

Gameleira, 27 de dezembro de 2023.

PARECER

Interessado: Procuradoria Geral do Município da Gameleira (PE);

Assunto: Solicitação de parecer jurídico para inexigibilidade de licitação.

EMENTA: CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ART. 25, III DA LEI 8666/93 – SETOR ARTÍSTICO.

I – RELATÓRIO:

O Secretário Municipal de Cultura, Esporte, Turismo e Juventude da Gameleira, através do expediente, datado de 27 de dezembro de 2023, o qual solicita parecer jurídico sobre os aspectos jurídico-formais à cerca da possibilidade da contratação de profissional do setor artístico, através de empresário exclusivo, por inexigibilidade de Licitação, com fundamento no art. 25, III da Lei de Licitações, o que temos a considerar o seguinte:

Trata-se de contratação de show para apresentação da atração musical “**BANDA DESEJO DE MENINA**”, o qual tocará no dia **14 de janeiro de 2024 – Festa de Nossa Senhora da Penha 2024 do Município da Gameleira – PE.**

O referido evento realizar-se-á através da contratação da empresa **YARA TCHE E ALESSANDRO EVENTOS LTDA – CNPJ nº 30.331.267/0001 – 22**, empresário exclusivo da atração musical supracitada, enquadrando-se, assim, nos ditames do art. 25, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93 e posteriores alterações.

No que importa a presente análise, vieram instruídos com os seguintes documentos:

- a) Ofício nº 078/2023, datado de 27 de dezembro de 2023, expedido pelo Secretário Municipal de Cultura, Esporte, Turismo e Juventude da Gameleira;
- b) Termo de Referência;
- c) Proposta;
- d) Notas fiscais;
- e) Contrato de Exclusividade;
- f) Declaração de reserva orçamentária;
- g) Documentos de regularidade jurídica, fiscal, trabalhista, social e contábil da contratada;
- h) Documentos de regularidade e releazer da atração artística..

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A necessidade da contratação dessa atração se deve a Festa de Nossa Senhora da Penha, sendo esta data parte do calendário de festividades do ano de 2024.

A atração musical, que compõe a programação é, segundo o consulente, conhecida pelo público, consagrada pela crítica especializada e pela opinião pública, haja vista a mesma realizar diversos shows no país, fazendo enorme sucesso, haja vista a mesma realizar durante esses últimos anos de carreira com um repertório musical de grande sucesso.

O demandante continua informando no seu ofício que a referida atração apresenta o forró como ritmo principal, o qual vem fazendo ao longo desse tempo grande sucesso em sua carreira em razão da quantidade de shows realizados no país.

Aduz ainda, mas não menos importante, que a qualidade da atração musical é consagrada pela crítica especializada, bem como pela opinião pública, o que pressupõe pela documentação comprobatória acostada no processo.

II. A – VIABILIDADE JURÍDICA DA INEXIGIBILIDADE:

A contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação, é perfeitamente possível, eis que encontra fundamento factual e legal. Senão vejamos:

A Constituição da República impõe ao Poder Público o dever de observar o princípio instrumental da licitação¹, cuja finalidade - *em termos simplórios* - é propiciar a contratação mais vantajosa à Administração².

Art. 37, XXI, CF/88 - ressaltados 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.

Tal princípio da Licitação, por ser regra, deve ser lido da forma mais extensível quanto possível, ao passo que as exceções devem ser lidas e interpretadas de forma restritiva. Assim manda a lei licitar sempre quando possível e contratar sem licitação somente quando estritamente necessário.

¹ Note-se que diante do postulado da **indisponibilidade do interesse público** a licitação também é considerada como indispensável

² Veja-se que o alcance da isonomia, por exemplo, também constitui um dos princípios basilares da realização da licitação, ao lado de outros.

Entretanto, a legislação prevê, expressamente, a existência de casos que excepcionam o dever de licitar. São os casos das licitações tidas por **inexigíveis, dispensadas** ou **dispensáveis**. A contratação ora sob análise se amolda à hipótese de inexigibilidade de licitação, eis que se subsume à hipótese do art. 25, III da Lei n.º 8.666/1993.

Vejam os.

Visa-se a contratação de banda artística, indubitavelmente, consagrado que, no caso, tanto o é pela crítica especializada como **também** pela opinião pública³

Diante da subjetividade que permeia a contratação inferimos que não há **parâmetros objetivos** hábeis a autorizar disputa em âmbito concorrencial. Diante disso impõe-nos afirmar que a licitação, *in casu*, **não é possível**.

Marçal Justen Filho ensina que nestes 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”.

Isso porque a atividade artística consiste em emanção direta da personalidade e da criatividade humana e nessa medida é impossível verificar-se a identidade de atuações⁴ entre possíveis concorrentes.

“A arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.⁵

Nesse diapasão segundo a Lei Federal n.º 8.666/1993:

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.

Forçar a Administração Pública a realizar licitação, nestes casos, resultaria um procedimento inútil e contrário ao interesse do Poder Público e, no ponto, não se olvide os altos

³ Pelo texto legal não é necessário haver a consagração especializada e também da opinião pública. Para a Lei basta que seja pela crítica especializada **OU** pela opinião pública. O pretenso contratada preenche duplamente o requisito de consagração

⁴ Marçal Justen Filho (2014, p. 514)

⁵ José dos Santos Carvalho Filho *in* Manual de Direito Administrativo, 22ª ed. Editora Lumen Juris. 2009. P. 258

custos dispendidos pela Administração toda vez que realiza licitações, seja com a mobilização do aparato técnico ou administrativo que utiliza para levar a cabo o procedimento.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Marçal Justen Filho, ao analisar o caput do art. 25, com a costumeira precisão, ensina:

“Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se, esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput.”

E arremata o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“Casuísmos e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração”⁶⁶

Desta feita, verifica-se que é inviável a abertura de processos licitatório para a contratação em comento, destarte, a lei de licitações prevê a contratação por inexigibilidade quando se demonstra que há competição.

II. B - REQUISITOS DA LEI Nº 8.666/93:

Conforme já falamos, a contratação sob análise amolda-se à hipótese do art. 25, III da lei de Licitações e Contratos:

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.

Da leitura do dispositivo, pode-se depreender a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de artistas, a saber:

- 1). Que o serviço seja de um artista profissional;
- 2). Que a contratação seja realizada, diretamente, ou mediante empresário exclusivo;

⁶⁶ Estudos e Pareceres de Direito Público, vol. 11, São Paulo: Ed. RT, 1991, p 25.

3). Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A primeira questão a ser investigada é se o artista a ser contratado é profissional, excluindo-se a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Somente os profissionais, estabelecidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com base nesse dispositivo.

II. C -- DO ARTISTA PROFISSIONAL:

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra "Contratação Direta sem Licitação", Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726 (grifos nossos):

"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, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública."

A lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – **excluindo** da possibilidade da contratação direta os **artistas amadores**. Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

II. D -- CONTRATAÇÃO REALIZADA MEDIANTE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO OU DIRETAMENTE:

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, contratação direta somente poderá ser realizada pela Administração Pública com o próprio artista, ou através de empresário que detenha contrato de exclusividade para todo e qualquer evento por ele produzido.

O TCU já enfrentou o assunto:

Contratação direta. Inexigibilidade. Artistas consagrados. Na contratação direta de artistas consagrados, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, **deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado**. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade. Acórdão 642/2014-Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Valmir Campelo).

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, **a apresentação de atestado de exclusividade restrito aos dias e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o**

artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, condenação em multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que **o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição** de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. (TCU. Acórdão 5288/2019- 2ª Câmara)

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito ao dia e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que **o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição** de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. (TCU. Acórdão 8493/2021- 2ª Câmara)

Não se deve confundir a contratação direta por meio de empresário exclusivo com aquela intermediada por empresas de produção de eventos de profissionais do setor artístico, que possui regime jurídico próprio, proveniente da peculiaridade das negociações estabelecidas entre as partes.

Neste último caso, deve-se observar a regra geral da licitação aplicável para a prestação de serviços em geral para a Administração Pública, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 8.666/93, evitando-se, assim, a contratação direta desvirtuada, por interposta pessoa.

No presente caso, diante da documentação colacionada aos autos, **verifica-se a existência de contrato de exclusividade entre o empresário e a atração a ser contratada, o qual preconiza a exclusividade devidamente em vigor, com abrangência nacional.**

II. E – CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA:

O terceiro pressuposto diz respeito à **consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública**. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/93⁷, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo, o que foi devidamente feito.

Em que pese a atividade artística consistir em emanção direta da personalidade, é óbvio que isso não impede eventual comparação entre 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 nº 8.666/93.

⁷Art. 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.

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 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.

Para a contratação direta, é preciso demonstrar nos autos o motivo de convencimento da consagração do artista, a exemplo: a discografia profissional artística, premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros, salvo nos casos de notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa qualquer tipo de comprovação. Essa necessidade foi preenchida pela juntada de documentos aos presentes autos.

Note-se ainda que este último requisito destina-se a evitar contratações desarrazoadas ou arbitrárias, em que o gestor público possa imprimir uma preferência pessoal na contratação de um amigo, um parente, ou ainda de profissional sem qualificação reconhecida. Faz-se necessário que a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam a virtude do artista contratado.

Portando, ficou evidenciada a consagração pela crítica especializada, através da documentação carreada aos autos pelo Secretário de Cultura, Esporte, Turismo e Juventude da Gameleira.

III – RESERVA ORÇAMENTÁRIA:

Para a realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, é necessário que haja previsão de recursos, previamente, ao pagamento da obrigação.

Foi evidenciado no termo de referência em análise que a unidade possui recursos para suportar a despesa a ser realizada. Por isso, há o integral atendimento aos dispositivos art. 7º, inc. III, § 9º e art. 55, inc. V, ambos da Lei 8.666/93, conforme rubrica orçamentária apresentada pelo Secretário de Cultura, Esporte, Turismo e Juventude da Gameleira, devidamente chancelada pela declaração de reserva orçamentária.

IV – DA JUSTIFICATIVA DO VALOR:

Os preços apresentados pela empresa exclusiva oferecem compatibilidade, segundo o ordenador de despesas, com os valores praticados no mercado, conforme se verifica nas notas fiscais anexadas, de eventos/shows congêneres ao que será realizado no dia 12 de janeiro de 2024.

V – CONCLUSÃO:

Pelo exposto, restrita aos aspectos jurídicos formais, esta Procuradoria Municipal opina pelo prosseguimento do feito, devendo o ordenador de despesas observar as recomendações aqui

formuladas. Preenchidos os requisitos legais, consoante a fundamentação supra, não haverá óbice a à contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, III da Lei de Licitações e Contratos, sobretudo, porque evidenciado a impossibilidade de licitação, por ausência de possibilidade de concorrência.

Neste sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho (2010, p. 358-360):

“Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação.”

Por todo o exposto, vistas as ressalvas, definimos nosso posicionamento para dizer que, é possível a inexigibilidade de licitação para contratação da atração artística **BANDA DESEJO DE MENINA**, através de empresário exclusivo, razões quais, caracteriza-se hipótese inviabilidade de competição.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.



Eduardo Jorge de Melo Martins
Assessor Jurídico
OAB/PE nº 41.674