

ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

PARECER Nº 45/2023

PROCESSO: Inexigibilidade de Licitação nº 004/2023

ORIGEM: Secretaria de Educação, Cultura, Esporte e Lazer - Prefeitura Municipal de Carira/Se.

ASSUNTO: Análise de processo administrativo de contratação direta mediante Inexigibilidade de Licitação.

OBJETO: Contratação para apresentação do Cantor Geraldo Azevedo Voz e Violão para o festejo da Inauguração em praça pública no dia 18 de março de 2023, no município de Carira/Se.

CONCLUSÃO: Viabilidade Jurídica Condicionada.

DESTINO: Comissão Permanente de Licitação - CPL.

EMENTA: Direito Administrativo. Inexigibilidade de Licitação. Objeto: Contratação para apresentação do Cantor Geraldo Azevedo Voz e Violão para o festejo da Inauguração em praça pública no dia 18 de março de 2023, no município de Carira/Se., com fundamento no inciso III do artigo 25, da Lei nº 8.666/93. Análise Jurídica Prévia. Viabilidade Jurídica Condicionada. Recomendações.

I - RELATÓRIO

Cuida, o presente parecer, de consulta formulada pela Secretaria de Educação, Cultura, Esporte e Lazer, acerca da possibilidade legal de contratação pela Prefeitura Municipal de Carira/Se para a contratação para apresentação do Cantor Geraldo Azevedo Voz e Violão para o festejo da Inauguração em praça pública no dia 18 de março de 2023, no município de Carira/Se., com fundamento no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93

Acompanhou o processo, **01(um) volume, contendo, 072 (setenta e duas) páginas:** Capa de Identificação (fls. 000); Projeto Básico (fls. 001-005); Proposta Comercial - Empresa Geração Produtora Ltda (fls. 006); Solicitação de autorização e deferimento para instauração de processo de contratação (fls. 007); Notas Fiscais de Prestação de Serviços Pretéritos (fls. 008-010); Justificativa de Preço (fls. 010-011); Documentos de Habilitação Jurídica e Fiscal da Empresa Geração Produtora Ltda - Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral - CNPJ (fls. 012); Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT (fls. 013); Contrato Social (fls. 014-032); Carteira de Identidade dos Sócios (fls. 033-034); Comprovante de Domicílio da Empresa (fls. 035); Comprovante de Domicílio dos Sócios (fls. 036-037); Alvará de Licença de Funcionamento (fls. 038); Certidão Negativa de Débitos Tributários Estaduais (fls. 039); Certidão Negativa de Débitos em Dívida Ativa (fls. 040); Certidão Negativa Municipal de Débito do ISS (fls. 041); Certidão Negativa Municipal de Dívida Ativa (fls. 042); Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral - CNPJ (fls. 043); Certidão de Regularidade do FGTS (fls. 044); Procuração (fls. 045-049); Certidão Negativa de

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 24
Rubrica: [assinatura]

Débitos em Dívida Ativa - Procuradoria Geral do Estado (fls. 050); Certidão Negativa Municipal de Dívida Ativa (fls. 051); Declaração Constitucional de que não emprega Menor, salvo na condição de Aprendiz e ausência de fato impeditivo (fls. 052-053); Dados Bancários (fls. 054); Autorização pela Autoridade Superior do município de Carira/Se para a abertura e seguimento do processo de contratação de Show Artístico (fls. 055); Portaria nº 006/2023 - Nomeia e constitui a Comissão Permanente de Licitação - CPL (fls. 056); Comunicação Interna - Solicitação de Classificação Orçamentária (fls. 057); Declaração de Estimativa de Impacto Orçamentário-Financeiro (fls. 058); Declaração sobre Aumento de Despesa (fls. 059); Justificativa de Inexigibilidade pela Comissão Permanente de Licitação - CPL (fls. 060-063); Extrato de Justificativa (fls. 064); Solicitação de análise e emissão de parecer Jurídico (fls. 065); e Minuta de Contrato (fls. 066-072).

Em atenção ao procedimento apresentado, a Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Carira/Se enviou os presentes autos a esta Assessoria Jurídica, que passa a analisar a legalidade da contratação de prestação de serviços já reportados.

É o relatório. Fundamento e opino.

II - DOS FUNDAMENTOS

II.1. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Desde logo, importa frisar que não compete na análise jurídica apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato de gestão que se pretende praticar, quer no seu aspecto econômico, quer no seu aspecto Administrativo. Estes aspectos são corriqueiramente denominados de “**mérito Administrativo**” e são de responsabilidade única do Administrador Público.

Dessa maneira, a assessoria jurídica incumbe apenas a análise de aspectos jurídicos com a finalidade de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

De início, cabe orientar, que somente depois de definir o objeto que pretende contratar é que a Administração Pública deverá buscar o profissional para executá-lo. Nunca, em hipótese alguma, se procede de forma inversa. Aqui a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional certamente se agregam ao objeto características que inviabilizam o executor do serviço.

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Frisa-se que o Projeto básico deve explicitar de forma clara e minuciosa o real desejo da Administração, ou seja, deve conter grau de detalhamento, de especificações, de informações relevantes ao objeto que almeja contratar.

Ultrapassado o ponto acima ventilado, que entende ser salutar, cumpre fornecer à Administração o balizamento jurídico necessário ao enfrentamento do caso concreto relacionado a analisar a viabilidade de contratação com a empresa supramencionada por inexigibilidade, assim vejamos:

Como é de correntia sabença, as contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações).

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação visa:

"[...] proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares. (1980, p. 158).

Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, conditio sine qua non para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público e, ainda, conceba a todos os interessados igualmente em condições".

Odete Medauar destaca que **"A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo"** (2010, p.187).

Acontece que a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre eles as hipóteses em que as contratações da Administração Pública não serão precedidas de processos licitatórios, o que não dispensa um processo administrativo, ressalta-se.

Essas exceções normativas denominam-se dispensa e inexigibilidade de licitação, limitadas aos casos definidos nos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93, respectivamente.

Neste sentido, é relevante enfatizar que a inexigibilidade de licitação é utilizada em casos que houver inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar, ocasião que

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 76
Rubrica: e

a lei de licitações estabeleceu hipóteses legais em rol exemplificativo, como podemos observar na letra da lei, ao estabelecer o termo: “em especial”, com posterior apresentação de três hipóteses.

Desta forma, excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses, não taxativas, de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação, nos deparamos com a seguinte determinação:

“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.

§ 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”.

Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 25, III, autoriza a contratação direta de profissional artístico diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Conforme ensina a doutrina, essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo - diferentemente do que sucede nos casos de licitação na modalidade concurso, por exemplo.

A respeito do tema, colhem-se os ensinamentos de Marçal Justen Filho (Op. cit., p. 634), vejamos:

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

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei 8.666/1993. 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 performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição". (grifo nosso)

Esclarecido os fundamentos, acima transcritos, é cediço que a Administração não tem como atestar, com exatidão, a capacitação do contratado. Todavia, tal fato não a autoriza a contratar diretamente o particular sem perquirir a qualificação do mesmo, a fim de que fique evidenciado, ao menos, que suas habilidades transcendem o conhecimento comum e que são adequadas à execução do objeto do ajuste.

Assim, temos que, no caso em testilha, como dito, a Secretaria consulente sopesa a necessidade de ser exarado parecer jurídico opinativo de modo a respaldar a contratação de empresa especializada na realização de shows artísticos, hipótese que pode ser encarada à luz do inciso III, do artigo 25, da Lei nº 8.666/1993, acima destrinchado, indicando a empresa **Geração Produtora Ltda**, de setor artístico como sendo consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

II.2. DAS FORMALIDADES INERENTES À INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: REQUISITOS DO ART. 26

Tendo-se delimitado que o objeto de análise do Parecer é a hipótese discriminada no artigo 25, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/1993, registra-se que aludida situação de inexigibilidade, como qualquer outra, enseja a necessidade de observância das formalidades insculpidas no artigo 26 do mesmo diploma legal.

Nos termos do artigo 26 da Lei Federal n.º 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.**

A seguir, para melhor compreensão das ideias aqui retratadas, far-se-á o exame desses requisitos previstos no artigo 26 da Lei Federal n.º 8.666/1993, traçando-se um breve paralelo com os preceitos do artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, que serão examinados detidamente em tópico específico.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 78
Rubrica: e

Com relação à justificativa da inexigibilidade, esta deverá ser devidamente motivada pelo gestor, com a indicação precisa da necessidade pública a ser satisfeita, do objeto da contratação e do embasamento legal que autoriza contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso III da Lei n.º 8.666/1993).

Ressalte-se que a justificativa deverá ser amparada pela demonstração do interesse público na contratação dos serviços artísticos a serem desenvolvidos pelo profissional. Com efeito, embora a contratação de profissionais artísticos não constitua uma atividade típica do Estado, há casos em que o dever estatal de garantia do exercício dos direitos culturais (artigo 215 da Constituição Federal) justifica que este assumo o encargo direto de promover eventos artísticos, com a contratação de artistas.

Nesse sentido, o doutrinador Marçal Justen Filho (Op. cit., p. 635) pontua: *“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”*.

No caso em tela, também, a Justificativa de Inexigibilidade acostada aos autos é pelo entendimento de que a documentação apresentada pela empresa Geração Produtora Ltda, no qual informa a existência de elementos que possam comprovar que a empresa a ser contratada é consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Por se tratar de questão eminentemente técnica, de integral responsabilidade do órgão, não adentrarei no mérito da justificativa. Apenas friso que da efetiva caracterização do interesse público na contratação dos serviços artísticos e da certificação de que a banda é consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública para estar em consonância com a legalidade da contratação autorizada no artigo, 25 inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

Quanto à razão para a escolha do contratado, esta deverá ser apresentada à luz dos préstimos do artista e da necessidade pública que se pretende atender, resguardada a impessoalidade no processo de escolha, que se encontra atrelada à demonstração de que o profissional a ser contratado é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, por sua vez, encontra fundamento na subjetividade que lhes é imanente. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular.

Diante da compreensão de que a discricionariedade na escolha pelo gestor não representa mera liberalidade, é oportuno reiterar que os atos da Administração Pública devem ser devidamente motivados, apontados os fundamentos que justificam a opção daquele profissional, em específico, inclusive em detrimento de alternativas

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.173



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

disponíveis e à luz da compatibilidade entre a espécie de trabalho artístico a ser contratado e a finalidade cultural específica do evento.

Nesse tocante, novamente precisos os ensinamentos de Marçal Justen Filho (op. cit., p. 635): “(...) *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.*”

Deve-se ter em mente que a consagração do artista a ser contratado se constitui em pré-requisito à contratação e não critério de seleção, conforme bem anota Joel de Menezes Niebuhr¹⁶:

“Importa sublinhar que a consagração não é critério para escolher o artista a ser contratado, porém pré-requisito. Todos os consagrados podem ser contratados, o que não leva a dizer que o mais consagrado é quem deve ser o contratado. O interesse público não depende exclusivamente da consagração; por oposto, deve dispensar atenção especial àquilo que não é tão consagrado, especialmente aos olhos do público, para lhes alargar a cultura e o próprio conhecimento artístico, refutando a linha homogênea imposta pela mídia.”

Neste ponto, a Comissão Permanente de Licitação - CPL (fls. 062), assim consignou sobre a razão da escolha do profissional do setor artístico:

“Apurando os fatos trazidos pela Secretaria de Educação, Cultura, Esporte e Lazer do município em relação a escolha do artista, observamos que a GERAÇÃO PRODUTORA LTDA, CNPJ 27.839.992/0001-00 é conhecida pelos shows que realiza, gozando de excelente conceito e aceitação popular, estado devidamente comprovada a consagração dessas bandas pelo público local e regional, mediante a juntada de noticiários de jornais demonstrando contratações pretéritas desse artista, CDs, gravados, folders e cartazes que anunciam a apresentação de banda em eventos festivos da mesma natureza do evento a ser realizado pelo município de CARIRA/SE, estando os mesmos anexados aos autos desse processo de inexistência” grifo nosso

Ocorre que, apesar de citado pela Comissão Permanente de Licitação, no trecho acima extraído, nos motivos expostos na Justificativa da Contratação almejada, constata-se que, modo diverso, não consta nos autos do processo documentos que evidenciem a realização de prestação de Shows Artísticos anteriores pelo artista Geraldo Azevedo, motivo pelo qual se faz necessário a juntada de documentos que evidenciem que o serviço artístico a ser prestado é de notória especialidade artística e consagrado pela opinião pública e crítica especializada. Desta forma, deverá a CPL sanear o processo para o regular processo de contratação pretendida.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 80
Rubrica: e

Desta maneira é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão, a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo a singularidade da expressão artística, e ainda, em razão da natureza do evento que se enquadra na margem do poder discricionário do Administrador, pessoa competente e autorizada pela Lei para inferir se o show a ser contratado por inexigibilidade é o mais adequado à plena satisfação do objeto, que é a realização da festa em comemoração ao dia do trabalhador.

Diante da clareza do supracitado dispositivo de lei, torna-se desnecessários maiores argumentações para dar fundamentação legal a este expediente.

A respeito da justificativa de preço em situações de inexigibilidade, esta é disciplinada no artigo 25, § 2º, da Lei Federal n. 8.666/1993, onde podemos extrair que, a norma visa aferir a razoabilidade do preço por meio da demonstração de preço condizente com o praticado pelo mercado com o fito de apurar se não há abuso na contratação direta.

Desta forma, orienta-se que os processos administrativos para contratação de profissionais do setor artístico sejam instruídos com documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos semelhantes, comercializados pela futura contratada, e/ou tabelas de preços vigentes divulgadas pela futura contratada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, contendo data e hora de acesso, ressaltando a possibilidade de que sejam utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pela autoridade competente do órgão ou entidade contratante.

O parâmetro de preço a ser utilizado deve ser o praticado pelo próprio prestador do serviço a ser contratado, haja vista que são as características individuais do artista que justificam sua contratação por meio de inexigibilidade de licitação.

Esta posição é amparada pela doutrina, conforme se extrai das lições de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

“É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte iniciam-se com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois, se não tiverem valor econômico, não podem ser objeto de contrato.

Um possível parâmetro é verificar o preço que o notório especialista cobra de outros órgãos para realizar idêntico ou assemelhado. Essa verificação pode ser feita pelas publicações no Diário Oficial de inexigibilidade ou pelas cópias de recibo fornecidas pelo agente a ser contratado.” (grifo nosso)

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta Sem Licitação. 10.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 580

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 81
Rubrica: e

Resta definida, dessa forma, a possibilidade técnica da presente modalidade de inexigibilidade de licitação, desde que, auferida a perfeita adequação do preço proposto, e neste aspecto, entendo que não cabe a assessoria jurídica emitir opinião sobre o valor proposto, vislumbrando por seu turno, restar existente nos autos, documentação acerca da compatibilidade do preço cobrado com o de mercado e a correspondente justificativa do gestor, nos documentos de (fls. 008-009 e fls. 010-011).

Nesse particular, alerta-se que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstração da razoabilidade dos preços a serem contratados, visando afastar eventuais questionamentos que apontem para superfaturamento de preços e comprometam a eficácia do ajuste.

II.3. DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS DA CONTRATAÇÃO DIRETA PREVISTA NO ART. 25, INC. III - CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Diante da especificidade da hipótese de inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, optou-se destinar um tópico exclusivo para tratar dos requisitos da contratação direta de profissionais de qualquer setor artístico por inexigibilidade de licitação.

Além dos requisitos já elencados no tópico antecedente, a teor do artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, vislumbra-se que a contratação de profissionais do setor artístico encontra-se condicionada ao preenchimento dos seguintes requisitos: (I) realização de contratação diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo; (II) demonstração de consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública.

Ademais, relevante apontar que a contratação direta nesta hipótese se constitui em obrigação de fazer de caráter personalíssimo, não admitindo subcontratação, como bem elucida Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Op. Cit., p. 553):

“A contratação de um artista, considerada como inviabilizadora da competição, constitui típica obrigação de fazer, do tipo intuitu personae, isto é, que só pode ser realizada diretamente pelo contratado. Nesse sentido, são úteis as disposições do Código Civil que estabelecem que incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. Aliás, seria absolutamente irregular o fato da subcontratação, pois, se a obrigação não é intuitu personae, haverá viabilidade de competição e a licitação será exigível.”

Em relação ao primeiro requisito, que prescreve que a realização da contratação deve se dar diretamente com o artista ou por intermédio de

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 82
Rubrica: e

empresário exclusivo, tem-se que tal dispositivo visa evitar intermediários desnecessários na concretização da contratação.

A Lei Federal n.º 8.666/1993 não estabelece expressamente o meio de demonstrar esta exclusividade. Contudo, como referência, pode-se utilizar o conceito de *empresário exclusivo* da Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova lei de licitações) - muito embora a presente análise esteja voltada aos casos de contratação sob a tutela da Lei n.º 8.666/93, uma vez que representa a evolução legislativa sobre o assunto com respaldo na doutrina e na jurisprudência atual.

Conforme se extrai do art. 74 § 2º da novel legislação, "*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*".

A título de informação, anota-se que o Tribunal de Contas da União possui um posicionamento mais rigoroso, entendendo que a exclusividade deverá ser demonstrada por meio de exibição do contrato mantido entre o artista e o agente, que contenha cláusula de exclusividade, orientando ainda que tal contrato seja registrado em cartório.

O TCU, também possui o entendimento que é vedada a representação restrita a evento ou local específico. Neste caso, a recomendação é que seja observada pela Administração Pública Estadual, conforme se exprime da ementa do r. Acórdão abaixo transcrito:

Contratação pública - Inexigibilidade de licitação - Contratação de artista - Empresa intermediadora - Ausência de exclusividade - Irregularidade - TCU

Trata-se de tomada de contas especial em que se analisa a contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação. Foi apontada a contratação de empresa na condição de intermediária entre o ente público e os artistas ou empresários exclusivos, sem apresentação dos contratos de exclusividade. O tribunal julgou irregular a contratação por inexigibilidade de empresa intermediadora, "haja vista que a apresentação de cartas de representação, limitadas às datas e localidade do evento, não configura a hipótese de representante exclusivo, com ofensa ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993". (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 8.493/2021, da 2ª Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer, j. em 29.06.2021.)

No que diz respeito ao **segundo requisito**, que concerne à demonstração de consagração do artista a ser contratado, retoma-se ao mencionado no item II.1 do presente parecer, reafirmando a necessidade de observância desta condição como pré-requisito à contratação.

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 83
Rubrica: e

Cumprе alertar que a escolha do prestador do serviço está atrelada à demonstração de que o profissional é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, alternativamente, com o objetivo de resguardar a impessoalidade no processo decisório. Eis as considerações de Joel de Menezes Niebuhr sobre o tema:

*“Em terceiro lugar, o artista contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. **Note-se que não é necessária a consagração pela crítica e pelo público: um ou outro já é o suficiente.** Aliás, o gosto popular para as artes não é tão apurado quanto o da crítica especializada, pelo que é usual que artistas altamente reputados sejam desconhecidos do público. Na mesma linha, só que em sentido inverso, há artistas ovacionados pelo público e alvejados por impropérios por parte da crítica.”*

Outrossim, frisa-se que deverão ser adunados aos autos do processo administrativo da contratação elementos que comprovem a consagração do artista. Nesse tocante, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais de Contas costumam a indicar como meios capazes de auxiliar na demonstração da aclamação perante a opinião pública: notícias de jornais e revistas sobre apresentações realizadas (com data e fonte de veiculação), comprovação do número de seguidores do artista em redes sociais, demonstração número de views de suas performances em aplicativos de streaming etc. Lado outro, no tocante à aceitação pela crítica especializada, pode-se cogitar de certificados relativos a prêmios, publicações especializadas do setor artístico etc.

Por último, não se pode deixar de mencionar que, diante da distinção entre os serviços prestados pelo artista profissional e os demais bens e serviços acessórios a serem adquiridos, é recomendado que o gestor conceda tratamento jurídico diferenciado à cada espécie de contratação.

Ou seja, a contratação de artista profissional enquadra-se expressamente na exceção legal que autoriza a contratação direta pela Administração Pública, por meio da inexigibilidade de licitação. Por outro lado, os serviços de apoio (palco, iluminação, sonorização, segurança patrimonial, hospedagem etc.), que exprimem condição de competitividade, deverão seguir a regra geral, ou seja, com a realização de procedimento licitatório.

O agrupamento da contratação do profissional e dos serviços acessórios à realização do evento artístico por meio de inexigibilidade de licitação vem sendo apontado como irregular pelo Tribunal de Contas da União, conforme se extrai da ementa do acórdão abaixo transcrito e do excerto extraído da resposta à consulta formulada perante a Corte de Contas da União. Vejamos:

“Contratação pública - Pregão - Fornecimento de infraestrutura de shows - Serviço comum - Possibilidade - TCU

O TCU, em sede de tomada de contas especial, julgou que “os serviços de fornecimento de infraestrutura para a realização de shows devem ser contratados mediante licitação na modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, pois são

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 84
Rubrica: e

serviços de natureza comum, passíveis de serem prestados por diversas e diferentes empresas, uma vez que se baseiam em especificações e padrões conhecidos e usuais de mercado". Ainda, entendeu pela possibilidade de pregão para a "contratação de empresa intermediária de artistas e bandas de renome local ou regional, pois o objeto é passível de atendimento por qualquer pessoa jurídica que consiga mobilizar os profissionais do setor artístico atuantes nas referidas bases geográficas e não há incompatibilidade entre apresentações musicais e o conceito de serviço comum (ex vi do Acórdão 3322/2019-Segunda Câmara)". (TCU, Acórdão nº 5.902/2021, da 2ª Câmara, Rel. Min. Bruno Dantas, j. em 13.04.2021. (grifo nosso)

(...) Por derradeiro, embora não tenha feito parte da consulta ora apreciada, é importante deixar assente que a contratação da infraestrutura do evento (fornecimento de palco, sanitários químicos portáteis, som, gerador, arquibancada, serviços de vigilância, entre outros) difere substancialmente da contratação das bandas/artistas consagrados que se apresentarão no evento. Somente esta tem amparo no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, devendo aquela ser feita mediante licitação, como regra na modalidade de pregão em sua forma eletrônica, em conformidade com o art. 1º, §§ 1º e 2º, do Decreto Federal 5.504/2005 (...) (Plenário. TC 022.552/2016-2. Natureza: Consulta. ACÓRDÃO Nº 1435/2017 - TCU - Plenário. Relator: Ministro VITAL DO RÊGO. (grifo nosso)

Desse modo, orienta-se ao gestor que efetue a contratação dos serviços de apoio à contratação do profissional artista mediante prévia realização de procedimento licitatório.

Ademais, o presente processo deverá informar a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes dos serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, é obrigatória, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso III da Lei 8.666/9333, com respaldo no art. 167, I e II, da CF e art. 16 da Lei Complementar n.º 101/2000.

Portanto, cabe ao gestor, na fase que antecede a contratação, indicar a existência de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes da contratação de profissional do setor artístico, com fulcro no art. 25, inciso III da Lei 8.666/93.

Quanto ao pagamento antecipado descrito no Projeto Básico e na Cláusula Terceira da Minuta Contratual, temos a esclarecer o seguinte:

O pagamento antecipado somente deverá ser admitido se for condição essencial para a prestação dos serviços, devendo ser devidamente justificada pela autoridade competente, conforme orientação normativa nº 37/2011 da AGU abaixo descrita e fundamentação amparado na legislação vigente, observado o cumprimento integral das disposições contidas neste Termo de Referência.

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 85
Rubrica: 0

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 37, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011 DA AGU

“A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observado o critério que represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos.”

Assim, ressalta-se que a possibilidade de pagamento antecipado nos contratos administrativos é excepcional, segundo asseverado no artigo 38 do Decreto nº 93.872, de 1986:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou reiteradas vezes sobre o caráter excepcional do pagamento antecipado, que somente será possível mediante a presença das seguintes condições: previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta, interesse público devidamente demonstrado e a apresentação de cautelas e garantias, o que deverá ser observado pelo gestor, na hipótese da presente avença se concretizar. Senão vejamos:

[RELATÓRIO]

(...)

50. Como regra, o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular, por determinação do art. 62 da Lei nº 4.320/1964. A antecipação de pagamentos é prática que deve ser rejeitada no âmbito do serviço público, para evitar beneficiamentos ilícitos e possibilitar a verificação do cumprimento do serviço contratado, antes do efetivo desembolso.

(...)

Essa Corte de Contas já firmou entendimento no sentido de que a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração, ocasião em que deve ficar demonstrada a existência de interesse público, obedecidos os critérios e exceções expressamente previstos pela legislação que rege a matéria, quais sejam, existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e as indispensáveis cautelas e garantias.

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

(...)

[ACÓRDÃO]

9.2. determinar (...) que se abstenha de realizar pagamentos antecipados de fornecimento de materiais, de execução de obras e de prestação de serviços, devendo os procedimentos de liquidação de despesa observar os ditames dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, exceto quando restar comprovada a existência de interesse público devidamente demonstrado, houver previsão nos documentos formais de adjudicação e forem exigidas as devidas cautelas e garantias; (AC-2565-29/07-1 Sessão: 28/08/07).

Relatório de Auditoria. Contrato. Pagamento antecipado.

[ACORDÃO]

9.1 - determinar à Prefeitura Municipal (...) a adoção das seguintes medidas: (...)

9.1.2. somente faça constar em contratos futuros a previsão para pagamentos antecipados, especificamente os relativos ao Projovem, caso seja essa a única alternativa para assegurar a prestação do serviço desejado, ou propiciar sensível economia de recursos, devendo ser detalhadamente justificadas as razões do assim agir, bem como sejam inseridas, além da previsão de descontos para recuperação dos valores antecipados, cláusulas instituindo as necessárias cautelas e garantias, previstas no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, de forma a assegurar o pleno cumprimento do contrato, conforme dispõe o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 1.552/2002-P, 918/2005-2ª C, 948/2007-P e 2.565/2007-1ªC);

Portanto, quanto ao pagamento antecipado, que o ordenador de despesa, conforme orientação da doutrina e da jurisprudência, apresente a justificativa demonstrando os motivos que evidenciem que o pagamento antecipado é condição indispensável para o alcance da prestação dos serviços, evidenciando o interesse público na contratação, resguardando a Administração Municipal com as cautelas e garantias (Minuta de Contrato) para a devolução dos valores, nas hipóteses que impossibilitem a efetiva execução do serviço pelo contratado, reavendo os valores pagos antecipadamente.

Por fim, para melhor adequação o processo de contratação, se faz necessário, juntar aos autos do processo, documentos que não restarem evidenciados tais como a Solicitação de Despesa emitido pela Secretaria Municipal da Educação, da Cultura, do Esporte e Lazer, devidamente autorizada pela autoridade superior do Município de Carira; devendo requisitar do potencial contratado a apresentação da certidão de regularidade de tributos federais e a certidão do Tribunal de Justiça do domicílio da empresa a ser contratada, referente a ausência de ação de concordata, falência, recuperação judicial e extrajudicial.

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA

Folha: 87
Rubrica: e

Ainda aqui, verifica-se que a minuta contratual atende aos elementos mínimos previstos nos artigos 54 e 55, da Lei nº 8.666/1993, contudo, devendo incluir cláusulas com as devidas cautelas e garantias discriminando o regramento para a devolução dos valores, nas hipóteses que impossibilitem a efetiva execução do serviço pelo contratado, reavendo os valores pagos antecipadamente.

Enfim, além dos requisitos do artigo 26 da Lei n.º 8.666/93 já examinados (justificativa da inexigibilidade, razão de escolha do prestador do serviço e justificativa de preço), tem-se que referido dispositivo legal preconiza a necessidade de comunicação, dentro do prazo de 03 (três) dias, da declaração de inexigibilidade de licitação à autoridade superior para ratificação, ficando a eficácia dos contratos condicionada à publicação do ato na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, contados de sua ratificação pela autoridade superior.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, em atendimento ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, e com base na argumentação desenvolvida, considerando, portanto, os limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, **OPINA-SE** pela possibilidade da realização do procedimento de contratação direta, ante a configuração da hipótese de inexigibilidade de licitação elencada no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, **CONDICIONADA** ao cumprimento dos seguintes requisitos:

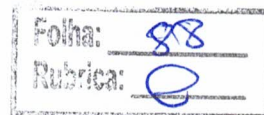
- a) a veracidade das informações e documentos anexados aos autos é de inteira responsabilidade da Administração Municipal;
- b) os agentes públicos serão responsabilizados administrativamente pelos danos causados à Fazenda Pública, caso fique comprovado o superfaturamento de preços, e/ou irregularidades, sem prejuízo de outras sanções civis, e criminais cabíveis;
- c) que seja juntado documentos que demonstrem a realização de prestação de shows artísticos anteriores pelo artista Geraldo Azevedo, que evidenciem que o serviço artístico a ser prestado é de notória especialidade artística e consagrado pela opinião pública e crítica especializada;
- d) que seja juntado aos autos do processo de contratação, a Solicitação de Despesa emitido pela Secretaria Municipal da Educação, da Cultura, do Esporte e Lazer, devidamente autorizada pela autoridade superior do Município de Carira;
- e) requisitar do possível Contratada, a apresentação da certidão de regularidade de tributos federais e a certidão do Tribunal de Justiça do domicílio da empresa a ser contratada, referente a ausência de ação de concordata, falência, recuperação judicial e extrajudicial;
- f) que o ordenador de despesa, apresente a justificativa demonstrando os motivos que evidenciem que o pagamento antecipado é condição indispensável para o alcance da prestação dos serviços, evidenciando o interesse público na contratação;

Centro Administrativo da Prefeitura Municipal de Carira
Endereço: Rua Manoel Sobral, nº 156, CEP: 49550-000
CNPJ: 13.099.882/0001-36

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Geral do Município
13/05/2010



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIRA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CARIRA



- g) que a autoridade competente apresente as devidas cautelas e garantias na minuta contratual, incluindo cláusulas discriminando a devolução dos valores, nas hipóteses que impossibilitem a efetiva execução do serviço pelo contratado, reavendo os valores pagos antecipadamente.
- h) que a Comissão de Licitação cumpra com as disposições do art. 26 da Lei nº 8.666/93, quanto ao encaminhamento do processo para a ratificação da autoridade superior em três dias e sua publicação em cinco dias;
- i) Que a Justificativa da Contratação e o Extrato de Contrato, sejam publicados no Diário Oficial do Município;

Assim, concluo pela **POSSIBILIDADE CONDICIONADA** da contratação direta, atendidas as recomendações constantes neste *dictamen*. Por derradeiro, cumpre salientar que esta assessoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativas, ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos responsáveis e pela autoridade competente desta Administração Municipal.

Além disso, ressalta-se que, este parecer é de caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do Gestor Municipal (TCU, Acórdão 2935/2011, Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, DOU de 17/05/2011). Como diz JUSTEN FILHO (2014. p. 689) “o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica”, ou seja, o gestor é livre no seu poder de decisão.

É o parecer, *sub censura*.

Remeto a elevada consideração da Autoridade superior.

Carira/Se, 06 de março de 2023

Ana Paula Costa Almeida

Ana Paula Costa Almeida
Advogada OAB/SE nº 12.170
Procuradora Geral do Município/Decreto nº 020/2022

Ana Paula Costa Almeida
Procuradora Municipal
OAB/SE 12.170