PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO N.º 014/2023 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N.º 004/2023

> ***Ementa:*** *Análise de Procedimento Licitatório para Inexigibilidade de Licitação para a contratação de bandas musicais e shows artísticos, devido às* ***"FESTIVIDADES JUNINAS 2023"*** *no Município de Xexéu/PE. Possibilidade de contratação. Aplicação do Art. 25, inciso III da Lei Federal n.º 8.666/93.*

I. RELATÓRIO

O MUNICÍPIO DE XEXÉU/PE juntamente com seus munícipes, comemoram a grandiosa *FESTIVIDADES JUNINAS 2023*, cuja festa é bastante tradicional e faz parte do calendário municipal.

A Prefeitura Municipal sempre promoveu a comemoração das *FESTIVIDADES JUNINAS evento* cultural e tradicional e aguardado por todos nesta época. Diante disso, o Município de Xexéu não poderia deixar de realizar tal evento, pois se inclui nas atividades administrativas, promoção da cultura e do lazer, o que será proporcionado com a realização deste evento. E no intuito de abrilhantar ainda mais a data comemorativa, realizará um grandioso evento para que todos os munícipes e pessoas de cidades circunvizinhas possam junto comemorar as FESTIVIDADES JUNINAS, para tanto, pretende contratar grupos musicais e artistas da melhor qualidade e de notório sucesso, especialmente do gosto popular local, para que se apresentem a fim de todos os munícipes e visitantes se divirtam.

II. PARECER

Inicialmente, cabe destacar que as Festividades Juninas, tratam-se de eventos culturais, tradicionais, de interesse público relevante, que gera incremento de receitas decorrentes de atividades.

Demais disso, a própria Constituição Federal, impõe ao Estado o dever de promover a cultura – essencial para o desenvolvimento da identidade nacional, para a educação e, no mínimo para o lazer. Indiscutível, portanto, a possibilidade das Festividades Juninas, a realizar-se no mês de junho do corrente ano, na *PRAÇA CENTRAL e DISTRITO DE CAMPOS FRIOS*, ser custeada com recursos públicos.

No que concerne à contratação pretendida, cabe à Lei Federal nº 8.666/93, com suas alterações posteriores, disciplinar as normas gerais sobre licitações e contratações públicas, definindo os casos e situações em que a mesma é indispensável, seus procedimentos, bem como definindo as execuções a esta regra, em que é possível a contratação direta sem licitação.

Assim é que dispõe o art. 2º da Lei 8.666/93 sobre o assunto:

"Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei."

A prévia licitação pública é, portanto, a regra, em atenção ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. A contratação direta sem licitação, por sua vez, segundo se depreende da leitura do art. 2º da Lei 8.666/93, é a exceção, respeitadas as hipóteses previstas em lei. As hipóteses de contratação direta, previstas na Lei 8.666/93, estão dispostas nos art. 17 (incisos I e II), 24 (I a XXIV) e 25 (caput e incisos I a III).

As hipóteses previstas no art. 17, incisos I e II, referem-se aos casos de licitação 'dispensada', ou seja, cuja contratação direta sem procedimento licitatório é dispensada por expressa disposição legal. O art. 24, incisos I a XXX, apresenta as hipóteses previstas para dispensa de licitação, ou seja, o rol taxativo de situações em que a lei autoriza ao Administrador dispensar o prévio procedimento licitatório.

O art. 25, caput e incisos I a III, por sua vez, representam as hipóteses de inexigibilidade de licitação, ou seja, aquelas situações em que o prévio certame licitatório não pode ocorrer, dada a inviabilidade de competição. Assim dispõe o texto legal sobre o tema:

"Art. 25º - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; 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. (...)

§ 2º - na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública, o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

No caso específico da consulta, questiona-se se estaria configurada a hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, ou seja, para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Reconheceu o legislador que a seleção de profissional do meio artístico, em determinados casos, não pode ser realizada sem a utilização de critério subjetivo. É que o critério de comparação dos artistas é a criatividade.

Neste aspecto, ensina Marçal Justen Filho:

A atividade artística consiste em uma emanação direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se a identidade de atuações. (...) 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 artistas 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.

A lei, entretanto, estabelece três requisitos necessários para que possa ser admitida a hipótese de contratação direta por inexigibilidade nos termos do art. 25, III, da Lei 8.666/93. São eles:

a) Tratar-se de profissionais do setor artístico;

b) Tratar-se de artistas consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública;

c) Contratação diretamente com os artistas ou através de empresário exclusivo;

No caso sob análise, a Administração pretende a contratação de artistas do meio musical para realização de shows durante as *FESTIVIDADES JUNINAS 2023*. Verificando, portanto, o primeiro dos requisitos para admissibilidade da contratação direta por inexigibilidade: tratar-se de profissional do meio artístico. Impõe-se, entretanto, a verificação da existência de consagração/reconhecimento pela crítica especializada ou pela opinião pública dos artistas pretendidos pela Administração para realização de shows durante as *FESTIVIDADES JUNINAS 2023*. Inegável, portanto, que se está diante de profissionais do meio artístico, consagrado pela opinião pública. Essa consagração perante a opinião pública contribuirá significativamente para o sucesso do evento, aumentando a expectativa de público, geração de renda, animação e apelo cultural, constituindo-se no derradeiro critério para a escolha dos artistas pretendidos.

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".

Acontece que as Bandas e Artistas, na região são muito conhecidas, gozando de excelente conceito e aceitação popular. Podendo inclusive ser determinada a dispensa do certame.

Diante da realidade, a própria Lei de Licitação se preocupou prevendo a contratação de artistas sem realização de certame licitatório, já que a contratação leva em conta a qualidade intelectual do prestador e, não o preço em si.

Indiscutível, destarte, a importância desta contratação para atendimento do interesse público que se busca satisfazer, atendendo, assim, ao segundo requisito exigido na legislação.

A contratação dos referidos artistas, por sua vez, se autorizada, será realizada através de empresário exclusivo, escolhido e indicado pelos próprios artistas, conforme contratos de exclusividade que deverão ser apresentados e constados nos autos desse processo. Aqui, não se pode deixar de observar, a indicação de um empresário detentor de exclusividade de representação dos referidos artistas decorre da escolha dos próprios artistas, fato, aliás, comum no meio artístico musical. É que neste meio, é flagrante a impossibilidade de comparecimento dos artistas nesta fase de contratação, sob pena de não conseguir cumprir os diversos compromissos que assume perante terceiros, com inúmeros shows em diversas localidades.

Verifica-se, ainda, a regularidade dos contratos de exclusividade assinados pelos próprios artistas. Desta forma, também está atendido este último requisito para a contratação direta nos termos do art. 25, III, da Lei de Licitações. Estes fatos dotam a contratação em análise das condições exigidas pelo art. 25, III, da Lei de Licitações como requisitos da contratação direta por inexigibilidade.

O preço proposto, por sua vez, deverá estar condizente com o praticado no mercado se considerarmos a qualidade e consagração dos artistas sob comento; as condições para chegar nesse município; dentre outros elementos e parâmetros utilizados para execução de serviços desta natureza.

Sendo assim, diante da documentação acostada ao ofício que requisitou este Parecer, resta comprovada a hipótese de inexigibilidade de licitação na contratação a ser realizada com a empresa, com vistas à apresentação de shows musicais nas *Festividades Juninas 2023*.

Ultrapassada esta etapa, resta tecer algumas considerações acerca do procedimento a ser formalizado para ter efeito a contratação por inexigibilidade que ora se vislumbra. O art. 26 da Lei 8.666/93, com suas alterações posteriores, dispõe o seguinte:

"Art. 26° - As dispensas previstas nos §§ 2° e 4° do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8, deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, condição para eficácia dos atos."

Desta forma, para a inexigibilidade ter eficácia, deverá o mesmo ser comunicado à autoridade superior, no caso o Prefeito Municipal, que, concordando com o mesmo, o ratificará e mandará para publicação, na imprensa oficial, no prazo legal. A partir de então, fica autorizada a celebração do contrato com a empresa, contrato este que não precisará mais ser publicado, haja vista que o parágrafo único do art. 61 da lei 8.666/93 dispensa esta formalidade no caso de contratos derivados de inexigibilidade, já que a ratificação do Prefeito deve ter sido publicada.

Por fim, resta ainda destacar, todas as peças que compõem o processo de inexigibilidade deverão ser agrupados, autuados e numerados, reunindo os seguintes documentos: a) ofício da autoridade solicitante da contratação; b) documentos que instruem a solicitação; c) indicação da existência dotação orçamentária; d) autorização para abertura de processo administrativo; e) parecer jurídico opinando acerca da hipótese de inexigibilidade; f) ato do Prefeito Municipal ratificação a inexigibilidade; g) publicação do termo de inexigibilidade na imprensa oficial; e h) contrato firmado com o particular.

Não obstante, cobra relevo destacar o comentário de Joel de Menezes Niebuhr, ... "Destarte, do Inciso III do art. 25 da Lei n° 8.666/93, deprende que, na contratação de artistas consagrados, a competição é inviável, por isso, a licitação pública é inexigível". (Dispenda e Inexigibilidade de Licitação Pública – pag. 205 – Ed. Dialética – 2003.)

Trata-se o caso de situação em que é inviável a competição, 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 consagrada na região e no estado.

Ante o exposto, o fundamento usado para contratar tem previsão legal no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, em conformidade com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, esta Assessoria Jurídica opina pela legalidade da contratação procedimento de inexigibilidade de licitação, 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. Registro, por fim, que a análise consignada neste parecer se ateve às questões jurídicas observadas até o presente momento. Não se incluem no âmbito de análise desta Assessoria os elementos técnicos pertinentes, preço ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente do Município.

À consideração superior. É o parecer "sub censura".

Xexéu/PE, 12 de Junho de 2023.

TALUCHA FRANCÊSCA L.C. DE MÉLO
Assessora Jurídica Municipal - OAB/PE N.º 25.939