Prefeitura Municipal de Assis
Fls. 18

PARECER

EMENTA: PROCESSO Nº 01/2019, INEXIGIBILIDADE Nº 01/2019, CONSULTA VISANDO A CONTRATAÇÃO DIRETA DA ATRAÇÃO MUSICAL RANIERI E BANDA. ART. 25, CAPUT, E INCISO III.

1. HISTÓRICO

Trata o presente de processo encaminhado pela CPL, para análise e emissão de parecer acerca da Inexigibilidade de licitação para contratação direta da atração musical RANIERI E BANDA, de acordo com o que preceitua a lei nº 8.666/93, para se apresentar nas festividades denominada de "Festa dos Reis", assim como análise da minuta do contrato.

Destaco que consta do processo administrativo:

- Autuação;
- Portaria nº 01/2019, que nomeou a CPL;
- Ofício encaminhado pelo Chefe do Setor de Eventos da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Cultural, Turismo e Esportes;
- Justificativa da escolha e do preço da contratação;
- Proposta de preço;
- Autorização da ordenadora de despesas;

Passa-se a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Preliminarmente:

2.1.1 Da Análise Por Parte desta Assessoria:

Rua Gildo Neto, nº. 62 – Tamarineira – Recife/PE – CEP: 52.050-130
Fone: (81)3231.2903 – e-mail: petribusimoesadvocacia@ig.com.br

PÁBLO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de Passira
Fls. 19

De início, antes de adentrar especificamente no processo encaminhado, **é de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico,** de modo que não é competência, tampouco cabe-nos relatar/opinar sobre aspectos relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira, salvo naquelas situações absurdas, de fácil verificação.

Isso quer dizer, para que reste claro, que não cabe a esta assessoria discutir a necessidade da realização da contratação, suas especificações, tampouco o preço eventualmente contratado, já que lhe falta conhecimento para tanto.

Os limites do presente parecer acima mencionados se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa.

Ou seja, quando a matéria for eminentemente técnica, envolvendo aspectos multidisciplinares (jurídica, preços de mercado, necessidade da contratação), como é de um procedimento que visa a contratação por ente público, convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº7 do Manuel de Boas Práticas Consultivas da AGU, que preconiza da seguinte maneira:

> "O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade";

Curial destacar, ainda preliminarmente, que a natureza do parecer ora elaborado é meramente opinativa, devendo, por essa razão, passar pelo crivo da Secretaria, assim como do ordenador de despesas, uma vez que a opinião explanada não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

2.1.2 Da Numeração do Procedimento e Assinatura de Todas as Páginas:

Primeiramente, verificou-se que o processo em questão **ainda não foi numerado.** É certo que, de acordo com o caput do artigo 38,

FÁBIO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de Assis
Fls. 20

devidamente autuado, protocolado e **numerado**, faltando neste caso, pois, a numeração.

É importante destacar que a numeração é de suma importância, conforme entende a melhor doutrina:

> *A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e a confiabilidade da atividade administrativa. A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e o controle da legalidade do procedimento. Será assegurada a possibilidade de exame da evolução do procedimento. A Administração, os licitantes e, mesmo, outros cidadãos poderão verificar os eventos ocorridos, reconstruindo historicamente a evolução dos fatos. A qualquer tempo, poderá ser comprovada a ocorrência de vício ou de defeito (tais como descumprimento a determinações legais, a ofensa a regras do ato convocatório etc.).*" (JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11ª ed., São Paulo, Dialética, 2005, p. 375).

Assim sendo, antes de ser data a devida continuidade ao certame, deve haver a devida numeração de todas as páginas.

Além disso, verifica-se que faltam algumas páginas a serem assinadas – certamente por um lapso. De todo modo, antes de ser dada a continuidade, devem ser devidamente assinadas.

3. Da Análise / Dos Requisitos Necessários:

É cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, prevê que:

> Art. 37 (...)
> 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

PADIO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.671

Prefeitura Municipal de
Fls. 21

qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Percebe-se, pois, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório, sendo dever do administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes.

Ocorre que a redação do próprio inciso já se inicia elucidando a possibilidade de, em determinadas situações, haver exceções à obrigatoriedade de licitar, o que caberia à legislação infraconstitucional dispor, quando da regulamentação do dispositivo constitucional, como de fato foi feito, através da lei 8.666/93.

A supramencionada lei prevê a possibilidade da contratação direta, que pode ocorrer nos casos de licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24), e licitação inexigível (art. 25).

Como ressaltado acima, o artigo 25 trata da hipótese em que a licitação é inexigível, ou seja, **quando não é viável a competição**, seja em decorrência da singularidade do objeto contratado ou da **existência de único agente apto a realizar/fornecer o serviço/produto buscado.**

Compreende-se, de pronto, que não é apenas nos casos onde não há uma pluralidade de alternativas que é inexigível a licitação.

Neste sentido:

> "o conceito de viabilidade de competição não é simplisticamente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem numerosas situações em que a competição é inviável não obstante existirem vários particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. Dialética. São Paulo.)

PÁRIO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de
Fls. 22

Assim, tem-se que na inexigibilidade a licitação não é possível pela inviabilidade de competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório, havendo a contratação direta.

Por outro lado, curial ressaltar que dentre o **rol exemplificativo** do artigo 25, temos o inciso III, que dispõe sobre a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Senão vejamos:

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

Assim, para que haja a possibilidade da contratação por meio de inexigibilidade, com base em tal inciso, cogente é a observância de alguns pontos, a saber: contratação de uma atração artística, diretamente ou através de empresário exclusivo, sendo também consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

No que tange à atração artística, de bom alvitre destacar o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

> "é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública" (Fernandes. Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 615).

Registre-se, desde já, que de acordo com o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, e,

PÁULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de
Fls. 23

portanto, é incompatível com a Constituição Federal a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB).

É imprescindível, ainda, que a contratação seja diretamente com artista/banda ou através de seu empresário exclusivo, visto que, dessa forma, inviabilizaria a competição.

Logo, essa a primeira questão que deve ser analisada pela Administração antes de qualquer inexigibilidade com tal objetivo.

De mais a mais, quanto a empresários exclusivos, nunca é demais ressaltar que tanto o TCU quanto o TCE-PE possuem entendimento que a representação/declaração concedida apenas para o período dos eventos, não tem o condão de gerar a relação de exclusividade empresarial nos moldes intencionados pelo legislador.

Cite-se, nesse diapasão, o acórdão 96/2008 do TCU, assim como a decisão nº04/2011 do TCE-PE, nos autos da auditoria especial nº. 0906449-7.

Ou seja, para fins de comprovação faz-se necessária a apresentação de cópia do contrato de exclusividade. Orienta esta assessoria, assim, para que sempre, haja observância no tocante à documentação comprobatória da exclusividade do empresário.

Registre-se, ainda, que exige o inciso III que a atração seja consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Nesse ponto, destaque-se que não é necessária a cumulação dos requisitos citados acima, bastando a comprovação de uma das duas hipóteses (ser consagrado pela crítica ou opinião pública) para restar cumprida a determinação legal.

De mais a mais, é certo que as expressões utilizadas, neste caso, são termos jurídicos indeterminados, havendo um alto grau de relatividade.

E no tocante à relatividade da análise da consagração do artista, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

> 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

PÁBLO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de Assis
Fls. 24

> 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.** (FILHO, Carvalho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006)

Não há, portanto, um conceito padrão sobre o que seria "consagração pela crítica especializada" ou "consagração pela opinião pública" e, por se tratar, como dito acima, de termos jurídicos indeterminados, possibilita certa dose de subjetivismo, não havendo sequer critério específico se essa consagração pela crítica ou opinião pública seria local, regional ou nacional.

Tentando dirimir a celeuma, Diógenes Gasparini sugere um critério, a nosso ver, econômico, de modo que, se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, basta a consagração local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional.

> Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de intepretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública. (GASPARINI, Diógenes. ***Direito Administrativo***. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009"

PÁRIC FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR
OAB/PE 30.671

Prefeitura Municipal de Passira
Fls. 25

De todo modo, a doutrina tem como parâmetro alguns pontos para comprovar a consagração pela crítica, como a juntada de noticiários de jornais e sites da internet, demonstração de contratações pretéritas para atração junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Sugere-se, assim, sejam anexados aos autos, caso a contratação prossiga, de comprovações nesse sentido.

Quanto à opinião pública, essa, obviamente, dependerá de critérios regionais e locais, visto que um artista pode ser consagrado em um determinado Município e pode não ser em outro. Enfim, dependerá do caso concreto.

De outra banda, ressalte-se que, além dos requisitos previstos no artigo 25, para fins de contratação direta, através de inexigibilidade, é de bom alvitre analisar se o caso em questão preenche os ditames do artigo 26 da Lei de Licitações:

> 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
> (...)
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço.

No tocante ao inciso II, percebe-se que deve a administração apontar os motivos que levaram ao seu convencimento quanto à contratação, elucidando, no processo de contratação, os que levaram a contratação direta.

Neste ponto, consta dos autos a justificativa para a escolha da pretensa contratada.

Destaque-se, ainda, que não nos cabe avaliar o mérito das justificativas apresentadas, até por falta de conhecimento na matéria, mas apenas verificou-se se o enquadramento legal da contratação pretendida.

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de Assis
Fls. 26

Quanto aos valores, a regularidade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública.

A propósito, observa Marçal Justen Filho:

> "A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais."

Também nesse meandro já se manifestou o TCU:

> "Quando contrata 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" (TCU – Acórdão nº. 822/2005, Plenário)

Sugere este assessor, desde já, que antes de qualquer contratação, seja verificado junto ao TOME CONTA (TCE-PE) os preços contratados em outros municípios do Estado de Pernambuco, a fim de que se verifique se o valor que se pretende pagar é condizente com o mercado.

De outro turno, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 Plenário), deve ser observada a exigência legal (arts. 29, incisos I a IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993) de que nas licitações públicas, mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a comprovação da regularidade fiscal, a qual deve ser verificada pela área técnica antes da assinatura do contrato.

Destaco, ainda, a necessidade da existência de disponibilidade orçamentária suficiente para o custeio das despesas que decorrerão da

PÁBLO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.471

Prefeitura Municipal de Passiri
Fls. 27

contratação pretendida. No caso, com base na documentação que já consta dos autos, infere-se que a dotação orçamentária para a contratação.

Registro, de mais a mais, que se eventualmente for realizada a contratação ora em discussão, imperioso consignar nos autos, o comprovante de designação de representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual, em observância às exigências contidas nos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93.

Nesse meandro:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...)9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica a adoção das seguintes providências: (...)9. faça constar dos processos de contratação comprovante da designação do representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução do respectivo contrato, em observância às exigências contidas nos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93; (Acórdão nº 642/2004 – Plenário)

Sugere-se, por fim, que em sendo realizada a contratação e consequentemente a apresentação musical, seja ela devidamente registrada por meio de imagens e vídeos.

DA MINUTA DO CONTRATO:

De acordo com o parágrafo único do artigo 38, da Lei de Licitações e Contratos, também cabe à assessoria jurídica a análise do contrato a ser firmado pela Administração Pública. Quanto à minuta do contrato, faz-se imperiosas algumas observações:

- Com relação à cláusula 2ª, entende este assessor que não há a necessidade de o contrato vigorar pelo prazo de 30 dias, notadamente pelo fato de já estarmos no dia 02 de janeiro e a atração, caso ocorra a contratação, prestará seus serviços no dia 06. Logo, sugere-se que haja a diminuição do prazo de vigência.

Rua Gildo Neto, nº. 62 – Tamarineira – Recife/PE – CEP: 52.050-130
Fone: (81)3231.2903 – e-mail: petribusimoesadvocacia@ig.com.br

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR
OAB/PE 30.671

Prefeitura Municipal de Assis
Fls. 28

- Com relação à cláusula 4ª, que trata do pagamento, orienta esta assessoria para que o pagamento não ocorra antes da apresentação.

A propósito, nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União, interpretando conjuntamente o Art. 40, XIV, "d" da Lei das Licitações, com o Art. 38 do Decreto 93.872/86, proferiu o Acórdão n. 23/2006, nos autos do Processo TC 019.938/2004-4, no sentido da possibilidade de adiantamento de parcela contratual, desde que atendidos três requisitos, quais sejam, a) a comprovação de que o adiantamento gerou economia de recursos para a Administração, b) haja previsão em edital e c) o contratante apresente suficientes garantias de ressarcimento ao Erário para a hipótese de inadimplemento.

Esse, também, é o entendimento do TCE-PE, o que se comprova por meio do processo TCE-PE Nº 1600428-0.

- Com relação à cláusula 6.2.3, entende esta assessoria que deve constar que a duração do show será de 2 horas, já que esta é a duração prevista na proposta apresentada.

- Sugere-se a exclusão da cláusula 7ª, já que no objeto que se visa contratar, não é possível haver subcontratação.

- Por fim, sugere-se a inclusão dos critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, consoante previsão do artigo 55, III, da Lei 8.666/93.

De mais a mais, ressalvados os pontos acima elencados, entende-se que a minuta cumpre as exigências legais.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesta-se esta Consultoria Jurídica, **abstendo-se de imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade**, pela inexistência de óbices jurídicos à pretensa contratação direta, **desde que observadas as recomendações e orientações contidas no presente opinativo.**

Alerto, de outro turno, que acaso seja feita a inexigibilidade, deverá ser comunicada dentro de 3 (três) dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como

PÁDIG FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE 30.671

Prefeitura Municipal de Passira
Fls. 29

condição para a eficácia dos atos, conforme disposição do já citado artigo 26.

Orienta-se, por fim, em sendo realizada a contratação, a juntada da comprovação da apresentação realizada.

Esse parecer é meramente opinativo, não vinculando a atuação da Administração Pública.

Passira, 02 de janeiro de 2019.

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE. 30.471

Rua Gildo Neto, nº. 62 – Tamarineira – Recife/PE – CEP: 52.050-130
Fone: (81)3231.2903 – e-mail: petribusimoesadvocacia@ig.com.br

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE. 30.471