

PARECER JURÍDICO REFERENCIAL

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE. SHOW ARTÍSTICO. ART. 25, DA LEI Nº. 8.666/93. PARECER JURÍDICO REFERENCIAL. ANÁLISE EM TESE.

1. PRELIMINARMENTE

O presente parecer referencial tem por-objeto expor e compilar as recomendações até então exaradas nas análises de solicitações de contratação de show artístico, nos termos do artigo 25, da Lei nº. 8.666/93.

Cumpra esclarecer, que o art. 38, parágrafo único, da Lei de nº. 8.666/93, determina que as minutas de editais, bem como as dos contratos, acordos, convênios e outros ajustes devem ser submetidos, previamente, a consultoria jurídica da Administração.

Contudo, tal matéria é corriqueira na administração pública e para fins de uniformização procedimental, bem como, para gerar maior celeridade aos serviços e aos atos administrativos, realiza-se a elaboração e a divulgação de manifestação jurídica referencial para servir de prévia orientação os competentes processos.

Considera-se manifestação jurídica referencial aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, dispensando a obrigatoriedade legal de elaboração de parecer individualizado para os respectivos casos concretos.

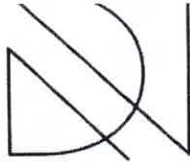
A importância prática dessa medida reside no fato de uma vez elaborada a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que versarem sobre matérias jurídicas idênticas às enfrentadas no parecer referencial estarão dispensados de análise individualizada pela consultoria Jurídica. Em tais casos, basta, unicamente, que o administrador ateste, expressamente, que o caso concreto se amolda, perfeitamente, aos termos da manifestação referencial adotada.

Ademais, o Egrégio Tribunal de Contas da União já manifestou no sentido de que não há óbices para adoção de tal tipo de parecer, opinando, inclusive, pela viabilidade da utilização de manifestações jurídicas referenciais, desde que "envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes", *in verbis*:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº. 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 277, inciso III, 282 e 287, § 1º do RITCU, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhes provimento;

9.2. informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento



do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº. 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº. 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma; e

9.3 encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao embargante.

(...) Desse modo, a despeito de não pairar obscuridade sobre o Acórdão ora embargado, pode-se esclarecer à AGU que o entendimento do TCU referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados por este Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes. (Acórdão nº. 2674/2014)

Diante do exposto, não havendo óbice legal para a realização do presente parecerreferencial, cumpre agora orientar a Administração, compilando os requisitos legais exigidos para realizar tais contratações.

2. RELATÓRIO

Carreou-se a esta assessoria jurídica, solicitação de exame e parecer técnico-jurídico da Ilustre SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, concernente a Contratação de show artístico para apresentação na temporada de praia 2022. Em apertada síntese este é o relatório.

3. FUNDAMENTAÇÃO

Passo a priori fundamentar e a posteriori a opinar. Pois bem, a contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação, é perfeitamente possível, eis que encontra fundamento factual e legal.



Constituição da República impõe ao Poder Público o dever de observar o princípio instrumental da licitação, cuja finalidade - em termos simplórios - é propiciar a contratação mais vantajosa à Administração.

“Art. 37, 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.”

Tal princípio - o da licitação -, por ser regra, deve ser lido da forma mais extensível quanto possível, ao passo que as exceções devem ser lidas e interpretadas de forma restritiva. Assim manda a boa hermenêutica por meio do enunciado da interpretação restritiva das regras de exceção (*exceptiones sunt strictissime interpretationis*). Na prática: licitar sempre quando possível, contratar sem licitação somente quando estritamente necessário.

Entretanto, a Carta Magna prevê expressamente a existência de casos que excepcionam o dever de licitar. São os casos das licitações tidas por inexigíveis, dispensadas ou dispensáveis.

Nesse passo, enceta-se que a pretensão requestada pelo Prefeito postulante carece de uma dilação pormenorizada, pois seu pleito encontra sustentáculo na contratação de show artístico que a priori difere das demais formas de contratação.

Diante da subjetividade que permeia a contratação inferimos que não há parâmetros objetivos hábeis a autorizar disputa em âmbito concorrencial. Diante disso impõe-nos afirmar que a licitação, *in casu*, não é possível.

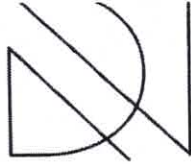
Marçal Justen Filho ensina que nestes casos:

“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. Dai a caracterização da inviabilidade de competição.”

Isso porque a atividade artística consiste em emanção direta da personalidade e da criatividade humana e nessa medida é impossível verificar-se a identidade de atuações entre possíveis concorrentes.

“A arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.

Nesse diapasão segundo a Lei Federal n.º 8.666/1993:



D I O G O N A V E S A D V O G A D O S

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. (grifamos).

Os ilustres juristas BENEDICTO DE TOLOSA FILHO e LUCIANO MASSAO SAITO, em sua obra denominada "Manual de Licitações e Contratos Administrativos", nos ensina que, fine:

"A hipótese de inexigibilidade para contratação de artista é a mais pacífica, desde que o escolhido, independentemente de estilo que, diga-se de passagem, é muito subjetivo, seja consagrado pelos críticos especializados e pelo gosto popular. O artista tem que ser conhecido, mas não precisa necessariamente ser excepcional. Com a grande extensão territorial e o regionalismo de cultura existente no Brasil, com o afloramento regionalizado de tradições e de folclore, o conceito de consagração popular deve ser tomado de forma particularizada, isto é, um artista muito popular no norte pode não ser conhecido no sul, sendo, assim, na sua região a licitação é inexigível". (texto original sem grifo)"

Ocorre que tais artistas, pelo que consta, tem sua consagração popular reconhecida nacionalmente.

Ainda vejamos o que nos traz Marçal Justen Filho, ao discorrer acerca da situação pondera, in verbis:

"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".

Assim, 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. Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o suspeito apresenta virtudes o desempenho de sua arte." (texto original sem grifo)

Ainda leciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu Compêndio "Contratação Direta sem



Licitação", 6ª Ed. p. 725:

"Para a regularidade dessa contratação direta existem três requisitos, além da inviabilidade de competição:

1. **que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;**
2. **que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo;**
3. **que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública."**

Por conseguinte, fazendo às devidas ponderações as informações aviadas a este órgão de consultoria jurídica têm pra mim, que a inexigibilidade de processo licitatório, in casu, não se mostra ilícito.

Forçar a Administração Pública a realizar licitação, nestes casos, resultaria em prejuízos financeiros e em violação direta ao princípio da economicidade. O procedimento resultaria inútil e contrário ao interesse do Poder Público e, no ponto, não se olvide os altos custos dispendidos pela Administração toda vez que realiza licitações, seja com a mobilização do aparato técnico ou administrativo que utiliza para levar a cabo o procedimento.

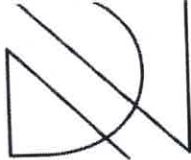
Imaginemos que lançássemos mão de licitação na modalidade concurso para prover a necessidade pública a ser satisfeita. Quais seriam os parâmetros objetivos que poderíamos elencar no instrumento convocatório a fim de garantir a isonômica participação de – frise-se – possíveis artistas?

Diante do contexto factual, não seria viável lançar mão de licitação porque indubitavelmente estamos diante da ausência do seu pressuposto lógico. E mesmo que não lhe faltasse tal premissa, a doutrina é pacífica em reconhecer que a inexigibilidade abrange também os casos em que a contratação necessária a satisfazer a necessidade estatal é incompatível com a natureza do procedimento licitatório, o que seria suficiente para proceder-se a inexigibilidade. Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Marçal Justen Filho, ao analisar o caput do art. 25, com a costumeira precisão, ensina:

"Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e se, esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput."

E arremata o saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Casuísmos e a inépcia do legislador não podem ser invocados para impor o procedimento licitatório quando este se mostrar absolutamente incompatível com a orientação pretendida pela Administração"



4. REQUISITOS LEGAIS DA LEI N.º 8.666/1993

Conforme já falamos, a contratação sob análise amolda-se à hipótese do art. 25, III da Lei de Contratos:

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.

Da leitura do dispositivo, pode-se depreender a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de artistas, a saber:

- 1) Que o serviço seja de um artista profissional;
- 2) Que a contratação seja realizada diretamente ou mediante empresário exclusivo;
- 3) Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A primeira questão a ser investigada 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.

4.1 - DO ARTISTA PROFISSIONAL

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra "Contratação Direta sem Licitação", Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726 (grifos nossos).

"Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública."

A Lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores. Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

Continua o professor:

"O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável à



D I O G O N A V E S A D V O G A D O S

regularidade da contratação."

4.2 - CONTRATAÇÃO REALIZADA MEDIANTE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO OU DIRETAMENTE

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê 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 TCU já enfrentou o assunto:

Contratação direta. Inexigibilidade. Artistas consagrados. Na contratação direta de artistas consagrados, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade. Acórdão 642/2014-Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Valmir Campelo).

Não se deve confundir a contratação direta por meio de empresário exclusivo com aquela intermediada por empresas de produção de eventos de profissionais do setor artístico, que possui regime jurídico próprio, proveniente da peculiaridade das negociações estabelecidas entre as partes.

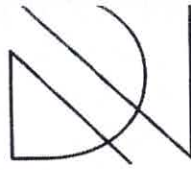
Neste último caso, deve-se observar a regra geral da licitação aplicável para a prestação de serviços em geral para a Administração Pública, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 8.666/93, evitando-se, assim, a contratação direta desvirtuada, por interposta pessoa.

4.3 - CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA

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. 25, parágrafo único, III da Lei nº 8.666/93 9, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo, o que foi devidamente feito.

Em que pese à atividade artística consistir em emanção direta da personalidade, é óbvio que isso não impede eventual comparação entre performances artísticas.

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 diferentes



performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

Para a contratação direta, é preciso demonstrar nos autos o motivo de convencimento da consagração do artista, tais como: a discografia de um cantor, premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros, **salvo nos casos de notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa qualquer tipo de comprovação**. Essa necessidade foi preenchida pela juntada de documentos aos presentes autos.

Note-se ainda que este último requisito destina-se a evitar contratações desarrazoadas ou arbitrárias, em que o gestor público possa imprimir uma preferência pessoal na contratação de um amigo, um parente, ou ainda de profissional sem qualificação reconhecida. Faz-se necessário que a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam a virtude do artista contratado.

5. CONCLUSÃO

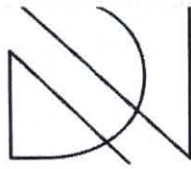
A contratação deve respeitar os seguintes parâmetros e os autos devem conter os documentos capazes de evidenciar que:

1. O artista deve ser profissional com serviços prestados;
2. A contratação deve ser realizada diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo, e neste último caso conforme dispõe o Acórdão colacionado no item 3.2. do presente Parecer;
3. Seja o artista consagrado pela opinião pública ou pela crítica especializada e, considerando a dimensão continental do território brasileiro, reconhecimento nacional ou regional;
4. Demonstração de regularidade de preço mediante demonstração de contratações anteriores, assegurando similaridade.

Ademais, quanto aos de habilitação devem ser juntados os documentos relativos à comprovação de adimplência com a Seguridade Social e Declaração de Cumprimento do Disposto no art. 7º, XXXIII da Constituição Federal.

Sendo satisfeitos os apontamentos elencados no Parecer, exara parecer **favorável** à contratação direta pretendida, na hipótese de inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, III da Lei de Licitações e Contratos, sobretudo porque evidenciado a impossibilidade de licitação, por ausência de possibilidade de concorrência. Neste sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho (2010, p. 358-360):


“Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação.”

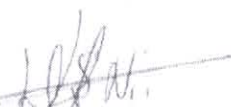


D I O G O N A V E S A D V O G A D O S

É o parecer.

Aos 20 dias do mês de julho de 2022.


Diogo Sousa Naves – Adv
OAB-MG 110.977
Assessor Jurídico


Diogo Sousa Naves – Adv
OAB-MG 110.977
Assessor Jurídico