

PARECER

EMENTA: INEXIGIBILIDADE. CONSULTA VISANDO A CONTRATAÇÃO DIRETA DA BANDA SWING DO AMOR. ART. 25, CAPUT, E INCISO III.

1. HISTÓRICO

Foi realizada consulta pelo Fundo Municipal de Cultura de Condado no tocante à contratação direta, por meio de inexigibilidade da atração musical SWING DO AMOR para se apresentar durante o evento festivo.

Além dos Termo de Inexigibilidade, datado de 09 de maio, foi encaminhada a minuta de um contrato para análise.

Pois bem, levando em consideração que se trata da mesma matéria, esta assessoria emitirá um único parecer, que trará orientações para todas as contratações acima mencionadas.

Passa-se a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Da Análise Por Parte desta Assessoria:

De início, antes de adentrar especificamente no processo encaminhado, **é de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico**, de modo que não é competência, tampouco cabe-nos relatar/opinar sobre aspectos relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira, salvo naquelas situações absurdas, de fácil verificação.

Isso quer dizer, para que reste claro, que não cabe a esta assessoria discutir a necessidade da realização da contratação, suas

especificações, ou mesmo se o artista é consagrado pela crítica especializada ou opinião pública, tampouco o preço, já que lhe falta conhecimento para tanto.

Os limites do presente parecer acima mencionados se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa.

Ou seja, quando a matéria for eminentemente técnica, envolvendo aspectos multidisciplinares (jurídica, preços de mercado, necessidade da contratação), como é de um procedimento que visa a contratação por ente público, convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, que preconiza da seguinte maneira:

“O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade”;

Curial destacar, ainda preliminarmente, que a natureza do parecer ora elaborado é meramente opinativa, devendo, por essa razão, passar pelo crivo da CPL, assim como do ordenador de despesas, uma vez que a opinião explanada não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

3. Da Análise:

É cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, prevê que:

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

Percebe-se, pois, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório, sendo dever do administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes.

Ocorre que a redação do próprio inciso já se inicia elucidando a possibilidade de, em determinadas situações, haver exceções à obrigatoriedade de licitar, o que caberia à legislação infraconstitucional dispor, quando da regulamentação do dispositivo constitucional, como de fato foi feito, através da lei 8.666/93.

A supramencionada lei prevê a possibilidade da contratação direta, que pode ocorrer nos casos de licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24), e licitação inexigível (art. 25).

Como ressaltado acima, o artigo 25 trata da hipótese em que a licitação é inexigível, ou seja, **quando não é viável a competição**, seja em decorrência da singularidade do objeto contratado ou da **existência de único agente apto a realizar/fornecer o serviço/produto buscado**.

Compreende-se, de pronto, que não é apenas nos casos onde não há uma pluralidade de alternativas que é inexigível a licitação.

Neste sentido:

“o conceito de viabilidade de competição não é simplisticamente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem numerosas situações em que a competição é inviável não obstante existirem vários particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. Dialética. São Paulo.)

Assim, tem-se que na inexigibilidade a licitação não é possível pela inviabilidade de competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório, havendo a contratação direta.

Por outro lado, curial ressaltar que dentre o **rol exemplificativo** do artigo 25, temos o inciso III, que dispõe sobre a contratação de profissional de



qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Senão vejamos:

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.

Assim, para que haja a possibilidade da contratação por meio de inexigibilidade, com base em tal inciso, cogente é a observância de alguns pontos, a saber: contratação de uma atração artística, diretamente ou através de empresário exclusivo, sendo também consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

No que tange à atração artística, de bom alvitre destacar o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública” (Fernandes. Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 615).

Registre-se, desde já, que de acordo com o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, e, portanto, é incompatível com a Constituição Federal a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB).

É imprescindível, ainda, que a contratação seja diretamente com artista/banda ou através de seu empresário exclusivo, visto que, dessa forma, inviabilizaria a competição.

Quanto a tal ponto, entende esta assessoria ser importante fazer uma ressalva acerca da contratação por meio de empresário exclusivo.

É que tanto o TCU quanto o TCE-PE possuem entendimento que a representação/declaração concedida apenas para o período dos eventos, não tem o condão de gerar a relação de exclusividade empresarial nos moldes intencionados pelo legislador.

Cite-se, nesse diapasão, o acórdão 96/2008 do TCU, assim como a decisão nº04/2011 do TCE-PE, nos autos da auditoria especial nº. 0906449-7.

Ou seja, para fins de comprovação faz-se necessária a apresentação de cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrada em cartório.

Nesse mesmo sentido o TCE-PE, em julho do de 2017, encaminhou Ofício Circular nº 10/2017, orientando que em todos os processos de inexigibilidade para a contratação direta por meio de empresário exclusivo, seja acostado aos autos cópia do contrato que comporte, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial de representação e do percentual a ser ganho no valor contratado.

No caso, foi juntado contrato de exclusividade devidamente registrado no Cartório, cabendo à Administração, em havendo dúvida, diligenciar a fim de verificar a veracidade das informações.

Registre-se, ainda, que exige o inciso III que a atração seja consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Quanto a tal ponto, impende destacar que não cabe a este assessor se imiscuir no mérito se a atração acima citada é consagrada pela crítica especializada ou opinião pública, já que não possui conhecimento para tanto, cabendo tal análise, pois, ao Setor responsável que requereu a contratação.

É fato, ainda, que não é necessária a cumulação dos requisitos citados acima, bastando a comprovação de uma das duas hipóteses (ser consagrado pela crítica ou opinião pública) para restar cumprida a determinação legal.

De mais a mais, é certo que as expressões utilizadas, neste caso, são termos jurídicos indeterminados, havendo um alto grau de relatividade.

E no tocante à relatividade da análise da consagração do artista, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser aliado de eventual contratação. **A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.** (FILHO, Carvalho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006)

Não há, portanto, um conceito padrão sobre o que seria "consagração pela crítica especializada" ou "consagração pela opinião pública" e, por se tratar, como dito acima, de termos jurídicos indeterminados, possibilita certa dose de subjetivismo, não havendo sequer critério específico se essa consagração pela crítica ou opinião pública seria local, regional ou nacional.

Tentando dirimir a celeuma, Diógenes Gasparini sugere um critério, a nosso ver, econômico, de modo que, se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, basta a consagração local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional.

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública. (GASPARINI,

Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo:
Editora Saraiva, 2009"

De todo modo, a doutrina tem como parâmetro alguns pontos para comprovar a consagração pela crítica, como a juntada de noticiários de jornais e sites da internet, demonstração de contratações pretéritas para atração junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos, sendo certo que referidas documentações, das atrações pretendidas, foram juntados aos autos.

Quanto à opinião pública, essa, obviamente, dependerá de critérios regionais e locais, visto que um artista pode ser consagrado em um determinado Município e pode não ser em outro. Enfim, dependerá do caso concreto.

De outra banda, ressalte-se que, além dos requisitos previstos no artigo 25, para fins de contratação direta, através de inexigibilidade, é de bom alvitre analisar se o caso em questão preenche os ditames do artigo 26 da Lei de Licitações:

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

(...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

No tocante ao inciso II, percebe-se que deve a administração apontar os motivos que levaram ao seu convencimento quanto à contratação, elucidando, no processo de contratação, os que levaram a contratação direta.

Neste ponto, consta as justificativas nos TRs para a escolha da pretensa contratada.

Destaque-se, neste ponto, que não avaliou-se o mérito das justificativas apresentadas, até por falta de conhecimento na matéria, mas apenas verificou-se se o enquadramento legal da contratação pretendida.

Logo, restou configurada nos autos motivação técnica para a subsunção da presente hipótese à inexigibilidade de licitação, com apontamento das causas que levaram a administração a concluir pela impossibilidade de competição.

Quanto aos valores, a regularidade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública.

A propósito, observa Marçal Justen Filho:

"A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais."

Também nesse meandro já se manifestou o TCU:

"Quando contrata a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993" (TCU – Acórdão nº. 822/2005, Plenário)

No caso, infere-se que há apenas duas contratações com o Poder Público. Orienta-se para que sem juntadas pelo menos 3 comprovações junto ao Poder Público, por externar mais a realidade dos valores praticados.

De outro turno, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 Plenário), deve ser observada a exigência legal (arts. 29, incisos I a IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993) de

que nas licitações públicas, mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a comprovação da regularidade fiscal, a qual deve ser verificada pela área técnica antes da assinatura do contrato.

Registro, de mais a mais, que se eventualmente forem realizadas as contratações ora em discussão, imperioso consignar nos autos, o comprovante de designação de representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual, em observância às exigências contidas nos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93.

Nesse meandro:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...)9.2. com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Agência Nacional de Energia Elétrica a adoção das seguintes providências: (...)9. faça constar dos processos de contratação comprovante da designação do representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução do respectivo contrato, em observância às exigências contidas nos arts. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93; (Acórdão nº 642/2004 – Plenário)

Assim, apenas e possível a contratação por meio de inexigibilidade, se preenchidos todos os requisitos apontados acima.

CONCLUSÃO

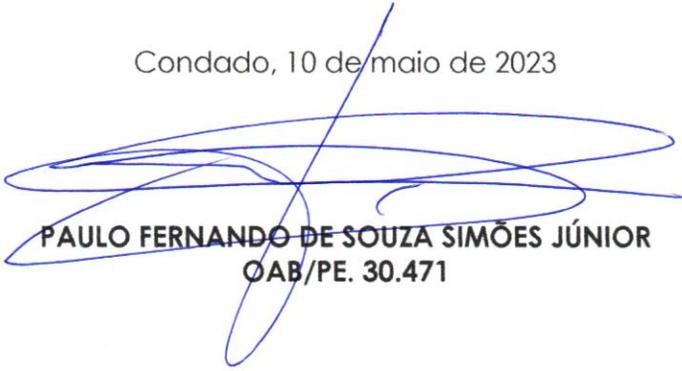
Ante o exposto, manifesta-se esta Consultoria Jurídica, abstendo-se de imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade, pela inexistência de óbices jurídicos às pretensas contratação direta, com supedâneo no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93, desde que observadas as recomendações e orientações contidas no presente opinativo.

Sugere-se, ainda, que haja diligência com relação que às certidões que eventualmente foram apresentadas, bem como seja analisado junto ao TOME CONTA os valores ofertados.

Alerto, por fim, que acaso seja feita a inexigibilidade, deverá ser comunicada 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, conforme disposição do já citado artigo 26.

Esse parecer é meramente opinativo, não vinculando a atuação da Administração Pública.

Condado, 10 de maio de 2023


PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR
OAB/PE. 30.471