



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - CEP 77006-002 - Palmas - TO - www.tceto.tc.br

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Inexigibilidade de Licitação. Contratação de Profissional do Setor Artístico. Proposta de ajuste direto com fundamento na hipótese de Inexigibilidade prevista no inciso II do Art. 74, da Lei nº 14.133/2021. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Examina-se, no presente processo SEI nº 24.000076-5, a contratação do senhor **SANDRO DA SILVA RIOS**, visando a criação de obra (pintura em grafite) que reúna 12 (doze) painéis que retratem a história o Estado do Tocantins e do seu Tribunal de Contas no túnel de ligação entre o Prédio Sede e o Rui Barbosa desta Corte.
2. Nota-se que, com relação aos artefatos de planejamento, foram acostados aos autos os seguintes documentos:
 - a) Estudos Técnicos Preliminares – ETP (0662052 e 0668023);
 - b) Termo de Referência nºs 21/2024, 48/2024 e 52/2024 (0662868, 0668032 e 0668787), e
 - c) Mapas de Gerenciamento de Riscos (0667484 e 0668024);
3. Os documentos citados acima foram submetidos à análise técnica preliminar da **DIGAF** – Diretoria Geral de Administração e Finanças por intermédio dos documentos SEI nºs 0667713 e 0668780 que, em última análise, aprovou a documentação.
4. De modo a comprovar a consagração do artista pela opinião pública foram apresentados os documentos SEI nºs 0667202 e 0667322.
5. No que concerne a proposta comercial do senhor Sandro Rios da Silva foi exibido o documento SEI nº 0667328, sendo estabelecido o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), sem inclusão de materiais.
6. A fim de justificar o preço praticado pela empresa ofertante foi acostado o documento SEI nº 0667146 com discriminação de serviços semelhantes àqueles que se pretende contratar, tendo como contratantes a empresa Miki Célio Souza Mascarenhas, demonstrando preço acima daquele proposto a este Tribunal de Contas, se considerado a metragem da arte em grafite.
7. O **GABPR**, por intermédio do Despacho nº 3102/2024 (0669016), autorizou o prosseguimento do feito, e, no mesmo ato determinou a remessa dos autos à **DIGAF** para conhecimento e adoção das medidas subsequentes.
8. Importante consignar que foram acostados aos autos os documentos relativos à habilitação jurídica, além da regularidade fiscal e trabalhista do artista Sandro da Silva Rios (0669092, 0669093, 0669097 e 0669580).
9. Ressalta-se que também foram providenciadas certidões negativas quanto às possíveis penalidades relativas a descumprimento a contratos públicos do artista proponente (0669573 e 0669575).
10. Por fim, foram exibidas as minutas da portaria de inexigibilidade e do instrumento contratual (0669582 e 0669583).
11. É o parecer, no essencial.

II - FUNDAMENTAÇÃO

12. Inicialmente, urge salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos

que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Incumbe a esta Assessora Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração deste Tribunal de Contas, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

13. A Carta Magna estabeleceu em seu art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade da realização de licitação para as contratações de obras, serviços compras e alienações, contudo, excetuou os casos previstos na legislação específica.

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.

14. Pela leitura do dispositivo acima é possível perceber que a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração Pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

15. No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

16. A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

17. Confrontando os dois institutos – dispensa e inexigibilidade – extrai-se que há uma distinção importante, embora, ambos, se tratar de contratação direta. A grande diferença reside na seguinte questão: É viável a realização de procedimento licitatório? Se a resposta for sim, estaríamos diante da possibilidade do emprego da dispensa de licitação. Do contrário, portanto, importaria na inexigibilidade, porquanto não existiria a instauração da licitação. A despeito disso, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, assim definiu a inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

“Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus ‘pressupostos lógicos’, em duas hipóteses: a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito...b) quando só há um ofertante. Em rigor, nos dois casos cogitados, não haveria como falar em ‘dispensa’ de licitação, pois, só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível.” Celso Antônio Bandeira de Mello, p.498.

18. A impossibilidade de abertura de certame licitatório diferencia a inexigibilidade da dispensa, que consigna uma faculdade para o administrador público. Como explicita Zanella Di Pietro, 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, inviável¹.

19. Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

20. Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado².

“sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado.”

21. Verifica-se, ainda, que a inviabilidade de competição se aplica também aos casos em que se caracterize uma disputa inútil ou prejudicial ao interesse público. Sobre o tema escreveu Ronny Charles:

A inviabilidade tem como referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público, motivo pelo qual é inexigível uma licitação cuja obrigatoriedade o contrarie. [...] Nessa feita, competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória, não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público).³

22. No que interessa por ora, objetiva-se, no caso concreto, a elaboração de parecer jurídico que abarque a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso II da Lei n. 14.133/2021, que, aliás, foi recepcionado pela Resolução Administrativa nº 7, de 29 de março 2023, conforme disposto no art. 93 dessa norma.

Lei nº 14.133, 2021.

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

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;

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 atestado 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 no inciso II do caput deste artigo, 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.

§ 3º Para fins do 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, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

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

Resolução Administrativa - TCE-TO nº 7, de 2023

Art. 93. As contratações por meio de inexigibilidade de licitação serão instruídas de acordo com o art. 74 da Lei nº 14.133/2021.

[sem grifos no original]

23. Confrontando os documentos relativos aos artefatos de planejamento com os dispositivos citados acima é possível verificar que se trata de inexigibilidade de licitação nos moldes do inciso II do Art. 74 da Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC. No entanto, por outro lado, é imprescindível observar se os requisitos reclamados na norma foram obedecidos.

24. O primeiro requisito a ser observado diz respeito a comprovação se o artista a ser contratado seria consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Sobre esta exigência é salutar trazer, abaixo, alguns critérios que já foram utilizados por alguns Tribunais de Contas para auferir se o artista é consagrado para fins de inexigibilidade de licitação.

25. O Tribunal de Contas do Distrito Federal entendeu que “a consagração pela crítica e pela opinião pública requerida nas contratações de profissionais do setor artístico, deve ser comprovada pela apresentação de *curriculum* destes profissionais, acompanhada de documentos (recortes de jornais, revistas, etc), que atestem, bem como de comprovantes de consultas preliminares sobre os valores cobrados pelos seus concorrentes”.

26. Para o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação deve ser precedida de um processo administrativo evidenciando que o profissional é consagrado pela mídia especializada ou pela opinião pública. Segundo o TCM-BA, “a consagração do mencionado profissional pela crítica especializada ou pela opinião pública, comprovada por intermédio de documento que justifique a inviabilidade da competição, devendo anexar recortes de matérias jornalísticas e da crítica especializada que indiquem tratar-se de artista consagrado pela opinião pública local, regional ou nacional”.

27. Por fim, o Tribunal de Contas de Minas Gerais decidiu que “a comprovação da consagração do artista, contratado mediante inexigibilidade, perante a crítica especializada e/ou opinião pública, far-se-á mediante averiguação de elementos que compõem o seu histórico de trabalho.

28. No caso presente, foram juntados recortes de matérias jornalísticas que comprovam a consagração do artista Sandro da Silva Rios perante a opinião pública, cumprindo, pois, o primeiro requisito citado no item

24 alhures.

29. O segundo requisito seria comprovar se o preço proposto pelo artista estaria compatível com os valores de mercado, a fim de evitar possível superfaturamento.

30. A Resolução Administrativa TCE/TO nº 7, de 29 de março de 2023 traz a seguinte abordagem sobre justificativa de preços nos casos de contratações de bens e serviços por intermédio de inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

Art. 38. A justificativa do preço em contratações de bens e serviços por meio de inexigibilidade de licitação deverá ser realizada, para cada item a ser contratado:

I – por meio da comprovação da razoabilidade de preços, a qual deverá ser verificada em pesquisa de preços, conforme procedimentos descritos nos arts. 48 a 52 desta Resolução Administrativa, para contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, desde que verificada a similaridade de cada item pesquisado;

*II – quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no inciso I deste artigo, por meio da comprovação da regularidade de preços feita a partir da **anexação de, no mínimo, 3 (três) documentos em nome do próprio proponente, referentes ao mesmo objeto e emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data de envio**, que demonstrem que o preço ofertado à Administração é igual ou inferior àquele cobrado de outras entidades públicas ou privadas; e*

III – caso a futura contratada não tenha anteriormente comercializado v

po o mesmo objeto e fique evidenciada a impossibilidade de observância dos incisos I e II deste artigo, a regularidade dos preços poderá ser realizada por meio da apresentação de documentos que comprovem a execução ou o fornecimento por parte do próprio proponente de objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

31. Com relação a documentação que justifique o preço ofertado pelo proponente percebe-se que foi acostado aos autos o documento SEI nº 0667146. Contudo, o inciso II do art. 38 da RA nº 7/2023 reclama a anexação de, no mínimo, 3 (três) documentos. Porquanto, neste particular, recomenda-se que seja providenciado, pelo menos, mais 02 (dois) documentos que comprovem o preço proposto, ou, na impossibilidade, que seja apresentada justificativa pelo não atendimento.

32. Superada a abordagem sobre os requisitos específicos, passam-se aos requisitos gerais. Conquanto, na hipótese de uma contratação direta, seja por dispensa de licitação ou por inexigibilidade com esquite no inciso II do art. 74, da NLLC, não se pode olvidar da necessidade de se instruir o processo da contratação com os documentos reclamados no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar; análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

33. Com relação aos documentos de formalização de demanda estes encontram-se acostado aos autos (0660984 e 0666733), bem como os Termos de Referência (0662868, 0668032 e 0668787), além dos Estudos Técnicos Preliminares (0662052 e 0668023) e da Análises de Riscos (0667484 e 0668024), os quais, no que couber, apresentaremos algumas considerações abaixo:

A) ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

34. Como relação ao ETP, especificamente no que diz respeito aos **itens 5, 6 e 7**, sob a nossa ótica, o texto desses itens não encontram consonância com o modelo aprovado pelo **GABPR** (0571898), haja vista que no **item 5**, ao invés de apontar as soluções possíveis para atendimento da demanda, qual seja, pintura em grafite, buscou-se conceituar a arte em grafite e justificar a escolha do artista Sandro da Silva Rios.

35. Ademais, consequentemente, os **itens 6 e 7** ficaram prejudicados, muito embora pudesse ter sido detalhada a solução como um todo. Contudo, considerando que o ETP já foi aprovado pela **DIGAF** e autorizada a contratação pelo Gestor Máximo do Órgão, recomenda-se que nas contratações futuras, de igual natureza, sejam devidamente observadas as notas inseridas no modelo de ETP que consta no processo SEI nº 23.001458-5.

B) TERMO DE REFERÊNCIA

36. No que se refere ao Termo de Referência nº 52/2024 (0668787) percebemos algumas situações que merecem alguns ajustes, a saber:

a) No **item 5.5**, recomenda-se que seja melhor explicitado de que forma se daria a aquisição dos materiais e insumos necessários para execução dos serviços pelo artista contratado, considerando que foi evidenciado na proposta comercial que os materiais não estariam incluídos no valor ofertado;

b) O **item 8.9**, poderá ser excluído, haja vista que se trata de uma repetição do texto do **item 8.7.**;

37. Especificamente sobre a pesquisa de preços para esse tipo de contratação tem-se que este tema já foi abordado alhures.

38. No que se refere aos requisitos relativos à habilitação e a qualificação mínima do prestado não visualizamos nenhum óbice, à exceção da necessidade de se providenciar o certificado de regularidade do FGTS que, em que pese não constar nas exigências do Termo de Referência, trata-se de um requisito legal.

39. Com relação a razão da escolha, a nosso ver, a informações constantes do ETP, especificamente no **item 5**, deixa claro as razões da escolha.

40. Relativamente a demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, tem-se que as Unidades competentes (**DIOAF/COOFI**) emitiram a Autorização nº 22/2024 (0669213), bem como a DD – Detalhamento de Dotação nº 2024DD00108 (0669251) trazendo todo detalhamento orçamentário que irá fazer face a futura despesa.

41. Com relação a Minuta de Contrato (0669583) percebe-se que esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, especialmente no que tange a nova lei de licitações e contratos administrativos, bem como seguiu o modelo aprovado nos autos do processo SEI nº 23.001458-5, especificamente no Doc. Sei nº 0636409. Inobstante a isso, pelos mesmos motivos declinados nas alíneas “a” e “b” do **item 36** deste Parecer Jurídico, recomendamos ajustes no texto da minuta no que diz respeito aos **itens 4.5. e 5.9.**

CONCLUSÃO

42. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na inexigibilidade de licitação, alicerçado no artigo 74, inciso II da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, observadas as recomendações detalhadas nos **itens 31, 36, 38 e 41** desta peça opinativa, além de que seja informado os

dados bancários do próprio artista e providenciada a juntada do comprovante de cadastro do artista perante o SICAF;

43. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, especialmente em atendimento ao § único do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, bem como que os autos sejam remetidos ao Núcleo de Controle Interno deste Órgão, consoante prevê o inciso X do art. 33 da RA nº 7 de 2023.

44. É o parecer, s.m.j.

45. Encaminhe-se para adoção das providências de mister.

[1] DI PIETRO. Direito Administrativo. 14 Ed.

[2] Curso de licitações e contratos administrativos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 161

[3] CHARLES. Lei de Licitações Públicas comentadas. 4. Ed.

[4] Licitação e contrato administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50

[5] Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-de-licitacao-que-visa-a-contratacao-deservico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/> Acesso em 17/07/2023.

[6] Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. ed. 19. Revista dos Tribunais - P. RL-1.8.

[7] Contratação direta sem licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 550.

[8] A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.



Documento assinado eletronicamente por **ALESSANDRO ALBERTO DE CASTRO**, ASSESSOR IV, em 06/02/2024, às 09:15, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php> informando o código verificador **0670272** e o código CRC **B9BCDF13**.