

Referência: Requisição para abertura de licitação nº 111/2020.

Trata-se de requisição para abertura de Processo Licitatório, cujo objeto é a “**Contratação de empresa para apresentar para apresentar espetacular de mágica em comemoração ao dia da mulher, ao dia da mulher**, de acordo com as especificações descritas no Projeto Básico.”

Na requisição, a Secretaria requisitante faz uma justificativa pormenorizada sobre a necessidade da contratação e a indicação da empresa, da qual anexa ao processo inicial.

Com fulcro no artigo 38, inciso VI da Lei 8.666/93 emitimos o presente parecer, a respeito da contratação pretendida.

Primeiramente, importante traçarmos um paralelo sobre a Dispensa de Licitação (art. 24 da Lei 8.666/93) e a inexigibilidade (art. 25 da mesma Lei).

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação diz-se ser ela dispensável. José dos Santos Carvalho Filho¹ ensina que a licitação dispensável tem previsão no artigo 24 da Lei 8666/93, e indica as hipóteses em que a licitação seria

¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.225.



juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la.

Já no que se refere às hipóteses de inexigibilidade, a licitação é inviável, ou seja, impossível de ser realizada, tendo em vista fatores que impedem a competitividade. Neste sentido, preleciona a doutrina pátria:

“A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica 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”.²

Com efeito, é sabido que, para as empresas ligadas à Administração Pública Indireta, via de regra somente celebrarão contratos se houver um prévio procedimento administrativo, através do qual será selecionada a proposta que for mais vantajosa (LOPES, Hely Lopes. Direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993. p.247).

Referido procedimento, denominado de licitação, encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, verbis:

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 310, 320-321.



“Art. 37 (...). XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas 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”.

No âmbito infra-constitucional, o assunto fundamenta-se, basicamente, na Lei 8.666/93, que em seu art. 2º salienta:

“Art.2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei”.

Assim sendo, da análise desses dispositivos, pode-se concluir que o procedimento de licitação poderá ser mitigado, desde que haja previsão legal que autorize a contratação direta pela Administração Pública. Se tal norma não existir, restar-se-á o negócio jurídico inquestionavelmente contaminado de ilegalidade, porquanto ao Administrador Público só é dado agir nos limites em que a lei autoriza, ao contrário do que ocorre com os entes particulares (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002. p.16).

R



Por certo, levando-se em consideração que em determinadas situações a instauração desse procedimento seria completamente inconveniente, conquanto seja viável, em tese, a competição entre os particulares, a Lei 8666/93 resolveu criar em seu art. 24 as hipóteses de dispensa de licitação, que, segundo o magistério de Jessé Torres Pereira Júnior, *“constituem rol exaustivo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar competição se ocorrente umas das situações previstas em Lei, bem assim regulamento interno da entidade vinculada, não poderá criar hipótese de dispensabilidade”*.

No caso em análise, verifica-se que a contratação de referida empresa de entretenimento, não encontra amparo no rol do art. 24, da Lei 8666/93.

Já o art. 25, assim dispõe:

“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.”

Ao nosso sentir, há hipótese que nos foi apresentada se amolda no quesito de inexigibilidade.



Vale trazer à baila o delineamento ofertado ao tema pelo professor DIÓGENES GASPARINI, que assim define inexigibilidade de licitação:

“Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa com quem se quer contratar o mérito profissional, encontrável, **por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada.** É a circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser proprietária do único ou de todos os bens existentes”

No entanto, convém esclarecer que o fato de haver autorização legislativa para tanto, não restringe a necessidade de que o bom senso prevaleça na situação concreta. Notadamente porque, conforme se colhe da orientação do professor Antônio Roque Citadini:

“A experiência do procedimento da Administração Pública, em todos os níveis – federal, estadual ou municipal – indica que este dispositivo tem servido para contratações com motivação pouco consistente (estudos sobre programas de reestruturação administrativa, reengenharias, disfarçadas consultorias, etc.) além de serem utilizadas para cooptação de mão-de-obra qualificada, por visíveis critérios de apadrinhamento (Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.201)”.



Importante ainda lembrar, que nas situações em que essa regra geral não prevalecer, como acontece, por exemplo, nas hipóteses dispensa e de inexigibilidade de licitação, deverá o Administrador Público justificar os pressupostos de fato e de direito que o levaram a assim agir. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 26, parágrafo único, da Lei 8666/93:

“Art. 26.

(...).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...).

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço”.

Assim, sob a possibilidade de contratação, nota-se que a inexigibilidade no presente caso, decorre da singularidade do objeto a contratar, ou seja, mágica em comemoração ao dia da mulher, onde pelo que imaginamos, que não existe dois mágicos com similitude em suas atuações, pressupõe único nas suas funções.

Quanto ao tema, o eminente jurista, Carlos Pinto Coelho Motta³, citando Régis Fernandes de Oliveira, concorda com este último no sentido de que a singularidade “implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais.”

³ Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 305.



Desta forma, nos documentos que acompanharam o presente pedido de parecer, não há pelo menos por ora, inconsistência capaz de barrar as próximas fases do pleito de contratação. Somos pela sequencia dos atos. No tocante ao contrato à ser assinado após os tramites administrativos, estes devem conter as cláusulas formais e indicar o foro competente para dirimir questões relativas ao mesmo.

É o nosso parecer

Ubiratã, 27 de fevereiro de 2020.


Duarte Xavier de Moraes
Assessor Jurídico
Oab-Pr 48.534

