



PARECER JURÍDICO Nº117-B/2023

Processo Licitatório nº 6/2023-00014

Responsável/Interessado (a): **SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO**

Assunto: Procedimento Licitatório

Modalidade: Inexigibilidade

RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo, encaminhado a esta Procuradoria Geral pela Secretaria Municipal de Administração, para contratação de show artístico da Banda SOWETO para o vento Acará de Luz, no Município de Acará/PA, em atenção às necessidades da Secretaria Municipal de Administração, com fundamento legal no art. 74, III, "f" da Lei nº 14.133/21, pelo valor de R\$90.000,00 (noventa mil reais).

Instruem o expediente administrativo os seguintes documentos: Ofício n.649/2023 – GAB/SEMAD/PMA, ofício n.305/2023 – GAB/SEMUC, documento de formalização de demanda, Estudo técnico preliminar, termo de referência, proposta de banda Soweto, contrato social da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", CNPJ da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", certificado de regularidade do FGTS com validade até 08/11/2023 da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", certidão negativa de débitos trabalhistas da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", certidão conjunta de débitos de tributos mobiliários da empresa "Soweto produções artísticas LTDA", nota fiscal eletrônica, CNH do senhor Dario Ferreira de Oliveira, CNH do senhor Cristian Laercio Lira, release da banda "Soweto", declaração de dispensa de lavará de funcionamento e atestado de capacidade técnica.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme disciplina a Lei nº14.133/21, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas situações expressas, como é o caso do artigo 74, II:

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

I – (..)

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;



(...)

Anote-se que o art. 74 da Lei nº 8.666/93, muito embora especifique três hipóteses de inexigibilidade em seus incisos, ostenta função normativa autônoma no caput, de modo que o rol de hipóteses possui natureza meramente exemplificativa. Para configuração da inexigibilidade basta, portanto, que esteja suficientemente caracterizada a inviabilidade de competição.

Nesse sentido, é precisa a lição de Marçal Justen Filho:

Deve-se ressaltar que o caput do art. 25 apresenta função normativa autônoma, de modo que uma contratação direta poderá nele se fundar direta e exclusivamente. Não se impõe que a hipótese seja enquadrada em um dos incisos do referido art. 25, os quais apresentam natureza exemplificativa.

(...)

A redação do art. 25 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabilidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos três incisos do art. 25. Um exemplo seria a contratação de um determinado fornecedor de serviços ou produtos dotados de elevada complexidade e grande sofisticação, relativamente a atividades dotadas de grande potencial nocivo em caso de falha. Configurando-se inviabilidade de competição numa situação que não se enquadra nos três incisos do art. 25, a contratação será alicerçada diretamente no caput do dispositivo. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 409)

Tal conclusão doutrinária ainda se aplica hodiernamente com a vigência da nova Lei.

Em seu parágrafo 2º, o artigo 74 assim preleciona:

(...)

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

No presente caso, podemos verificar a empresa “Soweto Produções artísticas LTDA”, através dos documentos anexados aos autos, tem plenos poderes para representar a



banda “Soweto” no País ou em Estado específico, podendo desta feita, a contratação ser realizada por meio de inexigibilidade.

Ademais, é importante frisar que quando se trata de contratação artística, a inviabilidade de competição dos profissionais contratados resta suficientemente caracterizada pela pelos atributos personalíssimos de cada artista, sendo um critério extremamente subjetivo, inviável de competição, o que resguarda o Município de Acará/PA na contratação do profissional por inexigibilidade, justificando assim, a razão da escolha do profissional, que é passível de contratação.

No que diz respeito à justificativa do preço, cumpre observar que os atos que antecedem qualquer hipótese de contratação direta não recebem um tratamento diferenciado, nem simplificador, daqueles que precedem a contratação mediante o procedimento licitatório. O agente público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis a toda contratação pública. Permanece o dever de buscar e concretizar a melhor contratação possível.

Todos os meios possíveis e idôneos devem ser considerados pelo agente público para demonstrar que o preço cobrado do fornecedor escolhido é razoável. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se segurança ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma licitatória, que determina incumbir aos órgãos e entidades públicos a demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução, constituindo clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.

Vale observar que a jurisprudência do TCU é firme em indicar que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade (2.742/2017–1ª Câmara, 1.022/2013–Plenário, 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007-Plenário). Em 2015, o Tribunal foi ainda mais específico em apontar diferenças entre o procedimento de justificativa de preços na inexigibilidade e na dispensa de licitação:

“Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalte-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas.”

Portanto, a justificativa do preço em contratações diretas, deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa



quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas (AC 1565/15 – Plenário).

Por outro lado, não é desconhecido que por diversas vezes a pesquisa de preços é inviável ou mesmo torna-se muito morosa, haja vista o reiterado desinteresse das empresas em elaborar propostas sem qualquer garantia de contratação. Nesses casos, a atividade administrativa não deve ficar à mercê de circunstâncias de mercado, retardando uma contratação direta e até causando eventuais prejuízos ao órgão, por dificuldades na pesquisa de preços. Sendo este o caso, recomenda-se, portanto, que o setor responsável pela pesquisa de preços demonstre as dificuldades encontradas na prática, como forma de justificar, por exemplo, a não obtenção do mínimo de três propostas.

Na jurisprudência do TCU, é possível identificar a preocupação do Tribunal em relação a fatores externos que podem prejudicar a correta e célere instrução de um processo de contratação. Diante de eventuais dificuldades na pesquisa de preços, basta o gestor comprovar a existência dessas limitações, evitando assim que o processo de contratação se arraste no tempo (acórdão n.º 2.203/2005 1ª Câmara).

Cabe destacar ainda que a realização de pesquisa de preços não obriga, necessariamente, a Administração a contratar a proposta de menor preço, podendo e devendo levar em consideração outros critérios, como a experiência e qualidade do serviço prestado em outras ocasiões. A conduta da Administração de eventualmente eleger a melhor proposta técnica em detrimento do menor preço possui respaldo em balizada jurisprudência, conforme os trechos das obras dos ilustres administrativistas Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a saber:

“O dispositivo abrange contratações que não se orientam exclusivamente pelo princípio da vantajosidade. Muitas vezes, afirma-se que a contratação fundada no inc. XIII deve ser realizada pelo menor preço possível. Essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo. Se a instituição dispusesse de condições de ofertar o menor preço possível, então bastaria realizar licitação com a participação inclusive de outras entidades que não preenchessem os requisitos previstos no dispositivo.” (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 14ª ed., 2010).

“Ao ensejo, cabe antecipar, porém, que o inciso [art. 24, XIII não exige que o preço seja compatível com o de mercado, aceitando-se justificativa para o descompasso entre o preço contratado e o praticado no comércio. Às vezes a vantagem auferida com a contratação direta não está no preço, mas em algum fator. (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Contratação Direta sem Licitação, Ed. Fórum, 6ª ed., 2007).

Na hipótese vertente, há justificativas nos autos que permitem concluir pela adequação da proposta formulada pelo profissional aos valores praticados no mercado, sobretudo em relação ao serviço que será prestado.



Observa-se, nesse sentido, que os valores de R\$90.000,00 (noventa mil reais) cobrados pela Banda, não destoam das contratações que vêm sendo realizadas por outros órgãos das esferas Federal e Municipal.

De toda sorte, tal como ocorre em relação às razões da escolha do fornecedor, o exame da adequação do preço e a formalização da justificativa competem exclusivamente ao administrador.

Por fim, devem ser verificadas todas as condições habilitatórias da empresa (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista), renovando-se eventuais documentos vencidos antes da celebração do instrumento contratual, neste ponto, vale frisar que não foram apresentadas as certidões tributárias da empresa.

Em relação à minuta do contrato (fls.), em atendimento ao contido no 89 e seguintes da Lei n.º 14.133/2021, modo geral, encontram-se atendidas as disposições legais incidentes na espécie.

No mais, acredita-se que o processo se encontra em perfeita consonância com os ditames legais e apto a celebração do contrato para posterior execução do serviço.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, em atenção à consulta formulada, não se identificam óbices ao prosseguimento da contratação sobre a qual versa o presente processo administrativo, estando o mesmo em perfeitas condições para celebração.

O presente exame se deu a pedido da Administração, enfocando-se apenas aspectos legais, com base nos elementos fornecidos pelo gestor, dentro dos limites de competência desta Procuradoria-Geral do Município.

Por fim, ressalta-se que não foram analisados aspectos técnicos referentes à contratação, orçamentos, metas e planilhas, assim como aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, pois excede o âmbito de competência desta Procuradoria, sendo a presente manifestação, portanto, de caráter estritamente jurídico, não tendo o condão de cancelar opções técnicas eleitas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade sobre os termos do contrato a ser firmado.

É o parecer.

Acará, 10 de Novembro de 2023.

Nayana Soeiro de Melo
OAB/PA 12.463
Procuradora Geral do Município do Acará/PA