PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº: 6.2023-200401
MODALIDADE: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
OBJETO: CONTRATAÇÃO DO SHOW DA BANDA EXPRESSO PENTECOSTAL, PARA APRESENTAÇÃO NO CULTO ECUMÊNICO PELA OCASIÃO DO ANIVERSÁRIO DA CIDADE.
CONTRATADA: GILMAR ROZENDO DE ALMEIDA
REQUERENTE: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, III DA LEI 8.666/93.

1. RELATÓRIO

Trata-se de pedido encaminhado a esta Assessoria Jurídica para fins de manifestação sobre a viabilidade legal de contratação do artista elencado ao norte, responsável pela apresentação que será realizada durante as festividades de aniversário do município de Ponta de Pedras.

Através da inexigibilidade de licitação, fundamentada no inciso III, do artigo 25 da Lei Federal nº 8666/93, chegam os autos para análise e emissão de parecer técnico jurídico sobre a minuta contratual confeccionada para o acordo, com as justificativas elencadas no termo de referência.

Nos autos constam alguns documentos importantes, como os citados abaixo:

a) Memorando n.º 056-2023;
b) Solicitação de despesa n.º 20230419001;
c) Indicação de dotação orçamentária;
d) Declaração de adequação orçamentária;
e) Termo de autorização;
f) Termo de abertura de processo administrativo;
g) Termo de autuação de processo de inexigibilidade
h) Convocação do artista para apresentar documentação cabível;
i) Documentação de habilitação da empresa a ser contratada;
j) Proposta de serviços;
j) Despacho para assessoria jurídica;
k) Minuta do contrato.

Os autos vieram a esta Assessoria Jurídica Municipal por força do parágrafo único do art. 38, da Lei n.º 8.666/93.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O presente parecer está adstrito aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, bem como se é caso de inexigibilidade de licitação, mas esta assessoria jurídica não adentrará em aspectos técnicos e econômicos, bem como ao juízo de conveniência e oportunidade na contratação pretendida.

Essa impossibilidade sempre decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas.

A espécie normativa que, atualmente, disciplina a Licitação é a Lei Federal n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Esta veio regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, haja vista a referida norma não ser de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada que, em outros dizeres, significa a necessidade de lei posterior vir regulamentar seu conteúdo para que gere efeitos no mundo jurídico.

No que paira a discussão, cumpre salientar o que trata o artigo 37, XXI da CF/88, *in verbis*:

> 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.

Percebe-se, portanto, que o dever de licitar possui viés constitucional. Esta obrigação significa não apenas aceitar o caráter compulsório da licitação em geral, mas também respeitar a modalidade já definida para a espécie de contratação a ser buscada.

Acontece que a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre eles as hipóteses em que as contratações da Administração Pública não serão precedidas de processos licitatórios, o que não dispensa um processo administrativo, ressalta-se.

Essas exceções normativas denominam-se dispensa e inexigibilidade de licitação, limitadas aos casos definidos nos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93, respectivamente.

Dentro do cenário fático é relevante enfatizar que a inexigibilidade de licitação é utilizada em casos que houver inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar, ocasião que a lei de licitações estabeleceu hipóteses legais em rol exemplificativo, como podemos observar na letra da lei, ao estabelecer o termo: "em especial", com posterior apresentação de três hipóteses.

Passando ao estudo da fundamentação legal da inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25 da lei de licitações, nos deparamos com a seguinte hipótese:

> 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.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que:

> (...) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que alei 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.

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.** Estão anexados aos autos recortes de matérias jornalísticas e também de materiais de divulgação de eventos com participação do artista ora contratado, isto é, da banda Expresso Pentecostal.

Ainda com a permissão legal mencionada, 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/ou 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

PRAÇA RAIMUNDO MALATO, Nº 32 – CENTRO – PONTA DE PEDRAS – PARÁ – CEP: 68.721-000
CNPJ: 05.132.436/0001-58

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, portanto, 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.

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, por sua vez, encontra fundamento na subjetividade que lhes é própria. 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 apresentação artística ora em comento.

Entretanto, **importante mencionar que a inexigibilidade de licitação deve limitar-se a contratar os serviços artísticos pretendidos, de maneira que a estrutura para realização do show (palco, iluminação, som e afins) não está inserido no bojo do caráter artístico, razão pela qual não pode encontrar aderência neste processo**. Esta estrutura constitui objeto comum, que deve ser adquirido por intermédio de processo licitatório que potencialize a competição e garanta a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

PRAÇA RAIMUNDO MALATO, Nº 32 – CENTRO – PONTA DE PEDRAS – PARÁ – CEP: 68.721-000
CNPJ: 05.132.436/0001-58

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, do qual 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 mesmo ser usada em caráter excepcional, tão somente quando restar constatado, cristalinamente, o interesse público, e se estiverem demonstradas de forma efetiva as condições expressas no artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de empresa responsável pelo show a ser realizado, ou pela por ocasião da festividade de emancipação, através de contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Cumpre ressaltar, que o presente procedimento deve atender ainda as exigências do Art. 26 da Lei 8.666/93, senão vejamos:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

PRAÇA RAIMUNDO MALATO, Nº 32 – CENTRO – PONTA DE PEDRAS – PARÁ – CEP: 68.721-000
CNPJ: 05.132.436/0001-58

> I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço.
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.(grifo nosso).

A autoridade competente lavrou sua justificativa para contratação, já mencionada em tópico anterior, mas ainda deve – também – justificar o preço para contratação, segundo disposto no dispositivo legal retro mencionado. Pode haver a juntada, por exemplo, de notas fiscais que demonstrem o preço praticado pelo mesmo artista em apresentações semelhantes, ou a coleta de preços – pelo Mural de Licitações do TCM/PA – de contratações parecidas, com a colagem de contratos, etc.

Assim serão preenchidos os requisitos elencados nos dispositivos epigrafados, tornando viável a contratação. Por outro lado, por ser importante à compreensão da natureza deste ato, segue uma rápida digressão acerca da essência jurídica do parecer.

No mesmo sentido, eis as palavras de Hely Lopes Meireles, *ipsis litteris*:

> 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. (grifei)

Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da sua discricionariedade, avaliando conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, escolhe um dos artistas em detrimento dos demais existentes.

Acerca da minuta submetida à exame, entendo que traz as cláusulas necessárias à formalização do acordo pretendido, nos moldes evidenciados pelos autos. Registro que está confeccionada com 11 (onze) cláusulas. São elas: Do objeto contratual; Da fundamentação legal; Dos encargos, obrigações e responsabilidades da contratada; Das responsabilidades da contratante; Da vigência; Da rescisão; Das penalidades; Do valor e reajuste; Da dotação orçamentária; Das alterações contratuais; Do foro, base legal e formalidades.

A administração deve providenciar, também, a correta numeração do procedimento em tela e conferir a publicidade, devida, notadamente ao publicar os aditivos – se vierem a se concretizar – no Mural de Licitações do TCM, junto ao processo correspondente.

PRAÇA RAIMUNDO MALATO, Nº 32 – CENTRO – PONTA DE PEDRAS – PARÁ – CEP: 68.721-000
CNPJ: 05.132.436/0001-58

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o fundamento usado para contratar tem previsão legal no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, atendidos os critérios definidos na Súmula 39 do TCU, em conformidade com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, bem como desde que observados as orientações retro mencionadas, esta procuradoria entende pela legalidade e regularidade jurídico-formal desta inexigibilidade, com observância do rito previsto no art. 26 do mesmo dispositivo legal, inclusive realizando as publicações de praxe na imprensa oficial para eficácia do ato, e desde que satisfeitas as orientações retro formuladas.

Analisada a minuta do contrato apresentada constata-se que está em conformidade com a lei de licitações, nos termos deste parecer.

Registra-se, por fim, que a análise consignada neste parecer foi feita sob o prisma estritamente jurídico-formal observadas na instrução processual e no contrato, não adentrando, portanto, na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico pertinentes, preços ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente do Município.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submeto à superior apreciação.

Ponta de Pedras (PA), 20 de abril de 2023.

FELIPE DE LIMA RODRIGUES GOMES:96232510259

Assinado de forma digital por FELIPE DE LIMA RODRIGUES GOMES:96232510259

Felipe de Lima Rodrigues Gomes
OAB/PA 21.472