



DMP

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

REPRESENTAÇÃO Nº 74 /2012-MP-EFC

11:38:39/25/2012 0:53:31 73.25.11.5.21.00.77 (20) 558

Procuradora Evelyn Freire de Carvalho

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, por intermédio de sua procuradora signatária, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda da Lei e a fiscalização de sua execução, no uso de suas atribuições constitucionais e legais e com base no disposto nos artigos 54, I e 288 da Resolução nº 04/2002-TCE/AM vem perante Vossa Excelência oferecer a presente **REPRESENTAÇÃO** contra a Prefeitura de Tabatinga/AM acerca da **inexigibilidade de licitação relativa à contratação de empresa de eventos para a realização do show principal do FESTISOL**, no valor de **R\$ 456.000,00**, assim como o cumprimento dos requisitos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, **em razão da omissão em responder à requisição desta Corte de Contas.**

Com fundamento nos artigos 93 c/c 88 da Constituição Estadual, no § único do art. 116 da Lei 2.423/96 e no artigo 55 do Regimento Interno, este *Parquet* de Contas requisitou à Ilustríssima Presidente da Comissão Permanente de Licitação de

Tabatinga/AM, Senhora Maria de Lourdes Cordeiro da Silva, informações acerca da contratação acima mencionada, com base na publicação do Diário Oficial do Estado do Amazonas de 02/09/2011.

Apesar de o Ofício nº 270/2011-MP-EFCLP ter sido recebido, conforme AR, em 04/10/2011, até o presente momento não houve resposta.

Como é sabido, a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes.

De acordo com a Lei 8.666/93, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da citada Lei.

É de ressaltar, inclusive, que o administrador deve ter muita cautela ao dispensar ou tornar inexigível uma licitação, haja vista os limites impostos para tal discricionariedade, podendo o mesmo ser punido, não somente quando contratar diretamente, mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para tais processos, ou seja, não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da lei, mas também que paute o exercício de seus direitos, poderes e faculdades nos princípios da moral e da ética, evitando, portanto, abusos e irregularidades.

Os autos de dispensa e inexigibilidade devem ser instruídos com a caracterização da situação que justifica a não realização de licitação, a razão da escolha do executante ou fornecedor indicado e da justificativa do preço, segundo artigo 26, parágrafo único, da Lei de Licitação.

Em seu *Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, 6ª ed., p. 321, o festejado Professor Jessé Torres Pereira Júnior, ao versar sobre as razões da escolha do fornecedor, leciona:

[...] A Administração terá de dar as razões de haver escolhido tal ou qual fornecedor ou executante, naqueles casos em que, como ocorre nas situações de emergência ou calamidade, mais de uma empresa teria condições para fornecer ou executar o objeto.

A inexigibilidade de licitação diz respeito às hipóteses em que a competição é inviável, ou seja, quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos fins visados pela Administração.

Tais hipóteses estão arroladas, exemplificativamente, no art. 25 da Lei nº 8.666/93. A própria redação desse artigo traz implícita a possibilidade de ampliação. Assim, outras suposições que não estão descritas no artigo poderão ocorrer quando comprovadamente se estiver diante de situação que cause a impossibilidade de competição, quer pela particularidade do objeto pretendido pela Administração, quer pela particularidade do contratado a fornecer o bem ou prestar o serviço.

Hely Lopes Meirelles¹ ensina que:

[...] em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

Diogenes Gasparini² ao definir os termos *inexigível* e *inexigibilidade*:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 28. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 274.

² GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, cit., p. 440.

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas. Inexigibilidade, a seu turno, é a qualidade do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, estaria sendo inviável, ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa de quem se quer contratar o mérito profissional, encontrável, por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada. É circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser a proprietária do único ou de todos os bens existentes (grifamos)

Ainda nos dizeres do ilustre professor, "*a contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação (...)*"³.

Quando se trata de contratação direta de profissional para o setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, conforme o art. 25, III da Lei nº 8.666/93, deve haver a apresentação de curriculum acompanhado de documentos (recortes de jornais, revistas etc.) que comprove a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, ou seja, a contratação direta se dá pela fama e notoriedade do artista que possui determinado grau de reconhecimento, segundo entendimento da Decisão nº 6968/96, Processo nº 6029/65, do TCDF.

Ainda assim, deve ser o artista profissional, não admitindo amadores, do qual se exige a comprovação de que o empresário é exclusivo ou a exclusividade da empresa promotora para contratação do artista, além do subjetivismo e comprovação objetiva para a contratação e apresentação de portfólio.



³ Idem Ibidem. p. 441.

Ou seja, a inexigibilidade na contratação em setor artístico se dá para artistas consagrados, através de suas atuações pessoais ou da criatividade desenvolvida caracterizando a subjetividade, em tributo à singularidade da expressão artística, que muitas vezes visa a popularidade do artista e a afinidade dele com o evento a ser promovido.

Noutra direção a contratação de artista não consagrado deve ser feita através da modalidade de licitação pública denominada concurso, sendo também a avaliação deste por critérios subjetivos na escolha do trabalho de melhor qualidade.

Outro ponto a ser investigado consiste na **necessidade de ser realizada prévia cotação de preços de mercado**, para que se tenha justificada a aquisição direta. De nada adianta contratar-se, e somente depois preocupar-se em realizar um comparativo para justificar a compra. Confira-se a lição do TCU, ao se manifestar sobre o tema:

“Os processos de dispensa de licitação **devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado**, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a **habilitação do respectivo fornecedor/prestador de serviços**.” (TCU, Acórdão nº 2.986/2006, 1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 27/10/2006).

Corroborando a necessidade de justificativa do preço contratado, invoca-se novamente o TCDF, segundo o qual o enquadramento no art. 25, III, exige cumprimento da justificativa de preços prevista no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. (TCDF. Processo nº 4823/94, Decisão nº 6516/94; Processo nº 4531/93, Decisão nº 3078/94).

E, relativamente à necessidade de restringir a subjetividade em processos do gênero e de justificativa do preço, são inúmeros os posicionamentos do TCU, veja-se:

“... restrinja a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que deem suporte à escolha e ao preço avençado.” (TCU. Processo nº TC-007.307/2003-4. Acórdão nº 837/2004 - Plenário)

“... faça constar nos processos de dispensa de licitação as razões de escolha do executante e a justificativa para aceitação dos preços.” (TCU. Processo nº 525.127/96-8. Decisão nº 820/1997 - Plenário)

“... inclua, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, justificativa expressa do preço contratado, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, evidenciando o cumprimento da Decisão nº 321/2000 (Ata nº 14/2000 – Plenário, item 8.1.1.a) de fixação da remuneração na Fundação com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais.” (TCU. Processo nº 007.805/2002-9. Decisão nº 1.646 - Plenário)

“... faça constar dos processos referentes a contratações por inexigibilidade de licitação a justificativa do preço exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, inclusive com consulta a outros órgãos, de modo a verificar o preço praticado no âmbito da Administração Pública para o mesmo produto ou serviço;” (TCU. Processo nº 005.561/2002-2. Acórdão nº 2.960/2003 – 1ª Câmara)

Cabe destacar, ainda, o magistério do ilustre autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴, segundo o qual:

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo, como regra geral, o menor preço, se o administrador elencar no processo os preços encontrados e contratar o menor, será dispensável justificar o preço.

E, também⁵:

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo cotado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo único do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria. Afinal a norma seria inútil se fosse suficiente informar que esse foi o preço cotado pelo fornecedor ou executor e é elementar, em hermenêutica, que a Lei não contém palavras supérfluas.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação. 5. Ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 640.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. Fórum, 2008. p. 525.

Dessa forma, entende-se que as razões demonstradas são mais do que suficientes a justificar a atuação mais específica desta Corte, no sentido de averiguar com minúcias a legalidade da contratação em tela, com vistas a assegurar o atendimento ao interesse público, inerente à atuação administrativa.

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas propõe que o Tribunal de Contas determine a apuração dos fatos pelos fundamentos acima indicados, podendo:

1. Aplicar a **MULTA** prevista no **art. 54, IV da Lei 2.423/96**, pelo não atendimento, sem causa justificada, à requisição do *Parquet* de Contas;
2. Julgar **ILEGAL** a contratação de empresa de evento para realizar o show do FESTISOL;
3. **RECOMENDAR** que seja observado o critério objetivo de escolha a fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração
4. Dar ciência a este Ministério Público acerca das providências adotadas e dos resultados alcançados.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, em Manaus, 07 de maio de 2012.


Evelyn Freire de Carvalho
Procuradora de Contas