

PARECER JURÍDICO

PARECER ADMINISTRATIVO Nº.: 058/2018.

PROCESSO Nº.: P034776/2018

OBJETO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DA BANDA FREUD EXPLICA COM INTELIGÊNCIA DO ART. 25, INCISO III, DA LEI 8.666/93.

Cuidam os presentes autos de processo administrativo instaurado pela Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Econômico - STDE com o objetivo de realizar contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inciso III da Lei nº 8.666/1993, da empresa **RAYANE AMARAL PEIXOTO** com CNPJ nº 28.385.668/0001-13, representante legal da Banda **FREUD EXPLICA**, por ocasião da 2ª Edição do **FESTIVAL GASTRONOMICO DA SERRA DO ROSÁRIO**.

A finalidade da demanda é, conforme explicitado na justificativa constante nos autos, “tem como diretriz principal o fomento à gastronomia local e regional, a qual possui alta adesão e participação de todos do Distrito da serra do Rosário.” a realizar-se no Distrito de Jordão no município de Sobral, no dia 24 de Julho de 2018..

Para efeito de verificar a razoabilidade de preço a ser desembolsado pela Administração Pública e definir sobre a validade da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, neste caso, foram feitas comparações de contratações prévias do referido grupo musical, no qual estima-se que o valor praticado pela empresa superior que a ora proposta a esta administração, conforme Nota Fiscal em anexo. No entanto, visto que neste momento a proposta ofertada é de R\$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais).

Há de se frisar ainda que a banda possui um estilo próprio, bem regionalizado, muito demandado nos períodos de férias e alta estação, fato este que acaba por ter mais procura e conseqüentemente acaba sendo mais cara a contratação para realização destes eventos característicos, o que neste momento se faz a proposta mais vantajosa.

Mesmo assim, é possível ainda perceber que há conveniência na contratação, mormente pelo grau de especialização decorrente de reputação regional da Banda, experiência e conhecimentos compatíveis com a dimensão e complexidade dos serviços objeto da contratação.

Vale registrar ainda que a artista possui contrato de exclusividade com a empresa **RAYANE AMARAL PEIXOTO**, que neste ato encontra-se representada por seu representante, a Sra. **RAYANE AMARAL PEIXOTO**., brasileira, empresária, portador da cédula de identidade nº 9908942 – SSP/PE, inscrita no CPF/MF sob o nº 050.642.673-47, residente e domiciliada na Rua Astoufo Menescal, nº 825, Betânia, Sobral/CE., tudo conforme cópia do Certificado de Microempendedor Individual.



Outrossim, os autos encontram-se devidamente instruídos com a documentação necessária a habilitação para contratação da empresa, a saber:

1. Certificado de Microempendedor Individual;
2. Documentos de identificação (Registro Geral e Cadastro de Pessoas Físicas) do proprietário da empresa; (AUTENTICADOS)
3. Prova de inscrição no CPNJ;
4. Prova de regularidade para com a Fazenda Federal e Dívida Ativa da União;
5. Prova de regularidade para com a Fazenda Estadual;
6. Prova de regularidade para com a Fazenda Municipal;
7. Prova de regularidade junto ao FGTS;
8. Certidão de regularidade trabalhista;
9. Notas Fiscais a título de comprovação de preços;
10. Proposta;
11. Contrato de Exclusividade;
12. Atestado de capacidade técnica;
13. Justificativa de Preço;
14. Justificativa da Contratação;

É o breve relatório, passa-se à análise.

Ab initio, importa destacar que a Administração Pública rege-se pelos princípios expressos na Constituição Federal e na Legislação infraconstitucional correlata, figurando estes como diretrizes fundamentais que norteiam toda a conduta da Administração Pública.

Em vista disso, a Constituição Federal estabeleceu, em homenagem aos princípios suso referenciados, a obrigatoriedade de realização de licitação pelos órgãos e entidades do Poder Público, conforme previsão contida no inciso XXI, art. 37, da nossa Carta Magna, senão vejamos:

Art. 37. *omissis*.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifos nossos)

A licitação tem por escopo permitir que a Administração Pública contrate aqueles que apresentem as condições necessárias para o atendimento do interesse público,





considerando-se os aspectos ligados à capacidade técnica, jurídica, econômico-financeira do interessado, assim como a qualidade do produto e ao valor do objeto.

Os princípios que regem a Administração impõem que suas obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante tal procedimento.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, indicando que:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, DJE de 7-3-08).

Nesta senda, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, também conhecida como o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, previu em seu bojo hipóteses de licitação dispensada (Art. 17), dispensável (Art. 24) e inexigível (art. 25).

Parece estranho falar em “justificar a compatibilidade do preço contratado com os preços praticados no mercado” quando o assunto é inexigibilidade. Se **nessa modalidade de contratação a competição é inviável, como demonstrar a compatibilidade do preço contratado com o preço praticado no mercado?**

A Advocacia Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009, se pronunciou que: “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**”. Grifamos.

O TCU compartilha do mesmo entendimento, nos seguintes termos: “Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. (...) a **inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade**



do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo". Grifamos. (TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007.)

Por sua vez, as hipóteses de licitação inexigível encontram-se previstas no art. 25 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Tratam-se de situações em que a disputa é impossível, ou seja, em razão do objeto a ser contratado o certame torna-se impossível, inviável. Sobre o tema, cabe trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), *in verbis*:

As hipóteses arroladas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 autorizam o gestor público, após comprovada a inviabilidade de competição, contratar diretamente o objeto da licitação.

É importante observar que o rol descrito no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 apresenta elenco exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação."

(TCU. Manual de Licitações e Contratos: Jurisprudência e Orientações, p. 619) (grifos nossos)

"16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que, na cabeça do seu art. 25, traz a "inviabilidade de competição" como única condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse artigo contêm rol meramente exemplificativo."

(TCU. Acórdão nº 648/2014 – Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro) (grifos nossos)

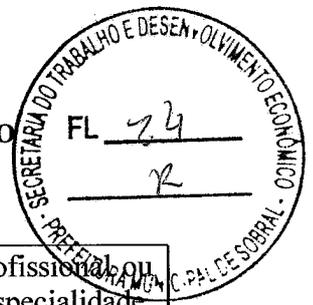
Com efeito, assim dispõe o art. 25 da Lei nº 8.666/93, *ipsis litteris*:

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.

§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.

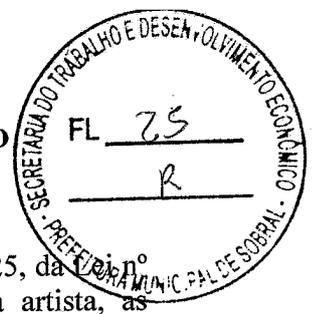
No caso dos presentes autos, entende-se que o objeto da contratação adéqua-se perfeitamente à hipótese prevista no inciso III, art. 25, do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, a saber: (a) contratação de profissional de qualquer setor artístico; (b) a contratação pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo; (c) o profissional deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Nos ensinamentos de Marçal Justen Filho¹:

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, porém, 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 disciplinado na Lei nº 8.666. 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. (grifos nossos)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 379-380.



Com efeito, tem-se que a norma insculpida no inciso III, art.25, da Lei nº 8.666/93 não ignorou o talento individual, a genialidade, a fama de cada artista, as características, o valor cultural do conjunto da obra, enfim, a consagração que cada artista alcança perante a sociedade em geral e/ou crítica especializada.

Isso torna, portanto, a contratação preconizada na norma suscitada em *intuitu personae*, não por violação ao princípio da impessoalidade, mas porque não se teria o mesmo resultado. Nesse sentido, cumpre trazer à luma as palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso², vejamos:

E, para não invocar nem artistas brasileiros, mortos nem vivos, **mas para demonstrar, por hipérbole, como realmente o caso não era de exigibilidade de licitação, comparo: é como se alguém resolvesse contratar uma cantora lírica e fizesse licitação para saber se escolheria Maria Callas ou Renata Tebaldi.**" (Grifos nossos)

Dá-se o mesmo, aliás, em outras situações de contratação por inexigibilidade de licitação, como quando por notória especialização (inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93), situação na qual a Administração Pública não quer um serviço qualquer, mas um serviço realizado **por aquele** profissional ou empresa, porque (§ 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93):

Também, como ressaltado pela ilustre administrativista e Ministra do STF Cármen Lúcia,

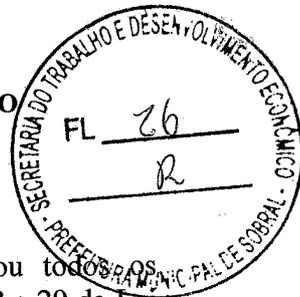
"... há artistas que são consagrados naquela comunidade que não agradariam em nada em outra". (STF: Inq 2482, intervenção da Ministra Cármen Lúcia, inteiro Teor do Acórdão, página 33.)

A lei não exige a sofisticação artística. Para fins jurídicos, tanto faz se contratação de uma dupla de cantores do interior do Brasil sem maior formação musical ou *Berliner Philharmoniker*. É válida a contratação, por inexigibilidade de licitação, de artista consagrado em determinada região do país, pelo público, inclusive pelo objetivo constitucional de valorização da diversidade étnica e regional (inciso V, § 3º, do art. 215 da CF/88, pós EC nº 48/2005). De igual modo, mesmo que se trate de um artista ignorado pelo grande público, ou pelo público de uma região, sua contratação por inexigibilidade de licitação será válida se tal artista tiver aprovação da crítica especializada.

A Banda FREUD EXPLICA possui reputação profissional, sendo amplamente conhecida pela regionalmente, tudo conforme se prova nos autos do processo administrativo.

Não obstante, é imperioso destacar que, quando se trata de contratação de profissional do setor artístico por meio de representante exclusivo, o Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento que é necessário o **Contrato de Exclusividade** registrado em Cartório quando o artista for representado por empresa exclusiva, que o caso do presente processo.

² STF: Inq 2482, voto do ex-Ministro Cezar Peluso, inteiro Teor do Acórdão, página 36



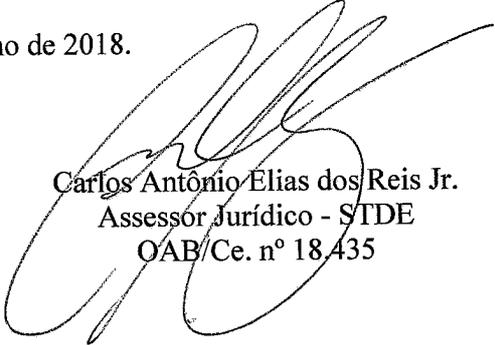
Outrossim, também verifica-se que a empresa apresentou todos os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal exigidos pelos arts. 28 e 29 da Lei nº 8.666/93.

Ademais, também restou comprovado, conforme exigência do art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a justificativa da escolha do prestador de serviço, bem como a comprovação da compatibilidade do preço com o praticado com o mercado.

Diante do exposto, considerando os fundamentos fáticos e jurídicos acima delineados, bem como em cotejo da documentação acostada aos autos em epígrafe, esta Assessoria Jurídica **OPINA** pela possibilidade de contratação da Banda **FREUD EXPLICA**, por ocasião de apresentação musical de abertura Da **2ª EDIÇÃO DO FESTIVAL GASTRONOMICO DA SERRA D ROSÁRIO**, a ser realizado no dia 24 de Julho de 2018, No distrito do Jordão, que se dá através da pessoa Jurídica **RAYANE AMARAL PEIXOTO**, portadora do CNPJ nº 28.385.668/0001-13, representada por seu representante Legal, o Sr. **RAYANE AMARAL PEIXOTO**, que possui contrato de exclusividade com a referida artista, tudo com fundamento no inciso III, art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Esse é o entendimento, salvo melhor juízo.

Sobral, 17 de Julho de 2018.


Carlos Antônio Elias dos Reis Jr.
Assessor Jurídico - STDE
OAB/Ce. nº 18.435