COMISSÃO DE LICITAÇÃO Fls. 092 ROMULO Rubrica

PARECER JURÍDICO Nº 629/2022 - PGM/PMCC

Requerente: Comissão Permanente de Licitação

Referência: Processo Licitatório nº 314/2022/PMCC

Ementa: PARECER JURÍDICO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. ART. 25 III DA LEI Nº 8.666/1993. APROVAÇÃO DA MINUTA. PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO.

1. RELATÓRIO

Trata-se de Autos do Procedimento Licitatório na modalidade inexigibilidade, nos termos do art. 25, III, da Lei n° 8.666 de 21 de junho de 1993, com o fito de promover a contratação de show artístico da BANDA COMPANHIA DO CALYPSO para o dia 31 de Dezembro de 2022 em alusão do REVEILLON no Município de Canaã dos Carajás-PA.

Foi-nos encaminhado o procedimento licitatório contendo 91 folhas numeradas e rubricadas, contendo, dentre outros documentos, os seguintes:

a) Solicitação de Licitação (fl.002)
b) Proposta da Empresa (fl.011);
c) Documentação da Empresa (fl.022)
d) Certidões Negativas (023/030);
e) Comprovação de Vantojosidade (fls.034/050);
f) Termo de Referência (fls.003/006);
g) Termo de Compromisso e Responsabilidade (fls.008);
h) Nota de Pré- Empenho (fls.0013);
i) Declaração de Adequação Orçamentária (fls.0014);
j) Termo de Autorização da Chefe do Executivo (fls.0015)
k) Autuação (fls.0086);

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO Fls. 093 ROMULO Rubrica

l) Portaria Designação de Fiscal de Contrato (fl. 008);
m) Processo administrativo de inexigibilidade (fl. 088);
n) Minuta e seus anexos (fls. 089/090).

Visto isso, a Presidente da CPL encaminhou os autos do Procedimento à esta Procuradoria para parecer jurídico nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

Sendo assim, passamos a análise jurídica do caso em tela, ressaltando que o presente parecer será opinativo, de modo que tal opinião não vincula o administrador público, podendo o administrador público entender de modo diverso. Tendo este Parecer o escopo de assistir a autoridade administrativa no controle interno da legalidade dos atos a serem praticados.

Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

1. ANÁLISE JURÍDICA

Excluindo-se os elementos técnicos e econômicos que embasaram o procedimento, é realizada a presente análise sobre os elementos e/ou requisitos eminentemente jurídicos do presente procedimento.

As contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação visa:

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 094
ROMULO
Rubrica

> [...] proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares. (1980, p. 158).

Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, conditio sine qua non para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceda a todos os interessados igualdade de condições.

Odete Medauar destaca que "A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo" (2010, p. 187).

Excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

> 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;
>
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
>
> § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 095
ROMULO
Rubrica

> § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Sobre o inciso III – que é o objeto de interesse deste Parecer – dispõe ser inexigível a licitação "para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

Passemos à análise desse dispositivo legal.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DO ART. 25, INCISO III

O art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> [...]
>
> III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (Grifo nosso)

A justificativa da inexigibilidade nesta hipótese é a inviabilidade de competição. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório, como é o caso em questão.

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo formal de inexigibilidade.

Destarte, pela redação do art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, para a contratação de profissional do setor artístico é preciso:

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 096
ROMULO
Rubrica

i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo, o que neste ato verifico que se encontra nos autos do procedimento;

ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 26 da mesma lei, que assevera:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8° desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
>
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
>
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
>
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
>
> III - justificativa do preço.
>
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Grifo nosso).

Desse modo, frise-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos, os quais devem estar prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade.

Com efeito, além dos requisitos do art. 25, é imprescindível a publicação, na imprensa oficial, da inexigibilidade, da justificativa da escolha do contratado e da justificativa do seu preço (art. 26 da Lei de Licitações), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos, requisitos estes que observo satisfeitos com os documentos juntados aos autos.

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls 097
ROMULO
Rubrica

Deu-se com isso um certo nível de discricionariedade ao administrador para agir nos termos acima.

Assevere-se que a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo um maior controle da discricionariedade do administrador, mormente diante de ofensas ao princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é princípio de envergadura constitucional que decorre do devido processo legal em sua acepção substantiva. Tem por finalidade limitar a atuação do Poder Público a parâmetros constitucionalmente aceitáveis.

A proporcionalidade deve ser analisada levando-se em conta o trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, conceitos parcelares que permitem a verificação da lisura e da aceitabilidade de uma conduta estatal.

A necessidade resta presente quando a medida implementada se mostrar imprescindível à consecução do desiderato perseguido. No caso em análise, deve-se ponderar se a contratação de bandas para a animação de festas populares é necessária à promoção cultural dos munícipes.

Lado outro, a adequação é respeitada quando a medida tomada se mostrar coerente com o fim perseguido, se há um perfeito acoplamento entre a ação e o resultado.

Desta feita afigura-se necessário ponderar, na espécie, se a contratação de bandas musicais seria adequada para a promoção cultural da população para um determinado evento.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito resta atendida quando houver um equilibrado custo-benefício, ou seja, as melhorias trazidas pelas medidas são superiores aos seus malefícios. Logo, a contratação de bandas de música não pode acarretar restrição orçamentária que comprometa repasses para áreas prioritárias, a exemplo da saúde e educação.

Por outro lado, não há expressamente no dispositivo legal apelo à verificação da legitimidade da despesa, talvez o critério mais importante que se deveria analisar.

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 098
ROMULO
Rubrica

É bastante comum, em diversos municípios do Brasil, conforme se tem notado na prática, gastos excessivos com contração de artistas para a realização de pomposos eventos e shows, enquanto se depara, no mesmo local, com a educação e a saúde absolutamente deploráveis.

Sobre isso, conforme anota a melhor doutrina, os direitos fundamentais são o consenso mínimo da sociedade a respeito das diretrizes políticas a serem adotadas pelo Estado.

Portanto, em se tratando de direito fundamental, a esfera de discricionariedade do administrador fica bastante tolhida, pois o Poder Constituinte já predefiniu o caminho a ser percorrido pelo ente público. Em outras palavras, já houve, pelo Constituinte, uma predefinição das políticas públicas prioritárias.

O principal parâmetro para verificar a legitimidade da despesa pública – principalmente diante de contratações por inexigibilidade de licitação da espécie aqui discutida – é o atendimento das despesas prioritárias com saúde e educação, que receberam do Constituinte importância especial, por serem aspectos imprescindíveis para o desenvolvimento do país.

Não se desconhece que a promoção cultural também é uma exigência constitucional, inserindo-se dentre os deveres do Estado. Porém, o que se observa na Constituição da República é que há uma priorização dos direitos fundamentais à saúde e à educação frente aos demais. Tal constatação é facilmente percebida diante de uma simples leitura dos artigos 212 e 216, § 6º, ambos da CR/1988. O art. 212 impõe aos entes federados a vinculação de parcela da arrecadação tributária, enquanto que o art. 216, § 6º, apenas faculta a vinculação de tais receitas.

Vê-se, pois, que há uma inegável priorização dos direitos à saúde e à educação, que, sem sombra de dúvidas, devem nortear a administração municipal.

Sabendo-se que no município de Canaã dos Carajás os repasses feitos para saúde e educação superam o mínimo imposto pela Constituição Federal e que não existem violações a

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 099
ROMULO
Rubrica

direitos fundamentais por parte do poder público, impõe-se concluir que a despesa em questão é legitima, motivo pelo qual observo o cumprimento do requisito legal relativo a tal ponto.

Diante disso, é possível traçar alguns parâmetros para que se verifique a conformidade da contratação de artistas para a realização de shows e eventos com a Constituição da República e com a Lei de Licitações, quais sejam:

i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;

ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;

iii) razão da escolha do profissional do setor artístico;

iv) justificativa de preço;

v) publicidade da contratação; e

vi) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Cabe tecer algumas considerações sobre os requisitos listados nos itens "ii" e "iv".

Quanto ao item "ii", há grande dificuldade em se realizar o devido controle sobre os seus requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados, o que muitas vezes pode encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, escreve José dos Santos Carvalho Filho[13]:

> Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (Grifo nosso).

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 100
ROMULO
Rubrica

De fato, não há um conceito objetivo sobre o que seja "consagração pela crítica especializada" ou "consagração pela opinião pública". Como afirmado alhures são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo. Todavia, é possível visualizar uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa sobre o conteúdo dessas expressões.

Neste ponto, é oportuna a seguinte indagação: a "crítica especializada" ou a "opinião pública" devem ser local, regional ou nacional?

Com efeito, a consagração do artista, se não for notória, deve ser devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade, seja mediante a juntada de noticiários de jornais, seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

Por fim, quanto ao item "iv", que se refere à necessidade de justificativa do preço (o valor deve ser razoável), é possível utilizar como parâmetro para aferir a sua razoabilidade as contratações pretéritas perante outros entes públicos ou junto a particulares.

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão n.º 822/05 (Plenário), asseverando que:

> Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993. (grifo nosso)

No mesmo sentido, tem-se a orientação normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União, in verbis:

> A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. (grifo nosso)

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br

COMISSÃO DE LICITAÇÃO Fls. 101 RÔMULO Rubrica

Além do mais, a necessidade de justificativa (estimativa) de preços deve se encontrar em conformidade com o disposto nos artigos 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei de Licitações.

A estimativa de preço para a contratação deverá, conforme já registrado, pautar-se por critérios objetivos, nos quais se insere a média aritmética das últimas contratações firmadas pelo profissional. Forte no princípio da razoabilidade, afeiçoa-se cabível a utilização do critério semestral para a estimativa dos preços, de modo que a Administração deverá fundamentar o valor da contratação com base na média de todos os contratos celebrados pelo profissional nos últimos 6 (seis) meses.

2. CONCLUSÃO

Diante do exposto, oriento o ordenador de despesa de acordo com a análise jurídica acima e **APROVO A MINUTA DO CONTRATO** nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, a ser firmado com a personalidade do setor artístico COMPANHIA DO CALYPSO dia 31/12/2022, durante as festividades alusivas ao festejo junino por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações.

É o parecer que submetemos à consideração de Vossa Excelência, S.M.J.

Canaã dos Carajás, 09 Dezembro de 2022.

CHARLOS CAÇADOR MELO
Procurador Geral do Município
Port. 271/2021-GP

KARINA TORQUATRO MARANHÃO
Gestora de Coordenação
Port. 0231943

Rua América, SN, Novo Horizonte III – Canaã dos Carajás – PA
Cep: 68.537-000 E-mail: procuradoria@canaadoscarajas.pa.gov.br