

PARECER JURÍDICO Nº 010/2023 - INEXIGIBILIDADE

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 041/2023 - PMA

INTERESSADO (A): SECRETARIA DE CULTURA, TURISMO E ESPORTE DO MUNICÍPIO DE ARAÇOIABA

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado com o objetivo de verificar a legitimidade da despesa referente à **CONTRATAÇÃO DE FORMA DIRETA OU ATRAVÉS DE EMPRESA DETENTORA DE EXCLUSIVIDADE NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE APRESENTAÇÃO ARTÍSTICA, DURANTE O REVEILLON DIA 31/12/2023 NO MUNICÍPIO DE ARAÇOIABA/PE**, bem como a plausibilidade da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, nos termos dos arts. 72, *caput* e 74, inciso II da Lei Federal nº 14.133/2021.

2. DA ANÁLISE INSTRUTÓRIA

Visando corroborar e demonstrar os requisitos legais para contratação, especialmente aqueles presentes nos arts. 72, *caput* e 74, inciso II da Lei Federal nº 14.133/2021 e pertinentes ao caso em questão, fez contar dos autos:

<u>31/12/2023</u>		
ATRAÇÃO	LOCAL	VALOR DA CONTRATAÇÃO
BANDA INOVE	Araçoiaba-PE	R\$ 40.000,00

Em decorrência disso verificou-se que no quadro de apresentação acima descrito, os artistas **são detentores de renome/consagração NACIONAL, REGIONAL e LOCAL, através do portfólio e encartes relativos a matérias elaboradas pela mídia e crítica especializada**, estando estampado nos autos as características únicas da apresentação artística.

A descrição dos objetos foi realizada por meio do ofício da secretaria demandante e complementada pelo **Termo de Referência** constante dos autos.

No que pertine à comprovação da regularidade dos preços, verificamos que foram anexados os seguintes documentos:

Com isso foi possível realizar o balizamento do preço cotado. No ponto, restou evidente a **adequação do preço proposto** com os já praticados anteriormente.

Fizeram-se então os autos conclusos à Procuradoria Jurídica para emissão de Parecer opinativo.

3. ANÁLISE JURÍDICA

3.1. VIABILIDADE JURÍDICA DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação, é perfeitamente possível, eis que encontra fundamento factual e legal. Senão vejamos:

A constituição da República impõe ao Poder Público o dever de observar o princípio instrumental da licitação, cuja finalidade - *em termos simplórios* - é propiciar a contratação mais vantajosa à Administração.

Art. 37, XXI - ressaltados 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.

Tal princípio - o da licitação -, por ser regra, deve ser lido da forma mais extensível quanto possível, ao passo que as exceções devem ser lidas e interpretadas de forma restritiva. Assim manda a boa hermenêutica por meio do enunciado da interpretação restritiva das regras de exceção (*exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*). Na prática: licitar sempre quando possível, contratar sem licitação somente quando estritamente necessário.

Entretanto, a Carta Magna prevê expressamente a existência de casos que excepcionam o dever de licitar. São os casos das licitações tidas por **inexigíveis, dispensadas** ou **dispensáveis**.

A contratação ora sob análise se amolda à hipótese de inexigibilidade de licitação, eis que se subsume a hipótese do art. 72 e do art. 74, inciso II da Lei n.º 14.133/2021.

Vejamos.

Visa-se a contratação, através de empresário exclusivo, de apresentação a ser realizada por artista indubitavelmente consagrado que, no caso, tanto o é pela crítica especializada como **também** pela opinião pública.

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:

Y

“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”.*

Nesse diapasão segundo a Lei Federal n.º **14.133/2021**:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de [...]

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Forçar a Administração Pública a realizar licitação, nestes casos, resultaria em prejuízos financeiros e em violação direta ao princípio da economicidade. O procedimento resultaria inútil e contrário ao interesse do Poder Público e, no ponto, não se olvide os altos custos dispendidos pela Administração toda vez que realiza licitações, seja com a mobilização do aparato técnico ou administrativo que utiliza para levar a cabo o procedimento.

Imaginemos que lançássemos mão de licitação na modalidade para prover a necessidade pública a ser satisfeita. Quais seriam os parâmetros objetivos que poderíamos elencar no instrumento convocatório a fim de garantir a isonômica participação de – frise-se – **possíveis** artistas?

Ademais, as apresentações artísticas se dão única e exclusivamente em razão do caráter *de per si*, em virtude da carga valorativa cultural que encerra; e aí, nesse ponto em particular, o fator **reconhecimento** sobreleva-se à importância basilar, que condiciona a escolha do contratado, de modo a torná-la tão subjetiva que não se coadunaria sequer com a modalidade licitatória comumente aplicada a escolha de produtos artísticos.

Diante do contexto factual, não seria viável lançar mão de licitação porque indubitavelmente estamos diante da **ausência do seu pressuposto lógico**. E mesmo que não lhe faltasse tal premissa, a doutrina é pacífica em reconhecer que a inexigibilidade abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer a necessidade estatal é incompatível com a natureza do procedimento licitatório, o que seria suficiente para proceder-se a inexigibilidade.

X

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Marçal Justen Filho, ao analisar o caput do art. 25 da Lei 8.666/93 (que é o equivalente ao art. 74, inciso II da Lei 14.133/2021), com a costumeira precisão, ensina:

“Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se, esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput.”

E arremata o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“casuísmos e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração”.

3.2. REQUISITOS LEGAIS DA LEI N.º 14.133/2021.

Conforme já falamos, a contratação sob análise amolda-se à hipótese do art. 74, II da lei de Licitações e Contratos saltando aos olhos a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de artistas, a saber:

- 1) Que o serviço seja de um artista profissional;
- 2) Que a contratação seja realizada diretamente ou mediante empresário exclusivo;
- 3) Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A primeira questão a ser investigada é se o artista a ser contratado é profissional, excluindo-se a possibilidade de contratação direta de artistas amadores.

Somente os profissionais, estabelecidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com base nesse dispositivo.

3.2.1. 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.”

3.2.2. CONTRATAÇÃO REALIZADA MEDIANTE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO OU DIRETAMENTE

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, contratação direta somente poderá ser realizada pela Administração Pública com o próprio artista, ou através de empresário que detenha contrato de exclusividade para todo e qualquer evento por ele produzido. O TCU já enfrentou o assunto:

Contratação direta. Inexigibilidade. Artistas consagrados. Na contratação direta de artistas consagrados, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade. Acórdão 642/2014-Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Valmir Campelo).

Não se deve confundir a contratação direta por meio de empresário exclusivo com aquela intermediada por empresas de produção de eventos de profissionais do setor artístico, que possui regime jurídico próprio, proveniente da peculiaridade das negociações estabelecidas entre as partes.

Neste último caso, deve-se observar a regra geral da licitação aplicável para a prestação de serviços em geral para a Administração Pública, conforme prevê o art. 3º da Lei nº 14.133/2021, evitando-se, assim, a contratação direta desvirtuada, por interposta pessoa.

3.2.3. CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA

O terceiro 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. 72, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021, 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.

Mas há casos em que a necessidade estatal se relaciona 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. Essa necessidade foi preenchida pela juntada de documentos aos presentes autos.

Note-se ainda que este último requisito se destina a evitar contratações desarrazoadas ou arbitrarias, 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.

4. CONCLUSÃO

A contratação deve respeitar os seguintes parâmetros e os autos devem conter os documentos capazes de evidenciar que:

1. O artista deve ser profissional e devidamente registrado na Delegacia Regional do Trabalho;
2. A contratação deve ser realizada diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo, e neste último caso conforme dispõe o Acórdão colacionado no item 2.2.2. Do presente Parecer;
3. Seja o artista consagrado pela opinião pública ou pela crítica especializada.

Sendo assim, desde que preenchidos tais requisitos, **OPINO FAVORAVELMENTE** à contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 74, II da Lei de Licitações e Contratos, sobretudo porque evidenciado a impossibilidade de licitação, por ausência de possibilidade de concorrência.

O processo em seu atual estágio deve ser instruído da seguinte maneira:

I - Ratificação e publicação da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;

II - Emissão da nota de empenho respectiva;

III - Convocação para assinatura do contrato ou retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, quando for o caso.

É o parecer, **salvo melhor juízo.**

Luís P. P.
Luís P. P.
de Oliveira

Procurador Geral
OAB/PE 36123
mat. 26046