência das normas.

Na hipótese de não ser possível identificar de maneira clara o problema que a legislação pretende corrigir, inexistindo elementos previamente estudados para se evitar distorções dos efeitos da normatização, a tendência é que haja malefícios ao sistema já em aplicação. Foi a circunstância verificada do presente estudo.

A Lei 14.356/2022, objeto da análise, alterou a Lei nº12.232/2010 de 29 de abril de 2010 para estabelecer que os serviços de comunicação institucional contratados pela Administração Pública, compreendidos os serviços de comunicação digital, passem a observar as mesmas regras de contratação de serviços de publicidade.

Não se verificou, entre os fundamentos invocados na justificativa da proposição legislativa da qual derivou a norma, correlação direta entre a inovação e as recomendações do TCU, mencionadas pelo autor do projeto. Nem mesmo se identificou, da análise do delineamento do problema a ser resolvido à luz das normas aplicáveis às contratações públicas, condição prévia de ineficiência comprometedora na contratação de serviços de comunicação digital, a justificar a intervenção legislativa. Pelo contrário, observou-se que as normas vigentes que regem as licitações e os contratos públicos dão solução satisfatória às dificuldades inerentes às contratações dos aludidos serviços, o que levou à constatação de que a intervenção legislativa seria desnecessária.

Há ainda riscos de efeitos e incentivos indesejados. Destacam-se: 1) potenciais prejuízos para a eficácia das contratações de serviço de comunicação digital, em face da inaplicabilidade das normas licitatórias agora obrigatórias; 2) ampliação dos gastos na Administração Pública, tendo em vista a não utilização do critério de menor preço e a

complexidade e morosidade próprias da licitação para serviços de publicidade; 3) riscos à lisura dos processos de contratação, ocasionados pela aplicação de critérios subjetivos de avaliação; e 4) restrições à competitividade, resultantes de restrições impostas à participação de licitantes que não sejam do segmento de publicidade nos processos licitatórios.

As disfunções e incentivos econômicos potencialmente produzidos são relevantes não somente por implicarem potencial ineficiência na contratação dos serviços, mas por lançarem dúvidas sobre a própria legitimidade da regulação. Elas fomentam a crise de representatividade já enfrentada pelo nosso sistema político produtor de normas. Põem em risco de descrédito o instituto da transparência e da responsividade nas escolhas públicas, essencial à democracia..

Referências:

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2022. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em 25/10/2022.

_____. Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em 25/10/2022.

_____. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12232.htm. Acesso em 19/10/2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 6227, de 24 de maio de 2016. Relator: Ministro André de Carvalho. Segunda Câmara, TCU. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A255187E5F01555102B9931351&inline=1>. Acesso em 21/10/2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1074, de 24 de maio de 2017. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Plenário, TCU. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em 19/10/2022.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 22/10/2022.

_____. Portaria Ministério das Comunicações nº 3.948, de 26 de outubro de 2021a. Dispõe sobre a conceituação das ações de comunicação do Poder Executivo federal. Disponível em <https://in.gov.br/web/dou/-/portaria-mcom-n-3.938-de-25-de-outubro-de-2021-356211709>. Acesso em 19/10/2022.

_____. Projeto de Lei nº 4059. 2021b. Altera a Lei 12.232, de 29 de abril de 2010 para estender a sua aplicação às contratações dos serviços de comunicação digital e serviços de comunicação corporativa – relação com a imprensa e relações pública. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2107105&filename=PL+4059/2021. Acesso em 20/10/2022.

_____. Tribunal de Contas da União. Termos contratuais. 2021c. Disponível em https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=TRANSP_LIC_CONTRAT_EXTERNO:TERMOS_CONTRATUAIS. Acesso em 20/10/2022.

_____. Lei 14.356, de 31 de maio de 2022. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14129.htm. Acesso em 19/10/2022.

_____. Portaria Ministério das Comunicações nº 5.218, de 7 de abril de 2022a. Dispõe sobre o procedimento para contratação e sobre a fase de execução dos contratos

de serviços de comunicação digital dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Disponível em https://www.gov.br/secom/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/PORTARIA_MCOM_N_5.218_2022__SECOM.pdf. Acesso em 19/10/2022.

_____. Secretaria Especial de Comunicação Social. Modelos de Editais. 2022b. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/acao-a-informacao/licitacoes-e-contratos/contratos/documentos/modelos-de-edital-de-servicos-de-publicidade>. Acesso em 28/10/2022.

_____. Secretaria Especial de Comunicação Social. Publicidade. 2022c. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/acao-a-informacao/licitacoes-e-contratos/contratos/vigentes/publicidade>. Acesso em: 26/10/2022

BUGARIN, Mauricio; MENEGUIN, Fernando B. (2016). Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 46, n. 1, p. 43-89.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. *Nova Lei de Licitações Comentada*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Classificação Nacional de Atividades Econômicas*. 2022. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?subclasse=6201502&tipo=cnae&view=subclasse>. Acesso em 25/10/2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LAFUENTE, Mariano; et al. *Tendências na transformação digital em governos estaduais e no distrito federal no Brasil*. Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. 2020. Disponível em <https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Transformacao-digital-dos-governos-brasileiros-Tendencias-na-transformacao-digital-em-governos-estaduais->

e-no-Distrito-Federal-do-Brasil.pdf. Acesso em 19/10/2022.

MENEGUIN, Fernando Boarato; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Avaliação de impacto regulatório: como melhorar a qualidade das normas. Senado Federal. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle–CONOFOR. Avaliação, 2016.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, Rafael Silveira (org.). Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2017.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e Concorrência. A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

THORSTENSEN, Vera Coordenadora et al. Cadernos Brasil na OCDE: compras públicas. 2021.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021.

VIEGAS, Rafael Rodrigues et al. A comunicação dos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos nas redes sociais: os desafios da accountability na democracia digital. Revista de Administração Pública, v. 56, p. 324-348, 2022.