



Folha nº 71

ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

PARECER JURÍDICO Nº 346 /2023

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Geral do Município de análise do texto da minuta do Contrato a ser celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA, ESTADO DE SERGIPE** e a empresa **ESTRELAR PRODUÇÕES E SERVIÇOS LTDA** – criada para representar a artista **MARCIA FREIRE** – tendo por objeto a prestação de serviços de apresentação artística da **CANTORA MARCIA FREIRE** no dia 27 de agosto de 2023, em decorrência da **MICARANA** a ser realizada neste município, de acordo com as especificações constantes da Inexigibilidade de Licitação, e proposta da Contratada, que passam a fazer parte integrante deste instrumento, nos moldes do tendo por fulcro o disposto no art. 25, inciso III da Lei Federal n 8.666/1993.

Ab initio, cumpre registrar que esse parecer jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a comissão de licitação ou o administrador na prática de atos ou no desfecho de processos administrativos.

É certo, que as normativas afirmam que alguns atos/processos administrativos devam ser precedidos de parecer jurídico para sua prática, sendo este apenas o requisito que o antecederá, obrigando o administrador a solicitá-lo, o que chamamos de parecer obrigatório.

Todavia, a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico não vincula o administrador à fundamentação ou conclusão sugerida pelo parecerista, forçando-o apenas a solicitá-lo da assessoria jurídica por força de lei, podendo ele, inclusive, agir de forma contrária ao sugerido por seu prolator.

Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre os pareceres:



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

rolhan 72
D

"(...) 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 aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2010, p. 197)".

Atente-se ao teor da Súmula nº 05/2012/CAOP do Conselho Federal da OAB, que possui a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nas termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."

Sendo assim, reforço que o presente Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão do Administrador.

Feita esta ressalva, passemos à análise doutrinária e jurisprudencial do pedido.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

rolhanº 73
✓

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foram as contratações realizadas pelo Poder Público, por toda a repercussão financeira e social que envolve.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão do constituinte foi reduzir, tanto quanto possível, a discricionariedade administrativa do campo das contratações governamentais. Sujeitou à legislação infraconstitucional de regência a regulamentação minuciosa de suas hipóteses, estabelecendo como princípio maior a existência de licitação pública como *conditio sine qua non* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, a regra geral para a celebração de contratos administrativos, *ressalvados os casos especificados na legislação*, quais sejam: dispensa e a inexigibilidade de licitação, situações estas nas quais a Administração Pública estará autorizada a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório.

Todavia, não se pode confundir dispensa com inexigibilidade de licitação. Para tanto, *ab initio*, apresento os ensinamentos trazidos pelo professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR (2003, p. 122), autor de uma das melhores monografias a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitação elaboradas no Brasil. Diz o professor paulista:

"(...)

Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação público, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e o dispensa dela. A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A



Folham^o 25
D

ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que **não é possível realizar-se a disputa**. Justamente por isso, o rol legal não é taxativo, mas apenas dimensiona que, em **todos** os casos nos quais não possa haver competição (seja pela inexistência de critérios de julgamento, seja pela exclusividade na prestação de certa atividade, entre outros), é impossível também a licitação.

Sendo assim, primeiro, questiona-se: é viável a licitação? Para dar uma resposta a esta pergunta torna-se necessário a análise dos pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação, os quais variam conforme o caso tratado.

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 define ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, a saber:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - por oquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Junanº 77

Estado o dever de promover a cultura, que é realmente essencial para o desenvolvimento da identidade nacional, para a educação e, na mínima, para o lazer. A contratação de serviços artísticos revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tornando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a criatividade, portanto, de fio a pavio, subjetivo”.

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 razão da singularidade da expressão artística.

Pois bem, o inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, reconhece a inexigibilidade “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”. Pela ordem, apresento e discorro, brevemente, sobre os parâmetros a serem levados em consideração pelos servidores públicos nestas contratações. A saber:

O inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 determina que o contrato seja realizado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo, objetivando impedir que a avença seja firmada com intermediários. Sobre este tema, foi expedida



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Folham 78

pelo Tribunal de Contas do Estado de Sergipe a Resolução nº 298 de 15 de setembro de 2016, que dispõe sobre a regulamentação dos procedimentos a serem adotados para contratação de bandas, grupos musicais, profissionais ou empresas do setor artístico, sujeitos ao exame do Tribunal, e que deve ser observada nesta contratação.

Nessa inteligência, indigito que tal exegese – que a contratação dever-se-á ser celebrada, somente, mediante contratação direta para com o artista e ou empresário exclusivo – também é intrincada pelo emérito Tribunal de Contas da União – TCU, conforme se depreende dos acórdãos a seguir:

“9.2.1. a apresentação apenas de autorização/atesto/carta de exclusividade que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento, não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, representando impropriedade na execução do convênio;” (ACÓRDÃO 1435/2017 – PLENÁRIO)

“22. Remanesce injustificada, todavia, a irregularidade alusiva à contratação das atrações artísticas por inexigibilidade de licitação, sem a apresentação de contratos de exclusividade com a empresa intermediária contratada, com os devidos registros em cartório, em afronta ao disposto no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993 e à jurisprudência deste Tribunal, em especial o Acórdão 1435/2017-TCU-Plenário.” (ACÓRDÃO 1341/2022 - SEGUNDA CÂMARA)

Ademais, 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 suficiente. Aliás, o gosto popular para as artes não é tão



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

rolhanº 79

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.

Importa salientar 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 deva 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.

Outro ponto diz respeito ao processo de escolha pela Administração Pública. O agente administrativo não tem competência para escolher o artista que quiser, devendo atentar-se para as expectativas populares ou para as finalidades que se pretende auferir do empreendimento artístico a fim de escolher o melhor artista. Ou seja, o perfil do artista escolhido deve ser compatível com as pretensões da Administração Pública e dos administrados.

No tocante ao pagamento dos referidos artistas, conforme justificativa acostada, vislumbra-se, a cada ano, maior dificuldade nas suas contratações por entes públicos para apresentação em eventos sem a antecipação, ao menos parcial, do valor contratado, haja vista que a maioria absoluta dos artistas exige a antecipação para sua apresentação, sob pena de não acordarem com a contratação.

Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby assevera acerca da contratação direta:
" 6.5.1. para a regularidade dessa contratação direta existem três requisitos, além da inviabilidade de competição: a) que o objeto da contratação seja o serviço de um artista



roman: 80
D

ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

profissional; b) que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo; 1358 c) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Outros Estados, através de seus Tribunais de Contas, já vêm se posicionando através de Resoluções Normativas no sentido de permitir o pagamento antecipado parcial, a exemplo da Resolução Normativa nº 02/2005 do Tribunal de Contas do Estado da Bahia com efeito, a saber:

Art. 3º. Nas casos de inexigibilidade, o órgão ou entidade responsável pela realização do evento encaminhará ao Gestor exposição de motivos solicitando a contratação de determinada empresa, banda, grupo musical ou profissional da seta artístico, com fundamenta na art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, devidamente autuada, protocolizada e numerada, gerando processo administrativo, instruído com as seguintes dadas:

(...)

III. valar da contratação, discriminando a forma de pagamento, que poderá ser parcialmente antecipado, de acordo com o respectiva contrato;

No mais, como proficuamente asserido pela douta Secretaria Municipal de Cultura, em sede de justificativas, o parcelamento encontra respaldo legal, bem como cumpre todos os pressupostos basilares fulcrado no Ofício Circular nº 030/2017/GP/DITEC, *ipsis litteris*:

“Para tanto, é preciso que haja previsão no edital e no contrato, ou nos instrumentos que formalizam a contratação direta, mediante oferecimento de indispensáveis garantias ou cautelas, efetivas e idôneas, com clara indicação de que este seria a única forma de viabilizar a referida contratação.



rolman 51
D

ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Tais precauções buscam evitar indiscriminados privilégios contratuais em favor de determinado segmento empresarial, devendo o gestor avaliar e justificar a necessidade, a oportunidade, as regras de mercado e a vantagem para a Administração em antecipar dito pagamento e em que percentuais, tudo isso sob o julgo da sua discricionariedade e responsabilidade pessoal.”

No tocante ao valor contratado, faz-se necessária para sua comprovação, a título de sugestão, a utilização de notas fiscais emitidas para outros entes públicos/contratantes ou por outro meio que a comissão entenda eficaz, não adentrando este parecer jurídico na sua análise, por não se tratar de matéria jurídica e se limitar este parecer a analisar a minuta do contrato.

Diante do exposto, uma vez sendo observados os requisitos exigidos por Lei, é que esta Procuradoria Geral opina pela possibilidade jurídica de contratação direta, através de Inexigibilidade de Licitação, devendo, a título de orientação, observar se houve o cumprimento dos requisitos exigidos para tanto, com destaque a comprovação do valor contratado e das garantias ao pagamento antecipado, de forma parcial, dentre outras já apresentadas ao longo deste documento.

Este é o nosso entendimento, salvo melhor juízo, que elevo a apreciação superior.

Itabaiana/SE, 07 de agosto de 2023.

Rubens Danilo Soares da Cunha

Procurador do Município