



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO B, 3º ANDAR

PARECER n. 00261/2018/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.003991/2018-70

INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO - SPOA/MINC E OUTROS

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

EMENTA:

I. Contratação direta da EBC para prestação de serviços de publicidade legal, com fulcro no art. 25, “caput”, da Lei 8.666/93.

II. Possibilidade, ante o teor do Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU, que uniformizou, no âmbito da AGU, entendimento acerca da contratação de serviços de publicidade legal prestados pela referida Empresa Pública Federal.

III. Parecer favorável, com ressalvas.

1. Nos termos da alínea “a” do inciso VI do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, vem ao exame desta Consultoria Jurídica o processo administrativo em epígrafe, para análise e pronunciamento acerca da pretensa contratação direta da Empresa Brasil de Comunicação-EBC S.A., via inexigibilidade (art.25, caput, da Lei 8.666/93), para prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal impressa e/ou eletrônica de interesse do Ministério da Cultura.

I. Relatório

2. Por meio do Documento de Formalização da Demanda – SEI 0527188 justificou a necessidade de contratação da Empresa Brasil de Comunicação S/A para prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal do Ministério da Cultura, com fulcro no art. 25 da Lei 8.666/93.

3. Os autos foram instruídos com diversos documentos devendo ser descatalogados os que se seguem:

- a) Instituição da Equipe de Planejamento da Contratação – SEI 0527309;
- b) telas de Publicações da EBC referentes aos anos de 2013 a 2018, SEI 0564398, 0564438, 0564440, 0564441, 0564443 0564445 respectivamente;
- c) resumo de publicações – 12 meses 0564473;
- d) cópias dos contratos firmados com a EMBRATUR, EBSERH, MCTIC, SEI 0564981, 0564982, 0564983, respectivamente;
- e) Estudo Técnico Preliminar da Contratação, SEI 0527327;
- f) Mapa de Riscos, SEI 0528168;
- g) Projeto Básico devidamente aprovado, SEI 0565468;
- h) extrato do SICAF, CEIS, CNJ, CERTIDÃO NEGATIVA DE LICITANTES INIDÔNEOS, SEI 0565659;
- I) Minuta do Contrato, SEI 0565675;
- j) Declaração de exclusividade na distribuição da publicidade legal dos órgãos da administração pública federal, SEI 0566109;

- k) Declaração de fatos impeditivos, SEI 0566110;
- l) Declaração não emprega menor, SEI 0566111;
- m) Declaração de não prática de preços para os serviços de publicidade legal, SEI 0566112;
- n) Nota jurídica nº 180/2017/CONJUR-MinC/CGU/AGU 0566494;
- o) minuta de contrato enviada pela EBC, SEI 0566730;
- p) lista de verificação AGU, SEI 056475;
- q) Despacho 0566497/2018, em que pontua que a instrução processual será atendida no momento oportuno;
- r) Despacho nº 0576441/2018, informando da disponibilidade orçamentária para o ano de 2018/2019.

4. Em despacho 0577605/2018, o Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração - Substituto, encaminhando os autos a esta Consultoria Jurídica para análise e manifestação.

5. Eis, em apertada síntese, o relato do necessário. Segue manifestação.

II. Fundamentação Jurídica

6. Preliminarmente, sublinhe-se que a análise ora empreendida **circunscreve-se** aos aspectos jurídico-formais da pretensa contratação direta da Empresa Brasil de Comunicação S/A, para prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal do Ministério da Cultura, com fulcro no art. 25 da Lei 8.666/93.

7. Permite a Lei nº 8.666/93, como exceção à regra geral da exigência do procedimento licitatório (CF, art. 37, inciso XXI, e art. 2º, da Lei nº 8.666/93), que seja contratada, diretamente pela Administração, a realização de obras, serviços, compras e alienações, nas hipóteses previstas nos arts. 17, 24 e 25.

8. A contratação direta tanto pode se dar por meio da dispensa de licitação, cujas hipóteses se encontram elencadas nos incisos I a XXXI do art. 24 da Lei nº 8.666/93, como por intermédio da inexigibilidade, cujos fatos autorizadores de incidência estão previstos, exemplificativamente, no art. 25, *caput*, e incisos, do citado diploma legal.

9. No primeiro caso, existe a viabilidade de competição, contudo, o legislador faculta à Administração Pública valorar, mediante o juízo de oportunidade e conveniência, se deve realizar ou não a licitação. Porém, como o rol consignado no citado art. 24 é taxativo, a dispensabilidade só será válida se os fatos se encaixarem perfeitamente numa das hipóteses legais previstas. Ademais, embora a Administração esteja liberada de licitar, deve ela observar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado.

10. Ressaltando a discrepância que existe entre os institutos da inexigibilidade e dispensa de licitação, leciona Marçal Justen Filho¹ que:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso.

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa. (original sem grifos)

11. Vale destacar que, em relação à contratação dos serviços prestados pela EBC, esta Advocacia-Geral da União, uniformizou entendimento no sentido de que, **tratando-se de serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal**, a contratação da referida empresa dever-se-ia realizar mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no caput do art. 25, da Lei 8.666/93, tendo em vista a inviabilidade de competição, por conta do **monopólio legal instituído em favor da EBC pelo inciso VII, do art. 8º, da Lei 11.652/08²**. Nesse sentido, o **Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU**, com a aprovação do Consultor-Geral da União, cuja conclusão restou vazada nos seguintes termos:

Ante o exposto, em resposta à provocação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre, entendo que, **nos termos do art. 8º, inciso VII, e §2º, inciso II, da Lei 11.652/08, e do art. 9º, §3º, do Decreto 6.555/08, a contratação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal deve se dar por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93.**

12. Nesse contexto, não vislumbramos óbice de índole jurídica para a contratação direta da EBC, cujo objeto reside na prestação dos serviços de distribuição de publicidade legal impressa e/ou eletrônica, de interesse do Ministério da Cultura, com fundamento no art.25, caput, da Lei nº 8.666/93.

13. Todavia, não obstante a possibilidade de contratação, sua validade depende da comprovação da compatibilidade dos preços cobrados com o mercado, conforme exigência da própria Lei 11.652/2008, devendo, no ponto, a Administração buscar, junto à EBC, todos os meios possíveis para comprovação de tal requisito, inclusive mediante ampla pesquisa de preços praticados pelos veículos de comunicação. Nesse sentido, a advertência do Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU, que ressaltou:

“Insta mencionar que a compatibilidade de preços com o mercado é regra prevista para todas as contratações diretas, nos termos do art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93, devendo ser observada ainda com mais rigor nos casos de contratação da EBC em razão das ocorridas distorções descritas na jurisprudência do TCU. Assim sendo, insista-se, devem as entidades públicas contratantes da EBC se utilizarem de todos os meios possíveis para obter a redução dos preços das publicações junto à empresa pública em comento, sob pena de responsabilização dos responsáveis pelos danos ao erário.

(...) Fica clara, portanto, a necessidade de que a EBC se estruture de forma a que possa atuar de maneira mais eficiente possível, obtendo os preços mais baixos para as publicações em questão, sendo-lhe absolutamente vedada a aplicação, simplesmente, da “tabela cheia” apresentada pelos veículos de comunicação, reduzindo-se, assim, os riscos de prejuízos ao erário e o ônus imposto aos órgãos/entidades contratantes de referida empresa pública”.

14. Na mesma linha, a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009, assim ementada:

Ementa:

É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS

15. No caso em exame, foram acostadas os contratos administrativos celebrados com outros órgãos da Administração. Com base na pesquisa realizada, a área técnica estimou em **R\$ 104.835,10 (cento e quatro mil oitocentos e trinta e cinco reais e dez centavos)** o valor estimado da contratação para 12 meses, nos termos do estudo técnico preliminar. Não obstante, **deve a área técnica verificar o preço a ser contratado, certificando-se de sua**

compatibilidade com os de mercado, nos termos dos arts. 25, § 2º, e 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93, e em observância à jurisprudência do TCU (Decisão 538/99 e Acórdão 689/2007-Plenário)³.

16. No tocante à disponibilidade de recursos orçamentários, deve a área técnica responsável se certificar da existência de dotação orçamentária suficiente para cobertura da correlata despesa, **o que foi providenciado, salvo com relação às despesas que serão incorridas no restante do ano de 2019 e anos seguintes, as quais oportunamente deverão ser objeto de previsão orçamentária.**

17. Outrossim, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 - Plenário), deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, **mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade**, é obrigatória a comprovação por parte da empresa da regularidade fiscal e trabalhista, bem como junto aos cadastros ceis, cnj, licitantes inidôneos, e extrato do CADIN. **Verifica-se que não consta da instrução processual a certidão negativa de débitos trabalhista e o extrato do CADIN o que deverá ser providenciado.**

18. Quanto a possibilidade jurídica de que a vigência do contrato seja de 60 meses, entendo possível a adoção de tal prazo, pois entendo possível que seja feita uma interpretação extensiva da Orinetação Normativa nº 36 da AGU, em razão de trar-se de serviço exercido na forma de monopólio pela EBC S.A. e conforme justificativas apresentadas no Despacho 0566497/2018, abaixo reproduzido:

4. O prazo de prestação de serviços estipulado em **60 meses ininterruptos** permitirá maior economia para o Ministério da Cultura, pois os procedimentos de contratação e prorrogação contratual demandam a participação de servidores de diferentes áreas administrativas (Setor demandante, Consultoria Jurídica, SPOA e outros setores), bem como um custo considerável, computando o valor hora/homem desses servidores e demais custos do processo administrativo, tais como com as publicações na imprensa oficial.

5. Nesse mesmo sentido temos o Anexo IX "DA VIGÊNCIA E DA PRORROGAÇÃO" da IN. 05/2017, que permite a formalização de contrato por prazo indeterminado junto a imprensa nacional.

O órgão ou entidade poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público essencial de energia elétrica, água e esgoto, serviços postais monopolizados pela empresa brasileira de correios e telégrafos e ajustes firmados com a imprensa nacional, desde que no processo da contratação estejam explicitados os motivos que justificam a adoção do prazo indeterminado e comprovadas, a cada exercício financeiro, a estimativa de consumo e a existência de previsão de recursos orçamentários.

6. Os serviços prestados pela Imprensa Nacional são similares aos prestados pela EBC, ambos são realizados sob regime de "monopólio". Ainda, de acordo com o parágrafo primeiro do art. 5º, da Lei nº 6.650 de 23/05/79, c/c parágrafo primeiro do art. 8º da Lei nº 11.652/ de 07/04/08, compete à EBC, sucessora da RADIOBRÁS, a distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da administração pública federal, entendida como tal a publicação de avisos, balanços relatórios e outros a que estejam obrigados por força de lei ou disposição regulamentar ou regimental, a exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União.

7. Nesse sentido, considerando a economia financeira e administrativa, o fato da EBC já trabalhar com o prazo de 60 meses ininterruptos, e principalmente não haver óbice legal, entendemos como plenamente aceitável a formalização de contrato por **60 meses ininterruptos**.

19. No que tange à minuta de instrumento contratual padrão da EBC, informa-se que não existem óbices no que pertine ao seu aspecto jurídico-formal, eis que reúne os elementos mínimos essenciais exigidos pela legislação de regência, não havendo impedimento para sua formalização.

20. No tocante a instrução processual conforme destacado deverá ser providenciados os seguintes atos:

c) reconhecimento motivado da contratação direta pela autoridade competente (art. 50, IV, Lei nº 9.784/99);

d) comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, do ato que autoriza a dispensa ou reconhece a situação de inexigibilidade, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias (art. 26 da Lei nº 8.666/93).

21. Por último, alerta-se a área técnica para a necessidade de autorização do Ministro de Estado, ou eventual autoridade revestida de delegação de competência para, no caso vertente, formalizar a contratação em exame, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012⁴.

III. Conclusão

22. À vista do expendido, manifesta-se esta Coordenação-Geral, abstendo-se de se imiscuir na conveniência e oportunidade do ato proposto, pela viabilidade jurídica da pretensa contratação direta da Empresa Brasil de Comunicação-EBC, com fundamento no “caput” do art. 25, da Lei 8.666/93, **desde que observadas as orientações e os apontamentos contidos no presente parecer, em especial em seus itens 16, 17, 20**

23. É o parecer, salvo melhor juízo.

24. Nos termos das Portarias CONJUR/MINC nº 1/2009 e nº 2/2011, encaminhem-se os presentes autos diretamente à **Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração**, para conhecimento e adoção das providências cabíveis.

Brasília/DF, 10 de maio de 2018

Julio César Oba
Advogado da União
Matrícula SIAPE 1578154
Coordenador-Geral de Licitações e Contratos - substituto

¹Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética, 11ª ed., págs. 274/275.

²Art. 8º Compete à EBC:(...)

VII - distribuir a publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, à exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União;

§ 1º Para fins do disposto no inciso VII do caput deste artigo, entende-se como publicidade legal a publicação de avisos, balanços, relatórios e outros a que os órgãos e entidades da administração pública federal estejam obrigados por força de lei ou regulamento.

§ 2º É dispensada a licitação para a:

I - celebração dos ajustes com vistas na formação da Rede Nacional de Comunicação Pública mencionados no inciso III do caput deste artigo, que poderão ser firmados, em igualdade de condições, com entidades públicas ou privadas que explorem serviços de comunicação ou radiodifusão, por até 10 (dez) anos, renováveis por iguais períodos;

II - contratação da EBC por órgãos e entidades da administração pública, com vistas na realização de atividades relacionadas ao seu objeto, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.

³O Acórdão 689/2007 contém deliberação no sentido de “esclarecer que a orientação firmada na Decisão 538/99 - Plenário não afasta a necessidade de o administrador público certificar-se de que os preços oferecidos pela Radiobrás estão compatíveis com os de mercado, considerando o volume dos serviços a serem contratados, conforme exigem o arts. 25, § 2º, e 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93, obrigatoriedade esta que vincula tanto o administrador contratante do serviço de publicidade legal quanto a própria Radiobrás, a quem não é dada a possibilidade de cobrança de preços acima dos praticados no mercado, por força do monopólio legal instituído a seu favor.”, devendo, para tanto, o administrador público negociar junto ao veículo de comunicação descontos e condições econômico-financeiras mais vantajosas do que simplesmente aquelas estabelecidas na tabela pública de preço e de informar à Radiobrás esses descontos e condições obtidos para efeito de faturamento;”

4Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação dos contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas por ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, vedada a subdelegação: (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

I - titulares de cargos de natureza especial; (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas aos Ministros de Estado; e (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas. (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, vedada a subdelegação, ressalvada, neste caso, a subdelegação a que se refere o § 3º. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades. (Redação dada pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

§ 4º O Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá alterar ou atualizar, a qualquer tempo, os valores estabelecidos nos § 1º, § 2º e § 3º. (Incluído pelo Decreto nº 9.189, de 2017)

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400003991201870 e da chave de acesso 512aea9c

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR OBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 132271308 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR OBA. Data e Hora: 10-05-2018 19:32. Número de Série: 13230737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
