

PARECER JURÍDICO – Execução Direta

Processo nº 145/2023.

Modalidade: Inexigibilidade de Licitação.

Interessada: Secretaria Municipal de Turismo e Desenvolvimento Econômico.

Assunto: Contratação da renomada artesã “Margareth Gomes de Moraes da Silva”, através da sua empresa MARGARETH GOMES DE MORAIS DA SILVA 23095644272, inscrita no CNPJ sob o nº 12.980.361/0001-20, para confecção pratos, jogos de café e bandejas personalizados confeccionados a mão e com a técnica de sublimação em forno artesanal pela Artesã do “*Santá - Artesanato Conceitual*” para distribuição como premiação aos bares e restaurantes que participam do Festival Gastronômico durante as comemorações da “FESTA DE MAIO 2023”.

EMENTA: Direito Administrativo. Contratação direta. Aplicabilidade do princípio da inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, III, da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de pedido encaminhado a esta Assessoria Jurídica para fins de manifestação quanto a viabilidade acerca da possibilidade de contratação direta, mediante processo de inexigibilidade de licitação, de profissional artesã renomada à nível regional para confecção pratos, jogos de café e bandejas personalizadas confeccionados a mão e com a técnica de sublimação em forno artesanal pela Artesã do “*Santá - Artesanato Conceitual*” para distribuição como premiação aos bares e restaurantes que participarão do Festival Gastronômico durante as comemorações da “FESTA DE MAIO 2023”.

Salientamos que as referidas canecas, xícaras e pratos personalizados são confeccionados a mão pela artesã, e serão distribuídos junto aos bares e restaurantes que alocaram seus estabelecimentos nos estandes do festival gastronômico promovido pela municipalidade, durante o novenário da “FESTA DE MAIO 2023”, afim de abrilhantar as comemorações alusivas a este evento, o qual reunirá grandes nomes do município, bem como toda a sociedade santa-cruzense.

Assim, os autos vieram a esta Assessoria Jurídica Municipal por exigência do art. 38, inciso VI, e Parágrafo Único, da Lei nº 8.666/93, para análise e emissão de parecer técnico jurídico, tendo em vista a necessidade premente e verificação das justificativas apresentadas pela análise da documentação ofertada.

É o breve relatório.

II – ANÁLISE JURÍDICA:

O presente parecer está adstrito aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, bem como se é caso de inexigibilidade de licitação, mas esta Assessoria Jurídica não adentrará em aspectos técnicos e econômicos, bem como ao juízo de conveniência e oportunidade na contratação pretendida.

Essa impossibilidade sempre decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas.

A espécie normativa que atualmente disciplina esse tipo de contratação é a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Esta veio regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, haja vista a referida norma não ser de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada que, em outros dizeres, significa a necessidade de lei posterior vir regulamentar seu conteúdo para que gere efeitos no mundo jurídico.

No que paira a discussão, cumpre salientar o que trata o artigo 37, XXI da CF/88, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: 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, portanto, que o dever de licitar possui viés constitucional. Esta obrigação significa não apenas aceitar o caráter compulsório da licitação em geral, mas também respeitar a modalidade já definida para a espécie de contratação a ser buscada.

Acontece que a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre eles as hipóteses em que as contratações da Administração Pública não serão precedidas de processos licitatórios, o que não dispensa um processo administrativo, ressalta-se.

Essas exceções normativas denominam-se dispensa e inexigibilidade de licitação, limitadas aos casos definidos nos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93, respectivamente.

Dentro do cenário fático é relevante enfatizar que a inexigibilidade de licitação é utilizada em casos que houver inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a Administração não tem outra escolha, senão contratar, ocasião que a lei de licitações estabeleceu hipóteses legais em rol exemplificativo, como podemos observar na letra da lei, ao estabelecer o termo “em especial”, com posterior apresentação de três hipóteses.

Passando ao estudo da fundamentação legal da inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25 da lei de licitações, nos deparamos com a seguinte determinação:

“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.”

Obs.: Grifo nosso.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esclarece que:

“(…) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. 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.” (Temas polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo: Malheiros, 1994).

Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 25, III, autoriza a contratação direta de profissional artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Porém, não obstante tal permissão, cabe ao Poder Público, mesmo nesses casos, a realização de procedimento prévio, com atendimento às formalidades necessárias para que fique demonstrado, de forma inequívoca, a inviabilidade de competição, a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado.

Repise-se que, para que se caracterize a situação de inexigibilidade descrita nos supracitados inciso e artigo, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no caput do artigo 25, qual seja, a inviabilidade de competição, que, em tais situações, somente se perfaz, através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

Assinale-se, porque necessário, que a inviabilidade de disputa decorre tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular, quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, porque pressupõe, por exemplo, o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual, no caso em comento, artística.

Percebe-se, pois, que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias extra normativas, característica está inerente à inexigibilidade de licitação.

De tal maneira, tem-se que as situações que ensejam tal espécie excludente do certame licitatório não se exaurem nos incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, os quais tratam de hipóteses meramente exemplificativas.

Isso porque, analisando os documentos acostados, bem como a “vida” pregressa da artesã, notadamente no que concerne as suas artes, constata-se que outra conclusão não se chega senão a que perfilhe pelo entendimento de que o serviço oferecido é de notória qualidade e especialidade técnica artística.

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, por sua vez, encontra fundamento na subjetividade que lhes é imanente. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular.

Desta maneira é imperativo ressaltar, em virtude de ser muito frequente a confusão, que a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo a singularidade da expressão artística, e ainda, em razão da natureza do evento que se enquadra na margem do poder discricionário do Administrador, pessoa competente e autorizada pela lei para inferir se o objeto a ser contratado por inexigibilidade é o mais adequado à plena satisfação da ação pleiteada pela Administração.

Diante da clareza do supracitado dispositivo de lei, tornam-se desnecessárias maiores argumentações para dar fundamentação legal a este expediente.

Para todos os efeitos, constitui sempre uma obrigação “*intuitu personae em razão das qualidades pessoais que é exatamente o que fundamenta a Lei das Licitações nos casos de inexigibilidade de licitação*”, como bem descreveu o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o Inquérito 2482-Minas Gerais/MG, que nos permitimos transcrever parte da ementa do Acórdão decorrente do julgamento:

In casu, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso sub judice,

tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas intuitu personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93.

Por fim, considerando-se que a contratação de artistas não é atividade típica do município, deve a mesma ser usada em caráter excepcional, tão somente quando restar constatado, cristalinamente, o interesse público, concluindo-se estar demonstrada de forma efetiva as condições expressas no artigo 25, III, da Lei nº 8.666/1993 para a contratação pleiteada, na modalidade de inexigibilidade de licitação.

Assim, preenchidos os requisitos elencados nos dispositivos epigrafados, é de ser acolhida a contratação.

Por outro lado, por ser importante à compreensão da natureza deste ato, segue uma rápida digressão acerca da essência jurídica do parecer.

No mesmo sentido, eis as palavras de Hely Lopes Meireles, verbis:

“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua”.

Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, escolhe um dos artistas em detrimento dos demais existentes.

Resta definida, dessa forma, a possibilidade técnica da presente modalidade de inexigibilidade de licitação e perfeita adequação do preço proposto.

III – DA MINUTA DO CONTRATO:

Analisada a minuta do contrato apresentada, constata-se que está em conformidade com a Lei de Licitações, nos termos deste parecer.

IV – DA DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRA:

Outra condição necessária para eficácia da contratação em tela será a existência de créditos orçamentários-financeiros já no orçamento vigente. Para essa comprovação, a Secretaria Municipal de Finanças, Controle Orçamentário e Contábil deverá indicar quanto a essa existência.

V – CONCLUSÃO:

Ante o exposto, tendo como fundamento para contratar a previsão legal esculpida no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93 e alterações, e atendidos os requisitos necessários à contratação, esta Assessoria Jurídica opina pela legalidade e regularidade jurídico-formal do Processo Administrativo de Inexigibilidade em comento.

É o Parecer, S.M.J.

Encaminhe-se ao Exmo. Sr. Prefeito, para as providências cabíveis a espécie.

Santa Cruz/RN, em 18 de maio de 2023.

José Ivalter Ferreira Filho
Assessor Jurídico
OAB/RN N° 8314