

PARECER JURÍDICO

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS. PROCEDIMENTOS PRÉVIOS À INEXIGIBILIDADE. LEI FEDERAL Nº 8.666/93. REGULARIDADE FORMAL. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO. CONTRATAÇÃO POR INTERMÉDIO DE EMPRESA DETENTORA DA EXCLUSIVIDADE DA ATRAÇÃO ARTÍSTICA. PREFEITURA MUNICIPAL DE JAQUEIRA - PE.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FMC Nº 006/2023.

INEXIGIBILIDADE Nº 004/2023.

Trata-se de parecer jurídico solicitado pelo Presidente da CPL do Município de Jaqueira, com o fito de subsidiar a decisão de mérito da Exma. Prefeita e do Exmo. Secretário Municipal de Cultura e Turismo acerca da possibilidade e legalidade da emissão do ato administrativo de Ratificação do Termo de Inexigibilidade de Licitação nº 004/2023, emitido pela CPL para fins de contratação da atração artística GERALDINHO LINS, representado com exclusividade pela empresa LUAN PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 05.102.456/0001-86.

A atração em referência, acaso ratificada a inexigibilidade pela autoridade superior, fará parte da Programação dos Festejos Carnavalescos do Município de Jaqueira em 2023, e apresentar-se-á no dia 19 de fevereiro de 2023.

A Constituição Federal (Art. 37, inciso XXI) impõe como regra geral o procedimento licitatório, deixando como exceções exclusivamente os casos previstos na legislação específica, *in verbis*

"Art. 37 -

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."

O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, acima transcrito, foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93, que permite dois tipos de exceção à regra que obriga a realização de certame licitatório.



São os casos de DISPENSA e os de INEXIGIBILIDADE de licitação.

A inexigibilidade de licitação está relacionada com a inviabilidade de competição, conforme disciplinada no artigo 25, *caput* e incisos da Lei Federal nº 8.666/93, neste caso, especificamente o seu inciso III.

Segundo Marçal Justen Filho a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única.

Face tal premissa tão verdadeira quanto óbvia, concebo a contratação de profissionais do setor artístico como sendo a modalidade mais evidente de inviabilidade de competição, justamente diante do fato incontestável de que entre artistas não há como estabelecer competição: face tratar-se de atividade de uma "emanação direta da criatividade humana".

São os artistas donos de qualidades que os tornam singulares, exclusivos, *sui generis*.

Inclusive, ainda de acordo com eminentes ensinamentos da doutrina nacional, "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 verificação da inviabilidade de competição"².

Assim, a resposta que parece morar no recôndito de todas as hipóteses de licitação inexigível é a de que o desempenho artístico, como vários outros permeados de subjetividade, não é aferível segundo critérios objetivos, e, onde não for possível à Administração definir tais critérios para comparar e julgar propostas objetivamente, exsurge como evidenciada a situação de inviabilidade de competição, posto que esta depende de padrão impessoal de julgamento.

Em outras palavras, o que não puder ser confrontado segundo padrões objetivos, será apreciado sob o viés da discricionariedade administrativa da autoridade pública, que deverá, então, evidenciar a pertinência e a adequação de seus motivos bem como justificar os valores a serem pagos pelos cofres públicos para tais contratações.

Reiterando o que fora já mencionado no corpo do presente parecer, entendemos que não se pode, objetivamente, aferir e comparar a "arte e o talento" de tais profissionais, todavia, entendemos como plenamente possível que sejam adotados critérios quanto aos valores dos cachês e a escolha dos contratados para que não restem dúvidas acerca dos requisitos exigidos pelo inciso III do artigo 25 que regula a contratação direta de profissionais de qualquer setor artístico, serão vejamos: (1) Comprovação da inviabilidade de competição; (2) Contratação de artista, diretamente ou através de empresário exclusivo; e (3) Profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

¹ Exceto quando se tratar de concurso, com interesse em premiação, em que haja concorrência entre as partes, para que se escolha o melhor desempenho em determinada área das artes, como por exemplo, escolha da melhor composição para ser o hino da cidade.

² FILHO, Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 292.



Exatamente pela razão supra exposta, o artigo 26, parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos Públicos submete também os processos de inexigibilidade ao dever de justificar e motivar os atos de escolha e contratação. Ou seja, mesmo nos casos em que há ausência de pluralidade de alternativas, a Administração tem o dever de buscar o melhor contrato possível, devendo sempre os princípios administrativos serem fiel e prontamente observados.

Jamais se justificaria uma contratação com valores abusivos e são inúmeras as orientações a tal respeito, afinal, a decisão de contratar tem como antecedente necessário a verificação acerca das diferentes soluções disponíveis para melhor atender a finalidade pública, devendo esta atividade administrativa prévia conduzir à seleção da alternativa mais coerente, a qual não pode se desvincular da razoabilidade e nem da capacidade econômica.

De mais a mais, compulsando os autos administrativos, vejo que foram solicitadas e efetivamente apresentadas as documentações mínimas de habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista da empresa detentora da carta de exclusividade da atração artística escolhido pela população, assim como constam as declarações de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal e outras de estilo, restando, a meu ver, patente a condição de representação exclusiva, sem olvidar para a comprovação de que os preços propostos estão compatíveis com o preço de mercado da atração, o que se apura a partir da análise das notas fiscais acostadas aos autos administrativos a título de comprove de cachê.

Pois bem. Cumpridas as observações acima elencadas, opino pela viabilidade e licitude da inexigibilidade de licitação para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (art. 25, III, Lei Federal nº 8.666/93), sem olvidar para o impreterível cumprimento dos imperativos legais do artigo 26, caput, e parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos, naquilo que for compatível, realidades que parecem-me supridas no caso dos autos da Inexigibilidade nº 004/2023.

Nesta senda, ao passo em que apresento o parecer opinativo de cunho formal, consigno que o mérito da decisão administrativa de ratificação do procedimento é matéria intrínseca da gestora, e que não compete a esta consultoria jurídica averiguar ou se aprofundar na análise econômica da contratação ou na condição de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública da atração em questão, sendo este, repito, mérito dos gestores.

É o parecer,

salvo melhor juízo.

Jaqueira (PE), 15 de fevereiro de 2023.


DIEGO AUGUSTO FERNANDES GONÇALVES DE SOUZA
Advogado | OAB/PE nº 30.273

