

PARECER JURÍDICO

EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SHOW MUSICAL (DAVI E FERNANDO) PARA A PRIMEIRA EXPOCORDI 2022 – FEIRA DE EXPOSITORES DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO E AGRICULTURA. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

1 – Síntese

Trata-se de solicitação para emissão de parecer jurídico sobre viabilidade de contratação de show musical da dupla sertaneja Davi e Fernando para festividades do 30º Aniversário de Emancipação Política e Administrativa e abertura da Expocordi 2022.

O processo está instruído com solicitação/justificativa, descrição, currículo da artista e respectiva documentação, atestado de capacidade técnica e notas fiscais de contratações anteriores que demonstram a adequação do valor à proposta.

É a síntese necessária.

2 – Da Possibilidade Jurídica / Inexigibilidade de Licitação

Por sua vez, as hipóteses de licitação inexigível encontram-se previstas no art. 25 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Tratam-se de situações em que a disputa é impossível, ou seja, em razão do objeto a ser contratado o certame torna-se impossível, inviável. Sobre o tema, cabe trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), in verbis:

“As hipóteses arroladas no art. 25 da Lei n° 8.666/1993 autorizam o gestor público, após comprovada a inviabilidade de competição, contratar diretamente o objeto da licitação.

É importante observar que o rol descrito no art. 25 da Lei n° 8.666/1993 apresenta elenco exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação.”

(TCU. Manual de Licitações e Contratos: Jurisprudência e Orientações, p. 619) (grifos nossos)

“16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que, na cabeça do seu art. 25, traz a “inviabilidade de competição” como única condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse contêm rol meramente exemplificativo. (TCU. Acórdão n° 648/2014 - Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro) (grifos nossos)

Com efeito, dispõe o referido artigo, in verbis:

“Art. 25. 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.” (grifamos)

§1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Quando o Estado (município) diretamente promove eventos artísticos deve realizar a contratação dos profissionais correspondentes.

“Segundo Marçal Justen Filho, “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 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 performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.”(2012, p.435)

Saliente-se que a contratação deve ser efetuada de acordo com o evento que se pretende promover, não podendo haver contratações arbitrárias e desarrazoadas. Além disso, exige-se que o profissional contratado seja consagrado em face da opinião pública ou da crítica especializada.



Instrução do Processo de Inexigibilidade de Licitação

Dispõe o artigo 26 da Lei 8.666/93, in verbis:

“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.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

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.”

Verifica-se, assim, pela análise do caput do artigo supramencionado que a situação de inexigibilidade de licitação deverá ser comunicada à autoridade superior no prazo de três dias, para ratificação e posterior publicação, no prazo de cinco dias.

Note-se que o processo de inexigibilidade de licitação deverá ser instruído com os elementos contidos nos incisos previstos no parágrafo único do artigo 26 supramencionado, sendo que o inciso I se aplica apenas aos casos de dispensa.

Com relação à justificativa do preço importante ressaltar que ela deve evidenciar a razoabilidade dos preços contratados, demonstrando ser esse valor razoável, ou seja, adequado, compatível e proporcional ao custo do bem ou serviço que se pretende adquirir.

Com relação aos preços as seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

“É obrigatória a consulta aos preços correntes de mercado quando da realização de todo e qualquer procedimento licitatório, ainda que se trate de dispensa ou inexigibilidade de licitação.” (Acórdão n° 1.9452006, Plenário, Rel. Min. Marcos Bem querer Costa)

Saliente-se, ademais, que como dito, o procedimento de inexigibilidade de licitação também visa à seleção do contrato mais adequado e vantajoso para a Administração observando-se as peculiaridades do caso, de forma que o procedimento também deverá ser instruído com a verificação da necessidade e conveniência da contratação com a devida justificativa, além da comprovação da existência de recursos para a contratação.

No caso dos presentes autos, entende-se que o objeto da contratação adequa-se perfeitamente à hipótese prevista no inciso III, art. 25, do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, a saber: (a) contratação de profissional de qualquer setor artístico; (b) a contratação pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo; (c) o profissional deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Vale dizer ainda que o valor de uma apresentação artística cultural vai além, sendo determinantes inúmeras e significativas variáveis, como a sua importância, que é resultante de análises que

conformam e compõem um quadro de valores subjetivos e ponderáveis no plano conceitual e formal e fatores marcantes tais como: a esteia intrínseca do artefato, o seu significado como **marco simbólico e expressão cultural de um lugar ou de um povo**, além da relevância que assume o autor na história das artes e na formação de um acervo artístico respeitável, herança cultural indiscutível para as gerações presentes e para os pósteros.

Sob aspecto diverso, quanto à razoabilidade do preço contratado, a Advocacia Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº17, de 1º de abril de 2009, se pronunciou que:

"A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos". Grifamos.

Nos ensinamentos de Marçal Justen Filho¹:

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho.

Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei n ° 8.666. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra. Mas há

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 379-380.

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 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

Com efeito, tem-se que a norma insculpida no inciso III, art.25 da Lei n. 8.666/93 não ignorou o talento individual, a genialidade, a fama de cada artista, as características, o valor cultural do conjunto da obra, enfim, a consagração que cada artista alcança perante a sociedade em geral e/ou crítica especializada.

Isso torna, portanto, a contratação preconizada na norma suscitada em *intuitu personae*, não por violação ao princípio da impessoalidade, mas porque não se teria o mesmo resultado.

Nesse sentido, cumpre trazer à luma as palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, vejamos:

E, para não invocar nem artistas brasileiros, mortos nem vivos, mas para demonstrar, por hipérbole, como realmente o caso não era de exigibilidade de licitação. comparo: é como se alguém resolvesse contratar uma cantora lírica e fizesse licitação para saber se escolheria Maria Callas ou Renata Tebaldi."(Grifos nossos)

Dá-se o mesmo, aliás, em outras situações de contratação por inexigibilidade de licitação, como quando por notória especialização (inciso II do art. 25 da Lei n° 8.666/93), situação na qual a Administração Pública não quer um serviço qualquer, mas um serviço realizado por aquele profissional ou empresa.

Também, como ressaltado pela ilustre administrativista e Ministra do STF Cármen Lúcia², "... há artistas que são consagrados naquela comunidade que não agradariam em nada em outra".

A lei não exige a sofisticação artística. Para fins jurídicos, tanto faz se contratação de uma dupla de cantores do interior do Brasil sem maior formação musical ou *Berliner Philharmoniker*. É válida a contratação, por inexigibilidade de licitação, de artista consagrado em determinada região do país, pelo público, inclusive pelo objetivo constitucional de valorização da diversidade étnica e regional (inciso V, § 3º, do art. 215 da CF/88, pós EC nº 48/2005). De igual modo, mesmo que se trate de um artista ignorado pelo grande público, ou pelo público de uma região, sua contratação por inexigibilidade de licitação será válida se tal artista tiver aprovação da crítica especializada.

No caso concreto, é possível afirmar que a dupla "DAVI E FERNANDO" possui reconhecido e incontestado talento musical, sendo reconhecido pela crítica especializada, notadamente no segmento de música regional / sertaneja, gênero apropriado e compatível com a natureza do evento, tudo conforme se prova nos autos do processo administrativo.

Outrossim, também verifica-se que a presença de todos os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal exigidos pelos arts. 28 e 29 da Lei nº 8.666/93.

Ademais, também restou comprovado, conforme exigência do art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a justificativa da escolha do prestador de serviço, bem como a comprovação da compatibilidade do preço com o praticado com o mercado, havendo, inclusive, amplo histórico de contratações do artista com entidades que

² (STF: Inq 2482, intervenção da Ministra Cármen Lúcia, inteiro Teor do Acórdão, página 33.)

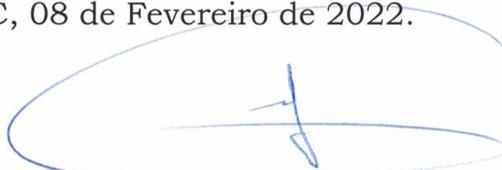
integram a administração pública em suas mais variadas esferas e em valores equivalentes à presente contratação.

3 – Conclusão

Diante do exposto, considerando os fundamentos fáticos e jurídicos acima delineados, bem como a documentação acostada aos autos em epígrafe, esta Assessoria Jurídica OPINA pela possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, da Empresa Mundo Livre Entretenimento e Produções, detentora dos direitos de exclusividade para representação da dupla de artistas, para a realização do show de DAVI E FERNANDO, com fundamento no inciso III, art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Salienta-se, por derradeiro, que a presente manifestação possui natureza estritamente jurídica/consultiva, não tendo o condão de cancelar opções técnicas adotadas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

Cordilheira Alta/ SC, 08 de Fevereiro de 2022.



Clériston Valentini – OAB/SC 27.754
Assessor Jurídico