



PARECER JURÍDICO Nº 09.10.001/2023 - INEXIGIBILIDADE
Quixadá, em 09 de outubro de 2023.



EMITENTE: Procuradoria do Município.
ÓRGÃO SOLICITANTE: Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Turismo – SEDET.
GESTOR: Raimundo Fabiano de Oliveira Lopes.
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12.009/2023-SEDET.
PROCEDIMENTO: Processo de Inexigibilidade de Licitação com fulcro no artigo 25, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações).
OBJETO: Contratação de artista de renome nacional (Zé Cantor), estilo forró, para a realização do evento alusivo as comemorações de 153 anos de emancipação política de Quixadá, que ocorrerá nos dias 26 e 27 de outubro de 2023, na Praça José de Alencar Barros de responsabilidade da Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Turismo do Município de Quixadá - Ceará.

Ementa: Direito Administrativo. Processo de Inexigibilidade visando a contratação de artista de renome nacional (Zé Cantor), estilo forró, para a realização do evento alusivo as comemorações de 153 anos de emancipação política de Quixadá, que ocorrerá nos dias 26 e 27 de outubro de 2023, na Praça José de Alencar Barros de responsabilidade da Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Turismo do Município de Quixadá - Ceará. Análise jurídica da viabilidade legal com supedâneo no art. 25, inciso III da lei nº 8.666/93. Ainda ditames da súmula nº 39 do Tribunal de Contas da União – TCU. Possibilidade desde que observadas as recomendações.

I. DA NATUREZA NÃO VINCULANTE DO PARECER

Antes de adentrar no mérito da presente demanda, faz-se à necessário esclarecer que o presente parecer jurídico não possui caráter vinculante, uma vez que não possui o condão de vincular o entendimento jurídico do advogado



parecerista a decisão terminativa emanada pela autoridade competente para julgar o caso em apreço.

Os pareceres são opiniões, pontos de vista, de alguns agentes sobre assuntos técnicos ou jurídicos submetidos à sua apreciação¹. Em razão de seu caráter opinativo, "o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide" 2.

No caso de advogados, a emissão de parecer está inserida no âmbito do exercício regular da profissão, de forma que são resguardados, nesse ofício, o livre exercício profissional e a liberdade em suas convicções, elementos intrínsecos ao exercício profissional, conforme está disposto no art. 133 da Constituição Federal:

Art. 133: O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A Carta Constitucional assegura a imunidade inerente ao exercício da advocacia, isto é, o advogado goza de direitos e prerrogativas profissionais imprescindíveis para que possa bem desempenhar sua função jurídica, figurando a liberdade e a independência entre as condições fundamentais para o exercício de seu ofício. Não bastasse a previsão constitucional, também as normas que regulamentam o exercício livre da profissão, expressas na Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia, replicam a garantia constitucional e reforçam sua imprescindibilidade. Veja-se o que dispõe o art. 2º da Lei nº 8.906/94:

Art. 2º: O advogado é indispensável à administração da Justiça. [...] 3º – No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

A leitura conjunta da norma constitucional e do Estatuto da Advocacia permitem concluir que não só a atuação jurisdicional do advogado como também a emissão de pareceres jurídicos está incluída entre os atos e manifestações profissionais que são dotados de inviolabilidade profissional e, portanto, não poderiam gerar, isoladamente, qualquer espécie de responsabilização ao seu emissor.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 34. ed. rev., atual., ampl Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book, p. 261. Acesso em: 16 fev. 2022.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 35. ed. rev., atual., ampl São Paulo: Atlas, 2021. E-book, p. 198. Acesso em: 4 fev. 2022





É importante frisar que, ademais de traduzir-se em direito fundamental do advogado, o franco exercício da advocacia serve aos interesses dos cidadãos de modo geral e é condição inescapável para o fortalecimento da democracia. Violar as prerrogativas reservadas a esta classe constitui uma afronta à sociedade e à ordem constitucional, além de fragilizar a democracia ao colocar em risco um de seus pressupostos inescapáveis: a liberdade de manifestação na vida pública.

As prerrogativas da advocacia não são privilégios, mas instrumentos para o exercício profissional contra o uso imoderado do poder e em defesa da sociedade, do Estado de Direito e das liberdades humanas. São, por isso, garantias, "verdadeiras imunidades materiais, para que o advogado possa agir com independência técnica, quer atuando em matéria contenciosa quer consultiva, e o artigo 32 do Estatuto da Advocacia, ao estabelecer os limites da inviolabilidade profissional, deixa claro que só caberá sua responsabilização pelos atos que praticar com dolo ou culpa".²

Assim, a inviolabilidade assegurada ao advogado quando de suas manifestações e atos configura poderosa garantia em prol do cidadão, pois assegura que o profissional legalmente incumbido da honrosa missão de defesa do outro não se acovarde e nem sofra qualquer tipo de represália que limite sua atuação. Não por outro motivo a Constituição Federal classifica a advocacia como função essencial da justiça, pois é à cidadania e à democracia que interessa, em última instância, a proteção conferida à liberdade de atuação do advogado.

Da mais breve leitura do texto constitucional e do Estatuto da Advocacia resta nítido que os posicionamentos do advogado não dependem de qualquer chancela. Exigir que a posição exarada pelo profissional em seus atos e manifestações judiciais ou extrajudiciais seja chancelada por correntes majoritárias ou por correntes doutrinárias e filosóficas específicas quando do exercício de sua profissão configura constrangimento e/ou intimidação aos advogados na plenitude de seu exercício profissional e na tutela dos interesses do cidadão - aquele que mais perde quando o advogado é privado de seus direitos e prerrogativas.

Se o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, a conclusão a que se chega é que não pode ser responsabilizado quando age guiado pela sua consciência na interpretação de leis. Ainda que, posteriormente, se considere que a interpretação dada não foi a mais correta ou acertada, não poderá sofrer qualquer sanção.

Com relação aos pareceres, importante destacar que, isoladamente, o parecer não produz qualquer efeito jurídico e não vincula a autoridade que

² "A abusiva responsabilização de advogados pelos Tribunais de Contas — Parte 2". Disponível em: . Acesso em 16 fev. 2022.





possui competência para o exame da conveniência do ato. Parecer e o ato que o acolhe ou rejeita são distintos. Se assim não o fosse, haveria uma confusão funcional entre advogado e administrador, na qual aquele assumiria a função deste. Por esse motivo, o advogado parecerista não pode ser responsabilizado em conjunto com o gestor público pela eventual ilegalidade do ato administrativo praticado. Nas palavras do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2022)



“o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final, decidindo pela aprovação do parecer. A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer, com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. Semelhante comprovação, entretanto, não dimana do parecer em si, mas, ao revés, constitui ônus daquele que impugna a validade do ato em função da conduta de seu autor” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 35. ed. rev., atual., ampl São Paulo: Atlas, 2021. E-book, p. 199. Acesso em: 4 fev. 2022.

Responsabilizar o advogado, pelo simples fato de ter emitido um parecer jurídico, sem que haja a demonstração de circunstâncias concretas que o vinculem subjetivamente a propósito ilícito, seria estabelecer uma forma de sanção pelo erro na interpretação da lei, bem como cerceamento à independência e à liberdade em sua atuação profissional. A mesma divergência de opiniões, entre juiz e tribunal, este reformando a decisão daquele, pode justificar que se considere, dentro da estrutura de funcionamento do Poder Judiciário, que o primeiro errou. Nunca, porém, que cometeu crime. E, menos ainda, querer responsabilizá-lo administrativamente ou criminalmente. Erros de interpretação jurídica, se houver recurso, podem e devem gerar reforma e acerto. Nunca, porém, responsabilização e punição.

Segundo o STF quando do julgado supramencionado, eventual punição apenas poderia ser aplicada em situações excepcionais, quais sejam, nos casos em que fossem verificados (a) má-fé (dolo), (b) culpa ou (c) erro inescusável. Eis a ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo



contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (MS 24073, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00029 EMENT VOL-02130-02 PP-00379; grifamos)



O entendimento da Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 24631-6 seguiu o mesmo entendimento. A ação foi impetrada por procurador autárquico do DNER contra ato do Tribunal de Contas da União, que lhe responsabilizou por ter apresentado parecer em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, o qual foi considerado, posteriormente, irregular. Ao analisar o caso, o Min. Relator Joaquim Barbosa, primeiramente, ressaltou que parecer consultivo é ato meramente opinativo e que não se confunde com o ato administrativo praticado:

“via de regra, se a lei i) não exige expressamente parecer favorável como requisito de determinado ato administrativo, ou (ii) exige apenas o exame prévio por parte do órgão de assessoria jurídica, o parecer técnico-jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser praticado, e dele não faz parte. Nesses casos, se o administrador acolhe as razões do parecer jurídico, incorpora, sim, ao seu ato administrativo, os fundamentos técnicos; mas isso não quer dizer que, com a incorporação dos seus fundamentos ao ato administrativo, o parecer perca sua autonomia de ato meramente opinativo que nem ato administrativo propriamente é (...)”.

Além disso, importante destacar que, em recente julgado, a Corte analisou pedido de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por advogado que foi denunciado, na qualidade de assessor jurídico, por ter emitido parecer



em processo licitatório supostamente fraudulento. A Segunda Turma do STF, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, concedeu de ofício a ordem para determinar o trancamento da ação penal, por considerar que "parecer puramente consultivo não gera responsabilidade do seu autor" e que, no caso, não existiria "qualquer elemento que vincule o paciente subjetivamente ao fato narrado pela acusação como crime. Em Direito Penal, não se pode aceitar a responsabilização objetiva, sem comprovação de dolo ou culpa". É o que se verifica da ementa abaixo transcrita:



Habeas corpus. 2. Processo Penal. 3. Advogado denunciado por emitir parecer em licitação fraudulenta. 4. Denúncia não aponta participação do paciente para além da assinatura do parecer e do contrato. Impossibilidade de responsabilização do advogado parecerista pela mera emissão de parecer. Assinatura do contrato exigida por lei, para fins de regularidade formal. 5. No processo licitatório, o advogado é mero fiscal de formalidades. 6. Ausência de descrição ou indicação de provas do dolo. Vedação à responsabilização objetiva em Direito Penal. 7. Ordem concedida para determinar o trancamento do processo penal. (HC 171576, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194. DIVULG 04-08-2020 PUBLIC 05-08-2020)

Destaca-se ainda o seguinte precedente que reforça a posição da Corte de que o advogado parecerista não pode ser responsabilizado apenas pela emissão do parecer, mas apenas quando existir elemento concreto que o vincule subjetivamente ao ato ilícito praticado:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização "pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa", consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos



pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos "previsíveis porém de consequências incalculáveis". 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGO





PROVIMENTO por manifesta improcedência. (MS 35196 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 04-02-2020 PUBLIC 05-02-2020)



Nesse caso, o Min. Luiz Fux, relator do processo, teceu as seguintes considerações sobre os riscos de se atribuir ampla responsabilidade aos advogados pela simples emissão de parecer jurídico:

“Atribuir a responsabilidade solidária ao parecerista pode acarretar dois reverses ao funcionamento da Administração Pública. Em primeiro lugar, o parecerista estaria menos propenso a trazer teses inovadoras, ainda que razoáveis, das quais poderia advir soluções mais adequadas ao interesse público em concreto. Em vez de viabilizar políticas públicas, o advogado público se tornaria um mero burocrata, atando-se a procedimentos mais longos, difíceis e custosos. Esse engessamento não acarreta retorno em moralidade pública, mas em ineficiência. Em segundo lugar, a responsabilização plena dos advogados públicos por suas opiniões jurídicas ocasionaria a assunção, por estes, da função de administradores, em que se tratar de cognições distintas. Dentre as atribuições da função, o advogado público emite pareceres jurídicos ao administrador. Trata-se de uma forma de controle interno de legalidade dos atos administrativos, em que assessora o administrador e se posiciona sobre a legalidade de determinado ato da Administração Pública. (...) A assimetria informacional impõe que a responsabilidade do parecerista seja proporcional ao seu real poder de decisão na formação do ato administrativo”.

De tal maneira, incumbe a esta Procuradoria-Geral prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Sob tal aspecto, cabe salientar o que afirma PESTANA, acerca da análise jurídica, uma vez que o sistema permite:

“(…) que o intérprete e o aplicador do Direito no caso concreto, mais das vezes, possam, a partir da sua luminosidade, solucionar questões que, sob a ótica dogmática, poderiam apresentar aparente perplexidade”



Por essa razão, que o saudoso mestre MEIRELLES, ao definir a natureza jurídica do parecer, lecionava:

“(…) pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente.”



Não diferente, JUSTENFILHO ensina que os “atos consultivos são aqueles em que o sujeito não decide, mas fornece subsídios a propósito da decisão. É o caso dos pareceres”.

Logo, o presente parecer jurídico facultativo busca traçar pontos estritamente legais a respeito da questão posta e, quando possível, apresentando elementos que possam colaborar com o Agente Público, tudo como opinamento.

Ante a tudo que fora exposto, entende-se que a emissão do presente parecer jurídico não vincula a decisão da autoridade superior, não podendo desta forma o advogado parecerista ser responsabilizado pela decisão porvindoura definitiva exarada pela autoridade competente.

II. DO RELATÓRIO

Trata-se de pedido encaminhado a esta Assessoria Jurídica para fins de manifestação jurídica quanto a viabilidade acerca da possibilidade de Contratação de artista de renome nacional (Zé Cantor), estilo forró, para a realização do evento alusivo as comemorações de 153 anos de emancipação política de Quixadá, que ocorrerá nos dias 26 e 27 de outubro de 2023, na Praça José de Alencar Barros de responsabilidade da Secretaria de Desenvolvimento Econômico e Turismo do Município de Quixadá - Ceará, por meio de inexigibilidade de licitação.

Competindo-lhe as seguintes atividades de natureza singular, através da modalidade inexigibilidade de licitação, fundamentada no inciso III, do artigo 25 c/c art. 13, III, ambos da Lei Federal nº 8666/93, para análise e emissão de parecer técnico jurídico, tendo em vista a necessidade e as justificativas apresentadas, e ainda compelindo o exame de Documentação e pelo Procedimento da Licitação.

Aponto o recebimento dos autos da inexigibilidade, com as laudas em numeração, nº 12.001/2023-SEDET, para fins do disposto no art. 38 da Lei 8666/93. Nos autos constam:



- a) Ofício da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico e Turismo, acompanhado do termo de referência em que solicita contratação de Serviços de Artísticos;
- b) Proposta de honorários pelo serviço artísticos;
- c) Documentos pessoais dos responsáveis pela empresa;
- d) Documentos da empresa a ser contratada, acompanhado com todas as declarações e certidões cabíveis;
- e) Despacho da Secretaria solicitando a dotação orçamentária;
- f) Despacho informando a existência de dotação orçamentária para contratação;
- g) Declaração do Ordenador;
- h) Autorização de abertura do processo administrativo de inexigibilidade de licitação;
- i) Autuação do Processo Licitatório pela CPL, com posterior consulta a esta Assessoria Jurídica sobre a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação;
- j) Minuta do contrato.



Posteriormente, os autos vieram a esta Procuradoria Municipal por forma do art. 38, inciso VI, e Parágrafo Único, da lei 8666/93.

É o breve relatório.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

II.1. Da Inexigibilidade de Licitação:

A Constituição Federal, consoante princípios e normas estabelecidas pelo art. 37, caput, e inciso XXI, estabelece que obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo licitatório. Assim, depreende-se que no ordenamento jurídico pátrio a regra é a licitação. Entretanto, em casos determinados, a legislação admite a contratação direta sem submissão ao processo licitatório (art. 37, inc. XXI, primeira parte, CF/88).



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."

Dito isso, cumpre pontuar que a contratação de serviços pela Administração Pública deve pautar-se na conveniência, oportunidade, atendimento ao interesse público e na disponibilidade de recursos, além de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, dentre outros.

O art. 37, XXI, como nele se lê, alberga o princípio, ressalvados os casos especificados na legislação. O texto é importante, porque, ao mesmo tempo em que firma o princípio da licitação, prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja, autoriza que a legislação especifique casos para os quais o princípio fica afastado, como são as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Se o princípio é constitucional, a exceção a ele, para ser válida, tem que ter também previsão constitucional. Essa cláusula excepcional é que dá fundamento constitucional as hipóteses, previstas em lei (Lei 8.666, de 1993), de licitação dispensada, de licitação dispensável e as de inexigibilidade de licitação. Regra geral, os serviços acima especificados devem ser realizados por profissionais integrantes do quadro de pessoal da Administração Pública.

Feitas tais considerações, vale assentar que, de acordo com o quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações, 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."



Primeiramente, antes de adentrar nos pormenores atinentes à contratação direta, cumpre-nos apontar que deve o gestor atentar que, a despeito de os processos de dispensa e de inexigibilidade não se sujeitarem à mesma rigidez formal inerente aos processos licitatórios, ambos exigem o cumprimento da etapa de planejamento da contratação, no que couber.

A esse respeito, como bem esclarece Marçal Justen Filho, "a presença dos requisitos indispensáveis à dispensa ou à inexigibilidade apenas poderá ser identificada depois de exauridas as etapas iniciais de identificação do objeto e das soluções cabíveis." É durante a etapa de planejamento, por exemplo, que é elaborado o documento de formalização da demanda; é designada a equipe de planejamento da contratação; são confeccionados o estudo técnico preliminar e o termo de referência, apresentando-se justificativas para a necessidade da contratação e para os quantitativos; é definido com precisão o objeto da contratação; é realizada a pesquisa de mercado; é analisada a adoção de critérios de sustentabilidade etc.

Porém, considerando que o presente Parecer não versa especificamente sobre a etapa de planejamento, não serão aqui apresentados detalhes sobre o tema. De toda forma, quando da indicação dos documentos obrigatórios à instrução dos autos, será feita menção a documentos relativos a essa etapa procedimental.

Retomando o raciocínio inicial, dentre as hipóteses de contratação direta, destaca-se, para os propósitos deste parecer, a inexigibilidade de licitação diante da inviabilidade de competição para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, com espeque no art. 25, inciso III, da Lei Federal 8.666/93, *in verbis*:

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.



Conforme ensina a doutrina³, essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo – diferentemente do que sucede nos casos de licitação na modalidade concurso⁴, por exemplo.



A respeito do tema, colhem-se novamente os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei 8.666/1993. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra. Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição. (nosso grifo)

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

³ Nesse sentido: DELVECHIO, Lucas Rafael da Silva; ALMEIDA, José Carlos Pacheco de; SHIMADA, Rafael Antonio; MACIAS, Vânia Regina. Contratação direta de profissionais artísticos: uma análise dos artigos 25, inciso III e 26 da Lei nº 8.666/93 à luz do repertório jurisprudencial dos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e da União. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 21, n. 75, p. 49- 72, jan./mar. 2020

⁴ Art. 22, Lei Federal n.º 8.666/93: (...) § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias



"(...) 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." (Destacamos).



Nos ensinamentos de JACOBY, esta norma de exceção ao dever de licitar embute 03 (três) requisitos específicos:

- a) *que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;*
- b) *que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo;*
- c) *que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (JACOBY Fernandes, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação, 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 638).*

A primeira questão a ser investigada, conforme comando legal, é se o artista a ser contratado é profissional, excluindo-se a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Somente os profissionais, estabelecidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com base nesse dispositivo.

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. A contratação direta somente poderá ser realizada pela Administração Pública com o próprio artista, ou através de empresário que detenha contrato de exclusividade para todo e qualquer evento por ele produzido.

O terceiro pressuposto diz respeito à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/93, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já decidiu:

Acórdão TCU nº 98/2008 - Plenário 9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que: 9.5.1. quando da contratação de artistas



consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes: 9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento; 9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos; 9.5.2. os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas;

"As hipóteses arroladas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 autorizam o gestor público, após comprovada a inviabilidade de competição, contratar diretamente o objeto da licitação. É importante observar que o rol descrito no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 apresenta elenco exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação." (TCU. Manual de Licitações e Contratos: Jurisprudência e Orientações, p. 619) (grifos nossos) "16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que, na cabeça do seu art. 25, traz a "inviabilidade de competição" como única condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse artigo contêm rol meramente exemplificativo." (TCU. Acórdão nº 648/2014 - Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro) (grifos nossos)

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas do Mato Grosso:

"É cediço a inviabilidade de selecionar o "melhor artista" através de licitação, razão pela qual o legislador previu a contratação por meio de inexigibilidade, conforme regra exposta no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93. Todavia, essa contratação possui condições expressamente estabelecidas em lei, devendo ser direta ou por empresário exclusivo. No caso dos autos, a Prefeitura de Barra do Bugres contratou



por meio de intermediários. Para que a contratação fosse regular, o município deveria ter contratado diretamente com a dupla João Neto e Frederico ou através da empresa Contract Produções Artísticas Ltda, empresário exclusivo da dupla. A contratação mediante intermediador que possui contrato de exclusividade apenas para o evento determinado não supre a exigência legal, caracterizando a irregularidade apontada pela equipe técnica (...). (TCE-MT, Parecer nº 8.364/2015, Processo nº 224049/2015, Tomada de Contas Ordinária, Relator José Carlos Novelli). (...) 11.29) Licitação. Inexigibilidade licitatória. Contratação de artista por meio de intermediador de shows. Carta de exclusividade com validade por determinado período. A contratação de artista por inexigibilidade licitatória com base no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 deve-se dar diretamente ou por intermédio do empresário exclusivo do artista, sendo ilegal a contratação por meio de intermediador de shows que apresenta carta de exclusividade com validade para determinado período e local. (Boletim de Jurisprudência do TCE/MT. Ano 1. Edição Consolidada: Fevereiro a Dezembro de 2014. Elaborado pela Consultoria Técnica do TCE-MT, p. 24.)



Além dos mencionados requisitos específicos, deve a Administração Pública se atentar aos requisitos gerais trazidos no art. 26, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que reza in verbis:

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.

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;



III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, que os agentes públicos restrinjam ou frustrem, de forma indevida, o caráter competitivo das licitações.

No que tange as especificações do citado dispositivo, cumpre destacar a determinação do parágrafo único, inciso III, visto que, é dever da Administração apresentar as justificativas do preço praticado pelo artista a ser contratado, demonstrando parâmetros do preço praticado por ele a terceiros no mercado.

Sobre o tema o TCU recomenda que:

(...) quando contratar 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 contrata 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. (Processo nº 019.378/2003-9. Acórdão nº 819/2005 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 2005)

Nesse rumo, denota-se que a Administração Pública, quando da contratação do objeto sub examine, precisa estar respaldada e tomar inúmeros cuidados, devendo expor de forma fundamentada sua motivação, não apenas sobre a necessidade do objeto do contrato, mas também as razões da escolha para se contratar determinado artista, esclarecendo as razões do seu convencimento.

Vale destacar que a contratação de artistas não é atividade típica do Poder Público, tratando-se de ajuste a ser celebrado em caráter excepcional, cabendo ao gestor público demonstrar de forma inequívoca o interesse público na contratação.

Destaca-se que a Inexigibilidade de Licitação fica adstrita à contratação do artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Assim, temos que, desde que respeitado as determinações legais, a contratação do show artístico poderá ser realizada pela modalidade de INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, desde que, demonstrado os benefícios já pontuados no presente parecer e desde que a documentação necessária para o prosseguimento do feito esteja anexada ao processo.



Por fim, insta salientar que a contratação seja para atender programação promovida ou apoiada pela Administração Pública, e que necessariamente atenda o interesse da coletividade ou traga qualquer benefício ou incremento cultural ao Município, não podendo a contratação ser destinada a anseios particulares, que não visam a integralidade da população municipal.



III.2 Das formalidades inerentes à Inexigibilidade de Licitação: Requisitos do art. 26:

Tendo-se delimitado que o objeto de análise do Parecer é a hipótese discriminada no artigo 25, inc. III, da Lei Federal n.º 8.666/1993, registra-se que aludida situação de inexigibilidade, como qualquer outra, enseja a necessidade de observância das formalidades insculpidas no artigo 26 do mesmo diploma legal.

Nos termos do artigo 26 da Lei Federal n.º 8.666/1993, o processo de inexigibilidade deverá conter: (i) a justificativa da inexigibilidade de licitação, (ii) a indicação da razão da escolha do prestador do serviço, (iii) a justificativa do preço, e (iv) a ratificação do procedimento pela autoridade superior, com publicação na imprensa oficial.

A seguir, para melhor compreensão das ideias aqui retratadas, far-se-á o exame desses requisitos previstos no artigo 26 da Lei Federal n.º 8.666/1993, traçando-se um breve paralelo com os preceitos do artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, que serão examinados detidamente em tópico específico.

Com relação à justificativa da inexigibilidade, esta deverá ser devidamente motivada pelo gestor, com a indicação precisa da necessidade pública a ser satisfeita, do objeto da contratação e do embasamento legal que autoriza contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25, inc. III da Lei n.º 8.666/1993).

Ressalte-se que a justificativa deverá ser amparada pela demonstração do interesse público na contratação dos serviços artísticos a serem desenvolvidos pelo profissional. Com efeito, embora a contratação de profissionais artísticos não constitua uma atividade típica do Estado, há casos em que o dever estatal de garantia do exercício dos direitos culturais (artigo 215 da Constituição Federal, justifica que este assumo o encargo direto de promover eventos artísticos, com a contratação de artistas.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho pontua:

“se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar escolhas desarrazoadas-ou



incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. O limite de liberdade da Administração é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer". 14 Op. cit., p. 635.



Quanto à razão para a escolha do contratado, esta deverá ser apresentada à luz dos préstimos do artista e da necessidade pública que se pretende atender, resguardada a impessoalidade no processo de escolha, que se encontra atrelada à demonstração de que o profissional a ser contratado é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Diante da compreensão de que a discricionariedade na escolha pelo gestor não representa mera liberalidade, é oportuno reiterar que os atos da Administração Pública devem ser devidamente motivados, apontados os fundamentos que justificam a opção daquele profissional, em específico, inclusive em detrimento de alternativas disponíveis e à luz da compatibilidade entre a espécie de trabalho artístico a ser contratado e a finalidade cultural específica do evento. Nesse tocante, novamente precisos os ensinamentos de Marçal Justen Filho (op. cit., p. 635):

"(...) não se admite que uma festa popular envolva a contratação direta de um cantor lírico, pois as preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de uma ópera. A recíproca é verdadeira."

Deve-se ter em mente que a consagração do artista a ser contratado se constitui em pré-requisito à contratação e não critério de seleção, conforme bem anota Joel de Menezes Niebuhr⁵:

Importa sublinhar que a consagração não é critério para escolher o artista a ser contratado, porém pré-requisito. Todos os consagrados podem ser contratados, o que não leva a dizer que o mais consagrado é quem deve ser o contratado. O interesse público não depende exclusivamente da consagração; por oposto, deve dispensar atenção especial àquilo que não é tão consagrado, especialmente aos olhos do público, para lhes alargar a cultura e o próprio conhecimento artístico, refutando a linha homogênea imposta pela mídia.

Do exposto, extrai-se que a norma visa aferir a razoabilidade do preço por meio da demonstração de preço condizente com o praticado pelo mercado

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4.ED., Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1189>. Acesso em: 15.11.2021. p. 190.



com o fito de apurar se não há abuso na contratação direta (artigo 25, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/1993). Nessa mesma linha predica a Orientação Normativa/AGU nº 17/2009:

“A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.”

Desta forma, orienta-se que os processos administrativos para contratação de profissionais do setor artístico sejam instruídos com documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos semelhantes, comercializados pela futura contratada, emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data da autorização da inexigibilidade pela autoridade competente (inciso I) e/ou tabelas de preços vigentes divulgadas pela futura contratada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, contendo data e hora de acesso (inciso II), ressaltando a possibilidade de que sejam utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pela autoridade competente do órgão ou entidade contratante (parágrafo único).

O parâmetro de preço a ser utilizado deve ser o praticado pelo próprio prestador do serviço a ser contratado, haja vista que são as características individuais do artista que justificam sua contratação por meio de inexigibilidade de licitação, sendo inadequado o comparativo de preços com outros profissionais, ainda que do mesmo ramo artístico.

EMENTA: PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS – CONTRATO ADMINISTRATIVO – INADEQUADA COMPROVAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE – CARTAS ASSINADAS PELOS REPRESENTANTES EXCLUSIVOS DOS ARTISTAS – INVIABILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS DE OUTRAS PRODUTORES PARA JUSTIFICAR O VALOR DA CONTRATAÇÃO – REGULARIDADE COM RESSALVA – EXECUÇÃO FINANCEIRA – REGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS – RECOMENDAÇÃO – QUITAÇÃO. 1. O documento que atesta exclusividade da empresa contratada, na representação dos artistas nas datas dos eventos, não atende à condição para contratação direta, ou seja, não é prova de exclusividade e não constitui elemento de suporte à contratação por inexigibilidade, prevista no art. 25, inciso





III, da Lei 8.666/1993. Contudo, não evidenciada a má-fé do gestor responsável em realizar o procedimento de inexigibilidade com a apresentação do documento inadequado, sendo juntados os demais documentos referenciados pela norma legal, com prazos e publicações adequadamente cumpridos, é declarada a regularidade com ressalva do procedimento de inexigibilidade de licitação e do contrato administrativo, devendo ser recomendado ao gestor responsável que se atente às normas legais, a fim de que tal falha não se repita nas contratações futuras. 2. A apresentação de no mínimo três propostas de outros produtores para justificar o valor da contratação resta inviável, dada a singularidade objetiva da apresentação artística, o vínculo individual da sua representatividade, o âmbito territorial de atuação do ator, o volume de compromissos e o interesse pela contratação, não havendo que se falar em impropriedade decorrente da ausência destas. 3. Verificado que a despesa restou devidamente comprovada, de acordo com as normas de finanças públicas e as determinações legais, é declarada a regularidade da execução financeira contratual. 4. Ao atraso da remessa da documentação, que não causou prejuízo à análise processual, tornando-se antieconômica a aplicação de multa, é cabível a recomendação ao jurisdicionado para a observância rigorosa dos prazos de envio dos documentos a este Tribunal, como medida suficiente ao caso concreto. (Acórdão – AC01 – 502/2020 – TC/14440/2016 – Relator: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA) (nosso grifo)



Esta posição é amparada pela doutrina, conforme se extrai das lições de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

“É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte iniciam-se com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois, se não tiverem valor econômico, não podem ser objeto de contrato. Um possível parâmetro é verificar o preço que o notório especialista cobra de outros órgãos para realizar idêntico ou assemelhado. Essa verificação pode ser



feita pelas publicações no Diário Oficial de inexigibilidade ou pelas cópias de recibo fornecidas pelo agente a ser contratado." (nosso grifo) 18 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 10.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1640>. Acesso em: 22 nov. 2021, p. 580



E, igualmente, de Marçal Justen Filho e Ronny Charles Lopes de Torres:

"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."⁶

"Importante perceber que não há uma única forma de estimar os custos da contratação ou realizar a justificativa do preço a ser contratado. De qualquer forma, na prática, é comum que a justificativa do preço em contratações diretas seja realizada através de pesquisa a fornecedores (colhendo-se ao menos três cotações válidas de empresas do ramo) ou pela comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas e privadas."⁷

Nesse particular, alerta-se que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços a serem contratados, visando afastar eventuais questionamentos que apontem para superfaturamento de preços e comprometam a eficácia do ajuste.

Ainda que os processos de inexigibilidade de licitação exijam um menor grau de formalismo, o objetivo permanece o de alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que não necessariamente representa o menor preço possível, evidenciando a importância de se elaborar uma justificativa de preços alicerçada em elementos que reflitam a realidade do mercado. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

⁶ 19 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 655.

⁷ 20 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 9ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018. p. 400



"A escolha do particular a ser contratado não necessita cumprir as exatas formalidades de um procedimento licitatório. Mas se exige a escolha da proposta mais vantajosa, ainda que não se configure como a de menor preço." (op. cit, p. 647)



Enfim, além dos requisitos do artigo 26 da Lei n.º 8.666/93 já examinados (justificativa da inexigibilidade, razão de escolha do prestador do serviço e justificativa de preço), tem-se que referido dispositivo legal preconiza a necessidade de comunicação, dentro do prazo de 3 (três) dias, da declaração de inexigibilidade de licitação à autoridade superior para ratificação, ficando a eficácia dos contratos condicionada à publicação do ato na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, contados de sua ratificação pela autoridade superior.

Com efeito, não se pode olvidar que a ratificação do ato pressupõe a verificação de conformidade do processo administrativo com as regras e diretrizes legais, cabendo à autoridade superior o dever-poder de proceder ao exame de sua regularidade. Assim, orienta-se sejam observadas as recomendações acima exaradas para fins de conferir eficácia à declaração de inexigibilidade de licitação para contratação direta de profissionais do setor artístico.

III.3 Dos requisitos específicos da contratação direta prevista no art. 25, Inc. III - contratação de profissional do setor artístico por Inexigibilidade de Licitação:

Diante da especificidade da hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inc. III, da Lei Federal n.º 8.666/1993, optou-se destinar um tópico exclusivo para tratar dos requisitos da contratação direta de profissionais de qualquer setor artístico por inexigibilidade de licitação.

Além dos requisitos já elencados no tópico antecedente, a teor do artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, vislumbra-se que a contratação de profissionais do setor artístico encontra-se condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) realização de contratação diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo; (ii) demonstração de consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública.

Ademais, relevante apontar que a contratação direta nesta hipótese se constitui em obrigação de fazer de caráter personalíssimo, não admitindo subcontratação, como bem elucida Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"A contratação de um artista, considerada como inviabilizadora da competição, constitui típica obrigação de fazer, do tipo intuitu personae, isto é, que só pode ser realizada diretamente pelo contratado. Nesse sentido, são



úteis as disposições do Código Civil que estabelecem que incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele executável. Aliás, seria absolutamente irregular o fato da subcontratação, pois, se a obrigação não é intuitu personae, haverá viabilidade de competição e a licitação será exigível."



Fazendo um traço distintivo JACOBY esclarece, na sequência de seu raciocínio, que a subcontratação parcial é admissível nas atividades nitidamente acessórias, como seria o caso do acompanhamento instrumental feita por um cantor, diretamente por ele.

Em relação ao primeiro requisito, que prescreve que a realização da contratação deve se dar diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo, tem-se que tal dispositivo visa evitar intermediários desnecessários na concretização da contratação. Sobre o tema, importa trazer as considerações de Joel de Menezes Niebuhr (op. cit., p. 189):

"A proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestada a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais às custas dos artistas. Ora, o empresário exclusivo tem com o artista contrato que lhe assegura a exclusividade, cujas cláusulas provavelmente estipulam qual o montante de sua remuneração ou o parâmetro para determiná-la, recaindo frequentemente sobre porcentagem dos valores recebidos. Já o empresário não exclusivo paga ao artista o valor por ele estipulado e, com isso, vê-se livre para acertar com o Poder Público o preço que quiser cobrar, o que lhe faculta estabelecer a sua remuneração em valores bastante elevados, até bem acima do que ganha o artista. Assim sendo, por obséquio à economicidade e à moralidade administrativa, que se celebre o contrato diretamente com o artista"

A Lei Federal n.º 8.666/1993 não estabelece expressamente o meio de demonstrar esta exclusividade. Contudo, como referência, pode-se utilizar o conceito de empresário exclusivo da Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova lei de licitações) - muito embora a presente análise esteja voltada aos casos de contratação sob a tutela da Lei n.º 8.666/9327 -, uma vez que representa a evolução legislativa sobre o assunto com respaldo na doutrina e na jurisprudência atual.

Conforme se extrai do art. 74 § 2º da novel legislação, "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”.

A título de informação, anota-se que o Tribunal de Contas da União possui um posicionamento mais rigoroso, entendendo que a exclusividade deverá ser demonstrada por meio de exibição do contrato mantido entre o artista e o agente, que contenha cláusula de exclusividade, orientando ainda que tal contrato seja registrado em cartório. A título exemplificativo, o seguinte julgado:

“O contrato de exclusividade, registrado em cartório, entre o empresário e o artista é documento essencial para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, não sendo admitida como forma de demonstrar o vínculo direto e privativo com o artista a contratação de intermediário, mediante simples autorização ou carta de exclusividade.” (TCU - Acórdão 3530/2016-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA j. em 31/05/2016)

Desta forma, considerando que a análise da regularidade orçamentária, financeira, patrimonial e fiscal nas contratações públicas no âmbito estadual é realizada pelo TCE/CE, não se vislumbra qualquer incompatibilidade com o ordenamento jurídico no emprego dos instrumentos relacionados na Lei Federal n.º 14.133/2021 para fins de comprovação da exclusividade, ou seja, “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 (...)”. Em todo caso, cabe frisar que o documento comprobatório deve necessariamente demonstrar que a exclusividade de representação é permanente e contínua.

Na sequência, registra-se também que o TCU possui o entendimento que é vedada a representação restrita a evento ou local específico. Neste caso, a recomendação é que seja observada pela Administração Pública Estadual, conforme se exprime da ementa do r. Acórdão abaixo transcrito:

Contratação pública – Inexigibilidade de licitação –
Contratação de artista – Empresa intermediadora –
Ausência de exclusividade – Irregularidade – TCU Trata-se
de tomada de contas especial em que se analisa a
contratação de profissional do setor artístico por
inexigibilidade de licitação. Foi apontada a contratação de
empresa na condição de intermediária entre o ente público





e os artistas ou empresários exclusivos, sem apresentação dos contratos de exclusividade. O tribunal julgou irregular a contratação por inexigibilidade de empresa intermediadora, "haja vista que a apresentação de cartas de representação, limitadas às datas e localidade do evento, não configura a hipótese de representante exclusivo, com ofensa ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993". (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 8.493/2021, da 2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 29.06.2021.)



No mesmo sentido, a ementa do r. Acórdão nº 7.770/2015 – 1ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 01.12.2015:

Contratação pública – Inexigibilidade – Contratação de artistas – Empresário exclusivo – Exclusividade apenas para o evento – Impossibilidade – TCU Em tomada de contas especial instaurada com a finalidade de apurar irregularidades em convênio celebrado entre a União e o município para contratação de shows artísticos, foram identificadas irregularidades. De acordo com a Unidade Técnica, "não foram trazidos ao processo cópias dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório, conforme disposições legais e orientações expedidas pelo Tribunal de Contas da União, pela Controladoria Geral da União (CGU) e pela Assessoria Especial de Controle interno (AECI/MTur), em desacordo com o disposto no Acórdão nº 96/2008 – TCU Plenário e na Nota Técnica nº 2531/GSNOR/SFC/CGU/PR". Acerca do ponto, o Relator entendeu que, "conforme a Lei de Licitações, a contratação direta de profissional do setor artístico só é admissível se houvesse, no caso concreto, comprovação da exclusividade entre a empresa omissis e as atrações musicais. O responsável trouxe aos autos atestado no qual o representante legal da banda omissis conferia à mencionada sociedade empresária a exclusividade apenas para o dia do evento (13/6/2008) e para o município (...) 13. Essa autorização, exclusiva para o dia e para a localidade do evento, não tem sido aceita por esta Corte de Contas, a exemplo do contido nos Acórdãos 96/2008-Plenário – anterior ao convênio em análise – e 5.769/2015-Primeira Câmara. Do contrário, haveria um desvirtuamento do propósito previsto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Por sinal, o item 9.5.1.1. do Acórdão 96/2008- Plenário, dirigido ao Ministério do Turismo, foi expresso ao ressaltar



que 'o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento'. Diante dessas e de outras irregularidades identificadas na execução do convênio, foi aplicada multa ao prefeito, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992". (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 7.770/2015 - 1ª Câmara, Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 01.12.2015 veiculado na Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 265, p. 332, mar. 2016, seção Tribunais de Contas.)



No que diz respeito ao segundo requisito, que concerne à demonstração de consagração do artista a ser contratado, retoma-se ao mencionado no item anterior do presente parecer, reafirmando a necessidade de observância desta condição como pré-requisito à contratação.

Cumprе alertar que a escolha do prestador do serviço está atrelada à demonstração de que o profissional é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, alternativamente, com o objetivo de resguardar a impessoalidade no processo decisório. Eis as considerações de Joel de Menezes Niebuhr sobre o tema:

Em terceiro lugar, o artista contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Note-se que não é necessária a consagração pela crítica e pelo público: um ou outro já é o suficiente. Aliás, o gosto popular para as artes não é tão apurado quanto o da crítica especializada, pelo que é usual que artistas altamente reputados sejam desconhecidos do público. Na mesma linha, só que em sentido inverso, há artistas ovacionados pelo público e alvejados por impropérios por parte da crítica.

Outrossim, frisa-se que deverão ser adunados aos autos do processo administrativo da contratação elementos que comprovem a consagração do artista. Nesse tocante, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais de Contas costumam a indicar como meios capazes de auxiliar na demonstração da aclamação perante a opinião pública: notícias de jornais e revistas sobre apresentações realizadas (com data e fonte de veiculação), comprovação do número de seguidores do artista em redes sociais, demonstração número de views de suas performances em aplicativos de streaming etc. Lado outro, no tocante à aceitação pela crítica especializada, pode-se cogitar de certificados relativos a prêmios, publicações especializadas do setor artístico etc.



Veja-se, a respeito, trechos de decisões dos Tribunais de Contas dos Estados do Tocantins e do Paraná, respectivamente:



“RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal em: (...) 9.2. Responder ao primeiro questionamento da consulta formulada, no sentido de que a contratação de artistas regionais ou locais, pode ser efetuada por inexigibilidade de licitação com base no artigo 25, III da Lei Federal 8.666/93, desde que seja consagrado pela crítica regional ou local ou ainda pela opinião pública, devendo ser utilizado como comprovação, desempenhos anteriores, matérias jornalistas, fotos de shows, vídeos, informativos, etc., não sendo suficiente para inexigibilidade de licitação admitir a substituição destes por realese e justificativa fundamentada. A justificativa para contratação direta já é necessária e consta do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, portanto, exigível nas hipóteses ali previstas.” (TCE-TO, Processo n.º 4009/2012, Consulta, Rel. Cons. José Wagner Praxedes, Tribunal Pleno, pub. em ago. 2013 – grifo nosso)

“Assim, embora de fato exista certa margem de discricionariedade, a contratação deverá ser justificada, com a demonstração de que os artistas contratados possuem alguma forma de respaldo, seja perante a crítica especializada ou perante a opinião popular. Para tanto, poderão ser adotados os critérios ventilados pela CGM, como número de shows já realizados, existência de perfil profissional em redes sociais e quantidade de seguidores etc.” (TCE-PR, Processo n.º 548710/10, Consulta, Acórdão n.º 761/2020, Rel. Cons. Ivens Zchoerper Linhares, Tribunal Pleno, pub. em 22.05.2020 – grifo nosso)

No mesmo diapasão estão aos ensinamentos de Lucas Rafael da Silva Delvechio, José Carlos Pacheco de Almeida, Rafael Antonio Shimada e Vânia Regina Macias:⁸

⁸ DELVECHIO, Lucas Rafael da Silva; ALMEIDA, José Carlos Pacheco de; SHIMADA, Rafael Antonio; MACIAS, Vânia Regina. Contratação direta de profissionais artísticos: uma análise dos artigos 25, inciso III e 26 da Lei nº 8.666/93 à luz do repertório jurisprudencial dos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e da União. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 21, n. 75, p. 49-72, jan./mar. 2020, p. 61



"Deve, o gestor, engajar-se em instruir o respectivo processo da contratação com os elementos concretos que efetivamente demonstrem a consagração do artista, da banda, do cantor, do grupo musical. Dessa sorte, em tempos de celebridades instantâneas, a consagração pela opinião pública pode ser facilmente traduzida a partir do jargão popular 'caiu nas graças do povo'. Assim, informações a respeito da quantidade de seguidores em redes sociais (Facebook e Instagram), a quantidade de views no YouTube, aplicativos de streaming, como Spotify e Deezer, são elementos que auxiliam na demonstração do quão reconhecido aquele artista é pelo grande público. Já sob a ótica da crítica especializada, destacam-se os prêmios, nacionais e/ou internacionais, recebidos e outorgados, por exemplo, pelo Grammy Latino, pela MTV, pela Multishow, entre outros." (nosso grifo)



Por último, não se pode deixar de mencionar que, diante da distinção entre os serviços prestados pelo artista profissional e os demais bens e serviços acessórios a serem adquiridos, é recomendado que o gestor conceda tratamento jurídico diferenciado à cada espécie de contratação.

Ou seja, a contratação de artista profissional enquadra-se expressamente na exceção legal que autoriza a contratação direta pela Administração Pública, por meio da inexigibilidade de licitação. Por outro lado, os serviços de apoio (palco, iluminação, sonorização, segurança patrimonial, hospedagem etc.), que exprimem condição de competitividade, deverão seguir a regra geral, ou seja, com a realização de procedimento licitatório.

O agrupamento da contratação do profissional e dos serviços acessórios à realização do evento artístico por meio de inexigibilidade de licitação vem sendo apontado como irregular pelo Tribunal de Contas da União, conforme se extrai da ementa do acórdão abaixo transcrito e do excerto extraído da resposta à consulta formulada perante a Corte de Contas da União. Vejamos.

Contratação pública - Pregão - Fornecimento de infraestrutura de shows - Serviço comum - Possibilidade - TCU O TCU, em sede de tomada de contas especial, julgou que "os serviços de fornecimento de infraestrutura para a realização de shows devem ser contratados mediante licitação na modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, pois são serviços de natureza comum, passíveis de serem prestados por diversas e diferentes empresas, uma vez que se baseiam em especificações e padrões conhecidos e usuais de mercado". Ainda,



entendeu pela possibilidade de pregão para a "contratação de empresa intermediária de artistas e bandas de renome local ou regional, pois o objeto é passível de atendimento por qualquer pessoa jurídica que consiga mobilizar os profissionais do setor artístico atuantes nas referidas bases geográficas e não há incompatibilidade entre apresentações musicais e o conceito de serviço comum (ex vi do Acórdão 3322/2019-Segunda Câmara)". (TCU, Acórdão nº 5.902/2021, da 2ª Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 13.04.2021 - nosso grifo) ----- (...) Por derradeiro, embora não tenha feito parte da consulta ora apreciada, é importante deixar assente que a contratação da infraestrutura do evento (fornecimento de palco, sanitários químicos portáteis, som, gerador, arquibancada, serviços de vigilância, entre outros) difere substancialmente da contratação das bandas/artistas consagrados que se apresentarão no evento. Somente esta tem amparo no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, devendo aquela ser feita mediante licitação, como regra na modalidade de pregão em sua forma eletrônica, em conformidade com o art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto Federal 5.504/2005 (...) (Plenário. TC 022.552/2016-2. Natureza: Consulta. ACÓRDÃO Nº 1435/2017 – TCU – Plenário. Relator: Ministro VITAL DO RÉGO - nosso grifo)



Desse modo, orienta-se ao gestor que efetue a contratação dos serviços de apoio à contratação do profissional artista mediante prévia realização de procedimento licitatório.

III.4 Dos demais requisitos atinentes à espécie:

Sem prejuízo das observações acima exaradas, deve o gestor atender os requisitos comuns às contratações públicas, os quais abaixo se relaciona.

III.4.1 Previsão orçamentária:

A previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, é obrigatória, nos termos do art. 7º, § 2º, inc. III da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:



§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

Ademais, com respaldo no art. 167, I e II, da CF e art. 16 da Lei Complementar n.º 101/2000, nosso ordenamento jurídico ainda conta com dois dispositivos legais que reforçam a necessidade de previsão orçamentária para fazer frente às obrigações da Administração Pública. O artigo 38, caput, estabelece que o processo administrativo de licitação deverá indicar o recurso próprio para despesa e o artigo 55, inciso, V, dispõe que os contratos conterão cláusula necessária que estabeleça o crédito pelo qual correrá a despesa.

Esta previsão legal aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, conforme previsão do § 9º do art. 7º da Lei 8.666/93.

Portanto, cabe ao gestor, na fase que antecede a contratação, indicar a existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes da contratação de profissional do setor artístico, com fulcro no art. 25, inciso III da Lei 8.666/93.

III.4.2 Condições de habilitação e inexistência de impedimentos:

A comprovação de habilitação do contratado deverá ser exigida em relação aos aspectos essenciais da contratação, atentando-se aos preceitos do artigo 27 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Quanto às exigências de regularidade fiscal e trabalhista, há que se anexar aos autos certidões válidas, a saber de: i) inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) ou CPF (se pessoa física); ii) regularidade fiscal; iii) regularidade com a Seguridade Social (art. 195, §3º, da CF); iv) regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 2º, da Lei Federal n. 9.012/1995); v) regularidade trabalhista (Lei Federal n. 12.440/2011). Deverá, ainda, ser apresentada vi) declaração de cumprimento aos termos do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal (art. 27, V, da Lei Federal n. 8.666/1993).

Além do mais, como condição prévia à contratação do artista, deve-se verificar a eventual existência de sanção que impeça a futura contratação. Resta definida, dessa forma, a possibilidade técnica da presente modalidade de dispensa de licitação e perfeita adequação do preço proposto.





IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 no supracitado inciso III do artigo 25, 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 Banda Artística, suas músicas e sucessos, 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, 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 show a ser contratado por inexigibilidade o mais adequado à plena satisfação do objeto.



Diante da clareza do supracitado dispositivo de lei, torna-se desnecessários maiores argumentações para dar fundamentação legal a este expediente. O presente processo informa haver disponibilidade orçamentária e financeira ao atendimento da despesa (art. 14 da Lei nº 8.666/93) e atende às exigências constantes na Lei de Licitações.

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 transcreve 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 de artista que se apresentará na Praça José de Barros" 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. Segundo Mauro Gomes de Matos, "Os pareceres são peças opinativas, despidas de efeito vinculante, exteriorizando uma opinião jurídica que não possui uma prescrição normativa acerca de determinado tema.



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 dispensa de licitação e perfeita adequação do preço proposto.

V - CONCLUSÃO

Por fim, cumpre observar que o exame dos presentes autos se restringe aos aspectos jurídicos, excluídos aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação ao interesse público, tendo observado todos os requisitos legalmente impostos.

Quanto às especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da futura contratação, presume-se que suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente dos órgãos, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Quanto à justificativa esclarecemos que não compete ao órgão jurídico adentrar o mérito - oportunidade e conveniência - das opções do Administrador, exceto em caso de afronta aos preceitos legais.

O papel do Órgão jurídico é recomendar que a justificativa seja a mais completa possível, orientando órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente.



desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para eventuais questionamentos.

Nesse azo, verifica-se que a lei não exige a sofisticação artística. Para fins jurídicos, tanto faz se contratação de uma dupla de cantores do interior do Brasil sem maior formação musical ou Berliner Philharmoniker. É válida a contratação, por inexigibilidade de licitação, de artista consagrado em determinada região do país, pelo público, inclusive pelo objetivo constitucional de valorização da diversidade étnica e regional (inciso V, § 3º, do art. 215 da CF/88, pós EC n.º 48/2005). De igual modo, mesmo que se trate de um artista ignorado pelo grande público, ou pelo público de uma região, sua contratação por inexigibilidade de licitação será válida se tal artista tiver aprovação da crítica especializada.

Também, como ressaltado pela ilustre administrativista e Ministra do STF Carmen Lúcia:

"... há artistas que são consagrados naquela comunidade que não agradariam em nada em outra". (STF: Inq 2481; intervenção da Ministra Cármen Lúcia, inteiro Teor do Acórdão, página 33.)

Ante o exposto, o fundamento usado para contratar tem previsão legal no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, atendidos os critérios definidos na Súmula 39 do TCU, em conformidade com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, esta Procuradoria OPINA pela legalidade e regularidade jurídico-formal do Processo Administrativo de Inexigibilidade n.º 12.009/2023-SEDET, com observância do rito previsto no art. 26 do mesmo dispositivo legal, inclusive realizando as publicações de praxe na imprensa oficial para eficácia do ato.

Na oportunidade, cite-se que a análise aqui formulada não tem por fim se imiscuir em questões de ordem técnica, financeira e orçamentária inerentes ao procedimento, limitando-se o emissor deste ato opinativo a avaliar apenas o seu aspecto jurídico-formal.

Derradeiramente, anoto que está o presente processo condicionado à apreciação e aprovação da autoridade superior.

José Dalvanir Bezerra de Almeida Filho
Subprocurador Nível I
OAB/CE n.º 25.338

