



PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



PARECER nº 93/2023

Processo Licitatório: 38/2023 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - Contratação artista consagrado e de renome regional por intermédio de representante exclusivo para apresentação na tradicional Festa de Emancipação Política deste Município de Malhada dos Bois/SE.

DO RELATÓRIO

Trata-se de processo de inexigibilidade de licitação autuado na Prefeitura Municipal de Malhada dos Bois/SE, tendo com interessado a Secretaria Municipal de Educação e Cultura, a qual visa, *a priori*, a contratação de serviços profissionais na área artística destinada a apresentação na tradicional Festa de Emancipação Política deste Município de Malhada dos Bois/SE, a ser realizado no dia 25 de novembro de 2023.

A Comissão de Licitação Permanente, encaminhou o procedimento de inexigibilidade contendo, dentre outros, os seguintes documentos: (i) termo de abertura do processo; (ii) solicitação de contratação; (iii) justificativa da situação de inexigibilidade de licitação com elementos necessários à sua caracterização; (iv) despacho determinando o estudo de viabilidade da inexigibilidade, dotação orçamentária, autorização para a contratação por meio de inexigibilidade de licitação; (v) documentação da I9 Publicidade e Eventos Artísticos LTDA, detentora da exclusividade contratual da Banda FOGO NA SAIA, acompanhada com as respectivas certidões de regularidade fiscais, justificativa de sua contratação, contratos de exclusividade, valores estimados e demonstrativo de reconhecimento público;

Assim, aportaram os presentes autos a este Procurador, a fim de que teça seu parecer, ao que passo a esposar meu entendimento acerca da situação sob enfoque.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De antemão, salientamos que o exame aqui empreendido toma por base os elementos e documentos juntados ao presente feito até o momento da tramitação dos autos a esta Procuradoria, restringindo-se àqueles que são necessários ao deslinde da consulta e limitando-se aos aspectos exclusivamente jurídicos da demanda.

Essa alçada jurídica não tem atribuição para proceder a auditoria em todos os atos praticados na presente instrução processual, portanto, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos. Destarte, o presente pronunciamento restringe-se somente a atender ao disposto no parágrafo único do art. 38, da Lei 8.666/93.

Ressalte-se, desde já, que o exame desta Procuradoria se dá nos termos do art. 38, da Lei 8.666/93, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou



PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



orçamentária.

Convém sublinhar que parte das observações expendidas por este órgão de assessoramento jurídico não passam de recomendações, com vistas a salvaguardar a autoridade administrativa assessorada, e não a vincular.

Caso se opte por não as acatar, não haverá, necessariamente, ilegalidade no proceder, mas assunção de risco. Nesta hipótese, a autoridade deverá motivar sua decisão, conforme disposição do art. 50, VII, da Lei 9.784/99.

DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Reiteramos que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o fito de orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.

Destaco que cabe a Assessoria Jurídica ater-se somente ao prisma estritamente jurídico, não lhe sendo atribuída análise concernente à conveniência e oportunidade administrativa, tampouco a análise de quantitativos e aos valores estabelecidos. A apreciação jurídica se dá, portanto, tão somente às questões de legalidade dos atos administrativos que carecem do parecer jurídico, como forma de legalidade à contratação, por exclusiva exigência legal.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que, como regra, as contratações realizadas pela administração devem ser realizadas por meio de procedimento licitatório prévio, assegurando igualdade de condições a todos concorrentes, nos seguintes termos:

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.

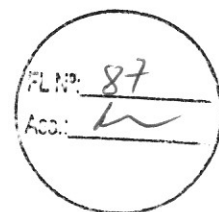
Logo, apesar de o procedimento licitatório ser a regra, a Constituição da República, ao inaugurar o citado comando legal, ressalva que haverá casos especificados na legislação em que a obrigatoriedade da licitação não será exigida.

A Lei Federal nº 8.666/93, ao regulamentar a previsão contida na Constituição Federal, prevê em seu art. 25:

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



PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



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.

Para que se caracterize a situação de inexigibilidade descrita no supracitado inciso III do artigo 25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no caput do artigo 25, qual seja, a **inviabilidade de competição** e desde que o **artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública**.

Quanto ao tema, Marçal Justen Filho, leciona:

“É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. [...]. As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve a inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14.^a ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 357-358). (Grifo nosso)

Conforme ressaltada pela doutrina de Marçal, a inviabilidade se dá tanto pela circunstância do sujeito a ser contratado quanto pela natureza do objeto a ser contratado, no caso, show para apresentação na tradicional Festa de Emancipação Política deste Município.

Assinale-se, porque necessário, que a inviabilidade de disputa decorre tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular (quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, porque pressupõe, por exemplo, o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual, no caso em comento, artística).

No que tange a consagração e a opinião pública, esse ponto tem alto teor de subjetivismo e, para se precaver, o gestor deve, *“sendo possível, juntar aos autos da contratação documentação – recortes de jornais, currículos, certificados relativos a prêmios, exposições, apresentações, etc. – que seja capaz de demonstrar a notoriedade ou consagração do artista”* (FURTADO, fl. 372).

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, escreve José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. **Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados.** Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir,



**PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (grifamos)

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, destaca:

A consagração pela crítica e opinião pública requerida nas contratações de profissionais do setor artístico, prevista no art. 25, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, deve ser comprovada pela apresentação do seu currículo, acompanhada de documentos que a atestem, bem como de comprovantes de consultas preliminares sobre os valores cobrados. (TCDF - Súmula de jurisprudência- Enunciado 68)

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, ao julgar o processo n.º 04938e18, T.P.B. n.º 37/2018, reforçou seu entendimento a muito firmado:

“4) 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” (artigo 3º, V, da Instrução n.º 02/2005 deste Tribunal). Além disso, devem ser observados os elementos dispostos no parágrafo único do artigo 26 da Lei n.º 8.666/1993, bem como como ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado e razoável em relação ao montante das receitas municipais”.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, possui o mesmo entendimento, conforme podemos observar do Acórdão n.º 793/2012, referente ao processo n.º: 2351/2010:

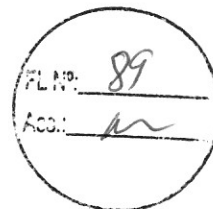
5) Comprovação da notoriedade/ consagração do artista através de curriculum, acompanhados de documentos, tais como: recorte de jornais, revistas e demais dados que atestem a consagração pela opinião pública;

O Professor Diógenes Gasparini sugere a adoção de um critério interessante, a depender do valor da contratação. **Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional. São as suas palavras:**

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, a contratação dentro do limite do convite, será local;



PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.

Desta forma, no nosso sentir, a CPL deve juntar aos presentes autos outros documentos que façam referência a consagração do artista contratado, ainda que seja apenas em âmbito municipal.

Doutro lado, deve observar também o posicionamento do TCU quanto ao contrato de exclusividade, vejamos.

A contratação de artistas consagrados por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93) somente deve ocorrer com a apresentação de contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade não pode ser substituído por autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. (Acórdão 5209/2015 - Segunda Câmara, Rel. MARCOS BEMQUERER).

Registre-se que a situação de inexigibilidade enseja a necessidade de observância das formalidades insculpidas no artigo 26 da Lei 8.666/1993, o processo de inexigibilidade deverá conter: (i) a justificativa da inexigibilidade de licitação, (ii) a indicação da razão da escolha do prestador do serviço, (iii) a justificativa do preço, e (iv) a ratificação do procedimento pela autoridade superior, com publicação na imprensa oficial - itens de atenção obrigatória.

Dito isso, verifica-se que a solicitação para contratação se subsume à prestação de serviços especializados de empresa que fornece show artístico, detentora de exclusividade de representação dos direitos de imagem da Banda FOGO NA SAIA.

No presente caso, encontramos documentos que justificam a contratação, e por ser ato discricionário do gestor, não iremos analisar as razões do Administrador.

A indicação e escolha do prestador de serviço também é mencionada pelo Gestor, na o fator da confiabilidade, e do melhor interesse para a população.

Quanto a justificativa de preço, denoto que foi apresentado **notas fiscais que justificam o parâmetro de ambas as contratações**.

Quanto a publicação, deve acontecer tão logo seja assinado o contrato de prestação de serviço.

Reforço que a comprovação da consagração dos artistas se deu por via documental, o que me dá indícios e relativa segurança de que a exigência resta cumprida.

É de inteira responsabilidade do Comissão de Licitação a observância de item a item levantado nesse parecer, em consonância com o texto legal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Mais uma vez, cumpre reiterar que esta Procuradoria Jurídica emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnicos-administrativa. Além disso, este parecer possui caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do gestor.

Apesar da aparente conformidade com a legislação e com os entendimentos dos Tribunais Judiciais e os Tribunais de Contas, cabe unicamente ao Gestor Público decidir quanto à contratação, restando apenas a essa procuradoria fazer a verificação da possibilidade jurídica do processo trazido para análise.

Ademais, o parecer é com base na análise da documentação enviada, para a qual darei presunção de fidedignidade em razão de estar firmada por servidor público, sendo essas de inteira responsabilidade do servidor subscritor.

Cabe à Comissão de Licitação certificar a lisura do processo certificando-se das certidões de regularidades. Cabe também a ela a correta aplicação dos textos legais apresentados neste parecer e esclarecidos em nossa fundamentação a fim de identificar o atendimento à norma.

Com fito de alerta, mesmo que nestes autos já sejam perceptíveis e em grande parte cumpridos, segue com recomendações.

Recomenda-se que os presentes autos sejam encaminhados ao Controle Interno da Prefeitura Municipal, para análise final do trâmite processual.

Recomenda-se, caso confirme a contratação, que se proceda à publicação do respectivo extrato de contrato e ratificação pela autoridade competente, a partir de sua ciência.

Recomenda-se que seja dada atenção especial às certidões de regularidades e toda a documentação necessária exigidos pela lei de licitações - atentar para os posicionamentos do TCU.

Recomenda-se que não seja feito pagamento antecipado, mas nos moldes do contrato.

Recomenda-se que seja feito relatório fotográfico do evento para fins de prestação de contas.

Recomenda-se a verificação detalhada do contrato de exclusividade de ambos os artistas que vierem a ser contratados.

A CPL deve preocupar-se em demonstrar nos autos deste processo a comprovação das exigências, quais sejam:

i) Contrato deve ser firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;

ii) Consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública deve estar devidamente demonstrada nos autos da inexigibilidade, salvo se notória;

iii) Razão da escolha do profissional do setor artístico;

iv) Justificativa de preço (preço deve ser razoável e similar a outros contratos firmados pelo contratado, baseado no médio aritmético dos contratos firmados nos últimos



**PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

- 6 (seis) meses, ou, de acordo com o parâmetro das notas fiscais anexadas ao processo licitatório);
- v) Publicidade da contratação; e,
 - vi) Outros documentos que entender pertinentes.

Por tudo quanto exposto, esta Procuradoria, se cumprida as exigências pontuadas e atendidos os critérios legais, aprova-se a minuta contratual apresentada para análise, com fulcro no artigo 25, caput, e seu inciso III, bem como nas diversas decisões dos Tribunais de Contas e posicionamentos doutrinário acima transcritas.

Retornem-se os autos a Comissão Permanente de Licitação para as providências cabíveis.
É o parecer deste Procurador.

S.M.J.

Malhada dos Bois/SE, 17 de novembro de 2023.


MANOEL FRANCISCO DINIZIO NETO
Procurador
OAB/SE 10.871