

PARECER

Consulente: A Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura Municipal de Sanharó, Estado de Pernambuco.

Consulta: Inexigibilidade nº 00007/2024, para contratação artística da banda “KELLY FREITAS & WILTON BELLO”, para apresentação no dia 22/06/2024, em decorrência das tradicionais festividades Juninas do Município de Sanharó.

Veio a esta Procuradoria o Processo de Inexigibilidade nº 00007/2024, para contratação artística da banda “KELLY FREITAS & WILTON BELLO”, para apresentação no dia 22/06/2024, em decorrência das tradicionais festividades Juninas do Município de Sanharó.

Inicialmente, cumpre dizer que os Municípios têm obrigações em relação ao incentivo dos valores artísticos, como consta na prescrição contida nos artigos 23, incisos III a V, e 216, ambos da Constituição Federal.

Essencialmente a inexigibilidade deve ser instruída com os elementos que a Lei de Licitações elenca de forma bastante nítida, valendo salientar que os elementos de constituição do Certame devem ser visualizados como um todo e não como artigos esparsos. Com isso, devem ser atendidos não apenas os requisitos do artigo 74, inciso II, mas também o seu § 2º e demais disposições, da Lei Federal nº 14.133/21, além, dos princípios que regem o Direito Administrativo Pátrio. Vejamos:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Obviamente, se há um único particular em condições de executar a prestação do serviço, o Certame torna-se imprestável, pois inviabiliza a competição e, conseqüentemente, a licitação é inexigível. A inviabilidade de competição, autoriza o gestor a contratar profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Após uma breve análise do mencionado artigo 74, percebe-se que o requisito indispensável para a regular contratação, por meio de inexigibilidade de licitação, para contratação dos artistas, é a consagração destes pela crítica especializada ou pela opinião pública, segundo os exatos termos da lei. Nesse diapasão, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles¹:

“O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

As noções de “consagração”, “crítica especializada” e “opinião pública” são conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, termos abertos, polissêmicos, cujo sentido e alcance são preenchidos pela margem de apreciação da autoridade administrativa ao ponderar as circunstâncias do caso concreto, observados os Princípios que regem a Administração Pública.

E aí, importante se faz trazer à baila os ensinamentos do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ainda em comentários da antiga Lei de Licitações, sobre a amplitude geográfica da consagração:

“Demanda referência breve, mas especial, a amplitude geográfica da consagração anteriormente referida para justificar a contratação direta. **Haverá inexigibilidade de licitação se o profissional for consagrado apenas pela opinião pública de uma cidade? Ou de um Estado? Ou é necessário que tenha sido consagrada nacionalmente?** O tema tem alguma relação com a amplitude da notoriedade, referido no estudo do inciso anterior, mas, no presente caso, só foi enfrentado por Diógenes Gasparini, Carlos Motta e Mariense Escobar, que aludem à conveniência de **aceitar a notoriedade local, regional ou nacional, se o contrato estiver dentro do limite do convite, no âmbito do limite**

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 99.

da tomada de preços, ou dentro do limite de concorrência, respectivamente.

Assim, como exposto anteriormente, parece que a amplitude geógrafa da consagração não deve levar em conta propriamente a modalidade da licitação, mas o universo dos possíveis licitantes, estabelecido a partir do âmbito alcançado com a divulgação do ato convocatório, nos termos do art. 21 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, para convite, que só precisa ser afixado no local da licitação, a consagração pode restringir-se ao âmbito local, da cidade ou Município licitante; no caso de editais que são publicados apenas em jornal local ou Diário Oficial do Estado, a consagração pode ser Regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional, este será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração pela crítica especializada ou opinião pública". (destacamos)

Assim, tem-se que a inexigibilidade da realização do competente certame licitatório materializa-se quando não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; e a licitação é, portanto, inviável.

Segundo Marçal Justen Filho a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única².

Face tal premissa tão verdadeira quanto óbvia, concebemos 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 competição³ face trata-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, leciona Marçal Justen Filho que "Nesses casos torna-se inviável a seleção através de

² É pacífico nos meios jurídicos a assertiva de que o simples fato da hipótese enquadrar-se no dispositivo legal não opera automaticamente a inexigibilidade, sendo necessário a cautela, por parte da Administração Pública, de critérios de conveniência e oportunidade, qual seja, do mérito do ato administrativo.

³ 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.

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”.

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, 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 a discricção administrativa da autoridade, que deverá, então, evidenciar a pertinência e a adequação de seus motivos bem como justificar o valor a ser pago pelos cofres públicos para tal contratação.

Reiterando, entende-se que não se pode, objetivamente, aferir e comparar a “arte e o talento” de tais profissionais, todavia, é 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 pela Lei, que regula a contratação direta de profissionais de qualquer setor artístico. São eles:

- a) Comprovação da inviabilidade de competição;
- b) Contratação de artista, diretamente ou através de empresário exclusivo;
- c) Profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Exatamente pela razão supra, a lei submete também os processos de inexigibilidade ao dever de justificar e motivar os atos de escolha e contratação e a pesquisa de preços. 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 ser 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

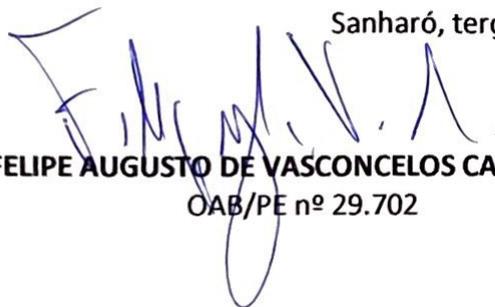
a finalidade pública, devendo esta atividade administrativa prévia conduzir à seleção da alternativa mais coerente.

Por fim, em homenagem aos detalhes necessários, traz à tona Jorge U. Jacoby que alerta para a necessidade da justificativa da escolha, que deve apontar *“as razões do convencimento do agente público, registrando-se no processo de contratação os motivos que levaram à contratação direta”*.

Isto posto, se vê como totalmente possível a contratação artística através da inexigibilidade de licitação.

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Sanharó, terça-feira, 14 de maio de 2024.



FELIPE AUGUSTO DE VASCONCELOS CARACIOLO
OAB/PE nº 29.702