



PARECER JURÍDICO Nº173/2022

000037

Processo Licitatório nº 6/2022-00009

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 Vingadores do Brega para as comemorações da 1ª semana do servidor público do Município de Acará/PA, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Administração, com fundamento legal no art. 25, Caput, inciso III da Lei nº 8.666/93, pelo valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

Instruem o expediente administrativo os seguintes documentos: Termo de referência, proposta de serviço, certificado de condição de microempreendedor individual, carteira de habilitação do Sr. Milton Cezar de Souza Rodrigues, certidão conjunta negativa do Sr. Milton Cezar de Souza Rodrigues, certidão negativa de natureza tributária de Milton Cezar de Souza Rodrigues, certidão de regularidade de natureza tributária do Milton Cezar de Souza Rodrigues, certidão negativa de natureza não tributária do Milton Cezar de Souza Rodrigues, certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e a dívida ativa da União do Milton Cezar de Souza Rodrigues, certificado de regularidade com o FGTS com validade até o dia 03/10/2022 do citado e certidão negativa de débitos trabalhistas do referido,

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme disciplina a Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é inexigível quando houver inviabilidade de competição, enumerando algumas situações expressas, como é o caso do inciso II de seu art. 25:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - (...);

II - (...)

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.



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



000038

Anote-se que o art. 25 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)

Além da exigência prevista no art. 25, impõe a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 26, parágrafo único, incisos II e III, que sejam justificados a escolha da contratante e o preço do contrato:

“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. 8º 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.” Grifou-se



A inviabilidade de competição da banda contratada está suficientemente caracterizada pelo reconhecimento da banda no Estado do Pará e nacionalmente por conta da internet, onde seus serviços são apresentados e tem um número considerável de acessos e repercussão. Trata-se de cantores com experiência artística e mais de 4 anos de atuação em conjunto, com realização de shows em diversos locais do país, o que resguarda o Município de Acará/PA na contratação da banda por inexigibilidade, justificando assim, a razão da escolha do profissional, que é passível de contratação (art. 26, § único, III).

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 do art. 113 da Lei nº 8.666/93, 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 justificção 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 (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) 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 o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) cobrados pela empresa para apresentação do grupo, onde encontram-se inclusos os custos com



PREFEITURA MUNICIPAL DO ACARÁ
ESTADO DO PARÁ
PODER EXECUTIVO
PROCURADORIA MUNICIPAL



cachê, do artista, e músicas, hospedagem, alimentação, transporte e camarim, encontra-se razoável e dentro dos parâmetros para optar pela celebração da contratação.

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.

Em relação à minuta do contrato (fls.), em atendimento ao contido no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, modo geral, encontram-se atendidas as disposições legais incidentes na espécie.

Digno de registro, entretanto que o contrato será efetivado sem a exigência de garantias ao contratado, conforme previsão do artigo 56 da Lei 8.666/93, o que é de escolha e responsabilidade do gestor. Recomenda-se, de qualquer sorte, sejam ponderados os riscos decorrentes dessa opção.

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, 22 de Setembro de 2022.


Nayana Soeiro de Melo
OAB/PA 12.463

Procuradora Geral do Município do Acará/PA