

CONSULTA N. 1007553

Procedência: Prefeitura de Paracatu
Consulente: Olavo Remigio Condé
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

CONSULTA. PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. SERVIÇOS EXECUTADOS DE FORMA CONTÍNUA. PRORROGAÇÃO ADMISSÍVEL. REQUISITOS. NECESSIDADE PERMANENTE. VANTAJOSIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO.

1. Os contratos de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo, com agências de publicidade, podem ser considerados de natureza contínua, sendo possível prorrogar a sua duração por iguais e sucessivos períodos (art. 57, II, Lei n. 8.666/93) desde que identificada a necessidade permanente da Administração Pública.

2. A prorrogação de contratos de serviços de execução contínua está condicionada à previsão no edital da respectiva licitação e no contrato, à demonstração da permanente necessidade do serviço, à previsão no plano plurianual e na lei orçamentária anual, e à justificação prévia da efetiva vantagem econômica da prorrogação contratual para a administração, além de respeitada a legislação aplicável, notadamente Lei n. 12.232/10, e, complementarmente, as Leis n. 4.680/65 e n. 8.666/93.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

13ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 10/04/2019

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta eletrônica formulada pelo Sr. Olavo Regidio Condé, Prefeito de Paracatu, com legitimidade prevista no inciso I do art. 210 do Regimento Interno, *in verbis*:

- Pode a prestação de serviços de publicidade, prestados por intermédio de agências de propaganda, ser enquadrada enquanto serviços de execução continuada no âmbito municipal, tendo em vista a Lei 12.232/10?
- Caso a prestação dos serviços de publicidade enquadre-se como serviços contínuos, quais seriam os fundamentos legais que corroboram a posição? Em caso negativo, quais seriam os fundamentos legais que amparam esta posição?

A consulta foi distribuída a esta relatoria, após o que determinei o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência para fins do disposto no § 2º do art. 210-B do Regimento Interno deste Tribunal. A Coordenadoria, em pesquisa realizada nos sistemas TCJuris e MapJuris, nos informativos de jurisprudência e nos enunciados de súmula, concluiu que este Tribunal não enfrentou os questionamentos nos exatos termos ora formulados pelo consulente.

Ato contínuo, retornaram-me os autos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Preliminarmente, conheço da consulta, porquanto estão presentes os pressupostos de admissibilidade especialmente elencados nos incisos I a V do § 1º do art. 210-B do Regimento Interno desta Corte, sendo inquestionáveis a legitimidade da parte e a pertinência do assunto versado, que está posto em tese e é afeto à competência deste Tribunal.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Também conheço.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, também conheço da Consulta, tendo em vista que esta matéria é de interesse sobretudo dos 853 municípios de Minas, então, vou conhecer para responde-la em tese.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo. Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também admito a Consulta.

FICA ADMITIDA A CONSULTA

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Mérito

Os questionamentos formulados tratam, de forma central, do potencial enquadramento da atividade de publicidade como serviços a serem executados de forma contínua, por intermédio de agências de propaganda, – tal qual trata o art. 57, II, da Lei n. 8.666/93 – sob a luz da Lei n. 12.232/10.

Conforme já mencionado, a Coordenadoria de Sistematização e Publicações das Deliberações e Consultas Técnicas atestou não haver encontrado, na jurisprudência da Casa, deliberação acerca de questionamento formulado nos exatos termos do ora tratado.

Nada obstante, a referida Unidade Técnica trouxe à atenção desta relatoria a existência de tese firmada por este Tribunal em respostas a indagações que – embora formuladas em termos distintos – instaram esta Casa à formação de entendimento aplicável ao caso em exame.

A tese atualmente vigente – sobre a potencial caracterização da atividade de publicidade como serviço de execução contínua – encontra-se materializada na Consulta de n. 839016, respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão de 25/06/2014, sob a relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, nestes termos:

- 1) Os serviços de publicidade de atos oficiais, de natureza administrativa ou legal, tais como, leis, atos normativos, atos de pessoal, publicidade de licitações e contratos, podem ser incluídos no rol dos serviços de natureza contínua.
- 2) Os contratos de publicidade institucional de programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo com agências de publicidade não são contratos que possam ser considerados de natureza contínua, devendo observância à regra prescrita pelo caput do art. 57 da Lei n. 8.666/93.
- 3) Nem todo serviço contínuo, de que trata a Lei n. 8.666/93, é, necessariamente, essencial.

Fez-se, na resposta à Consulta supratranscrita, portanto, a distinção entre os contratos, de um lado, destinados à divulgação de atos oficiais (item 1), passíveis de execução de forma contínua e assim prorrogáveis na forma do art. 57, II, Lei 8.666/93; e aqueles, de outro, destinados à publicidade institucional (item 2), cuja execução não ostentaria natureza contínua e, por isso, teriam sua vigência adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, nos termos do *caput* do mencionado dispositivo.

A referida tese confirmou entendimento exarado outrora na resposta à Consulta n. 736572, também de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, que, na sessão plenária de 28/11/2007, concluía:

os contratos realizados pelo Poder Público com agências de publicidade devem observar o disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando adstritos, quanto ao prazo, à vigência dos respectivos créditos orçamentários, não estando contemplados no disposto no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

Antes, contudo, que a Consulta n. 839016 viesse confirmar o entendimento da Consulta n. 736572, este Tribunal chegou a admitir, ainda que lateralmente, a publicidade institucional como serviço de natureza contínua, passível de prorrogação na forma do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93.

Com efeito, quando da deliberação da Consulta n. 742467 – que também tinha como pano de fundo a possibilidade de prorrogação de contratos administrativos –, na sessão plenária de 19/12/2007, o então relator, Conselheiro Antônio Andrada, fez menção à publicidade institucional a título de exemplificação de serviço de execução continuada que, embora não-indispensável, ostentaria essencialidade capaz de permitir-lhe a prorrogação na forma do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93. Nestes termos:

Observa-se que a lei de licitações não exige que todo serviço contínuo seja necessariamente essencial, caso pretendesse vincular a aplicação da regra aos casos de serviços essenciais, assim teria explicitado no dispositivo. Dessa forma, podemos exemplificar como contratos de execução continuada de serviços essenciais e não-indispensáveis: limpeza pública, segurança, **publicidade institucional**, manutenção de elevadores, etc.

A referida menção foi, inclusive, o único ponto de divergência naquela assentada, posto que o Conselheiro Eduardo Carone restou vencido justamente por entender que os serviços de “publicidade não se inserem no permissivo do art. 57, porque não caracterizam aquela descontinuidade que possa trazer prejuízo. ”

O Conselheiro Eduardo Carone houve por bem mencionar, naquela oportunidade, que a admissão dos serviços de publicidade como sendo de natureza contínua, contrariava o que decidido na Consulta n. 736572.

Percebe-se, portanto, que a construção do entendimento neste Tribunal não ocorreu sem suas divergências, dada a dificuldade de se aferir, aprioristicamente, o caráter continuado de determinados serviços, tendo em vista que, nas mais das vezes, isso depende da apreciação das circunstâncias concretas que permeiam a atividade administrativa e sua missão institucional. Como é cediço, o inciso II do art. 57 da Lei n. 8.666/93 não definiu o que seriam serviços a serem executados de forma contínua, tarefa que o legislador deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Em singela digressão, é possível, sem maiores dificuldades, definir serviços executados de forma contínua como aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração ou do cumprimento de sua missão institucional e cuja necessidade de contratação deva se estender por mais de um exercício financeiro com continuidade; em contraposição a serviços “não-continuados”, cujo escopo seja a obtenção de produtos ou serviços específicos em um período pré-determinado.

Nessa perspectiva, formou-se o consenso de que a caracterização de um serviço como contínuo requer a demonstração de sua essencialidade e habitualidade para o contratante. A essencialidade decorre da necessidade de existência e manutenção do contrato, cuja eventual descontinuidade acarretaria prejuízo ao exercício das atividades da Administração contratante. A habitualidade, por sua vez, configura-se pela necessidade de a atividade ser prestada mediante contratação de terceiros de modo permanente.

Assim, no que se refere à definição de serviços contínuos, a doutrina diverge pouco e é amplamente aceita. Naturalmente, as supracitadas consultas, que compõem a tese em vigor nesta Casa, basearam-se em doutrina pátria de excelência. À guisa de exemplo, Marçal Justen Filho destaca, como elementos característicos de serviços de execução continuada, a homogeneidade e a permanente necessidade pública de sua prestação, nestes termos:

(...) O dispositivo refere-se a contratações cujo objeto envolve prestações homogêneas, de cunho continuado. (...). “A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço retrata, na verdade, **a permanência da necessidade pública a ser satisfeita**. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro. Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.¹ (sem grifos no original)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, por sua vez, esclarece que:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 504.

o contrato de prestação de serviços a ser executado de forma contínua não foi, acertadamente, conceituado pelo legislador, mas segundo a majoritária doutrina, são **aqueles em que a execução se protraí no tempo e cuja interrupção trará prejuízos à Administração**. Não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua.² (sem grifos no original)

E, ainda, no mesmo sentido, Jessé Torres:

(...) a prestação de serviços de execução contínua é aquela cuja falta paralisa ou retarda o serviço de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal. (...) Cabe à Administração, diante das circunstâncias de cada caso e do interesse do serviço, decidir pela prorrogação dos serviços contínuos por até 60 meses.³

Conquanto a doutrina supratranscrita seja virtualmente unânime sobre a conceituação de serviços de natureza contínua, subsiste a controvérsia no tocante à inclusão, ou não, do serviço de publicidade institucional nesse rol – de modo a satisfazer o preceito disposto no art. 57, II, da Lei n. 8.666/93, a ponto de permitir a prorrogação contratual.

É de se salientar que o reconhecimento do serviço como de natureza contínua, não se dá a partir do exame do tipo de atividade desenvolvida pelo fornecedor do serviço, mas sim do **caráter permanente da necessidade pública** a ser satisfeita com aquela contratação.

A deliberação levada a cabo na indigitada resposta à Consulta n. 839016 contou com percuciente voto prolatado pelo Conselheiro José Alves Viana, que, inobstante tenha invocado lições doutrinárias de mesma estirpe, restou vencido ao atribuir caráter continuado à prestação do serviço de publicidade institucional.

Ao discorrer sobre o princípio constitucional da publicidade, o eminente Conselheiro José Alves Viana destacou o caráter fundamental da publicidade institucional e a sua relevância para o fortalecimento das instituições em decorrência da maior transparência e do controle social por parte da sociedade civil, nestes termos:

Assim, a publicidade institucional, atendendo ao princípio da publicidade, divulga direitos, produtos e serviços colocados à disposição dos cidadãos, com o objetivo de informar, educar, orientar, mobilizar, prevenir ou alertar a população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios individuais ou coletivos e que melhorem a sua qualidade de vida. Como consequências, há valorização e fortalecimento das instituições públicas, estímulo à participação da sociedade no debate, no controle e na formulação de políticas públicas. Pode-se inclusive afirmar que a publicidade institucional é dever da Administração Pública e constitui condição indispensável para a fiscalização dos atos administrativos pelo cidadão, na medida em que educa, informa e orienta o cidadão. **Por tudo isso, é possível concluir que se trata de serviço que corresponde a uma necessidade permanente da Administração, ou seja, trata-se de serviço contínuo.** (sem grifos no original)

Acrescento, ainda, que o substancial voto do Conselheiro José Alves Viana vai ao encontro de jurisprudência consolidada há muito no Tribunal de Contas da União.

Ab initio, o TCU já partira do pressuposto de que a definição do serviço como passível execução continuada não pode ser feita aprioristicamente; dependendo, portanto, da análise do caso concreto, de acordo com as características e necessidades do ente contratante, considerando-se,

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade-mecum de licitações e contratos*. 3ª ed. Belo Horizonte: 2006. p. 532.

³ TORRES, José. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, Ed. Renovar, 1994, pg. 349/351.

conforme a hipótese, a essencialidade do serviço para a integridade do patrimônio público, para o funcionamento das atividades finalísticas do ente ou para o cumprimento de sua missão institucional, *in verbis*:

A natureza do serviço, sob o aspecto da execução de forma continuada ou não, questão abordada no inciso II, do art. 57, da Lei nº 8.666/1993, não pode ser definida de forma genérica, e sim vinculada às características e necessidades do órgão ou entidade contratante. (...) **A definição como serviço de caráter contínuo deverá ser efetivada a partir da análise de cada caso concreto e de acordo com características e necessidades da instituição contratante.** (Acórdão 4614/2008 – Segunda Câmara, Relator Ministro André de Carvalho, Sessão de 28/10/2008) (sem grifos no original)

O caráter contínuo de um serviço é determinado por sua essencialidade para **assegurar a integridade** do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a **prestação de um serviço público** ou o **cumprimento da missão institucional**. (Acórdão 132/2008 – Segunda Câmara, Relator Ministro Aroldo Cedraz, Sessão de 12/02/2008) (sem grifos no original)

Baseado nesses fundamentos, o TCU chegou à deliberação corporificada no seguinte enunciado, ponto central da questão ora em tela:

É legal a renovação sucessiva de contrato de publicidade por até sessenta meses, se houver previsão contratual, uma vez que se trata de serviços de natureza continuada. (Acórdão 430/2008 – Plenário, Relator Ministro Raimundo Carneiro, Sessão de 19/03/2008) (sem grifos no original)

Depreende-se, portanto, a partir da doutrina e jurisprudência a respeito, que, nos serviços cuja execução se dá de forma continuada, estão presentes as seguintes características:

- a) homogeneidade da prestação;
- b) necessidade permanente;
- c) são serviços que, ainda que não essenciais, são necessários para o desempenho das missão institucional da Administração Pública;
- d) não podem sofrer solução de continuidade.

Não se trata, portanto, de serviços **em si** essenciais, mas sim daquelas atividades necessárias ao adequado cumprimento da finalidade institucional do ente administrativo, o que compreende a publicidade institucional, que ostenta necessariamente o caráter de utilidade pública. Não é despidendo salientar que a publicidade institucional visa primordialmente atender a um dos princípios administrativos elencados no *caput* do art. 37 da Constituição da República e delimitado no §1º daquele dispositivo, segundo o qual “*a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social*”.

Mais do que delinear regramento para a veiculação da publicidade institucional – adstrita que, pois, deve ser ao princípio da impessoalidade – o §1º do art. 37 da CR destaca a relevância de seu caráter educativo, informativo e de orientação social, o que ressona com o conteúdo do inciso XXXIII do art. 5º da norma constitucional, que franqueia a qualquer um do povo o direito fundamental de receber, por parte dos órgãos públicos, informações de interesse particular, coletivo ou geral.

É cediço, pois, a essencialidade da prestação de informações de ordem pública, seja a respeito da própria atuação do ente administrativo, seja em decorrência de sua missão institucional de informar, educar e orientar os cidadãos a respeito de matérias atinentes ao cumprimento de suas

finalidades institucionais – seja relacionada à saúde pública, educação, ordenamento e mobilidade urbana, finanças públicas etc.

A obrigação, portanto, de informar, por parte da Administração Pública, é constante, ainda que a divulgação de determinados conteúdos seja feita de forma esparsa ou sazonal, tendo em vista que a publicidade institucional, ou seja, a atividade de criação e publicização de conteúdos de caráter informativo aos cidadãos é permanente, devendo, pois, ser protegida contra eventual solução de continuidade.

A comunicação feita por meio da publicidade, entre a Administração Pública e a sociedade, seja para fins de divulgação de informações de caráter educativo, informativo ou de orientação social, portanto, pode, no caso concreto, consubstanciar atividade necessária e uma necessidade permanente – podendo ser executada, portando, de forma contínua.

Neste sentido, deliberou o Ministro Benjamin Zymler (TCU, Acórdão n. 3233/2010 – Plenário, sessão de 1º/12/2010):

Ocorre que o serviço de publicidade, mesmo sendo divisível contratualmente, não o é para efeito de licitação, tanto da perspectiva econômica, quanto da de utilidade. Isto porque, além de ser dispendioso o lançamento de uma licitação para cada campanha, quando a necessidade de comunicação surge, em geral não se tem como esperar que o certame seja processado, sob pena de fazer a ação intempestiva. É próprio da informação publicitária o aproveitamento de oportunidades.

Ressalta-se, uma vez estabelecido o caráter contínuo do serviço de publicidade, que os respectivos procedimentos licitatórios deverão seguir o regramento aplicável, notadamente a Lei n. 12.232/10 que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, objeto desta consulta, e de forma complementar a Lei n. 4.680, de 18 de junho de 1965 e a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, cuja operacionalização demanda tempo e podem sofrer determinados atrasos e estagnações, potencialmente arrastando-se por meses. A entender-se que os contratos de publicidade deveriam preceder de procedimentos licitatórios a cada 12 meses, fatalmente multiplicar-se-iam as hipóteses de solução de continuidade, o que é indesejável em área de tamanha relevância.

Entendo, portanto, que a publicidade institucional (seja para a publicação de atos oficiais, sejam aqueles destinados à divulgação de *programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social*), nas hipóteses de comprovada a permanente necessidade da Administração Pública, poderá ser executada de forma contínua, franqueando-se-lhe a possibilidade *legal de prorrogação por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses*, na forma do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93.

Ressalte-se, outrossim, que a prorrogação contratual deve ser justificada e precedida da realização de pesquisas de preços dos serviços no mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, visando a assegurar a contratação mais vantajosa para a Administração. A vantajosidade econômica da proposta para a Administração é um imperativo previsto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Comprovada a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração quando da prorrogação do contrato, esta deverá ser promovida mediante celebração de termo aditivo,

a ser celebrado previamente à expiração do prazo previsto na avença, de modo a evitar a execução de serviços sem cobertura contratual⁴.

Neste mesmo sentido, é entendimento pacífico nesta Casa, a exemplo da resposta à Consulta n. 812182, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, quando se deliberou que a prorrogação da vigência de contratos administrativos depende da:

Necessidade de se demonstrar a vantajosidade da contratação por período superior à vigência do respectivo crédito orçamentário, devidamente comprovada mediante estudos envolvendo critérios técnicos e financeiros, seguida da devida justificativa da autoridade competente, assim como verificar a conveniência e oportunidade de se prorrogar o contrato ao revés da realização de novo procedimento licitatório; acrescente-se que a possibilidade de prorrogação do contrato deve estar contida no instrumento editalício.

O próprio Tribunal Pleno, quando da deliberação da já citada Consulta n. 742.467, de relatoria do Conselheiro Antônio Andrada, afirmou ser possível a prorrogação contratual de serviço de prestação continuada, desde que:

a prorrogação esteja prevista no edital da respectiva licitação, e que reste demonstrada a característica especial do serviço ou demanda imprevisível de serviço, a previsibilidade orçamentária, e a efetiva vantagem da prorrogação contratual para a administração.

Não é despropositado afirmar tratar-se também de entendimento uníssono e consolidado no Tribunal de Contas da União, de que a prorrogação contratual está condicionada à vantajosidade econômica para a Administração. Neste sentido:

TOMADA DE CONTAS. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS MULTIFUNCIONAIS, COM FAX, IMPRESSORA E COPIADORA. FALTA DE REAVALIAÇÃO QUANTO À PERTINÊNCIA DA CONTINUIDADE DO CONTRATO NA SITUAÇÃO DE MOMENTO. ATO ANTIECONÔMICO. COMINAÇÃO DE MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE CONSEQUÊNCIAS GRAVOSAS PARA O ERÁRIO OU PARA A ORDEM JURÍDICA. FALHA FORMAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA.

1. Na hora de prorrogar contrato de aluguel de equipamentos, o gestor, dentro da justificativa exigida pelo § 2º do art. 57 da Lei nº 8.666/93, deve reavaliar se o preço, os quantitativos e as especificações originais permanecem adequadas às condições presentes.

2. Dá-se provimento a recurso para retirar multa que se revela desarrazoada diante das circunstâncias concretas em que o ato reprovado não acarreta dano ao erário nem grave lesão à ordem jurídica.⁵

Não menos corriqueira é a emissão de determinações, pelo TCU, no mesmo sentido:

[...] que, nas alterações e prorrogações de contratos, cumpra fielmente as normas legais, com especial atenção à realização de pesquisa de mercado, para que a prorrogação do contrato assegurasse a obtenção de condições e preços mais vantajosos para a Administração, conforme o art. 57, inc. II, da Lei nº 8.666/1993.⁶

E, ainda:

⁴ TCU. Acórdão n. 740/2004, Plenário.

⁵ TCU. Acórdão n. 3que o.616/2007, item 9.2, 1ª Câmara.

⁶ TCU. Acórdão n. 2.901/2007, item 1.3.8, 1ª Câmara.

[...] que observe como indispensável, nas prorrogações de contratos, com ou sem repactuação de preços, a prática de consulta/pesquisa de preços de mercado de modo a aferir se as condições e preços contratados continuam mais vantajosos para a administração, na forma preconizada no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, bem como faça constar manifestação formal e fundamentada, nos casos de eventual discordância da autoridade administrativa ao parecer da área jurídica.⁷

Voto, portanto, pela reforma da tese consubstanciada nas Consultas n. 736572 e 839016, pelos fundamentos acima percorridos, nos termos do parágrafo único do art. 210-A do Regimento Interno deste Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, respondo aos questionamentos formulados nos seguintes termos:

1. Os contratos de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo, com agências de publicidade, podem ser considerados de natureza contínua, sendo possível prorrogar a sua duração por iguais e sucessivos períodos (art. 57, II, Lei n. 8.666/93) desde que identificada a necessidade permanente da Administração Pública.
2. A prorrogação de contratos de serviços de execução contínua está condicionada à previsão no edital da respectiva licitação e no contrato, à demonstração da permanente necessidade do serviço, à previsão no plano plurianual e na lei orçamentária anual, e à justificação prévia da efetiva vantagem econômica da prorrogação contratual para a administração, além de respeitada a legislação aplicável, notadamente Lei n. 12.232/10, e, complementarmente, as Leis n. 4.680/65 e n. 8.666/93.

Determino a intimação do consultante, por meio de publicação no Diário Oficial de Contas (DOC), nos termos do §1º do art. 210-D do Regimento Interno.

Em seguida, archive-se essa consulta eletrônica.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

26ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno - 14/08/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

⁷ TCU. Acórdão n. 1449/2007, item 1.14, 1ª Câmara.

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Olavo Remigio Condé, prefeito do Município de Paracatu. Na sessão do Pleno ocorrida em 10/04/19, a consulta foi admitida e o relator, conselheiro Sebastião Helvecio, em seu voto de mérito, respondeu-a nos seguintes termos:

1. Os contratos de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo, com agências de publicidade, podem ser considerados de natureza contínua, sendo possível prorrogar a sua duração por iguais e sucessivos períodos (art. 57, II, Lei n. 8.666/93) desde que identificada a necessidade permanente da Administração Pública.
2. A prorrogação de contratos de serviços de execução contínua está condicionada à previsão no edital da respectiva licitação e no contrato, à demonstração da permanente necessidade do serviço, à previsão no plano plurianual e na lei orçamentária anual, e à justificação prévia da efetiva vantagem econômica da prorrogação contratual para a administração, além de respeitada a legislação aplicável, notadamente Lei n. 12.232/10, e, complementarmente, as Leis n. 4.680/65 e n. 8.666/93.

Em seguida, pedi vista dos autos, para melhor análise do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme já perfilhado no voto do relator, o atual entendimento deste Tribunal acerca da matéria objeto da consulta encontra-se no parecer emitido no bojo da Consulta nº 839.016, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila, deliberada na sessão do Tribunal Pleno ocorrida em 25/06/14, ocasião em que ficou definido que:

Os contratos de publicidade institucional de programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo com agências de publicidade não são contratos que possam ser considerados de natureza contínua, devendo observância à regra prescrita pelo *caput* do art. 57 da Lei n. 8.666/93.

Naquela oportunidade, o conselheiro José Alves Viana divergiu do voto do relator, manifestando o entendimento de que:

[...] os serviços de publicidade institucional, independentemente se decorrentes de contratações efetuadas com base na Lei 12.232/11 ou na Lei 8.666/93, são exemplo de contrato de execução continuada, e, logo, podem ser aditivados nos termos do inciso II do art. 57 da Lei de Licitações.

À época, ante à instauração da divergência, proferi voto em que, acompanhando o relator, realizei a necessária distinção entre a publicidade de atos oficiais da Administração e a publicidade institucional, conforme trecho adiante transcrito:

Portanto, com a devida vênia do entendimento adotado pelo Conselheiro José Alves Viana, é preciso distinguir os tipos de publicidade, porque, por razões muito relevantes, a lei assim o fez.

A história recente do país revelou que os meandros das contratações de serviços de publicidade pela Administração Pública eram fontes prolíficas de corrupção e desvios de verbas, especialmente devido à inadequação do sistema legal para a contratação dessa espécie de serviço, que envolve vultosas somas de dinheiro e tem natureza essencialmente

subjetiva. Daí a necessidade de disciplinar a contratação de serviços de publicidade em norma específica, adequada às peculiaridades desse ramo de negócio e que coíba o direcionamento da contratação.

A divergência mais relevante suscitada nos autos está exatamente no enquadramento dos serviços prestados por agências de publicidade como atendimento a necessidade permanente da Administração, o que, supostamente, lhes conferiria a natureza de serviço de prestação contínua.

Curioso observar que tanto o Relator quanto o Conselheiro José Alves Viana invocam as mesmas definições de necessidade permanente, extraídas das lições doutrinárias de Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o que revela que a divergência reside não no conceito, mas na subsunção do objeto do contrato ao próprio conceito.

Para se concluir pela pertinência ou não do enquadramento do serviço de publicidade como necessidade permanente da Administração, o que autoriza a dilação contratual até 60 (sessenta) meses, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei de Licitações, é preciso examiná-lo mais detidamente. Nisso reside a necessidade de distinguir os tipos de publicidade praticados pelo Estado.

Nesse contexto, reconheço, como o Relator, que a publicidade dos atos oficiais constitui necessidade permanente da Administração. No que toca às leis, regulamentos, despachos, editais, contratos, enfim, os atos que instrumentalizam o exercício das atividades estatais – e que o Relator usou denominar de atos oficiais – a sua divulgação é obrigatória por força do princípio constitucional da publicidade insculpido no *caput* do art. 37 da Lei Maior.

Nesse particular, a publicidade, como observa José Afonso da Silva⁸, é requisito de eficácia e moralidade, lembrando o autor que ela se faz pela simples inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento geral e início da produção de seus efeitos. Em suma, a publicidade de atos oficiais é inerente à própria atividade estatal, sendo praticada de forma cotidiana, obrigatória e sem possibilidade de contingenciamento. Sua interrupção prejudica não só a transparência, mas a própria eficácia dos atos, na medida em que afeta os direitos e obrigações deles decorrentes.

Outro aspecto que permite identificar a natureza contínua dos serviços relacionados à publicidade dos atos oficiais é que os serviços se restringem à divulgação, em mídia impressa, dos conteúdos elaborados e fornecidos pela Administração.

Já os serviços de publicidade institucional relacionados a campanhas, programas e informações sobre atividades desenvolvidas pelos órgãos estatais, ou seja, a propaganda pública propriamente dita, abrangem uma gama de atividades que vão desde a concepção, passando pela elaboração, a produção, a execução, até a distribuição aos meios de divulgação, culminando com a veiculação do anúncio.

É indispensável observar que a contratação regulada pela Lei nº 12.232/10 visa atender às necessidades da Administração Pública como um pacote de serviços ou uma conta publicitária, na qual é possível aglutinar todas as demandas ou algumas delas. As campanhas a serem desenvolvidas pela agência contratada sequer são previamente definidas, sendo apenas esboçadas, no escopo do procedimento licitatório, em um *briefing* que contém informações suficientes para a elaboração de propostas. O conteúdo das campanhas é definido ao longo da vigência do contrato, observando as necessidades demandadas pela Administração em função dos programas de governo, o que não implica substancial alteração do contrato, tal é o grau de generalidade do objeto.

⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, Malheiros, 13ª Ed. pg.618/619

Outro aspecto importante é a peculiaridade prevista nos §§ 3º e 4º do art. 2º da Lei nº 12.232/10, que permite adjudicar o mesmo objeto a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação de itens.

O fato é que, nos contratos de publicidade, o conteúdo das campanhas que serão desenvolvidas pelas agências contratadas não é precisamente definido, podendo haver acréscimos ou supressões ao longo da vigência do contrato, conforme as necessidades e conveniências da Administração.

E mais. As campanhas publicitárias – que prestam contas, informam, educam e orientam, observando os contornos delineados pelo § 1º do art. 37 da Constituição da República – em princípio, não são inter-relacionadas, o que permite que sejam contratadas e executadas por diferentes prestadores de serviço.

Nessa linha, conclui-se que o serviço relacionado ao atendimento da necessidade da Administração quanto à publicidade institucional não se protraí no tempo, porque ele se exaure com a veiculação das campanhas publicitárias sobre os diversos temas de interesse público como, por exemplo, saúde, educação, campanhas de trânsito, ou divulgação de informações sobre investimentos, serviços públicos, etc.

Em suma, diferentemente da publicidade dos atos oficiais, a publicidade institucional ou propaganda oficial não constitui uma única necessidade a ser atendida, mas um conjunto de necessidades cuja única identidade é ter o mesmo anunciante. Nesse contexto, não há qualquer justificativa para que o serviço de publicidade de um determinado exercício orçamentário seja prestado pelo mesmo contratado que prestou tais serviços no exercício anterior.

Por conseguinte, não é possível classificar contratos regulados pela Lei nº 12.232/10 como serviços de execução continuada para os fins do disposto no inciso II do art. 57 da Lei de Licitações.

Observo, por fim, que a jurisprudência do TCU invocada no voto divergente, além de ser anterior à citada Lei, refere-se, toda ela, a sociedades de economia mista, cujas necessidades de demanda por serviços de publicidade devem atender a objetivos comerciais, fundamentalmente diferentes das demandas que tocam aos entes federados.

Diante do exposto, concluo que os serviços de publicidade institucional dos entes federados, contratados na forma da Lei nº 12.232/10, não podem ser considerados como serviços de execução continuada, ficando a sua vigência contratual restrita à norma prescrita pelo *caput* do art. 57 da Lei Geral de Licitações.

Naquela assentada, o voto do conselheiro José Alves Viana ficou vencido, prevalecendo a tese de que apenas a publicidade dos atos institucionais pode ser inserida no rol dos serviços de natureza continuada.

Agora, na presente consulta, o relator propõe a revisão do entendimento deste Tribunal acerca da matéria, para que a possibilidade de enquadramento como serviço de natureza continuada abarque também a publicidade institucional.

Ocorre que a fundamentação trazida pelo relator para que se promova a virada jurisprudencial é, em sua essência, a mesma daquela outrora apresentada pelo conselheiro José Alves Viana, na sessão do dia 25/06/14. O relator, assim como o conselheiro José Alves Viana, funda suas razões na assertiva de que a atividade de dar publicidade aos atos institucionais é permanente e deve ser protegida.

Além disso, o relator da atual consulta também colaciona precedentes do Tribunal de Contas da União que chancelariam esse entendimento, entretanto, assim como dantes, a jurisprudência é anterior à Lei nº 12.232/10, e, portanto, anterior ao parecer emitido na Consulta nº 839.016.

Desse modo, constata-se que o quadro fático-jurídico acerca da matéria não se alterou desde a

prolação do parecer na referida consulta, não havendo razão para alteração do entendimento desta Corte de Contas. Mantem-se hígidas, portanto, as razões que levaram o Tribunal pleno a restringir a atribuição de caráter continuado aos contratos de publicidade de atos oficiais, inclusive aquelas constantes em meu voto, acima transcrito.

Desde a data da deliberação da Consulta nº 839.016, em junho de 2014, a única alteração conjuntural no que tange às ações de publicidade institucional foi o incremento do uso das redes sociais na internet e dos *sites* institucionais como plataformas de divulgação das ações governamentais, tanto das entidades da administração direta, quando da administração indireta, das empresas públicas e sociedades de economia mista.

É evidente que o uso desses meios não suprimiu por completo a necessidade da contratação de empresas para a realização da publicidade institucional, entretanto, a Administração passa a contar com novos mecanismos para divulgar as matérias de seu interesse, mitigando os riscos de que as atividades de publicização de seus atos resem impossibilitadas temporariamente em razão da ausência de contrato em vigor.

Por conseguinte - além da manutenção do panorama normativo existente quando este Tribunal firmou a tese de impossibilidade de prorrogação, além do exercício financeiro, dos contratos de publicidade institucional - existe um novo fator que enfraquece a tese constante no voto do relator, consistente na ampliação dos canais gratuitos de divulgação da publicidade institucional. Portanto, deve-se manter a tese adotada na Consulta nº 839.016.

III – CONCLUSÃO

Ante ao exposto, peço vênua ao relator e voto pela manutenção da tese firmada na Consulta nº 839.016, nos mesmos termos adotados à época de sua deliberação, *in verbis*:

Os contratos de publicidade institucional de programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo com agências de publicidade não são contratos que possam ser considerados de natureza contínua, devendo observância à regra prescrita pelo *caput* do art. 57 da Lei n. 8.666/93.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Pela ordem, Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Sebastião Helvecio.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Senhor Presidente, eu analisei o voto-vista com bastante profundidade e não vi nenhuma inovação em relação ao voto que proferi. Portanto, mantenho meu voto na íntegra.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente,

Acompanho o relator, por também entender que o enquadramento da contratação de publicidade institucional como serviço a ser prestado de forma contínua necessita da análise de cada caso concreto, de forma a identificar e demonstrar a necessidade permanente da Administração Pública, pois existe publicidade de campanhas ocasionais, de campanhas sazonais e de campanhas contínuas de diversas ações empreendidas pelo poder público, e observadas, por óbvio, as cautelas consignadas no voto condutor.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Senhor Presidente, de acordo integralmente com o voto condutor do Conselheiro Relator, acrescentando, resumidamente, para fins de fundamentação, o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina no prejudgado (Consulta) n. 1359, que diz:

1. Os serviços de publicidade do Poder Público podem ser classificados em legal (obrigatória) e institucional (divulgação de atos e ações da Administração) e lhes ser conferido caráter de serviços contínuos, aplicando-se o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Esse entendimento de Santa Catarina tem sido assumido por outros Tribunais de Contas, mas eu evito a citação aqui, para não cansar os Senhores Conselheiros, e por já ser do conhecimento de todos, acredito.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, voto de acordo com o voto-vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Acompanho o voto do Relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDOS OS CONSELHEIROS CLÁUDIO COUTO TERRÃO E WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, preliminarmente, por unanimidade, em conhecer da consulta, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade especialmente elencados nos incisos I a V do § 1º do art. 210-B do Regimento Interno desta Corte, sendo inquestionáveis a legitimidade da parte e a pertinência do assunto versado, que está posto em tese e é afeto à competência deste Tribunal; e, no mérito, por maioria de votos, em fixar prejudgamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos: **I)** os contratos de publicidade institucional de atos, programas, obras, serviços e campanhas de orientação social ou de caráter informativo, com agências de publicidade, podem ser considerados de natureza contínua, sendo possível

prorrogar a sua duração por iguais e sucessivos períodos (art. 57, II, Lei n. 8.666/93) desde que identificada a necessidade permanente da Administração Pública; **II**) a prorrogação de contratos de serviços de execução contínua está condicionada à previsão no edital da respectiva licitação e no contrato, à demonstração da permanente necessidade do serviço, à previsão no plano plurianual e na lei orçamentária anual, e à justificação prévia da efetiva vantagem econômica da prorrogação contratual para a administração, além de respeitada a legislação aplicável, notadamente Lei n. 12.232/10, e, complementarmente, as Leis n. 4.680/65 e n. 8.666/93. Determinam a intimação do consulente, por meio de publicação no Diário Oficial de Contas (DOC), nos termos do § 1º do art. 210-D do Regimento Interno e, em seguida, o arquivamento dessa consulta eletrônica. Vencidos, no mérito, os Conselheiros Cláudio Couto Terrão e Wanderley Ávila.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de agosto de 2019.

MAURI TORRES
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado digitalmente)

li/fg