



PARECER JURÍDICO Nº 149/2024

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 **ESTHEFANNY MENDONÇA DE OLIVEIRA 06005785508** -- criada para representar a banda ERIVALDO DE CARIRA -- tendo por objeto a prestação de serviços de apresentação artística da BANDA ERIVALDO DE CARIRA no dia 12 de junho de 2024, em decorrência da Festa do Caminhoneiro 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. 74, inciso II, da Lei Federal n 14.133/21.

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:



"(...) 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, nos 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.

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior



No mesmo sentido foram traçadas as lições trazidas pelo então Ministro do Tribunal de Contas da União BENJAMIM ZYMLER (2006, p. 95), que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

"(...)

A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº. 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arrimo na dispensa de licitação tem por pressuposto a viabilidade de competição. No entanto, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar o princípio da isonomia. Assim sendo, por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.

(...)"

Impende asserir que, muito embora possa ser inoculado que os preceitos jurisprudências predecessor, concebidos sob à égide da antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei Nº 8.666/93, deva ser ostracizado, tal intelecção é despiciente, vide que o novel diploma legal não se trata de uma disrupção, mas sim de um condensador dos diversos entendimentos espaços e absortos que incidiam nas contratações públicas, tanto assim o é que é esse, senão outro, o entendimento engendrado pelo afamado doutrinador Marçal Justen Filho, a saber:



“Considerando a mesma temática sob outro enfoque, deve-se admitir que a jurisprudência produzida a propósito da Lei 8.666/1993, relativamente à contratação direta, permanece aplicável na medida em que as modificações sistêmicas e pontuais não impliquem a necessidade de revisão de entendimento.”¹

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 74 da Lei nº 14.133/21 define ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, a saber:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

¹ In JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações Administrativas: Lei 14.133/2021*, 1ª Ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pag. 939.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

FOLHA Nº 149
1

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

FOLHA Nº 150
④

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestada de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto na incisa II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrata, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional da setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a eventa ou local específico.

§ 3º Para fins da disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decarrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outras requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que a seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto da contrata.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

FOLHA Nº 151
②

profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação do inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.”

Ultrapassadas essas considerações teóricas, dá-se início à análise da minuta do contrato que subsidiará esta contratação.

Inicialmente, cumpre asseverar que, em nosso entendimento, a contratação de artistas para animação de festas constitui casos de inexigibilidade de licitação pública, conforme preceitua o inciso II, do artigo 74, da Lei nº 14.133/21.

Sobre o assunto, confira-se as considerações feitas no livro “Nova Lei de Licitações Comentada”, publicada pela Editora Juspodivm, em 2022, nas páginas 308 e seguintes:

“A hipótese de inexigibilidade diz respeito à lógica trazida da ausência de objetividade na seleção. Se o artista é consagrado pelo crítica especializada ou pelo público, é inviável competição, pois não haverá



critério objetivo para tanto. Nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2010, P. 358):

(...)

Dessa maneira, para a realização de shows, o Poder Público pode contratar os artistas consagrados, sendo inviável a licitação. Essa contratação pode ocorrer diretamente, ou através de representante comercial exclusivo. A lei, no entanto, veda a contratação direta por meio de empresário”.

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 II do artigo 74 da Lei nº 14.133/21, reconhece a inexigibilidade para: *“contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio 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 II, do art. 74, da Lei nº 14.133/21 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



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

FOLHA nº 154

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. No entanto, conforme justificativa ficou acordado o pagamento posteriormente a apresentação do show artístico, através da comprovação e entrega das documentações pertinentes a tal ato, pois assim a despesa será liquidada.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

FOLHA Nº 155
0

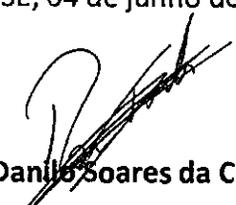
Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby assevera acerca da contratação direta: “
6.5.1. para a regularidade dessa contratação direta existem três requisitos, além da inviabilidade de competição: a) que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional; b) que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo; 1358 c) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

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, 04 de junho de 2024.


Rubens Danilo Soares da Cunha
Procurador do Município