

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA DE QUIXABEIRA

PROCESSO Nº 05128e21

PARECER Nº 00559-21

EMENTA: CONSULTA. CONTRATAÇÃO DE VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO DE PROPRIEDADE DE SECRETÁRIO MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 12.232/2010. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.666/93 OU DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (14.133/2021). VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE DIRIGENTE DE ÓRGÃO OU ENTIDADE CONTRATANTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. PELA INVIABILIDADE.

I. Não merece prosperar o argumento de ser o veículo de comunicação local, de propriedade do agente político municipal, o único a preencher os requisitos da Lei nº 12.232/10, seja em virtude de não se tratar a pretensa empresa de agência de propaganda, conforme preconiza o artigo 1º do aludido diploma, seja pelo fato deste regramento não se aplicar à hipótese de contratação narrada, em razão da natureza do objeto que difere do quanto previsto no caput do artigo 2º.

II. Tanto a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, como a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 9º, § 1º, preveem expresse impedimento à participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade em licitações e, conseqüentemente, a contratação de empresas, cuja propriedade seja dos referidos agentes públicos, mandamentos estes de caráter proibitivo, que conferem concretude aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas.

III. A priori, não há se falar em hipótese de inexigibilidade de licitação, inserta no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93 e reproduzida no art. 74, I, da Lei nº 14.133/2021, haja vista a existência de outros veículos de comunicação, tão ou mais eficazes do que o proposto pelo Consulente, tais como rádios locais, portal da prefeitura, redes sociais oficiais, carros de som, alguns destes os quais não implicariam em despesas adicionais à municipalidade.

O Prefeito do MUNICÍPIO DE QUIXABEIRA, Senhor Reginaldo Sampaio Silva, representado por advogado constituído nos autos, por meio do presente expediente, endereçado ao Presidente deste Tribunal de Contas, aqui protocolado sob o nº 05128e21, formula CONSULTA, com fulcro nos artigos 208 a 214 da Resolução TCM nº 1.392/2019, por meio da qual traz a lume os seguintes questionamentos:

[...] Esta única empresa pertence a um secretário da atual gestão do município de Quixabeira, e, diante disso eis que surge a indagação sobre a possibilidade de contratação da empresa sem que o município incorra em ato de improbidade administrativa

Inicialmente, registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não cabe analisar as particularidades do caso concreto apresentadas no ofício.

Ademais, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isto, primeiramente, imprescindível se faz esclarecer alguns aspectos relativos à contratação de serviços de publicidade nos moldes previstos na Lei nº 12.232/2010. Nesse sentido, o artigo 1º do mencionado diploma normativo é enfático ao delimitar sua disciplina às contratações de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda.

Dando prosseguimento à disciplina da contratação, pela Administração Pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, de agências de propaganda para prestação de serviços de publicidade, o artigo 2º do mencionado diploma normativo incumbe-se de conceituar os aludidos serviços nos seguintes contornos:

“Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o **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).

Destarte, a interpretação do preceito em tela permite concluir no sentido de que não é qualquer serviço de publicidade, que deve ser contratado mediante a aplicação da Lei nº 12.232/10, mas apenas aqueles que reúnam necessariamente os seguintes requisitos: **(a)** seja um conjunto de atividades realizadas integradamente + **(b)** tenham como objeto precípua e conjugado o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação, a supervisão da execução externa e, ainda, a distribuição de publicidade aos meios de divulgação + **(c)** tenham por finalidade promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza ou difundir ideias ou, ainda, informar o público em geral.

O primeiro aspecto do conceito legal de serviços de publicidade diz respeito à necessária prestação dos serviços por agências *full service*. Já o segundo aspecto cuida de detalhar todos os serviços que estas agências devem realizar para que possam participar de uma licitação. Assim, a empresa contratada deve realizar todas as etapas do serviço desejado pela Administração. Em conformidade com a regulamentação do Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP) as agências publicitárias *full service*, devem estar capacitadas a realizar:

1. o estudo do conceito, ideia, marca, produto ou serviço a difundir, incluindo a identificação e análise de suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas aos seus públicos e, quando for o caso, ao seu mercado e à sua concorrência;
2. a identificação e análise dos públicos e/ou do mercado onde o conceito, ideia, marca, produto ou serviço encontre melhor possibilidade de assimilação;
3. a identificação e análise das ideias, marcas, produtos ou serviços concorrentes;
4. exame do sistema de distribuição e comercialização, incluindo a identificação e análise das suas vantagens e desvantagens absolutas e relativas ao mercado e à concorrência;

5. elaboração do plano publicitário, incluindo a concepção das mensagens e peças (criação) e o estudo dos meios e veículos que, segundo técnicas adequadas, assegurem a melhor cobertura dos públicos e/ou dos mercados objetivados (planejamento de mídia);

6. execução do plano publicitário, incluindo orçamento e realização das peças publicitárias (produção) e a compra, distribuição e controle da publicidade nos Veículos contratados (execução de mídia), e o no pagamento das faturas.

Para usar a linguagem publicitária, pode-se concluir que uma agência de publicidade, apta a ser contratada nos moldes da Lei nº 12.232/10, deve realizar o atendimento/planejamento, a criação e a mídia.

O *atendimento/planejamento* compreende as tarefas de assistência ao cliente da agência, estudo de suas características, compreensão de seus problemas, oportunidades e planejamento dos trabalhos e tarefas a serem realizados para a solução desses problemas e/ou aproveitamento das oportunidades de comunicação dos clientes.

A *criação* compreende a geração das idéias, dos temas, dos slogans, das expressões, dos textos, das ilustrações, dos anúncios, dos filmes, dos sons e de todas as formas de comunicação a serem combinadas e empregadas na transmissão das melhores mensagens publicitárias de acordo com cada cliente.

E, enfim, a *mídia* compreende a tarefa de seleção dos veículos de comunicação mais adequados para atingir o público-alvo nos momentos mais propícios, evidentemente buscando-se a maneira mais econômica e indicada para cada caso em particular. Não podemos deixar de lembrar que também cabe à mídia, após a seleção dos veículos mais acertados, as tarefas de execução, negociando a compra de espaços, autorizando as veiculações e fazendo seu controle.

Por fim, faz-se imperioso afirmar que o terceiro e último aspecto que permeia o conceito legal de “serviço de publicidade”, impõe que tal serviço tenha por finalidade precípua a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, a difusão de ideias ou, ainda, a transmissão de informações ao público em geral. Assim, somente se justifica a

contratação de uma agência publicitária pela Administração se tal contrato tiver por finalidade vender um bem ou um serviço (promover produtos e serviços de órgãos e entidades que atuam em relação de concorrência no mercado), difundir uma ideia, (como por exemplo, um programa de governo) ou informar o público (como por exemplo, campanha de vacinação, de prevenção de doenças, entre outros).

Noutros casos, ainda que a contratação se dê junto a uma agência de publicidade nos termos descritos pela lei, se a finalidade do contrato não estiver dentre as citadas, a contratação não se amolda ao procedimento instituído na Lei nº 12.232/10.

Feitas tais ponderações, percebe-se, com clareza solar, que o objeto da contratação almejada pela Administração Pública Municipal de Quixabeira, qual seja, contratação de jornal local para divulgação de informações, aos munícipes, pertinentes à pandemia pelo COVID-19, não se submete aos ditames da Lei nº 12.232/2010, seja porque não se pretende contratar agência de propaganda, seja devido ao fato de os serviços objeto do contrato não se amoldarem ao quanto disposto no artigo 2º da referida norma.

Uma vez afastada a aplicabilidade da Lei nº 12.232/2010 na situação hipotética narrada na presente consulta, cabe salientar que, a partir de 1º de abril do corrente ano, entrou em vigor a nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 -, norma esta que, em seu artigo 191 c/c o 193, II, confere ao Gestor Público a faculdade, dentro do prazo de dois anos do referido marco inicial de sua vigência, de realizar licitações e celebrar contratos, tendo como parâmetro as regras e princípios previstos na legislação antiga (Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02 ou Lei nº 12.462/2011), ou com fulcro diretamente no novel diploma legal, desde que explicitada, qualquer que seja a opção, no respectivo edital ou instrumento de contratação direta senão vejamos:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o [inciso II do caput do art. 193](#), a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no [inciso II do caput do art. 193 desta Lei](#), o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

[...]

Art. 193. Revogam-se:

[...]

II - a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e os [arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Sendo assim, indaga o Consultante se seria possível a contratação de veículo de comunicação impresso local, cuja propriedade seria de secretário municipal, tendo em vista o fato de se tratar do único jornal que possuiria certa notabilidade na região e que atenderia os requisitos da Lei nº 12.232/2010.

Com relação a este último fundamento, já restou demonstrado, sem margem de dúvidas, ao longo do presente opinativo, que a contratação do indigitado veículo de comunicação local, para a consecução do objeto almejado pela Administração Pública Municipal de Quixabeira, não se amolda aos ditames previstos na Lei nº 12.232/2010.

No tocante ao argumento de que seria o jornal local, de propriedade do agente político, o único a possuir notoriedade na região, tal afirmação deve ser analisada com cautela e bastante critério. Assim, passa-se a apreciar a possibilidade da Administração celebrar a almejada contratação direta, tendo como parâmetro tanto a Lei nº 8.666/93, como também a recente Lei nº 14.133/2021.

Primeiramente, vale ressaltar que é vedada a participação de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pelas licitações públicas e, via de consequência, a respectiva contratação pela Administração Pública, diretamente ou por meio de procedimento licitatório, de empresas cuja propriedade seja de um dos referidos agentes públicos, sob pena de grave violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, bem como por força da hipótese de impedimento previsto no artigo 9º, III, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 9º- Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

[...]

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

De igual modo, a nova Lei de Licitações, além de elencar, nos incisos do artigo 14, uma série de hipóteses de impedimento de particulares participarem de licitações e contratarem com a Administração, no capítulo IV, dedicado aos agentes públicos, estabelece vedação semelhante àquela encontrada no supracitado dispositivo da Lei 8.666/93, inserta no artigo 9º § 1º, desta sorte de forma mais abrangente, estendendo-se a todos os agentes públicos e envolvendo situações que possam caracterizar conflito de interesses, mesmo após o exercício do cargo, conforme passa-se a destacar:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

[...]

§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.

Particularmente, no que tange ao dirigente de órgão ou entidade contratante, o intuito foi impedir de se beneficiar, em detrimento dos demais interessados no arremate dos bens ou serviços, da posição que ocupa na Administração Pública, seja para obter informações privilegiadas ou dando margem a quaisquer atos possíveis de configurar desvios de conduta.

Tratando do tema, Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª Edição, p. 111, assevera que:

Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas, cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativa. A caracterização de participação indireta contida no §º 3º aplicam-se igualmente aos servidores e dirigentes de órgãos.

A doutrina majoritária estabelece que as hipóteses de vedação à participação na licitação deverão ser observadas, em caráter amplo, ou seja, os agentes indicados no artigo 9º

não estão apenas impedidos de participar das licitações, mas também de contratar com a Administração.

Por conseguinte, a priori, restaria vedada a participação, em licitação pública promovida pelo Município de Quixabeira, bem como a contratação de veículo de comunicação, cuja propriedade seja de agente público do mais alto escalão no Poder Executivo de Quixabeira, sob pena de afronta ao dispositivo em tela e a princípios de gabarito constitucional, como os da impessoalidade e moralidade, os quais devem nortear toda a conduta administrativa.

Demais disso, impende destacar que a narrativa fática constante da presente Consulta parece querer conduzir à conclusão no sentido de tentar caracterizar o caso concreto como hipótese excepcional de inviabilidade de competição, ensejando, consequentemente, a contratação direta via inexigibilidade de licitação, com fulcro no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93, hipótese que, mais uma vez, encontra esteio na novo Estatuto das Licitações e Contratos, especificamente no artigo 74, I e § 3º, conforme se depreende do trecho em destaque:

Lei nº 8.666/93

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Lei nº 14.133/2021

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

[...]

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Nesse sentido, alega o consulente que o jornal impresso, de propriedade do secretário municipal, o único a possuir “certa notoriedade em toda a região”, o que não parece satisfazer o requisito do dispositivo em tela, tendo em vista, muito provavelmente, coexistirem outros veículos plenamente capazes de atingir a finalidade pública de prestar o serviço de divulgação das informações pertinentes à pandemia pelo Coronavírus, tais como rádios locais, portal da prefeitura, redes sociais oficiais, carro de som, etc., alguns deles, inclusive, que não implicariam em despesas adicionais para a Administração Pública Municipal.

Outrossim, vale ressaltar que o Administrador Público deverá usar de muita cautela e ponderação no momento de realizar contratações, em especial aquelas oriundas de processos de inexigibilidade e dispensa de licitação, sob pena de incorrer em crime tipificado no artigo 337-E do Código Penal.

Destarte, somente na hipótese excepcionalíssima e pouco provável, de se restar plenamente demonstrado no processo de contratação, por meio de uma exauriente motivação e juntada da documentação comprobatória exigida, tratar-se o jornal local de único veículo de comunicação local apto a atingir os objetivos colimados pela Administração Pública, de divulgação de informações relativas à pandemia pelo COVID-19, poderá o Gestor lançar mão da contratação direta por inexigibilidade prevista no inciso I do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, bem assim no inciso I do art. 74 da nova Lei de Licitações.

Por tudo o quanto exposto, entende esta Assessoria Jurídica no sentido da inviabilidade da contratação almejada pelo Consulente, vez que, conforme demonstrado na fundamentação do presente opinativo:

a) Não merece prosperar o argumento de ser o veículo de comunicação local, de propriedade do agente político municipal, o único a preencher os requisitos da Lei nº 12.232/10, seja em virtude de não se tratar a pretensa empresa de agência de propaganda, conforme preconiza o artigo 1º do aludido diploma, seja pelo fato deste

regramento não se aplicar à hipótese de contratação narrada, em razão da natureza do objeto que difere do quanto previsto no caput do artigo 2º.

b) Tanto a Lei nº 8.666/93, especificamente no artigo 9º, III, como a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 9º, § 1º, preveem expresso impedimento à participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade em licitações e, conseqüentemente, a contratação de empresas, cuja propriedade seja dos referidos agentes públicos, regras proibitivas estas que conferem concretude aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas.

c) A priori, não há se falar em hipótese de inexigibilidade de licitação, inserta no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93 e reproduzida no art. 74, I, da Lei nº 14.133/2021, haja vista a existência de outros veículos de comunicação, tão ou mais eficazes do que o proposto pelo Consulente, tais como rádios locais, portal da prefeitura, redes sociais oficiais, carros de som, alguns destes os quais não implicariam em despesas adicionais à municipalidade.

É o parecer.

Salvo Melhor Juízo.

Salvador, 15 de abril de 2021.

BERNARDO FERNANDES VIEIRA
Assessor Jurídico