

PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 173/ADM/2023

MODALIDADE: INEXIGIBILIDADE 6/2023-026FMDCA

OBJETO: CONTRATAÇÃO DIRETA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, DO PAZ PRODUÇÕES PARA APRESENTAÇÕES DOS ESPETÁCULOS TEATRAIS: BENDITO É O FRUTO TUCUMÃ E A FÁBRICA DE BRINQUEDOS DO PAPAI NOEL, NO MUNICÍPIO DE TUCUMÃ-PA
SINTESE

Trata-se sobre pedido de parecer de contratação direta do PAZ PRODUÇÕES para apresentações dos espetáculos teatrais: BENDITO É O FRUTO TUCUMÃ E A FÁBRICA DE BRINQUEDOS DO PAPAI NOEL, NO MUNICÍPIO DE TUCUMÃ-PA, nos termos do artigo 25, III da Lei 8.666/93.

Em que pese a regra ser a obrigatoriedade de licitar, o art. 37, XXI, da Carta 4 Magna traz uma exceção ao utilizar a expressão “*ressalvados os casos especificados na legislação(...)*”. Assim, nota-se que o legislador ordinário pode elencar situações em a licitação deixa de ser obrigatória, sendo possível realizar contratação direta através de um procedimento interno de justificação (DI PIETRO, 2014).

Para Hely Lopes Meirelles, “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza *específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração*”(MEIRELLES, 2016, p. 333-334). No mesmo sentido, Diógenes Gasparini entende que “*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*”. (GASPARINI, 2003, p. 453). Para não restar dúvida quanto à diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação, importante observarmos as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração.

A justificativa apresentada para o exercício da discricionariedade exercida, foi a seguinte:

“O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Tucumã – CMDCA, anualmente realiza no mês de dezembro, O NATAL DE AMOR, tendo como ponto de partida, a tradicional decoração natalina da Praça Ronan Magalhães, uma ação cultural realizada a mais de dez anos no município, proporcionando uma ambientação que valoriza o convívio família, a partir de contextos lúdicos da infância, pois de acordo com Vygotsky, a formação da criança se dá numa relação direta entre o sujeito e a sociedade ao seu redor.

O projeto também adota como enfoque a valorização da infância, pois a gestão municipal desde o ano de 2021 vem desenvolvendo uma série de ações ligadas ao Selo UNICEF – Município Aprovado Edição 2021-2024 e ao Programa Prefeito Amigo da Criança, garantindo com absoluta prioridade o acesso ao lazer, a cultura, ao brincar e à convivência familiar e comunitária, assim como está expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 4º, ao citar que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

Assim, o Projeto Natal de Amor, tem por objetivo geral promover espaço de acolhida e celebração das festividades natalinas e de Ano Novo para os munícipes de Tucumã, priorizando espaços de lazer e recreação para as crianças em todo o evento, desde a criação de cenários até apresentações artísticas e culturais.

Submetido à apreciação dos seus membros, após análise, o aludido projeto foi aprovado, Resolução CMDCA nº 027/2023, anexada aos autos.

Outrossim, para atendimento da demanda teatral, foi escolhido a Paz Produções, que possui inúmeras apresentações em nosso município e região, realizando espetáculos correlacionados diretamente com o tema escolhido no projeto apresentado pelo CMDCA para este mês de dezembro. Salientando-se por oportuno, que os mesmos têm tido excelente aceitação e participação do público, preenchendo perfeitamente o caráter pedagógico que se pretendeu atingir ao se estabelecer a pauta de plano de ação em vigência. O que já foi inclusive vivenciado neste município, em outras ações de autoria do Conselho realizada ao longo dos anos.

Considerando os fatos e os documentos apresentados, a empresa Paz Produções é detentora dos direitos de veicular e comercializar os espetáculos, fica caracterizada a impossibilidade de competição e que a contratação dos serviços através de Processo de Inexigibilidade de Licitação, resta plenamente justificável e legalmente amparada. Atendendo aos interesses do Município de Tucumã, a finalidade social e cumprindo a Resolução do CMDCA ao norte citada

DA FUNDAMENTAÇÃO DA ESCOLHA DA MODALIDADE

A presente Contratação Direta por Inexigibilidade de Licitação encontra fundamentação legal no art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações posteriores.

A Lei Federal nº 8.666/93, em seu artigo 25 “in verbis” menciona:

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

I -...;

II -;

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.

A contratação da companhia de teatro se dá de forma direta, tendo em vista que a empresa PAZ PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 45.134.828/0001-70, é a produtora e apresentadora exclusiva das peças: BENDITO É O FRUTO TUCUMÃ e A FÁBRICA DE BRINQUEDOS DO PAPAI NOEL.

Ora, tal hipótese demonstra uma absoluta inviabilidade de competição. Seria mesmo impossível haver comparação entre as performances artísticas de diversos profissionais do setor de forma a tornar viável a abertura de eventual procedimento licitatório.

Como afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"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, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública" (Contratação Direta sem Licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação. 5 ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000, p. 532).

A respeito disso, Marçal Justen Filho alerta que:

"tal medida se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoas destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte" (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 3 ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, pp. 170 e 172).

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo", assim trata acerca do assunto:

"A atual lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhos artísticos aos serviços técnicos profissionais especializados (cf. cap. II, item 3.2.2), prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública." (Licitação e Contrato Administrativo – 14ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro, 2ª tiragem – página 127).

Ainda opinião compartilhada por Hely Lopes Meirelles que nos apresenta o seguinte comentário:

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 (2006, p.284).

Os ilustres juristas BENEDICTO DE TOLOSA FILHO e LUCIANO MASSAO SAITO, em sua obra denominada “Manual de Licitações e Contratos Administrativos”, ensina que:

“A hipótese de inexigibilidade para contratação de artista é a mais pacífica, desde que o escolhido, independentemente de estilo que, diga-se de passagem, é muito subjetivo, seja consagrado pelos críticos especializados e pelo gosto popular. O artista tem que ser conhecido, mas não precisa, necessariamente ser excepcional. Com a grande extensão territorial e o regionalismo de cultura existente no Brasil, com o afloramento regionalizado de tradições e de folclore, o conceito de consagração popular deve ser tomado de forma particularizada, isto é, um artista muito popular no norte pode não ser conhecido no sul, sendo, assim, na sua região a licitação é inexigível”.

No caso aqui delineado e fundamentado voltamos nossas considerações para os profissionais do setor artístico, em destaque a contratação de atores teatrais, dada a ausência comparativa. Segundo afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “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, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública”.

Dada a potencialidade criativa ou características intrínsecas do trabalho, não há como estabelecer pontos mensuradores para viabilizar uma competição que seja julgada através de critérios objetivos, o que não afasta a possibilidade de haver uma contratação com observância da seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros princípios a ela atrelados.

Mesmo cabendo certa discricionariedade na escolha do executante, nos cercamos de informações que demonstrem a consagração dos artistas, bem como o mínimo exigido para uma contratação segura e a razoabilidade de um preço justo, conforme conclui Marçal Justen Filho que a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação.

Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Atentando para o princípio da economicidade nós voltamos à pesquisa de mercado, o que nos mostra uma contratação compatível do ponto de vista custo-benefício, dentro do objeto de nosso interesse, comprovando a garantia de resultados eficientes e econômicos, procedimento este que Marçal Justen Filho acrescenta:

Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.

Portanto, é possível concluir que dentro das características e performances desejadas, sem qualquer escolha arbitrária, a inexigibilidade é o meio mais adequado para a contratação dos profissionais ora citados, tendo em vista a inviabilidade de competição, dentro de critérios objetivos, entre as companhias teatrais, esta consagrada pela crítica especializada e ainda assim obtendo um preço justo a ser desembolsado pela Administração.

Por fim, verifica-se que esse dispositivo apresenta certo limite discricionário, autorizando o administrador a optar pela escolha que melhor atenda ao interesse público em razão das próprias características da performance artística desejada. Em sendo assim, entendemos ser inexigível a licitação, tendo em vista que a companhia teatral atende aos requisitos acima mencionados.”

Ora, a escolha em questão teve como fundamento, cumprir com diretriz materializada em Resolução do CMDCA – Conselho Municipal da Criança e Adolescente, com o objetivo lúdico-pedagógico pré-determinado. Além obviamente, de configurar apoio, incentivo e valorização à cultura local. Sendo que foi tomada como base para a contratação direta, de igual sorte, a inexigibilidade de processo licitatório para os casos similares. Isto posto, vez que a lei 8.666/93, no seu art. 25, III, deixa latente esta previsão. Senão vejamos:

Lei 9.666/93

Art. 25 – “ É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

III –para a contratação de profissionais de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Ainda: *“Contratação de Artistas: a nova lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhos artísticos aos serviços técnicos profissionais especializados, prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”*

Curso de Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, Ed. Malheiros, pág. 246.

DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Registre-se que os pronunciamentos desta assessoria nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado. Que no caso vertente, consiste na contratação de artista renomado, cuja permissão legal é bem objetiva. Mas antes de adentrarmos no seu cerne, recordemos um princípio constitucional, nos precisos termos do art. 37, XXI, da Constituição, in verbis: *“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”*.

Dito isso, cumpre pontuar que a contratação de serviços pela Administração Pública deve pautar-se na conveniência, oportunidade, atendimento ao interesse público e na disponibilidade de recursos, além de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, dentre outros. O art. 37, XXI, como nele se lê, alberga o princípio, ressalvados os casos especificados na legislação. O texto é importante, porque, ao mesmo tempo em que firma o princípio da licitação, prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja, autoriza que a legislação especifique casos para os quais o princípio fica afastado, como são as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Se o princípio é constitucional, a exceção a ele, para ser válida, tem que ter também previsão constitucional.

Essa cláusula excepcional é que dá fundamento constitucional as hipóteses, previstas em lei (Lei 8.666, de 1993), de licitação dispensada, de licitação dispensável e as de inexigibilidade de licitação. Regra geral, os serviços acima especificados devem ser realizados por profissionais integrantes do quadro de pessoal da Administração Pública. Feitas tais considerações, vale assentar que, de acordo com o quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações, 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.”*

Nesse timbre, eis o rol *numerus clausus* inscrito no art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verbis:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.*
- VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)*
(...)

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, esclarece que: “(...) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (Destacamos) 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.

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 extranormativas, característica esta 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 ‘vida’ pregressa da artista, 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. Diante da clareza do supracitado dispositivo de lei, torna-se desnecessários maiores argumentações para dar fundamentação legal a este expediente.

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. Para todos os efeitos, constitui sempre uma obrigação

“intuitu personae em razão das qualidades pessoais que é exatamente o que fundamenta a Lei das Licitações nos casos de inexigibilidade de licitação”, como bem descreveu o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o Inquérito 2482-Minas Gerais/MG, que nos permitimos transcrever parte da ementa do Acórdão decorrente do julgamento:

In casu, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso sub judice, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas intuitu personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os

casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93.

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 na modalidade de inexigibilidade de licitação.

Assim, preenchidos os requisitos elencados nos dispositivos epígrafados, é de ser acolhida a contratação. Por outro lado, por ser importante à compreensão da natureza deste ato, segue uma rápida digressão acerca da essência jurídica do parecer. Segundo Mauro Gomes de Matos, *“Os pareceres são peças opinativas, despidas de efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema”*. No mesmo sentido, eis as palavras de Hely Lopes Meireles, verbis: Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua formalização. Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, escolhe um dos artistas em detrimento dos demais existentes. Resta definida, dessa forma, a possibilidade técnica da presente modalidade de dispensa de licitação e perfeita adequação do preço proposto.

Pois bem, note-se que os textos em epígrafe, são cristalinos quanto a possibilidade do Administrador, realizar a contratação diretamente, inexigindo-se o processo licitatório. Outrossim, é latente da mesma forma, que o caso em tela, adequa-se de maneira inquestionável e integral, ao texto do diploma legal evocado.

Ex positis, a assessoria jurídica manifesta-se pelo DEFERIMENTO da contratação do GRUPO PAZ PRODUÇÕES para apresentações dos espetáculos teatrais: BENDITO É O FRUTO TUCUMÃ E A FÁBRICA DE BRINQUEDOS DO PAPAI NOEL, NO MUNICÍPIO DE TUCUMÃ-PA, através do procedimento de inexigibilidade de licitação. São os termos.

Tucumã-PA, 28 de novembro de 2023.

SÁVIO ROVENO OAB/PA 9561
ASSESSORIA JURÍDICA

