

## **PARECER JURÍDICO**

**EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONFEÇÃO DE ESCULTURA/MONUMENTO ALUSIVO AO PROCESSO DE COLONIZAÇÃO DO MUNICÍPIO – OBRA DE VALOR HISTÓRICO E TURÍSTICO A SER EXECUTADA POR ARTISTA RENOMADO.**

### **1 – Síntese**

Trata-se de solicitação para emissão de parecer jurídico sobre viabilidade de contratação de escultor renomado (Werner Thaler) para execução de monumento alusivo ao processo de colonização do município, através de inexigibilidade de licitação.

O processo está instruído com solicitação/justificativa, descrição e esboço da obra, currículo do artista e respectiva documentação, além de fotografias de obras de relevante valor artístico já executadas.

É a síntese necessária.

### **2 – Da Possibilidade Jurídica / Inexigibilidade de Licitação**

As compras e contratações das entidades públicas seguem obrigatoriamente um regime regulamentado por lei específica, no caso, a lei n. 8.666/93.

O fundamento principal que reza por tal iniciativa é o artigo. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que determina que as obras, os serviços, compras e alienações devem ocorrer por meio de licitações.



A licitação foi o meio encontrado pela Administração Pública para tomar isonômica a participação de interessados em procedimentos que visam suprir as necessidades dos órgãos públicos acerca dos serviços disponibilizados por pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas nos campos mercadológicos distritais municipais, estaduais e nacionais e, obter a proposta mais vantajosa às contratações.

Para melhor entendimento, vejamos o que dispõe o inciso XXI do Artigo 37 da CF/1988 :

**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.**

O objetivo da licitação é contratar a proposta mais vantajosa, primando pelos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade e publicidade. Licitar é regra.

Portanto, a licitação pública, pode ser definida como o meio através do qual a Administração Pública contrata, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, dentre outros, buscando, ainda, a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1.993 (Lei de Licitações e Contratos), in verbis:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da*



*legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

A licitação é, portanto, nada mais que um torneio no qual vários interessados em contratar com a Administração Pública disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pela Administração. Em que pese o teor do regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio por óbvio, admite exceções.

O Eminentíssimo administrativista pátrio Ivan Barbosa Rigolin, ensina que:

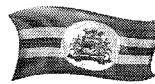
*“(...) Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa a seu interesse – que é sempre o interesse público –, com vista a algum contrato, em geral de aquisição de material ou de serviço, que pretenda celebrar (...)”.*

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Melo, leciona que:

*“(...) Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (...)”.*

Portanto, o procedimento licitatório visa garantir a boa-fé das contratações entre a Administração Pública e particulares.

Assim, para o deslinde da questão posta, preliminarmente, convém analisar o comando legal pertinente à



contratação direta com fundamento na situação de inexigibilidade de licitação.

Isso porque, vez ou outra uma dada situação fática poderá revelar que o instituto da licitação surge como meio inadequado para a consecução das necessidades do interesse público que ele mesmo visava atender.

Por sua vez, as hipóteses de licitação inexigível encontram-se previstas no art. 25 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Tratam-se de situações em que a disputa é impossível, ou seja, em razão do objeto a ser contratado o certame torna-se impossível, inviável. Sobre o tema, cabe trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), in verbis:

*“As hipóteses arroladas no art. 25 da Lei n° 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 n° 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 contêm rol meramente exemplificativo. (TCU. Acórdão n° 648/2014 - Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro) (grifos nossos)*



Com efeito, assim dispõe o art. 25 da Lei nº 8.666/93,  
ipsis litteris:

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

*I- para aquisição 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;*

*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.*

**§1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.**

§2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.



No caso dos presentes autos, entende-se que o objeto da contratação adequa-se perfeitamente à hipótese prevista no inciso III, art. 25, do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, a saber: (a) contratação de profissional de qualquer setor artístico; (b) a contratação pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo; (c) o profissional deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Vale dizer ainda que o valor de uma obra de arte vai mais além, sendo determinantes inúmeras e significativas variáveis, como a sua importância, que é resultante de análises que conformam e compõem um quadro de valores subjetivos e ponderáveis no plano conceitual e formal e fatores marcantes tais como: a esteia intrínseca do artefato, o seu significado como **marco simbólico e expressão cultural de um lugar ou de um povo**, além da relevância que assume o autor na história das artes e na formação de um acervo artístico respeitável, herança cultural indiscutível para as gerações presentes e para os pósteros.

Sob aspecto diverso, quanto à razoabilidade do preço contratado, a Advocacia Geral da União, por meio da Orientação Normativa nº17, de 1º de abril de 2009, se pronunciou que:

*"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".* Grifamos.

Nos ensinamentos de Marçal Justen Filho<sup>1</sup>:

*A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa*

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 379-380.





*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 n.º 8.666. 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 diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição*

Com efeito, tem-se que a norma insculpida no inciso III, art.25 da Lei n. 8.666/93 não ignorou o talento individual, a genialidade, a fama de cada artista, as características, o valor cultural do conjunto da obra, enfim, a consagração que cada artista alcança perante a sociedade em geral e/ou crítica especializada.

Isso torna, portanto, a contratação preconizada na norma suscitada em *intuitu personae*, não por violação ao princípio da impessoalidade, mas porque não se teria o mesmo resultado.

Nesse sentido, cumpre trazer à luma as palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, vejamos:



*E, para não invocar nem artistas brasileiros, mortos nem vivos, mas para demonstrar, por hipérbole, como realmente o caso não era de exigibilidade de licitação. comparo: é como se alguém resolvesse contratar uma cantora lírica e fizesse licitação para saber se escolheria Maria Callas ou Renata Tebaldi."*(Grifos nossos)

Dá-se o mesmo, aliás, em outras situações de contratação por inexigibilidade de licitação, como quando por notória especialização (inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93), situação na qual a Administração Pública não quer um serviço qualquer, mas um serviço realizado por aquele profissional ou empresa.

Também, como ressaltado pela ilustre administrativista e Ministra do STF Cármen Lúcia<sup>2</sup>, "... há artistas que são consagrados naquela comunidade que não agradariam em nada em outra".

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 nº 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.

No caso concreto, é possível afirmar que as obras do escultor Werner Thaler possuem relevante valor artístico cultural, estando difundidas pelo mundo todo, sendo reconhecidas pela crítica especializada, tudo conforme se prova nos autos do processo administrativo.

---

<sup>2</sup> ( STF: Inq 2482, intervenção da Ministra Cármen Lúcia, inteiro Teor do Acórdão, página 33.)





Outrossim, também verifica-se que o artista e a respectiva empresa apresentaram todos os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal exigidos pelos arts. 28 e 29 da Lei n° 8.666/93.

Ademais, também restou comprovado, conforme exigência do art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a justificativa da escolha do prestador de serviço, bem como a comprovação da compatibilidade do preço com o praticado com o mercado, havendo, inclusive, amplo histórico de contratações do artista com entidades que integram a administração pública em suas mais variadas esferas.

### **3 – Conclusão**

Diante do exposto, considerando os fundamentos fáticos e jurídicos acima delineados, bem como em cotejo da documentação acostada aos autos em epígrafe, esta Assessoria Jurídica OPINA pela possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, do escultor Werner Thaler execução da obra artística tudo com fundamento no inciso III, art. 25, da Lei n° 8.666/93.

Salienta-se, por derradeiro, que a presente manifestação possui natureza estritamente jurídica/consultiva, não tendo o condão de cancelar opções técnicas adotadas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

Cordilheira Alta/ SC, 05 de Outubro de 2021.

**Clériston Valentini – OAB/SC 27.754**  
**Assessor Jurídico**