

PARECER JURÍDICO

PROCESSO: PR2023.07/CLHO-00692

REQUERENTE: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E GESTÃO

OBJETO: CONTRATAÇÃO DAS BANDAS LOCAIS QUE IRÃO SE APRESENTAR DURANTE O FESTEJO DE SANT'ANA 2023, CONFORME SOLICITAÇÃO EM ANEXO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA, ATENDENDO ASSIM A NECESSIDADE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO MUNICÍPIO DE COELHO NETO – MA.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: ARTIGO 25, III DA LEI Nº 8.666/93.

ATRAÇÕES MUSICAIS: ADERSON TORRES; DIMAS E BANDA; LOPES CANTOR; DJ IVO SOARES; GÊNIO NUNES; SWING BOM; BRENA RODRIGUES; MAURO NEVES; JAILSON OLIVEIRA; HILL MARQUES; RANYX DJ; BANDA H3; HYAGO BRENDER; DJ RAELYSON; TATY ARAÚJO; DJ HITALO ROCHA; DJ GUGA MIX.

1 – RELATÓRIO

Trata-se da solicitação de parecer jurídico acerca da legalidade em proceder com a inexigibilidade de licitação para Contratação das bandas locais que irão se apresentar durante o Festejo de Sant'ana 2023, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão (SEMPG).

Preliminarmente, importa asseverar que compete a esta assessoria prestar consultoria sob prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspecto relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, que são reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, ressalvadas as hipóteses teratológicas.

Por fim, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data e que, em face do que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c artigo 25, inciso III da Lei nº 8666/93 c/c art. 22, § 1º prestaremos a presente assessoria sob o prisma estritamente jurídico, sem qualquer análise sob a perspectiva da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito do ente público.

É o relatório.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Nessa seara, o artigo 37, XXI, CF que norteia a forma como a Administração pública contratará com o setor privado, já deduz que em algumas situações haverá **ressalva e tratamento diferenciado**, a seguir mostrado:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

Cumprir mencionar, inicialmente, que é vasto o entendimento doutrinário, sendo pacífica a posição jurisprudencial acerca do tema que então se busca justificar.

Assim, em razão das **situações elencadas na legislação onde há inviabilidade de competição**, passaremos a análise da acerca da previsão legal e aplicabilidade da contratação direta por inexigibilidade.

Noutros casos, o administrador se encontrará diante de situações, ora materiais, ora jurídicas, que o impossibilitarão de realizar a licitação, como nos casos previstos no art. 25; são as hipóteses denominadas de inexigibilidade de licitação.

As inexigibilidades de licitação estão previstas no art. 25, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“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. (...)

Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 25, III, autoriza a contratação direta de profissional artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Porém, não obstante tal permissão, cabe ao Poder Público, mesmo nesses casos, a realização de procedimento prévio, com atendimento às formalidades necessárias para que fique demonstrado, de forma inequívoca, a inviabilidade de competição, a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado.

Repise-se que, para que se caracterize a situação de inexigibilidade descrita no supracitado inciso III do artigo 25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no caput do artigo 25, qual seja, a inviabilidade de competição, que, em tais situações, somente se perfaz, através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

Assinale-se, porque necessário, que a inviabilidade de disputa decorre tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular (quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, porque pressupõe, por exemplo, o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual, no caso em comento, artística).

Percebe-se, pois, que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias extra normativas, característica está inerente à inexigibilidade de licitação. De tal maneira, tem-se que as situações que ensejam tal espécie excludente do certame licitatório não se exaurem nos incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, os quais tratam de hipóteses meramente exemplificativas.

Isso porque, analisando os documentos acostados, bem como a carreira dos artistas, suas músicas e sucessos, constata-se que outra conclusão não se chega senão a que perfilhe pelo entendimento de que o serviço oferecido é de notória qualidade e especialidade técnica artística.

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, por sua vez, encontra fundamento na subjetividade que lhes é imanente. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular. Desta maneira é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão, a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo a singularidade da expressão artística, e ainda, em razão da natureza do evento que se enquadra na margem do poder discricionário do Administrador, pessoa competente e autorizada pela Lei para inferir se o show a ser contratado por inexigibilidade é o mais adequado à plena satisfação do objeto, que é a realização da festa em comemoração ao dia do trabalhador.

Cabe ser dito que, consoante à redação do artigo 25, vê-se que as hipóteses estabelecidas em seus incisos não são taxativas. Nessa mesma linha, afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A inexigibilidade é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos registrados não são únicos. Há, porém, outra consequência decorrente do uso de tal expressão, nem sempre alcançada pelos estudiosos do tema: ao impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a lei estabeleceu característica essencial e inafastável do instituto da inexigibilidade. Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no caput do art. 25. Todavia, o contrário poderá ocorrer, isto é, apresentar-se hipótese em que é inviável a competição; mas o caso descrito não se enquadra em nenhuma das situações estabelecidas nos incisos. **Nessas hipóteses o fundamento legal será o próprio caput do art. 25.**

O presente processo informa haver disponibilidade orçamentária e financeira ao atendimento da despesa (art. 14 da Lei nº 8.666/93) e atende às exigências constantes na Lei de Licitações.

Sobre situações assim, ensina Marçal Justen Filho:

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas

Diante da subjetividade que permeia a contratação inferimos que não há **parâmetros objetivos** hábeis a autorizar disputa em âmbito concorrencial. Diante disso impõe-nos afirmar que a licitação, in casu, **não é possível**.

Marçal Justen Filho ensina que nestes 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 performances artísticas. Dai a caracterização da inviabilidade de competição.”

Isso porque a atividade artística consiste em emanção direta da personalidade e da criatividade humana e nessa medida é impossível verificar-se a identidade de atuações entre possíveis concorrentes.

“A arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.

Embora a essência da licitação seja proporcionar competição entre os fornecedores de serviço de forma que se identifique o menor preço e melhores condições para contratar com a Administração, a partir do momento que não existe a possibilidade de competição, seja por uma das causas exibidas nos incisos do Artigo 25 da Lei nº 8.666/93, ou por outra causa qualquer, desnecessária será a realização de licitação.

Noutra senda, determina o parágrafo único do artigo 26 da lei nº 8.666/93, a necessidade de se **demonstrar a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço**, sempre que se realizar contratação por meio de inexigibilidade de licitação, **in verbis**:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

II - razão da escolha do fornecedor ou executante

III - justificativa do preço.

Observe-se que os elementos elencados acima e a Justificativa do preço fundamentada em pesquisa de preços (Artigo 26, parágrafo único, inciso III; e, Artigo 15, III e V da Lei nº 8.666/93) são de suma importância a demonstração nos autos.

A obrigação de prévia licitação possui dois aspectos basilares, o primeiro é assegurar isonomia de oportunidades entre os interessados na contratação, dando-se efetividade aos princípios da impessoalidade e da moralidade; o segundo revela-se no propósito do Poder Público de alcançar a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Por fim, considerando-se que a contratação de artistas não é atividade típica do município, deve a mesma ser usada em caráter excepcional, tão somente quando restar constatado, cristalinamente, o interesse público, concluindo-se estar demonstrada de forma efetiva as condições expressas no artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de artistas que se apresentarão no “FESTEJO SANT’ANA” na modalidade de inexigibilidade de licitação.

3 – DA ANÁLISE E DO POSICIONAMENTO

Verifica-se que a pretendida contratação visa suprir a demanda por objetivo precípuo, conforme relato da Secretaria de Planejamento e Gestão do município nos autos do processo administrativo do qual decorrerá essa inexigibilidade, a razão da escolha da bandas, se deu em comemoração a festas já realizadas com repercussão positiva pela opinião pública e crítica especializada, sendo muito conhecida pelos shows que realiza, gozando de excelente conceito e aceitação popular, não paira nenhuma dúvida que a banda, possui reputação, experiência e conhecimento compatíveis com a dimensão do evento que se propõe a Administração Municipal realizar ao município de Coelho Neto, para comemoração da *Festejo de Sant’ana 2023*.

4 – CARTA DE CONTRATO

O instrumento de contrato, conforme art. 62 da Lei nº 8.666/93, é obrigatório, exceto nos casos em que a Administração puder substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos seguintes casos:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. (grifo nosso)

5 – DA ANÁLISE E DO POSICIONAMENTO

5.1. DO ARTISTA PROFISSIONAL

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra “Contratação Direta sem Licitação”, Ed. Fórum, 6ª ed., pp. 726 (grifos nossos):

“Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública.”

A lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores.

Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo. Continua o professor:

“O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação.”

5.2. CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA

Outro pressuposto diz respeito à **consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública**. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/93, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo, o que foi devidamente feito.

Em que pese a atividade artística consistir em emanção direta da personalidade, é óbvio que isso não impede eventual comparação entre 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 8.666/93. 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.

Para a contratação direta, é preciso demonstrar nos autos o motivo de convencimento da consagração do artista, tais como: a discografia de um cantor, premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros, salvo nos casos de notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa qualquer tipo de comprovação.

Note-se ainda que este último requisito destina-se a evitar contratações desarrazoadas ou arbitrárias, em que o gestor público possa imprimir uma preferência pessoal na contratação de um amigo, um parente, ou ainda de profissional sem qualificação reconhecida. Faz-se necessário que a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam a virtude do artista contratado.

Desse modo, reiterando os fundamentos alhures, comprova-se a inviabilidade de competição, inexistindo condições de licitar através de um julgamento objetivo.

Consta nos autos release para fins de comprovação da consagração pela opinião pública, atendendo ao segundo requisito.

Verifica-se que a pretendida contratação visa suprir a demanda por objetivo precípua, conforme relato da Secretaria de Planejamento e Gestão do município nos autos do processo administrativo do qual decorrerá essa inexigibilidade, a razão da escolha da banda, se deu em comemoração a festas já realizadas com repercussão positiva pela opinião pública e crítica especializada, sendo muito conhecida pelos shows que realiza, gozando de excelente conceito e aceitação popular, não para nenhuma dúvida que o artista, possui reputação, experiência e conhecimento compatíveis com a dimensão do evento que se propõe a Administração Municipal realizar ao município de Coelho Neto, para comemoração da Festejo Sant'Ana.

6 - NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE (caput do artigo 26 Lei n.º 8.666/93).

Desta forma, ante a análise dos documentos constantes dos autos, conclui-se que a ação deste feito administrativo se enquadra no que dispõe o caput do artigo 25, da Lei nº 8.666/93; tornando inexigível a licitação por absoluta inviabilidade de competição.

Destaca-se, por oportuno, que haverá necessidade de Ratificação do ato e a publicação do seu extrato na imprensa oficial (Diário do Município) por se tratar de rito especial e de urgente conclusão, de modo a se enquadrar nas exigências do artigo 26, caput da Lei 8.666/93, sendo suficiente o processamento comum com publicação definida pelo artigo 16 do mesmo Diploma legal:

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 03 (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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005).

Assim, informa-se que a ratificação exigida na Lei de Licitações e Contratos será realizada em momento oportuno.

7 – DA CONCLUSÃO

Por estas razões, o parecer limitou-se aos aspectos jurídicos, com base nas informações e peças constantes dos autos, não adentrando no mérito administrativo, como questões de conveniência e oportunidade, cuja atribuição é do administrador.

Acrescento que a motivação, justificativas e todos os dados técnicos que fundamentam o parecer são de inteira responsabilidade dos atores que contribuíram para a formalização do procedimento licitatório, que deverá ter plena certeza e exatidão de sua proposta.

Por fim, uma vez verificadas as recomendações neste Parecer e da Controladoria Geral do Município e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, entendo que o procedimento se encontra apto para a produção de seus regulares efeitos.

É o entendimento, salvo melhor juízo.

Coelho Neto (MA), 20 de junho de 2023.

Ingrid Giselli Nunes Pereira
Assessora Jurídica - OAB/PI 19.227
Portaria nº 12/2023 - SEMPG