

ACÓRDÃO Nº 952/09 - Tribunal Pleno

PROCESSO N º : 229716/09
ORIGEM : SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE
MARECHAL CÂNDIDO RONDON
INTERESSADO : JOÃO MARCOS GOMES
ASSUNTO : CONSULTA
RELATOR : AUDITOR IVENS ZSCHOERPER LINHARES

CONSULTA. CONTRATAÇÃO DIRETA, VIA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO PARA A DIVULGAÇÃO DE ATOS E AVISOS DE UTILIDADE PÚBLICA. PELA IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 25, II, DA LEI DE LICITAÇÕES. PELA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESAS PARA A DIVULGAÇÃO DAS AÇÕES DA AUTARQUIA DESDE QUE OBSERVADAS AS SEGUINTESS CONDIÇÕES: A) COMPROVAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO, FORMALIZADO NOS TERMOS DO ART. 26 DA LEI 8666/93, DA IMPOSSIBILIDADE DE QUE UMA EMPRESA, ISOLADAMENTE, POSSA PRESTAR O SERVIÇO DE DIVULGAÇÃO DE FORMA ADEQUADA; B) CONTRATAÇÃO, EM CONDIÇÕES EQUIVALENTES, OBSERVADA A NATUREZA DO SERVIÇO, DE TODOS OS VEÍCULOS DE DIVULGAÇÃO QUE SATISFAÇAM OS CRITÉRIOS PRÉ-DEFINIDOS PELA AUTARQUIA; C) A CAMPANHA DE DIVULGAÇÃO DEVE RESTRINGIR-SE AO ATENDIMENTO DA SITUAÇÃO ESPECIAL PELO TEMPO NECESSÁRIO AO ESCLARECIMENTO E INFORMAÇÃO SOCIAL, DEVENDO CONSTAR DO ATO DE MOTIVAÇÃO, JUNTADO AO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE; D) NÃO SEJAM INTRODUZIDAS QUAISQUER MEDIDAS TENDENTES À PROMOÇÃO PESSOAL DE QUAISQUER AGENTES PÚBLICOS.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Consulta formulada pelo Diretor Executivo do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Marechal Cândido Rondon acerca da possibilidade de contratação direta, via inexigibilidade de licitação, dos meios de comunicação do Município (rádio e TV) visando a divulgação de atos e avisos contendo informações relativas aos serviços e ao abastecimento de água em geral.

A assessoria jurídica da autarquia apresentou parecer (fls. 03/13) por meio do qual concluiu pela possibilidade da contratação direta de cada uma das emissoras de rádio e TV, através de procedimento de inexigibilidade, mediante a

comprovação da inviabilidade de se efetuar a contratação de apenas um meio de comunicação.

A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, através da Informação nº 37/09, fls. 18/19, indicou a existência do Prejulgado nº 02/2006 deste Tribunal que dispõe sobre a *“legalidade de contratação de radiodifusão para a transmissão das sessões ordinárias das Câmaras Municipais”*, bem como considera regulares as despesas *“com contratação de Emissoras de Radiodifusão, de Televisão a cabo ou se sites de internet, ou outros serviços de publicidade e de propaganda pelas Câmaras Municipais dos Municípios Paranaenses, ante as condições estabelecidas no § 1º do Art. 37 da CF, da Lei 8666/93 e LC 101/2000”*.

Pela Instrução nº 1776/09, fls. 20/24, a Diretoria de Contas Municipais, preliminarmente, manifestou-se pela impossibilidade de resposta à presente consulta sob o fundamento de ter sido a mesma formulada em termos concretos.

No mérito, ressaltou a vedação expressa à inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação consubstanciada no art. 25, II, da Lei 8666/93, destacando os termos do Prejulgado nº 02/2006, bem como trazendo à lume o teor do Parecer nº 538/06, do Ministério Público junto a este Tribunal, exarado nos autos de Consulta nº 186419/05, formulada pelo Município de Loanda, que tratou sobre a publicidade, através de veículos da imprensa escrita, de radiodifusão ou televisiva, referente à divulgação dos programas, campanhas e serviços de atividades relacionadas à Administração Municipal, cujo foco fosse levar ao conhecimento dos administrados os aspectos da atuação da administração pública, o qual concluiu pela exigibilidade de procedimento licitatório em referidos casos.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, através do Parecer nº 6544/09, fls. 25/26, manifestou-se pela impossibilidade de contratação direta, via inexigibilidade de licitação, de meios de comunicação para fins de divulgação de atos e avisos de utilidade pública.

É o relatório.

2. Em que pese a preliminar levantada pela Diretoria de Contas Municipais, vislumbro que a presente consulta merece ser apreciada porquanto formulada em tese.

Depreende-se do parecer jurídico que a questão central a ser tratada é a possibilidade de dispensa de licitação para contratação direta das emissoras de rádio e televisão da região, tendo em vista a suposição de que, apenas uma delas não daria a divulgação necessária.

Trata-se, efetivamente, de uma questão formulada em tese, acerca do enquadramento da hipótese no inciso II do art. 25, da Lei de Licitações, que prevê a inexigibilidade *“para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”*.

No mérito, a resposta à presente consulta comporta um desdobramento da matéria.

Registre-se, inicialmente, o *“descompasso”* referido pela Diretoria de Contas Municipais, a f. 21, *“entre a inicial da consulta, que refere-se a emissoras de rádio e TVs e o Parecer jurídico respectivo, que alude predominantemente à contratação de agência de publicidade, o que abrangeria outro enfoque”*.

Essa matéria específica, relativa ao diferente tratamento que devem ter a contratação direta de agência de publicidade e a contratação direta dos meios de divulgação foi tratada, de forma profunda e abrangente, na Consulta nº 42108-9/02, formulada pela COPEL, acerca da *“possibilidade de vinculação de campanha de divulgação, de forma direta, sem necessidade de licitação, em veículos de comunicação de forma isonômica, com ou sem agência de publicidade, com fundamento na situação de emergência do inciso IV, do art. 24, da Lei 8666/93, em face das recentes modificações, por atos normativos e regulamentares, na relação jurídica de consumo, com alterações nos preços das tarifas e formas de pagamento”*.

A resposta a essa consulta foi dada pelo brilhante voto do ilustre Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, datado de 11.09.2003, em que ficou caracterizada a seguinte distinção:

“se não envolver a campanha de divulgação a contratação de agência de publicidade, mas realização direta pela Companhia de textos de divulgação e esclarecimento, mesmo que em uma primeira etapa da campanha global, a questão resolver-se-ia por ambos os fundamentos (dispensa e inexigibilidade), para a contratação dos veículos de divulgação (mídia).

Todavia, se a campanha envolver a contratação de agência de publicidade, a questão seria resolvida exclusivamente sob o aspecto da emergência (art. 24, inciso VI), já que, para esta contratação, estaria excluída a contratação direta por inexigibilidade de licitação, a teor do disposto no art. 25, inciso II, da Lei 8666/93”.

Dessa forma, se a hipótese envolver a contratação de agência de publicidade, somente uma situação emergencial, devidamente comprovada, poderia justificar a contratação direta, com base no art. 24, IV, da Lei de Licitações¹.

A petição inicial da consulta, porém, refere-se à *“contratação direta, via inexigibilidade, de meios de comunicação (radio e tv)”*, e o próprio teor do parecer jurídico menciona que *“o que se pretende aqui é a contratação de mero serviço de divulgação, sendo que o encargo de criação dos textos informativos a serem veiculados ficará a cargo da própria Autarquia”* (f. 8).

Nessas condições, em que pese o entendimento diverso da Diretoria de Contas Municipais e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pode ser possível, em casos excepcionais, a aplicação da exceção da inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 25 da lei citada.

Destaque-se, inicialmente, o entendimento contido no voto já mencionado, do Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, no sentido de que o rol do artigo referido não é exaustivo:

¹ **Art. 24.** *É dispensável a licitação:*

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

“A literalidade do art. 1º da Lei 8666/93 ², que determina expressamente a inclusão ao seu regime das contratações de serviços de publicidade, ou, ainda, a norma proibitiva do inciso II, do art. 25 ³, que proíbe a contratação direta por inexigibilidade em face da natureza técnica dos serviços e a notória especialização do contratado, por si só, não afastam, como bem mencionado pela instrução técnica (6ª ICE, DATJ e Ministério Público), as demais causas de dispensa ou inexigibilidade da licitação (aqui, repita-se, excetuada a faculdade do inciso II, do art. 25).

Este também já era o entendimento desta Corte de Contas, reafirmado na resposta à consulta formulada pela Casa Civil do Poder Executivo Estadual, em 1994 (Protocolo nº 23.881/94), por intermédio da Resolução nº 5.595/94, que adotou voto escrito apresentado pelo Exmo. Cons. Rafael Iatauro. Vale transcrever, pela pertinência ao caso tratado nesta consulta, as seguintes conclusões e fundamentações do mencionado voto condutor:

‘Na segunda indagação, volta a celeuma da interpretação do dispositivo contido na Lei nº 8.666/93 e que, em um primeiro momento, parece inibir de forma definitiva, a contratação direta de veículos de mídia, bem como de serviços de publicidade, conforme o teor do artigo 25, II, que veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Deveras, sabe-se que tanto a dispensa quanto a inexigibilidade do procedimento licitatório são conceitos fundamentais à realidade diária do setor público.

No caso de inexigibilidade, em cujo artigo encontra-se insculpida a proibição à contratação direta de serviços de publicidade e divulgação, há que se render à evidência de que o rol constante do regramento é meramente exemplificativo, admitindo-se

² Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

a inclusão de hipóteses fáticas outras, que não aquelas alçadas à condição de norma escrita.

Isto sucede porque a inexigibilidade deve ser verificada em fatos concretos, onde reste patente a inviabilidade de competição.

Dessa forma, o enquadramento da matéria não deve ser feito, restritivamente, à hipótese de inexigibilidade do inciso II do artigo citado, que trata, apenas, dos serviços de “*natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização*”. A hipótese ora em discussão diz respeito ao fato de que a contratação de uma empresa, isoladamente, não seria capaz de promover a divulgação necessária dos “*atos e avisos de utilidade pública*” referentes às ações promovidas para a prestação de serviços de água e esgoto à comunidade.

Ou seja, não se discute a inviabilidade da competição por se tratar de serviço singular ou de prestador de notória especialização, hipótese em que, conforme disposição expressa do inciso citado, é vedada a contratação direta “*para serviços de publicidade e divulgação*”, mas, de limitação das empresas locais para, isoladamente, promoverem a publicidade necessária.

Nesse caso pode ser declarada inexigível a licitação, desde que devidamente comprovada essa hipótese, mediante a formalização do processo administrativo a que se refere o art. 26 da Lei 8.666/93, com a indicação clara e objetiva dos motivos referidos.

Reconhecida essa hipótese, conforme constou da orientação contida na mesma consulta formulada pela COPEL, a adoção da campanha de divulgação deverá envolver “*a veiculação direta pela Consulente, de forma linear, contratando-se, em atenção ao princípio da isonomia, todos os veículos de divulgação inseridos nos critérios adotados pelo departamento técnico de marketing, que farão parte integrante da motivação do ato, por inexigibilidade de licitação (inviabilidade de competição)*”.

³ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: ... II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Ainda à guisa de fundamentação, pertinente a seguinte observação constante do mesmo voto:

“A contratação de todos os veículos de divulgação (jornais de circulação diária, rádios e emissoras de televisão), da forma apresentada na consulta, caracteriza o atendimento ao princípio da isonomia e da moralidade pública, já que, não há tratamento privilegiado, com favorecimento de terceiros em detrimentos de outrem – além de apoiados em critérios de mercado a serem inseridos na motivação do ato – se apresenta como fator de inviabilidade de competição, na forma do art. 25, caput, da Lei 8666/93. Eventual escolha de periódico que não tenha a circulação diária, mas que, em função de critérios técnicos e de pesquisa devidamente comprovados, se apresentem em determinada e específica região, com maior penetração, distribuição e leitura de que os de circulação diária, não caracterizaria, em tese, violação ao princípio da isonomia, já que devidamente justificado, comprovado e razoável o fator de discriminação”.

Acrescente-se que essa orientação não destoia dos precedentes desta Corte, visto que a hipótese ora em análise refere-se à impossibilidade de ser atingida a finalidade almejada com apenas um órgão divulgador, o que não é o caso da transmissão das sessões da Câmara Municipal, a que se refere o Prejulgado nº 02/2006, transcrito a f. 18/19⁴.

Reitere-se, por fim, mais dois condicionantes mencionados pelo Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, no processo citado:

- *“a necessidade de serem atendidas as demais vedações previstas no § 1º, do art. 37, da Constituição Federal, ou seja, que não sejam introduzidas quaisquer medidas tendentes à promoção pessoal de quaisquer agentes públicos”;*
- *“a campanha de divulgação deve estar restrita ao atendimento da situação especial e balizada, ainda, pelo*

⁴ *Decisão vinculante aplicável a todas as ocorrências de consultas para efeito de considerar regulares as despesas com contratações de Emissoras de Radiodifusão, de Televisão a cabo ou de sites de internet, ou outros serviços de publicidade e de propaganda pelas Câmaras Municipais dos Municípios Paranaenses, ante as condições estabelecidas no § 1º do Art. 37 da CF, da Lei 8666/93 e LC 101/2000*

tempo necessário ao esclarecimento e informação social, como constar do ato de motivação”

Face ao exposto, **voto** no sentido de que a presente consulta seja respondida nos seguintes termos:

1. Pela impossibilidade de contratação direta de agência de publicidade por inexigibilidade de licitação, conforme disposto no art. 25, II, da Lei de Licitações;

2. Pela possibilidade de contratação direta de empresas para a divulgação das ações da autarquia, observadas as seguintes condições:

a) Seja comprovada, de forma clara e objetiva, em processo administrativo formalizado nos termos do art. 26 da Lei de Licitações, a impossibilidade de que uma empresa, isoladamente, possa prestar o serviço de divulgação de forma adequada;

b) Em atenção ao princípio da isonomia e da moralidade, sejam contratados, em condições equivalentes, observada a natureza dos serviços, todos os veículos de divulgação que satisfaçam os critérios pré-definidos pela autarquia;

c) Restrinja-se a campanha de divulgação ao atendimento da situação especial e balizada, ainda, pelo tempo necessário ao esclarecimento e informação social, como constar do ato de motivação, juntado ao processo de inexigibilidade;

d) Não sejam introduzidas quaisquer medidas tendentes à promoção pessoal de quaisquer agentes públicos.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA protocolados sob nº 229716/09,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO, nos termos do voto do Relator, Auditor IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por delegação do Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:

Responder a presente Consulta, formulada pelo Diretor Executivo do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Marechal Cândido Rondon, nos seguintes termos:

I - Pela impossibilidade de contratação direta de agência de publicidade por inexigibilidade de licitação, conforme disposto no art. 25, II, da Lei de Licitações;

II - Pela possibilidade de contratação direta de empresas para a divulgação das ações da autarquia, observadas as seguintes condições:

a) Seja comprovada, de forma clara e objetiva, em processo administrativo formalizado nos termos do art. 26 da Lei de Licitações, a impossibilidade de que uma empresa, isoladamente, possa prestar o serviço de divulgação de forma adequada;

b) Em atenção ao princípio da isonomia e da moralidade, sejam contratados, em condições equivalentes, observada a natureza dos serviços, todos os veículos de divulgação que satisfaçam os critérios pré-definidos pela autarquia;

c) Restrinja-se a campanha de divulgação ao atendimento da situação especial e balizada, ainda, pelo tempo necessário ao esclarecimento e informação social, como constar do ato de motivação, juntado ao processo de inexigibilidade;

d) Não sejam introduzidas quaisquer medidas tendentes à promoção pessoal de quaisquer agentes públicos.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES e CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES e os Auditores SÉRGIO RICARDO VALADARES FONSECA e THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ELIZEU DE MORAES CORREA.

Sala das Sessões, 8 de outubro de 2009 – Sessão nº 37.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES
Relator

HERMAS EURIDES BRANDÃO
Presidente