




PREFEITURA MUNICIPAL DE MALHADA DOS BOIS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

FL. Nº 75
Ass.: 

PARECER nº 94/2023

Processo Licitatório: 39/2023 - 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 AP Eventos e Produções Artísticas LTDA-ME, detentora da exclusividade contratual da Banda BANANA NATIVA, 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



FL Nº 76
Ass.: h

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.



FL Nº 77
Ass.: [assinatura]

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 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 de profissional de qualquer modalidade de arte, desde que o valor do contrato esteja dentro dos limites da modalidade de contratação, será obrigatoriamente licitada, exceto se o profissional for considerado consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.



**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 BANANA NATIVA.

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 na média aritmética dos contratos firmados nos últimos