



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 041 /2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00400.016883/2009-11

INTERESSADO: NAJRS

ASSUNTO: SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. UNIFORMIZAÇÃO DE TESES JURÍDICAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE LEGAL COM A EBC. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA E DO FUNDAMENTO LEGAL DA CONTRATAÇÃO DIRETA.

I – Contratação direta da Empresa Brasil de Comunicação – EBC para a prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal. Inexigibilidade de licitação. Monopólio legal instituído pelo inciso VI, do *caput*, do art. 8º, da Lei 11.652/08. Interpretação baseada na jurisprudência do TCU sobre a legislação de regência da matéria à época da extinta RADIOBRÁS.

II – Necessidade de compatibilidade dos preços praticados pela EBC com o mercado. Inteligência do inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08. Sugestão de remessa de cópia do expediente aos órgãos de controle com vistas a garantir maior eficiência à atuação da EBC.

Senhor Coordenador-Geral,

- 1 -

1. Trata-se de controvérsia apontada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre – NAJ/RS acerca da natureza jurídica e fundamento legal da contratação direta, por órgão e entidades da Administração Pública Federal, dos serviços de distribuição de publicidade legal junto à Empresa Brasil de Comunicação S.A. – EBC.

2. Sobre o tema, conforme se constata dos autos do presente expediente, existe manifestação do NAJ/SC no sentido de que referida contratação enquadrar-se-ia na hipótese de inexigibilidade de licitação, enquanto os NAJ/RS, NAJ/SP, NAJ/PE e NAJ/RJ entendem se tratar de hipótese de dispensa de licitação. O NAJ/MG, por sua vez, já se posicionou tanto pela inexigibilidade de licitação, quanto pela hipótese de licitação dispensada.

3. O cerne da controvérsia reside na interpretação conjugada do inciso VII, *caput*, do art. 8º, da Lei 11.652/08, com o inciso II, do §2º, do mesmo artigo. Veja-se o teor de referidos dispositivos:

Art. 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:

(...)

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.

4. Como se vê, o inciso VII, *caput*, do citado artigo, determina que a publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, ressalvada aquela veiculada pelos órgãos oficiais da União, deve ser distribuída pela EBC. Tal foi a interpretação adotada pelo Poder Executivo Federal que, a propósito de regulamentar referido dispositivo legal, editou o Decreto 6.555/08, que assim dispõe:

Art. 9º As ações de publicidade do Poder Executivo Federal serão executadas por intermédio de agência de propaganda, com exceção da publicidade legal veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º A licitação para contratação de agências de propaganda para prestação de serviços de publicidade obedecerá, além da legislação em vigor, às disposições deste Decreto, às normas e instruções editadas pela Secretaria de Comunicação Social e aos regulamentos específicos de cada órgão ou entidade do Poder Executivo Federal.

§ 2º Fica dispensada do uso de agência de propaganda a ação de publicidade cujas características ou outros aspectos relevantes assim o permitirem ou recomendarem, mediante justificativa expressa do integrante do SICOM à autoridade competente do órgão ou entidade a que esteja vinculada, observada a legislação vigente.



§ 3º A publicidade legal não enquadrada no caput será distribuída pela Empresa Brasil de Comunicação - EBC, nos termos do art. 8º, inciso VII, da Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, observadas as instruções da Secretaria de Comunicação Social.

5. Nesse sentido, reconhecendo a existência de "*monopólio legal*" em favor da EBC, teríamos que sua contratação pelos entes da Administração Pública Federal, no que diz respeito à parcela da publicidade legal em questão, deveria fundamentar-se no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a inexigibilidade de licitação nos casos em que inviável a competição.

6. Por outro lado, o inciso II, do §2º, do mesmo art. 8º, da Lei 11.652/08, determina que "*É dispensada a licitação*" para a contratação da EBC pela Administração Pública Federal, condicionando a referida dispensa a que "*o preço contratado seja compatível com o de mercado*". Referido dispositivo dá a entender que seria possível aos órgãos/entidades públicos a contratação de agência de publicidade diversa da EBC, nos casos em que o preço oferecido pela empresa pública se encontre acima daqueles praticados no mercado, contrariando-se, assim, o "*monopólio legal*" anteriormente estabelecido.

7. Sobre o tema, o NAJ/SC, como já dito, tem posicionamento no sentido de que se trata de hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que: a) o art. 8º, inciso VII, da Lei 11.652, bem como o art. 9º, §3º, do Decreto 6.555/08, teriam estabelecido "*monopólio legal*" dos serviços em questão em favor da EBC; b) com a incorporação da RADIOBRÁS à EBC, permaneceu inalterada a situação de exclusividade de contratação, aplicando-se, em consequência, o entendimento firmado sobre a questão pelo Tribunal de Contas da União; c) o inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, quando exige, para contratação direta da EBC, que o preço seja compatível com o preço de mercado, está apenas trazendo para o nível legal exigência já determinada pelo TCU; e d) o referido §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, quando utiliza a expressão "*dispensada a licitação*", não cria nova hipótese de dispensa de licitação, limitando-se a esclarecer que a contratação da EBC para os serviços especificados pode se realizar mediante contratação direta.

8. No mesmo sentido, o NAJ/MG, por meio do Parecer AGU/CGU/NAJ/MG-0747/2008-ALMS, seguindo a linha do entendimento firmado pelo TCU, assim se manifestou:

A EBC – Empresa Brasil de Comunicação S/A é uma empresa pública vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, criada pelo Decreto nº 6.246/07, nos termos da autorização contida no art. 5º e seguintes da Lei nº 11.652/08.

Conforme art. 9º, §1º da Lei 11.652/08, ela incorporou o patrimônio da antiga RADIOBRÁS, a quem antes competia a distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração Federal (v. art. 6º, §1º, da Lei 6.650/79 c/c Decreto nº 96.212/88, art. 5º do Decreto nº 2.958/99 e art. 9º, §2º do Decreto nº 4.799/03, que, *mutatis mutandis*, apresentam redação idêntica à do art. 8º, VII da Lei nº 11.652/08).

Pois bem. O Tribunal de Contas da União – TCU, instado a se manifestar sobre a contratação de serviço de distribuição de publicidade legal, após reafirmar que “a prestação dos serviços de distribuição de publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração Federal, quando divulgada em veículos da imprensa comum ou geral (jornais e revistas) deverá ser obrigatoriamente feita por intermédio da Empresa Brasileira de Comunicação S/A – RADIOBRÁS, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93”, deu provimento ao pedido de reexame da Decisão nº 734/2002 – Plenário, para afastar a recomendação constante de seu item 8.2, que determinava ao administrador a realização de certame licitatório quando constatado que os preços oferecidos pela RADIOBRÁS eram incompatíveis com os de mercado (v. Acórdão 689/2007 – Plenário).

Embora referente à RADIOBRÁS, o exposto no Acórdão nº 689/2007 – Plenário, parece-nos perfeitamente aplicável ao caso presente. É que, salvo melhor juízo, o monopólio do serviço de distribuição de publicidade legal não foi quebrado pelo advento da Lei nº 11.652/08, mas apenas “transferido” da RADIOBRÁS para a EBC. Afinal, o dispositivo que trata da competência da EBC tem redação idêntica à dos dispositivos que antes tratavam da competência da RADIOBRÁS, e o art. 4º da Lei nº 11.652/08 alude à possibilidade de “outras entidades públicas ou privadas parceiras” difundirem ou reproduzirem apenas os “serviços de radiodifusão pública”.

A nosso ver, nem mesmo o disposto no §2º do art. 8º da Lei nº 11.652/08, segundo o qual “é dispensada a licitação” para a 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”, prestar-se-ia para infirmar tal entendimento. Pelo contrário, dita regra corrobora o até aqui firmado.

É que, de acordo com o TCU, licitação dispensada “é a modalidade em que a Lei de Licitações desobriga expressamente a Administração do dever de licitar (ex: alienação de bens imóveis e móveis, definidas no art. 17, I, II, §2º e §4º da Lei 8.666/93). Nesse caso, o gestor público não pode licitar”.

A partir da leitura da parte final do dispositivo em comento, poder-se-ia, no entanto, sustentar que, na hipótese de o preço ofertado pela EBC ser incompatível com o de mercado, seria permitido ao administrador a contratação de outra empresa.

Essa interpretação, contudo, não nos parece a mais adequada ao fim visado pela Lei 11.652/08, em especial, por seu art. 8º, §2º. Com efeito, tal preceito deve ser interpretado como uma alerta para o administrador, que deve sempre certificar-se de que os preços praticados pela EBC são compatíveis com os de mercado.

(...)

Isto posto, recomenda-se que o consulente:

a) promova a adequação do procedimento em exame, para, com fundamento no art. 8º, VII e §2º da Lei nº 11.652/08, contratar a EBC



para a prestação dos serviços de distribuição de toda a sua publicidade legal;

(...)

c) sempre verifique se os preços apresentados pela EBC, em relação a uma dada solicitação de publicação de aviso ou outra forma de publicidade legal, estão compatíveis com os de mercado. Para tanto, deve ele contatar os veículos de informação aptos ao atendimento do interesse público na espécie (in casu, os jornais diários de grande circulação no Estado e no Município), negociar o preço da publicação pretendida e repassar esse preço à EBC, para que ela negocie com os veículos nos mesmo termos e apresente um preço final compatível com o de mercado.

9. A EBC, instada por esta Consultoria-Geral da União a se manifestar, por meio do ofício nº 054/2009/DIJUR-EBC, defendeu sua competência para prestar, com exclusividade, aos órgãos e entes da Administração Pública Federal, os serviços de publicidade legal listados no inciso VII, do *caput* do art. 8º, da Lei 11.652/08. Para tanto, em síntese, asseverou que: a) a EBC teria por determinação legal a missão de distribuir a publicidade legal no âmbito de Administração Pública Federal, nos termos do art. 8º, inciso VII, da Lei 11.652/08 e do Decreto 6.555/08; b) ao tempo da RADIOBRÁS, a posição do TCU era no sentido de que o serviço devia ser prestado com exclusividade pela empresa, devendo esta praticar preços compatíveis com os de mercado; e c) a expressão dispensada, contida no inciso II, do §2º, da Lei 11.652/08, tem o condão, apenas, de autorizar a contratação direta pela Administração Pública dos serviços de publicidade legal.

10. No sentido contrário de referidos entendimentos, o NAJ/RS, por meio do Memorando nº 27/2009 – NAJ/RS/CGU/AGU, que inaugura o presente expediente, informa a existência de proposta de entendimento na seguinte linha:

Em especial, há proposta de entendimento neste NAJ/RS no sentido de constituir a contratação de serviços de distribuição de publicidade legal junto a EBC nova hipótese de dispensa de licitação. Em linhas gerais, a proposição tem como fundamento constatação de subsistir viabilidade de competição – de fato e de direito – na situação em comento. Vejamos a seguir mais detidamente a respeito.

Primeiro, relevante mencionar o disposto no art. 11, §3º, da Lei nº 11.652, de 2008:

Lei nº 11.652, de 2008

“Art. 11 (...)

§3º Para os fins do inciso VIII do ‘caput’ deste artigo, fica a EBC equiparada às agências a que refere a Lei nº4680, de 18 de junho de 1965.” (Grifo nosso)

Consoante o dispositivo, a Empresa Brasileira de Comunicação é equiparada às agências de propaganda, pessoas jurídicas especializadas na arte e técnica publicitárias, cuja atividade é

regulamentada pela Lei nº. 4680, de 1965 (“Estatuto do Publicitário e do Agenciados de Propaganda”). Diante da equiparação legal, poder-se-ia de antemão inferir que a EBC não constituiria a única apta a prestar o serviço de distribuição de publicidade legal para a Administração Pública. A distribuição de publicidade legal, a exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União, seria serviço que poderia então potencialmente ser prestado por substancial número de agências privadas distribuídas pelo território nacional.

Segundo, incumbiria à Empresa Brasileira de Comunicação, com base no art. 8º, inc. VII, da Lei nº. 11.652, de 2008, apenas a distribuição de publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração Federal *quando não veiculada pelos órgãos oficiais da União*. Assim, sua competência seria limitada, não se podendo falar na prestação de serviço público, tampouco em “monopólio legal”. A atividade prestada pela EBC representaria exploração de atividade econômica, cuja contratação, pelo Administrador Público, dispensaria a obrigatoriedade de licitar.

Terceiro, haveria assim possibilidade jurídica de ampla disputa em eventual certame licitatório. O que existiria seria apenas uma disposição legal que facultaria ao Gestor dispensar a licitação e contratar diretamente os serviços de distribuição de publicidade legal com a EBC. Conquanto haja a dispensa, a Administração deverá sempre comprovar no caso concreto a compatibilidade dos preços praticados pela Empresa Brasileira de Comunicação com os de mercado. Caso contrário, o Administrador Público deveria então negociar com a Empresa. Se ainda assim não lograsse assegurar o preço mais vantajoso, poderia abrir procedimento licitatório a fim de selecionar a melhor proposta para a Administração. Compreender-se-ia, então, que quem poderia mais (dispensar a licitação), poderia menos (licitar): apesar de dispensado da licitação, o Administrador não está obrigado a contratar com a EBC.

11. Segundo o entendimento proposto pelo NAJ/RS, portanto, a contratação direta da EBC tratar-se-ia de uma faculdade do administrador público, sendo-lhe franqueada a possibilidade de realização de certame licitatório para a contratação dos serviços de distribuição da publicidade legal. Extrai-se de tal entendimento que, com o advento da Lei 11.652/08, teria sido “quebrado” o “monopólio legal” da prestação de referidos serviços à Administração Pública Federal.

12. O NAJ/MG, através do Parecer AGU/CGU/NAJ/MG/0785/2008-FACS, exarou, ainda, terceiro entendimento sobre a questão, asseverando que o art. 8º, inciso II, da Lei 11.652/08, constituiria nova hipótese de licitação dispensada e, não, de dispensa de licitação, *verbis*:

Como pode ser facilmente constatado, a nova Lei não se limitou à transferência das atribuições da antiga Radiobrás à Empresa Brasil de Comunicação – EBC. A nova lei fez mais, e concretizou o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública (art. 37 da CRFB/1988). Explico: a solução jurídica para os casos de prática de preços desarrazoados em matéria de publicidade legal, cuja



implementação em termos concretos poderia ter certa dificuldade, encontrava seu fundamento na inexigibilidade de licitação decorrente do monopólio legal da antiga Radiobrás. Agora, em virtude do inciso II do § 2º do art. 8º da Lei 11.652/2008, a contratação da publicidade legal é caso de licitação dispensada, condicionada aos preços praticados no mercado.

Ressalta que não se trata de licitação DISPENSÁVEL, mas sim de licitação DISPENSADA. São institutos jurídicos diversos: nesta, há proibição de se realizar a licitação; naquela, há a faculdade de não se realizar a licitação.

(...)

Enfatizo também que a licitação dispensada para a contratação da EBC é CONDICIONADA à prática de preço médio de mercado. Com o fim do monopólio legal, restou a preferência de contratação em situação de igualdade (preços semelhantes). Desde que esgotados todos os meios juridicamente possíveis de se obter a redução do preço desarrazoado, os órgãos públicos poderão contratar outrem que cobre o justo, sem ter a EBC como intermediária.

13. Nos termos de referido parecer, temos que a contratação direta da EBC seria obrigatória, estando, porém, autorizado o administrador público a licitar a contratação dos serviços em questão única e exclusivamente nos casos em que os preços praticados pela EBC estivessem dissociados dos preços de mercado, sendo mister, ainda, que não tenha sido possível, após o exaurimento dos meios adequados, a redução do preço junto àquela empresa pública. Tratar-se-ia, portanto, não de hipótese de dispensa de licitação, mas de hipótese de licitação dispensada, a exemplo daquelas constantes do art. 17, incisos I e II, da Lei 8.666/93.

14. Brevemente relatados os autos, manifesto-me.

- II -

15. A EBC é empresa pública criada pelo Decreto nº 6.246/07, nos termos da autorização deferida pela Lei nº 11.652/08. Conforme arts. 8º, *caput*, inciso VII, e 9º, §1º, de referido diploma legislativo, a EBC incorporou o patrimônio da extinta RADIOBRÁS, sucedendo-lhe, ainda, no encargo de distribuir a publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Tal encargo, à época da RADIOBRÁS, foi regulado pelo art. 6º, §1º, da Lei 6.650/79, e, sucessivamente, pelos art. 13, §2º, do Decreto 2004/96, art. 5º do Decreto 2.958/99 e art. 9º, §2º do Decreto 4.799/03, que assim dispuseram sobre a matéria:

Lei 6.650/79

Art 6º - A Empresa Brasileira de Notícias tem por objetivo transmitir diretamente, ou em colaboração com órgãos de divulgação, o noticiário referente aos atos da administração federal e as notícias de interesse público, de natureza política, econômico-financeira, cívica, social, cultural e artística, mediante:

(...)

§ 1º - Caberá também à Empresa a distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração 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.

Decreto 2.004/96

Art. 13. Toda atividade publicitária realizada pelo Poder Executivo Federal será executada por intermédio de agência de propaganda.

§ 1º Excetuam-se da obrigatoriedade do caput deste artigo:

(...)

b) a publicidade legal feita nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

(...)

§ 2º A publicidade legal não enquadrada na alínea b do parágrafo anterior será distribuída pela Radiobrás nos termos da lei, ou, mediante delegação desta, pela agência de propaganda contratada por órgão ou unidade do SICOM, observadas as instruções da SECOM.

Decreto 2.958/99

Art. 5º A RADIOBRÁS tem por objeto:

(...)

IV - distribuir a publicidade legal dos órgãos, entidades e sociedades integrantes da Administração Pública Federal, direta e indireta, nos termos da Lei nº 6.650, de 23 de maio de 1979, art. 6º, § 1º, c/c o disposto no Decreto nº 2.004, de 11 de setembro de 1996;

Decreto 4.799/03

Art. 9º Toda ação publicitária realizada pelo Poder Executivo Federal será executada por intermédio de agência de propaganda, com exceção da publicidade legal veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

§ 2º A publicidade legal não enquadrada no caput deste artigo será distribuída pela Radiobrás - Empresa Brasileira de Comunicação S.A., nos termos da lei, ou, mediante delegação desta, pela agência de propaganda contratada por órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Federal, observadas as instruções da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica.



16. Percebe-se que os já citados art. 8º, inciso VII, da Lei nº 11.652/08, e art. 9º, §3º, do Decreto 6.555/08, que atualmente tratam da matéria em relação à EBC, apresentam redação análoga a dos mencionados dispositivos normativos que a regiam no tempo da RADIOBRÁS.

17. O Tribunal de Contas da União, analisando a legislação revogada, firmou entendimento no sentido de que a publicidade legal da Administração Pública Federal deveria, obrigatoriamente, ser distribuída pela RADIOBRÁS. De fato, este foi o entendimento albergado pelo Acórdão 689 – Plenário do TCU, assim sumariado:

**DISTRIBUIÇÃO DA PUBLICIDADE LEGAL. COMPETÊNCIA DA RADIOBRÁS. INEXIGIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DOS PREÇOS COM OS DE MERCADO.**

1. A prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da Administração Federal, quando divulgada em veículos da imprensa comum ou geral (jornais e revistas) deverá ser obrigatoriamente feita por intermédio da RADIOBRÁS - Empresa Brasileira de Comunicação S/A .

2. O reconhecimento da situação de inexigibilidade não autoriza à RADIOBRÁS que cobre pelos serviços prestados preços incompatíveis com os praticados no mercado.

18. Na oportunidade, o Tribunal de Contas da União, reafirmando o entendimento esposado no Acórdão 538/99 – Plenário, decidiu pela impossibilidade de realização de certame licitatório para a contratação dos serviços de publicidade legal pelos órgãos/entes da Administração Pública Federal, afirmando que, mesmo nos casos em que os preços praticados pela RADIOBRÁS estivessem acima dos preços de mercado, ainda assim caberia sua contratação, devendo o administrador público, sob pena de responsabilização, *“adotar as providências cabíveis, inclusive recorrendo a este Tribunal, se for o caso, para compatibilizar os preços da RADIOBRÁS com os de mercado”*.

19. No referido Acórdão 538/99 – Plenário<sup>1</sup>, o Tribunal de Contas da União havia firmado o posicionamento de que os serviços da RADIOBRÁS deveriam ser contratados pela Administração Pública Federal mediante inexigibilidade de

<sup>1</sup> Consulta. Conhecimento por preencher os requisitos de admissibilidade. Prestação de Serviços de publicidade legal. Questionamento sobre o enquadramento da contratação da Radiobrás como inexigibilidade de licitação, consoante art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 e não como dispensa de licitação, conforme art. 24 da mesma Lei. Serviços de publicidade legal dos órgãos da Administração Federal devem ser distribuídos à RADIOBRÁS, com arrimo na figura de inexigibilidade de licitação. Comunicação aos interessados.

licitação, visto ter a lei conferido a tal empresa pública a exclusividade na prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal<sup>2</sup>. Veja-se excerto do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator Adylson Motta:

De se destacar, também, a excepcionalidade prevista no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que confere poderes especiais à Lei nº 6.650/79, que dá à Radiobrás a condição única de entidade responsável pela publicidade legal da Administração Federal, cabendo, dessa forma, a invocação do art. 25, caput, da Lei das Licitações, visto se tratar de assunto peculiaríssimo.

Estamos claramente diante de um caso de inviabilidade jurídica de se dar cumprimento a qualquer rito licitatório, vez que a Lei nº 6.650/79 determinou que a publicidade legal das entidades da Administração Federal estará sujeita à distribuição da Empresa Brasileira de Comunicação – RADIOBRÁS.

Ora, por impositivo legal, existe apenas uma empresa apta a realizar esse mister, qual seja, a RADIOBRÁS.

(...)

De conseguinte, e com as vênias de praxe, há que se cumprir o que determina a Lei nº 6.650, de 23/05/79, regulamentada pelo Decreto nº 2.004/96, que, não exorbitou o poder de regulamentação que lhe fora conferido, havendo, de fato, obrigatoriedade de que se contrate a Radiobrás para efetuar a divulgação da publicidade legal no âmbito da Administração Pública Federal.

É a Lei nº 6.650/79 e não o Decreto nº 2.004, de 11/09/96, que estabelece a condição de que toda a Administração Pública Federal estará sujeita à distribuição da publicidade legal pela Radiobrás, não se podendo falar em exorbitância do poder regulamentador do Decreto nº 2.004/96.

(...)

Assim, enquanto existir a Empresa Brasileira de Comunicações S A, Radiobrás, com a finalidade a que se destina atualmente, entendo que haverá essa imposição legal, não cabendo, por conseguinte, a alegação de que existem no mercado diversas agências de propaganda aptas a fornecer o mesmo serviço.

Novamente, devo dissentir da Instrução de fls. 17/21, da lavra da 9ª Secretaria de Controle Externo, já que há agasalho no art. 25, da Lei nº 8.666/93, para o cumprimento do papel institucional da Empresa Brasileira de Comunicações – Radiobrás, vez que, por imposição legal, há ausência de opção, nos termos do que é discutido na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, do Prof. Marçal Justen Filho, pois não há outra alternativa para a Administração Pública, que não o cumprimento da Lei, havendo, por conseguinte, "inviabilidade de competição" com "ausência de opção ou alternativa para a Administração Pública".

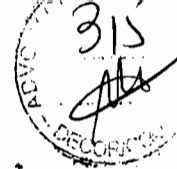
É do próprio Prof. Marçal Justen Filho a afirmativa:

"Sempre que existir uma única pessoa ou um único objeto em condições de satisfazer o interesse público, a licitação representa uma formalidade inútil, cujo resultado seria previsível de antemão."

Daí a fundamentação da contratação da Radiobrás para distribuição da publicidade legal, e somente desta, no art. 25, caput, da Lei de Licitações, ou seja, há inexigibilidade para o tema em questão.

---

<sup>2</sup> À exceção, por óbvio, daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União.



Entendo, finalmente, que não seja cabível, no caso em questão, a alegação do inculpido no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, quando veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. Tal fato é válido para o caso de contratação de publicidade institucional junto às agências privadas de publicidade e divulgação, isto é, a Radiobrás tem excepcionalidade prevista em Lei, avalisada (sic) pela Constituição Federal.

20. Nestes termos, sendo, repita-se, análoga a redação dos dispositivos legais e regulamentares que regiam a matéria no passado, com relação à RADIOBRÁS, e daqueles que a regem no presente, com relação à EBC, não há razão para que se opere modificação no entendimento que se vinha aplicando à questão. De fato, se, sob o pálio da legislação revogada, o TCU vinha entendendo pela existência de "*monopólio legal*" em favor da RADIOBRÁS, tudo leva a crer que o mesmo entendimento será aplicado por aquele Tribunal à EBC, concluindo, portanto, que deve esta ser contratada pela Administração Pública Federal sob o fundamento de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, da Lei 8.666/93.

21. Insta salientar que o "*monopólio legal*" instituído em favor da EBC redundaria na impossibilidade jurídica de competição pela prestação dos serviços em apreço, o que, nos termos do citado artigo da lei de licitações, conduz à inexigibilidade de licitação, conforme abalizada doutrina de Diógenes Gasparini, veja-se:

A inexigibilidade difere da dispensabilidade, já que nesta a licitação é possível, viável, só não se realizando por conveniência administrativa; naquela, é impossível por impedimento de ordem fática, relativo à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento licitatório, haja vista a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta.<sup>3</sup>

22. Por outro lado, não devemos desconsiderar que o já citado inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, que dispõe que "*É dispensada a licitação para a (...) 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*", trata-se de dispositivo legal inexistente à época da extinta RADIOBRÁS.

<sup>3</sup> **Direito Administrativo.** 8.ed., São Paulo; Ed. Saraiva, 2003.

23. Não obstante, insta ressaltar que a interpretação de tal dispositivo legal, que, em leitura isolada, poderia dar a concluir pelo fim do “*monopólio legal*” da prestação dos serviços em questão, não deve redundar em absoluta retirada de eficácia do multicitado inciso VII, do *caput*, do art. 8º, da Lei 11.652/08. De fato, o entendimento segundo o qual o §2º, inciso II, do referido artigo, permite ao administrador contratar empresa diversa da EBC para a distribuição da publicidade legal, ao invés de buscar a compatibilização de ambos os dispositivos legais, acaba por desconsiderar totalmente aquele primeiro.

24. A meu sentir, a melhor forma de compatibilizar referidos dispositivos passa, em primeiro lugar, pelo reconhecimento do “*monopólio legal*” estabelecido pelo inciso VII, do *caput*, do art. 8º, da Lei 11.652, conforme posição pacificada pelo TCU quando da análise da legislação em vigor ao tempo da RADIOBRÁS, para, em segundo momento, extrair-se os comandos pertinentes ao §2º, inciso II, do mesmo artigo.

25. De tal operação resulta que a correta interpretação de referido dispositivo é a de que, ao utilizar a expressão “*dispensada a licitação*”, a Lei 11.652/08 teria se limitado, tão-somente, a esclarecer que a EBC poderia ser contratada diretamente pela Administração Pública Federal, independentemente de prévio processo licitatório.

26. A expressão “*desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado*”, aposta no final de referido dispositivo legal, por sua vez, deve ser entendida apenas como forma de trazer para o nível da lei a exigência já determinada pela jurisprudência do TCU de que os órgãos/entidades da Administração Pública Federal devem pagar os preços de mercado pela publicação de sua publicidade legal, devendo se beneficiar de todos os descontos que possam oferecer os veículos de comunicação. O próprio NAJ/SP, por meio do PARECER/AGU/NAJSP/Nº0125/2009-MTU, apesar de, ao fim, opinar pela dispensa de licitação, adotou esta linha de entendimento, veja-se:

Vale a pena lembrar que, quanto ao aspecto do preço, a novel legislação nada mais fez do que impor o que o Tribunal de Contas da União, em diversos julgados, já vinha exigindo tanto do Administrador contratante quando da então Radiobrás, ou seja, a compatibilidade dos preços praticados com o mercado.

O que estamos afirmando é que a questão de preços já era objeto de rigoroso julgamento pelo TCU, quando a situação era a de inexigibilidade de licitação para a contratação da Radiobrás, sendo



daquele época, por exemplo, decisões que diante da constatação de preços abusivos praticados pela Radiobrás, determinou a realização de licitação, ou outro que, reconhecendo a obrigatoriedade legal para a contratação da Radiobrás impôs aos agentes responsáveis a obrigatoriedade verificar a compatibilidade e negociar os preços, inclusive com a eventual responsabilização dos agentes públicos por eventual superfaturamento.

Agora, então, com muito mais razão, há a necessidade de se apurar cuidadosamente, se os preços praticados pela EBC estão compatíveis. Sem essa verificação, inviabiliza-se a contratação direta da empresa pública em causa.

Outrossim, caso se constate que tais preços são excessivos, impõe-se, a realização de licitação da qual, até mesmo a própria EBC poderá participar.

27. Cumpre registrar, ademais, que a simples interpretação literal do inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, também não é capaz de conduzir à conclusão de que referido dispositivo trataria de nova hipótese de dispensa de licitação. De fato, conforme já ressaltado pelo NAJ/MG no PARECER AGU/CGU/NAJ/MG/0785/2008-FACS, foi utilizada na redação de mencionado dispositivo a expressão "*dispensada a licitação*", que remete ao art. 17, da Lei 8.666/93, e, não, ao art. 24, do mesmo diploma legal, que, ao elencar as hipóteses de dispensa de licitação utiliza a expressa "*É dispensável a licitação*". Não se cuidaria, portanto, de hipótese em que o administrador, segundo sua avaliação, poderia realizar a contratação direta, mas de caso em que estaria proibido de licitar, conforme lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *verbis*:

Nos casos em que a Lei autoriza a não realização da licitação diz-se ser ela dispensável. Nestes casos a competição é possível, mas a Lei autoriza a Administração a, segundo critério seu de oportunidade e conveniência, ou seja, mediante ato administrativo discricionário, dispensar sua realização.

Outras hipóteses há em que a própria Lei, diretamente, dispensa a realização da licitação. Nestas situações ocorre o que a Lei determinou licitação dispensada. Aqui não cabe à Administração, discricionariamente, decidir sobre a realização ou não da licitação. Não se procederá a esta porque a própria Lei afirmou que, embora fosse juridicamente possível, está, a situação, dele dispensada.<sup>4</sup>

28. Assim sendo, apesar do quanto disposto no inciso II, do §2º, do art. 8º, da Lei 11.652/08, entendo que o inciso VII, *caput*, do mesmo artigo, manteve, em favor da EBC, o "*monopólio legal*" da prestação dos serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal, devendo, porém, os agentes desta última, nos termos da jurisprudência do TCU, exigir que a EBC pratique preços compatíveis com o mercado, devendo referida empresa pública, por sua vez,

<sup>4</sup> **Direito Administrativo Descomplicado**. 15 ed. re. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2008, p. 462-463.

continuação do PARECER N.º *041* /2010/DECOR/CGU/AGU

envidar todos os esforços possíveis na obtenção dos maiores descontos possíveis em favor dos entes públicos contratantes.

29. 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.

30. Ressalte-se, por fim, que, não obstante, a meu juízo, ser esta a solução legal para a questão, deve se reconhecer que, na prática, o mecanismo de checagem e re-checagem dos preços cobrados pelos veículos de comunicação (e repassados pela EBC) acaba por produzir considerável retrabalho na administração pública, representando alto custo para os órgãos/entidades respectivos. De fato, qual o sentido de incumbir uma empresa pública da distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal e, ao mesmo tempo, determinar a seus órgãos e entidades que mantenham estrutura de fiscalização dos preços de cada publicação?

31. Fica clara, portanto, a necessidade de que a EBC se estruture de forma a que possa atuar da 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.

32. 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.

continuação do PARECER N.º 041/2010/DECOR/CGU/AGU



33. Sugiro, ademais, seja remetida cópia do presente expediente administrativo à Secretaria de Comunicação da Presidência da República – SECOM, à qual se encontra vinculada a EBC, bem como à própria empresa, para que seja analisada a possibilidade de adoção das providências sugeridas no item 31 retro.

À consideração superior.

Brasília, 04 de março de 2010.

  
Rafael Figueiredo Fulgêncio  
Advogado da União