



## PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

6/2018-003SEMED

A Comissão de Licitação do Município de CURIONÓPOLIS, através do(a) SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, CULTURA E TURISMO, consoante autorização do(a) Sr(a). LEDA VIVEIROS DA SILVA, na qualidade de ordenador(a) de despesas, vem abrir o presente processo administrativo para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SHOW ARTISTICO DA BANDA AVIÕES DO FORRÓ NO DIA 10 DE MAIO DE 2018, EM COMEMORAÇÃO AO 30º ANIVERSÁRIO DA CIDADE DE CURIONÓPOLIS/PA.

### DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A presente Inexigibilidade de Licitação encontra-se fundamentada no art. 25, inciso III, da Lei Federal n 8.666, de junho de 1993 e suas alterações posteriores, conforme diploma legal supracitado.

Para melhor ilustrar o posicionamento desta Comissão, quanto à inexigibilidade, ora proposta, transcrevemos a opinião do jurista Marçal Justen Filho, à fls. 271 a 275 e 287 a 291, de sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" 11ª edição / 2.005:

"Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Esta fórmula não foi explicada nem esclarecida pela Lei, que restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias. Mas hpa alguns pontos definidos, que podem auxiliar à compreensão do art. 25. Todos esses dados se conjungam para conformar o conceito de viabilidade de competição".

#### *1.1 - A Licitação como conjugação de atividades públicas e privadas*

A licitação destina-se a selecionar um particular para ser contratado pela Administração. Logo, não há cabimento em imaginar a licitação como um procedimento desenvolvido ao interno da órbita administrativa. Se é um procedimento administrativo, instaurado por vontade da Administração e que desenvolve sob seu controle, isso não significa que a licitação dependa exclusivamente da vontade estatal. A Administração preside e comanda a licitação, mas esta é um certame que envolve particulares. A idéia de licitação abrange a participação privada (ou de entes estatais que competem, na licitação, como se particulares fossem). Não há licitação como atuação unilateral da Administração.

#### *1.2 - A Licitação como escolha entre diversas alternativas*

A idéia de seleção entre particulares envolve, por outro lado, uma pluralidade de alternativas aptas a satisfazer o interesse sob tutela estatal. Selecionar significa escolher e tal depende da existência de mais de uma opção. Quando não há pluralidade de opções, não existe sentido em aludir a escolha. Quando se trata de contratação administrativa, a licitação adquire sentido quando possível for satisfazer os interesses perseguidos pelo Estado através de diferentes alternativas.

### *1.3 - A licitação como escolha de uma dentre diferentes alternativas*

É evidente, ademais, que a licitação somente adquire sentido quando a Administração Pública não puder optar por todas as alternativas, cumulativamente. A Licitação é um procedimento destinado a fundamentar uma decisão de escolha e de execução. O que caracteriza a licitação não é apenas escolher a proposta mais vantajosa, mas também rejeitar outras como não sendo adequadas e igualmente satisfatórias.

### *1.4 - A Licitação como uma disputa entre particulares*

Outro dado relevante reside na pressuposição de uma certa correspondência entre interesse sob tutela estatal e interesse privado na realização de um contrato. Parte-se da idéia de que a decisão estatal de realizar um contrato é bastante e suficiente para ativar o mercado privado, de molde a que um numero indeterminado de interessados surja para disputar a contratação.

### *1.5 - A Licitação como um convite aos particulares para ofertarem*

Justamente por isso, a Licitação é uma modalidade de formulação de propostas pelos particulares em face da Administração. O Ato convocatório não é uma oferta de contratação em sentido técnico-jurídico, mas uma convocação aos particulares para que formulem as suas propostas. Portanto, a Administração indica aquilo que é de sua necessidade e adota uma posição passiva. Aguarda que o interesse privado surja e que os potenciais contratados venham disputar entre si a contratação.

### *1.6 - A Licitação como uma seleção segundo critérios objetivos*

Indo avante, deve admitir-se que a licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa, segundo critérios objetivos e racionais. Tomando em conta as necessidades a serem satisfeitas e os encargos que serão assumidas pelo Estado, pode estabelecer-se uma espécie de relação objetiva que fornece critérios de julgamento. Como regra, a proposta que apresentar a melhor relação custo - benefício será a mais vantajosa. Em outras palavras, a proposta que apresentar as maiores vantagens e os menores encargos para o Estado deverá ser escolhida.

### *1.7 - "Inviabilidade de competição como situação acumula"*

A expressão "inviabilidade de competição" indica situações em que os pressupostos acima indicados não se encontram presentes. Observe-se que tais pressupostos são encontrados geralmente, mas nem sempre. Existem situações excepcionais, em que os pressupostos não estão presentes.

### *"11 - Profissional do Setor Artístico (Inc. III)"*

Como regra, não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. O desenvolvimento de atividades dessa natureza compete à iniciativa privada, ainda que o Estado incumba fomentar as diversas manifestações nesse campo. No entanto, há hipóteses em que o Estado assume o encargo direto de promover eventos artísticos, casos em que deverá realizar a contratação dos profissionais correspondentes.

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porem, eventual comparação entre as performances artísticas. O Concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor



desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra.

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de Licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

Se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar escolhas desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. O limite de liberdade da Administração é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer. Assim, não se admite que uma festa popular envolva a contratação direta de um cantor lírico, pois as preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de uma ópera. A recíproca é verdadeira.

Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consiste na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte.

#### *12) Síntese sobre a Inviabilidade de competição*

A inviabilidade de competição configura-se não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativa afasta a possibilidade de escolha entre diversas opções. Pode configurar-se inviabilidade de competição, para os fins do art. 25 da Lei 8.666/93, mesmo quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessárias à satisfação do interesse sob tutela estatal.

A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantagem for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida.

Ou, ainda, quando a realização da licitação inviabilizar a contratação de um dentre os diversos sujeitos aptos a executar satisfatoriamente o contrato visado pela Administração.

Mas todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraídas do exame das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Ou seja, o conceito de inviabilidade de competição não é simplesmente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem inúmeras situações em que a competição é inviável não obstante existirem inúmeros particulares habilitados e executar a atividade objeto da contratação. Isso se passa inclusive nos casos em que realizar a licitação acarretaria solução objetivamente incompatível com a realização dos fins buscados pelo Estado.



Há casos em que o interesse sob tutela estatal apresenta-se com tamanhas peculiaridades que seu atendimento não pode ser reconduzido aos casos e parâmetros comuns e usuais. Existe uma singularidade nesse interesse, que exclui a competição entre particulares. Essa afirmação pode ser encontrada em CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que observara que o art. 25, caput, continha uma regra geral autorizadora da contratação direta nas hipóteses em que a realização da licitação frustrasse a finalidade da atividade administrativa. É o que se retrata no trecho seguinte:

"Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput."

De modo similar, HELY LOPES MEIRELLES já assinalava, anteriormente, que "casuísmo" e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela administração".

A inexigibilidade de licitação abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer a necessidade estatal é incompatível com a natureza do procedimento licitatório. Mas a apuração dessa situação depende da verificação das circunstâncias de cada caso - não é possível estabelecer cláusulas genéricas e abstratas acerca do assunto.

### *13) A Discricionariedade Administrativa nas Hipóteses de Pluralidade de Alternativas*

Uma questão que também merece exame consiste na avaliação da margem de autonomia que pode redundar para a Administração, nas hipóteses em que houver uma pluralidade de possíveis particulares a serem contratados, estando configurada a inviabilidade da competição. Alguns relutam em aceitar essa solução, reputando ser indesejável a discricionariedade na formulação do contrato administrativo. Há dois argumentos que eliminam a procedência do raciocínio.

O primeiro reside na impossibilidade de contrapor pura e simples discordância subjetiva às soluções legislativamente consagradas. Se o art. 25 da Lei de Licitações acolheu determinado conceito de inviabilidade de competição, não é facultado ao intérprete recusar validade e obrigatoriedade à norma legislativa - especialmente quando o argumento utilizado para combater a disciplina legislativa é o da divergência opinativa. A discordância do intérprete pode professar a sua própria opção acerca da Lei. Portanto, as determinações legislativas vigoram e obrigam mesmo contra a vontade e opinião do intérprete.

Em segundo lugar, a interpretação extraída do art. 25 revela a atribuição de uma margem de discricionariedade para a Administração Pública realizar determinadas contratações. Ora, competências discricionárias são a essência da atividade administrativa e sua configuração não envolve o comprometimento da segurança jurídica. É evidente que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercida sob égide da Lei e nos limites do Direito. Isso significa que a discricionariedade não pode traduzir um exercício prepotente de competências. Não autoriza a faculdade de escolher ao bel-prazer, por liberalidade ou por satisfação de interesse secundários ou reprováveis.



Por isso, a atribuição de autonomia para escolha do particular a ser contratado não pode traduzir-se em ato motivado de autonomia de escolhas arbitrárias. Ou seja, discricionariedade não autoriza atos de prepotência. Ao contrário, significa uma margem de autonomia de vontade que se identifica como exercício de função. A autonomia de vontade a que se alude não se confunde com o fenômeno identificado, no âmbito do direito privado, pela mesma denominação. Não é vontade do príncipe, do proprietário privado, do dominus. É a vontade do exercente da função pública, encarregado de realizar o bem comum.

Justamente por ser vontade sob o direito, admite limitações e controles, de acordo com os instrumentos jurídicos tradicionalmente desenvolvidos para controle da atuação administrativa (desvio de finalidade, abuso de poder etc).

A inviabilidade de competição envolve a impossibilidade de obter a melhor proposta através de uma licitação. Mas isso não equivale a liberar o administrador a realizar qualquer escolha. Logo, serão invalidas as escolhas fundadas no puro e simples subjetivismo do administrador, o que configurará arbítrio incompatível com a ordem jurídica. O administrador tem o dever de avaliar todas as alternativas disponíveis e escolher aquela que se afigurar como melhor. Isso significa a adoção de certos critérios relacionados com o atingimento do fim de interesse coletivo.

Portanto, a decisão acerca do particular a ser contratado refletirá uma avaliação das necessidades públicas, das características da prestação a ser realizada e da identidade e das condições propostas pelo particular. Essa avaliação deverá fazer-se segundo o critério de razoabilidade, ainda quando as peculiaridades do caso concreto impeçam a formulação de juízo dotado de certeza científica.

Por um lado, a administração terá o dever concreto de evidenciar satisfatoriamente que a licitação será prejudicial. Não bastará a mera invocação dessa justificativa. Será imperioso demonstrar cabalmente como a Licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos.

Por outro lado, a Administração será constrangida a evidenciar que a solução adotada, através de uma contratação direta, representa a melhor alternativa possível para a realização dos fins buscados pelo Estado. Isso significa, inclusive, comprovar a economicidade da Contratação e a ausência e desperdício de recursos públicos.

Poder-se-ia aplicar uma fórmula tradicional ao Direito Administrativo, afirmando que a decisão acerca da Contratação direta comporta controle negativo. Ou seja, a dificuldade acerca da comprovação da correção do mérito do ato não exclui a possibilidade de controle quanto à sua incorreção. Dito de outro modo, será reprovável a decisão quando evidenciável que a escolha, para fins de contratação direta, recaiu sobre alternativa inadequada lógica ou faticamente para concretização satisfatória dos deveres impostos do Estado.

A impossibilidade de identificação da melhor solução não significa a ausência de reprovação do ato quando evidenciado ser a pior alternativa. Mais do que isso, quando a decisão for inadequada à realização dos fins buscados pelo Estado, deverá ser invalidada. Mais ainda, somente será válida a decisão quando se enquadrar como uma "possível" solução mais adequada. Assim colocada a questão, afasta-se inclusive a violação ao princípio da isonomia.

Lembre-se que a licitação orienta-se não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, mas também a promover a realização do princípio da isonomia. Por ocasião da licitação, a escolha de um certo particular para contratar com a administração deve justificar-se nas vantagens por ele oferecidas, que revelam



objetivamente como a melhor alternativa. Logo, a escolha de um certo particular para contratar com a administração não importará um benefício indevido ou reprovável.

Alguém, poderia afirmar que, na contratação direta, põe-se em cheque o princípio da isonomia. Afinal, uma escolha desvinculada de critérios rigorosamente objetivos seria caracterizável como discriminatória. Sob um certo ângulo, o argumento prova demais, eis que conduz a um impasse. Se a escolha fosse inválida porque fundada em critérios rigorosamente objetivos, qualquer decisão de natureza discricionária poderia gerar idêntica crítica. Logo, acabaria por eliminar-se a contratação direta, senão a competência discricionária. Enfim, a crítica conduziria a resultado mais maléfico do que a decorrente da situação criticada.

Mas o argumento é, em si mesmo, improcedente. Quando a Administração seleciona alternativa teoricamente adequada e que reúne condições de ser qualificada como melhor, não se caracteriza infração ao princípio da isonomia - pelos mesmos motivos pelos quais não se pode imputar infração ao princípio da República. Os mesmos argumentos que validam a escolha sob o ângulo da satisfação dos fins buscados pelo Estado também se prestam a imunizá-la em face do princípio da isonomia. A impossibilidade de afirmar que aquela escolha não é a melhor conduz à impossibilidade de reconhecer a infração ao princípio da isonomia. sim, porque se a decisão tivesse sido a melhor, não haveria ofensa à isonomia.

Em última análise, trata-se de reconhecer a natureza instrumental das competências estatais, tanto quanto do próprio instituto da Licitação. Não se pode eleger a licitação como um fim em si mesmo e adotar a concepção de que basta realizar um processo licitatório para atingir-se, de modo automático, a melhor solução para o cumprimento pelo Estado dos encargos que foram atribuídos. Essa concepção entifica a licitação como um valor autônomo, dando-lhe uma dimensão que nem sempre a Constituição pretendeu. Quer-se a licitação se e quando essa for a solução mais adequada para assegurar a realização dos fins buscados pelo Estado. Mas nem a Constituição nem a Lei reputaram que a licitação deveria ocorrer sempre, em todos os casos.

Aliás, justamente por isso, admite-se o instituto da discricionariedade administrativa como indispensável ao desempenho das funções públicas. Embora esse não seja o espaço adequado para análise da questão, lembre-se que a discricionariedade consiste numa margem de liberdade garantida pelo Direito ao agente administrativo para assegurar a escolha da melhor solução no caso concreto. A existência da discricionariedade deriva do reconhecimento de que, em muitas situações, somente o exame das circunstâncias permitirá a adoção da melhor decisão.

A temática foi objeto de avaliação do Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades. As decisões variaram em vista da natureza das circunstâncias e das características de cada caso. Mas há manifestação clássica do Ministro CARLOS ÁTILA, estabelecendo parâmetros com os quais se harmoniza entendimento acima exposto. Questionava-se contratação direta de serviços de consultoria, efetuada pelo Banco do Brasil S.A. com base no art. 25, Inciso II, da Lei 8.666/93. O voto prevalente reconheceu que a norma referida atribui competência discricionária ao gestor administrativo, sujeitando-o ao controle inclusive do Tribunal de Contas, nos termos adiante reproduzidos:

"Nessa ação de fiscalização e de controle, penso que o tribunal deve buscar essencialmente verifica-se, diante dos elementos de informação que possa coligir, a decisão adotada pelo administrador atendeu de forma razoável às exigências da Lei, e posse dos dados e informações sobre o caso concreto, ao fazer essa avaliação, considero essencial, igualmente, que a Corte de Contas esteja criteriosamente atenta à margem de poder discricionário que a lei expressamente confere ao administrador, para decidir em tais situações. A não ser diante de casos em que, como

adiantei acima, fique flagrante e desenganadamente caracteriza interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, entendo que o Tribunal deve respeitar a opção adotada pelo administrador no momento de aplicá-lo.

Se concordo inteiramente com a instrução nesse particular, dela divirjo entretanto, data vênia, quando afirma que somente pode haver uma única - não mais de uma - empresa com notória especialização em determinado setor de atividade. Não é isso o que dispõe a Lei nº 8.666/93...

Note-se que o adjetivo "singular" não significa necessariamente "único"... Se "singular" significasse "único" seria o mesmo que "exclusivo", e portanto o dispositivo seria inútil, pois estaria redundando o inciso I imediatamente anterior.

Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei outorga (TC nº 010.578/95-1).

Posteriormente, o C. TCU voltou a decidir na mesma linha. Assim, por exemplo, pode apontar-se a Decisão nº 439/1998, em que o relator foi o Ministro ADHEMAR PLADINI GHISI, em que se questionava a contratação direta de instrutores e cursos de treinamento de pessoal. No seu voto, o relator afirmava que "é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes professores ou cursos, tornando-se complicado comparar o talento e a capacidade didática dos diversos mestres". No corpo de sua decisão, o relator reafirmava a necessidade de reconhecimento de competência discricionária para determinadas contratações, como instrumento de seleção da melhor alternativa.

Essa orientação sintetiza a compreensão muito acerca do instituto da contratação direta. A tentativa de transformar a contratação direta numa atuação meramente mecânica, rigorosamente vinculada a pressupostos objetivos e supressiva de qualquer margem de autonomia, desnatura não apenas o instituto mas a própria natureza das competências reconhecidas à Administração Pública.

#### *14) A Adequação entre Escolha Administrativa e a Necessidade a ser Satisfeita*

Tal como sempre se verifica no tocante ao exercício de competências discricionárias, a escolha administrativa está delimitada pelo princípio da proporcionalidade.

Isso significa a necessidade de adequação entre a solução adotada e a necessidade estatal a ser atendida. Não se pode escolher um particular destituído das condições específicas, necessárias e suficientes, para satisfação da necessidade estatal.

### **JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO**

O Presente processo administrativo tem por objeto suprir as necessidades do município de Curionópolis, atendendo a demanda da (o) SECRETARIA DE EDUCAÇÃO E CULTURA, para realização dos shows que serão apresentados durante CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SHOW ARTISTICO DA BANDA AVIÕES DO FORRÓ NO DIA 10 DE MAIO DE 2018, EM COMEMORAÇÃO AO 30º ANIVERSÁRIO DA CIDADE DE CURIONÓPOLIS/PA.com fulcro no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que por sua vez, viabiliza a contratação em comento, tornando o caso em questão, dentro das exigências requeridas por este dispositivo.

### RAZÕES DA ESCOLHA

A escolha recaiu na empresa AVIÕES DO FORRÓ GRAVAÇÕES E EDIÇÕES MUSICAIS LTDA, em virtude desta ter a exclusividade no empresariamento para a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SHOW ARTISTICO DA BANDA AVIÕES DO FORRÓ NO DIA 10 DE MAIO DE 2018, EM COMEMORAÇÃO AO 30º ANIVERSÁRIO DA CIDADE DE CURIONÓPOLIS/PA. aqui no município para realização do referido evento, conforme documentação em anexo (contrato de exclusividade).

Desta forma, nos termos do art. 25, III, da Lei de nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, a licitação é inexigível.

### JUSTIFICATIVA DO PREÇO

A escolha da(s) proposta(s) mais vantajosa(s), foi(ram) decorrente de uma justificativa de preço, o que nos permite inferir que os preços encontram-se compatível com a realidade mercadológica.

Face ao exposto, a contratação pretendida deve ser realizada com AVIÕES DO FORRÓ GRAVAÇÕES E EDIÇÕES MUSICAIS LTDA, no valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), levando-se em consideração a melhor proposta ofertada, conforme documentos acostados aos autos deste processo.

CURIONÓPOLIS - PA, 23 de Março de 2018

RÔMULO BARROS FIGUEIREDO

Comissão de Licitação  
Presidente