PARECER JURÍDICO

Processo 037/2023
Inexigibilidade 016/2023

Assunto: Processo Licitatório. Inexigibilidade. Parecer Jurídico. Possibilidade. Legalidade.

1. RELATÓRIO

Trata-se de análise da possibilidade e legalidade da realização de Processo de Inexigibilidade, tombado sob o nº 016/2023, pela Comissão de Licitação da Prefeitura do Município de Cumaru, no estado de Pernambuco.

O processo em epígrafe tem por objeto a **contratação de apresentações artísticas em virtude da 77ª Tradicional Festa de Santa Terezinha, neste Município de Cumaru/PE, que acontecerá nos dias 29 e 30 de setembro e 1º de outubro.**

Oportuno esclarecer, inicialmente, que o exame jurídico é feito nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, abstraindo-se os aspectos de conveniência e oportunidade da contratação em si. Nada obstante, recomenda-se que a área responsável atente sempre para os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, sobretudo, os da impessoalidade e da economicidade, que devem nortear as compras e contratações realizadas pela Administração Pública. Dito isso, passa-se a análise do processo.

É o que importa relatar.

2. ANÁLISE JURÍDICA

Como alhures exposto, versam os presentes autos acerca da análise da possibilidade e legalidade quanto à realização do Processo de Inexigibilidade 016/2023, a ser realizado pela Prefeitura do Município de Cumaru/PE.

De proêmio, é imperioso destacar as principais características e definições legais acerca desta modalidade de procedimento licitatório.

Da análise da Constituição Federal em seu art. 37, XXI, em conjunto com o art. 2º da Lei 8.666/93, infere-se a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para as

contratações públicas no que concerne a obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos de inexigibilidade e dispensa do procedimento, previstos neste mesmo Diploma Legal.

Com efeito, permite-se, em casos excepcionais, a contratação sem que haja a realização do procedimento licitatório em sua completa formalidade, desde que observados os princípios Constitucionais-Administrativos insculpidos no Diploma Legal já mencionado.

Dentre as excepcionalidades à formalização completa do procedimento, encontra-se a hipótese de Inexigibilidade de Licitação, estabelecida no art. 25 da Lei 8.666/93.

> 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.**
>
> § 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.

Dentre as hipóteses de inexigibilidade, como destacada, encontra-se a hipótese de contratação direta de profissionais do setor artístico, tendo em conta, principalmente, a inviabilidade de competição pela exclusividade da atividade desenvolvida, visto que o artista

confere ao serviço a singularidade de seu desempenho. Configura-se como espécie de atividade de caráter personalíssimo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 482/495)

> Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.
> [...]
> A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é
> semelhante à do inciso anterior: o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Neste sentido, manifestou-se o Tribunal de Contas do estado de Pernambuco acerca do tema:

> PROCESSO T.C. Nº 0906449-7
> AUDITORIA ESPECIAL REALIZADA NA EMPRESA DE TURISMO DE PERNAMBUCO S/A – EMPETUR
> RELATOR: CONSELHEIRO MARCOS LORETO
> ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA
> DECISÃO T.C. Nº 0004/ 11
> Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 11 de janeiro de 2011, CONSIDERANDO que vários contratos assinados entre a EMPETUR e as empresas contratadas para prestarem serviços no âmbito dos eventos “Verão Pernambuco” e “Festejos Natalinos” tiveram suas datas alteradas indevidamente;
> CONSIDERANDO que vários contratos foram assinados com data posterior ao início da realização do seu objeto;
> CONSIDERANDO a não publicação da ratificação das inexigibilidades, descumprindo o artigo 26 da Lei de Licitações, bem como evitando a publicidade necessária dos referidos atos;
> CONSIDERANDO a não formalização dos processos de inexigibilidade e dispensa, conforme estabelecido no artigo 26, parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos;
> CONSIDERANDO a contratação de empresas sem as formalidades legais exigidas, como a apresentação de certidões de regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira;
> CONSIDERANDO que restou claro o descumprimento do Decreto Estadual nº 30.223/2007, artigo 4º, visto que os serviços de publicidade

foram contratados sem interveniência da Secretaria de Imprensa do Estado;

CONSIDERANDO que foram contratados artistas, por inexigibilidade de licitação, através de empresas que não detinham a exclusividade dos artistas, nos termos previstos no artigo 25, inciso III, do Estatuto das Licitações;

CONSIDERANDO que foram contratados artistas, por inexigibilidade de licitação, sem a comprovação exigida pelo artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, ou seja, que os mesmos eram consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública;

CONSIDERANDO que foram realizados contratos de dispensa e inexigibilidade sem as condições exigidas pelo artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, ou seja, razão da escolha do contratado e justificativa dos preços avençados;

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Festejos Natalinos", foram pagos recursos da ordem de R$ 2.137.000,00 (dois milhões, cento e trinta sete mil reais) sem nenhuma comprovação da realização dos shows contratados, tendo o Governo do Estado devolvido todo esse valor ao Ministério do Turismo;

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Verão Pernambuco", não houve a comprovação da realização de parte dos shows artísticos, ou total desconformidade com o plano de trabalho, no valor de R$ 1.249.535,30 (um milhão, duzentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e cinco reais e trinta centavos);

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Verão Pernambuco", a quantidade de recursos estaduais envolvidos (contrapartida) foi de R$ 875.000,00 (oitocentos e setenta e cinco mil reais), devendo esta Corte se limitar a imputar débitos até esse limite. Os demais recursos são de competência do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71, inciso VI, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que é proibido o pagamento de despesas sem sua efetiva liquidação, nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64;

CONSIDERANDO que, nos termos do § 2º do artigo 25 da Lei de Licitações, ficando comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis;

CONSIDERANDO que foram contratados, indevidamente, serviços sem licitação, através da inclusão dos mesmos em inexigibilidades para contratação de artistas.

Julgar IRREGULARES as contas objeto da presente Auditoria Especial, determinando a devolução aos cofres do Estado dos seguintes valores, por seus responsáveis.

Outrossim, determinar que o Governo do Estado, através de seus órgãos e entidades, bem como as Prefeituras Municipais do Estado

procedam da seguinte forma, no intuito de evitar que acontecimentos semelhantes se repitam no futuro:

[...]

2 – Em todos os processos de contratação direta de artista, independentemente do valor, devem constar:

a. Justificativa de preço (inciso III, artigo 26, da Lei Federal nº 8.666/93), com a comprovação através de documentação, relativa a shows anteriores com características semelhantes, que evidencie que o valor a ser pago ao artista seja aquilo que recebe regularmente ao longo do exercício ou em um evento específico;

b. Documentação que comprove a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, quando for o caso (inciso III do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93);

c. Justificativa da escolha do artista (inciso II do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), demonstrando sua identificação com o evento, bem como a razoabilidade do valor e o interesse público envolvidos;

d. Documento que indique a exclusividade da representação por empresário do artista, (inciso II do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), acompanhado do respectivo Contrato entre o empresário e o artista, que comporte, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial da representação e do seu percentual;

e. Comprovantes da regularidade das produtoras junto ao INSS (parágrafo 3°, artigo 195, da CF/88) e ao FGTS (artigo 27, “a” da Lei n° 8036/90 e artigo 2° da Lei n° 9.012/95);

f. Ato constitutivo (ou equivalente) das produtoras na junta comercial respectiva e comprovação de que estão em sua situação ativa, anexadas cópias das células de identidade e do cadastro de pessoa física (CPF) dos sócios das empresas, bem como dos músicos contratados;

g. Cópia da publicação no Diário Oficial do Estado do extrato dessas contratações, devendo, no mínimo, conter o valor pago, a identificação do artista/banda e do seu empresário exclusivo, caso haja (caput do artigo 26 da Lei de Licitações);

h. Nota de empenho diferenciando o valor referente ao cachê do artista e o valor recebido pelo empresário, quando for o caso;

i. Ordens bancárias distintas emitidas em favor do empresário e do artista contratado, quando for o caso.

3 - EM CASO DE CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS QUE NÃO POSSUAM A CONSAGRAÇÃO DEFINIDA NO INCISO III DO ARTIGO 25 DA LEI DE LICITAÇÕES (CONDIÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA SE CONTRATAR DIRETAMENTE), OS ÓRGÃOS PÚBLICOS PODERÃO FAZÊ-LA MEDIANTE SELEÇÃO PÚBLICA COM CRITÉRIOS DEFINIDOS EM EDITAL (PRINCÍPIO DA ISONOMIA), SEM PREJUÍZO DAS EXIGÊNCIAS REFERIDAS ACIMA, QUANDO APLICÁVEIS;

No caso em epígrafe, no que concerne à legalidade, observa-se que as condições fáticas amoldam-se aos dispositivos acima elencados, tratando-se de contratação de artistas

consagrados pela opinião pública, como devidamente demonstrado nos autos do procedimento, fato que elucida o caráter personalíssimo da prestação do serviço em comento, e permite inferir tratar-se de hipótese de Inexigibilidade.

Atendidos todos os requisitos legais básicos, é possível observar que estão presentes no bojo do processo:

a) Autorização para abertura do Processo pela autoridade competente;
b) Termo de abertura do Processo licitatório pelo responsável;
c) Termo de Inexigibilidade que justifica a necessidade de contratação;

3. CONCLUSÃO

Destarte, ante o que foi amplamente exposto, sob o pálio do artigo 25, inciso III da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações posteriores, bem como a jurisprudência do Tribunal de Contas de Pernambuco, **OPINA-SE** pela possibilidade de realização do processo de Inexigibilidade nº 016/2023, entendendo-se que a Administração deve observar todos os requisitos elencados na legislação e na Jurisprudência da Corte de Contas supracitada, a fim de evitar prejuízos.

Ressalta-se que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, objetivando tão somente orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Cumaru/PE, 26 de setembro de 2023.

Cecília de Freitas Gomes
OAB/PE 49.412