

PARECER JURÍDICO Nº. 885/2022 – L.C.

Interessado: Secretaria Municipal de Administração.

Referência: Inexigibilidade de Licitação – Contratação de Show Artístico.

Protocolo nº: 2022022185.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER JURÍDICO – CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - LEI FEDERAL Nº 8.666/93, ARTS. 25, III E 26. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 00003/2016 c/c ART. 4º, VI, 010/2015.

1. RELATÓRIO DA CONSULTA

Adveio a esta Procuradoria Jurídica Municipal, a fim de se conferir análise e parecer, via da Secretaria Municipal de Administração, por sua chefia, o Processo Administrativo de nº 2022022185, que trata sobre Inexigibilidade de Licitação a ser instaurada com vistas à *“contratação de show artístico musical da dupla Gian & Giovani, através da Marcinho Costa Eventos Musicais Ltda – CNPJ: 35.685.096/0001-53, a ser realizado no dia 14 de julho de 2022, em virtude da celebração de inauguração da ampliação da Estação de Tratamento de Esgoto – ETE de Catalão”*.

Vieram os autos instruídos com os seguintes componentes:

1. Protocolo de abertura;
2. Solicitação para contratação por inexigibilidade;
3. Decreto n.º 01, de 01 de janeiro de 2021, de nomeação do Secretário Municipal de Administração;
4. Termo de Referência com 05 páginas;

5. Cópia da proposta de preços e condições de execução pela pretensa Contratada;
6. Instrumento Particular de Prestação de Serviços de Agenciamento e Representação Artística;
7. Instrumento Particular de Terceira Alteração Contratual de uma Sociedade Empresária Limitada Unipessoal;
8. Procuração Pública;
9. Notas Fiscais de Prestação de Serviços;
10. Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de débitos relativos aos tributos Federais, Certidão Negativa Estadual, Certidão Negativa Estadual de Distribuições Cíveis, Certificado de Regularidade do FGTS – CRF Certidão Negativa Trabalhista;
11. CNPJ;
12. Documentação Pessoal dos Contratados;
13. Motivação para escolha do artista;
14. Despacho do Prefeito Municipal solicitando a existência de dotação orçamentária;
15. Requisição ao sistema *pro data* sob o nº 47852022;
16. Minuta do contrato de prestação de serviços;
17. Certidão de Existência de Dotação Orçamentária.

Em síntese, é o relato do que basta.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. NATUREZA E EXTENSÃO DO PRESENTE PARECER:

Cogente digressão inicial quanto à natureza e extensão do presente ato, com o fim de que reste direcionado e alertado ao Gestor sua autonomia decisória sobre eventuais ponderações/recomendações aqui destacadas, que impeçam ou eventualmente obstaculize o regular sequenciamento do feito.

Tem a referida atuação jurídica, quanto ao momento legal do presente procedimento, a incumbência de análise quanto à conformidade dos atos praticados durante todo o processo com as disposições legais e normativas incidentes.

É instrumento jurídico obrigatório que possui o condão de auxiliar no controle interno dos atos administrativos. Tem natureza consultiva, na medida em que a partir de seu conteúdo é que o Gestor avaliará a extensão e gravidade de eventuais defeitos do processo ou sua integral conformidade com a legislação e, assim assessorado, bem defina o foco da Administração, quer pela contratação direta, quer por outra medida que o torne sem efeito, observada a autotutela administrativa.

A extensão do presente é vinculada ao aspecto jurídico do processo administrativo, somente. Quer-se com isso dizer que nada que diga respeito à técnica do objeto da contratação deva ser expedido juízo de valor jurídico, pressupondo ter o Gestor se municiado de toda capacidade técnica e conhecimentos específicos sobre o que é contratado *latu sensu*, ao fim precípua de alcançar o interesse da Administração Pública.

Quanto ao ponto, necessária a reprodução da exigência legal do ato jurídico-opinativo que se deflagra, na forma contida na Lei Federal nº 8.666/93, mormente as disposições do artigo 38, inciso VI, *in verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Por assimetria legal, o mesmo se tem por exigência a orientação do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM/GO) explicitada na Instrução Normativa nº 010/2015, segundo a qual:

Art. 3º Os processos referentes aos procedimentos para contratação deverão conter, no que couber:

[...]

VI – Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Nesta senda, o objeto do presente parecer fica circunscrito aos seguintes aspectos a) instrução e formação do processo administrativo, notadamente quanto à minuta do instrumento contratual. Nesse enfoque, tecidas tais considerações, passamos à análise do processo epigrafado.

2.2. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA SHOW ARTISTICO.

É bem sabido que a contratação direta constitui verdadeira ressalva à regra estampada no art. 37, XXI, da Carta Republicana, em que estabelece a obrigatoriedade de se proceder à licitação ante a quaisquer contratações públicas, cabendo ao administrador a escolha da proposta mais vantajosa à primazia do interesse público. Por assim ser, mostra o texto da lei que a licitação será inexigível quando a competição for impossível, tecendo o art. 25, da Lei 8.666/93, hipóteses meramente exemplificativas, quais sejam:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo,

vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (Grifei)

No presente caso, o objeto de interesse da prefallada contratação se amolda ao reverberado no inciso III. À vista disso, infere-se que para a contratação de profissional do setor artístico é necessário atender dois requisitos, a saber: i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por intermédio de empresário exclusivo e ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Logo, o dever do Poder Público em firmar a avença diretamente com o contratado ou com empresário exclusivo é no sentido de evitar a onerosidade nos cofres públicos se a contratação se desse por terceiros e, além disso, caso houvesse uma pluralidade de empresários (caráter não exclusivo) dever-se-ia proceder a realização de certame licitatório em razão da viabilidade de competição.

Nesse sentido é a orientação da Egrégia Corte de Contas:

[...] deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. (Acórdão nº 96/2008 – Plenário)

Quanto ao segundo critério, o supramencionado inciso III dispõe acerca da consagração do grupo artístico pela opinião pública ou pela crítica especializada, uma vez que a inexigibilidade para contratação de artista tem o condão de estimar a natureza personalíssima de seu trabalho. Entretanto, não há um conceito jurídico para realizar o devido controle sobre esses requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados que possibilitam certa dose de subjetivismo, ou seja, é inviável a adoção de critérios objetivos para esse tipo de julgamento.

Como se bem vislumbra, a exceção à regra de licitar, para casos como tais, pressupõe, maiormente, a inviabilidade de competição dada a natureza subjetivista dos atributos da pretensa contratada em relação à demanda do Poder Público.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

Mas há casos em que o interesse público se relaciona com o desempenho artístico propriamente dito. [...] Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição. [...] Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª Ed. São Paulo: Dialética, 2000).

Sem embargo, é possível visualizar uma zona de certeza positiva quanto ao preenchimento do requisito legal na contratação do show artístico musical da dupla Gian & Giovani, através da Marcinho Costa Eventos Musicais Ltda – CNPJ: 35.685.096/0001-53, visto tratar de um artistas que receberam ao longo da carreira diversos prêmios, além de serem reconhecidos nacionalmente, conforme consta dos autos.

Para mais, acerca do tema é o oportuno posicionamento do jurista 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 aliado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte de que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. ¹

Logo, caso a consagração não seja notória, o processo deverá ser instruído com documentos que alcance tal fim, *ex vi*, juntada de noticiários de jornais, demonstrações de contratações passadas para atrações relevantes junto a pessoas jurídicas públicas ou privadas ou outros meios idôneos, sob consequência da contratação por inexigibilidade se tornar ilegal.

Ademais, é necessário, ainda, que se observe os comandos do art. 26 da mesma lei:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

¹ *In Manual de Direito Administrativo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 323.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Destaquei)

A Instrução Normativa 010/2015 do Tribunal de Contas dispõe:

Art. 4º. Além da documentação obrigatória tratada no artigo anterior, deverão ser apresentadas ainda, na formalização dos processos de licitações e contratos, as peças complementares que atendam às peculiaridades de cada situação a seguir:

VI - contrato de show artístico:

a) motivação expressa para a escolha do artista, em caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação, demonstrando a correlação entre a manifestação artística singular e a necessidade concreta da Administração Pública.

b) justificativa acerca da atuação profissional do artista, em caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação, dispensando prova documental nos casos de notoriedade;

c) justificativa do preço, acompanhada de cópia de outros contratos públicos e privados com o mesmo artista, demonstrando que os valores contratados estão dentro dos parâmetros do mercado de shows;

d) documentos que demonstrem a consagração do artista pela opinião pública ou pela crítica especializada, em caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação, na extensão territorial compatível com o valor do contrato, conforme disposto no §2º do artigo 4º desta IN;

e) demonstrativo detalhado dos custos unitários dos itens que compõem o preço contratual, inclusive serviços acessórios e elementos estruturais, como apoio, palco, energia, segurança, hospedagem, iluminação e sonorização, quando houver;

f) justificativa detalhada e comprovação documental da necessidade, em caso de contratação conjunta do show e serviços acessórios ou elementos estruturais;

g) documentos que demonstrem que a contratação foi realizada diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo;

h) nota fiscal relativa aos valores pagos como contraprestação pelos serviços realizados.

Da leitura e interpretação dos dispositivos acima transcritos, extraem-se que é preciso a apresentação de Termo de Referência, Projeto Básico ou documentação que lhes faça às vezes, observando o que se segue:

a) motivação expressa para a escolha do artista; **b)** justificativa acerca da atuação profissional do artista; **c)** justificativa do preço, acompanhada de cópia de outros contratos públicos e privados com o mesmo artista; **d)** documentos que demonstrem a consagração do artista pela opinião pública ou pela crítica especializada; **e)** demonstrativo detalhado dos custos unitários dos itens que compõem o preço contratual, inclusive serviços acessórios e elementos estruturais.

Pois bem.

Dos autos infere-se que consta do Termo de Referência motivação expressa para escolha do artista, ratificado posteriormente por exigência da Comissão de Licitação em documento apartado, assim como a justificativa do preço.

Carreou-se no feito contratos privados, release do Contratado, em que se discrimina sua consagração.

Além das considerações prestadas quanto aos requisitos necessários, cabe ainda registrar que em relação à justificativa, esclareço que não compete a este Órgão Jurídico adentrar no mérito - oportunidade e conveniência - das opções do Administrador, importando apenas lembrar se tal contratação promove a valorização cultural para os municípios, como também se há um equilibrado custo-benefício.

Tangente aos preços, vê-se que o valor para contratação deve ser entabulado em cotejo a outros serviços congêneres perante outros entes públicos ou junto a particulares. Aliás, da exegese da Instrução Normativa 010/2015 do Tribunal de Contas dos Municípios vislumbra-se a determinação de que o valor da contratação seja justificado por proposta, acompanhada de cópia de outros contratos públicos e privados celebrados com o mesmo artista, situação que também já se encontra presente nos autos.

Sobre a matéria, dispôs o Tribunal de Contas da União que:

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993. (Acórdão nº 822/2005 – Plenário)

Finalmente, verifica-se que o Termo de Referência revisado demonstra de forma detalhada os serviços acessórios e elementos estruturais que serão utilizados para realização do evento.

3. CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, esta Procuradoria Jurídica do Município de Catalão/GO manifesta que a **CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO MUSICAL** é legalmente possível, amparada no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93, desde que:

- a) O contrato seja firmado diretamente com o próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- b) A consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública esteja devidamente demonstrada, salvo se notória;

- c) Justificativa pela escolha do profissional artístico;
- d) Justificativa do preço, tomando por base os contratos pretéritos;
- e) Publicidade da contratação.

Conforme a argumentação desenvolvida pelo Gestor, a contratação deve ocorrer com os artistas da dupla Gian & Giovani, através da Marcinho Costa Eventos Musicais Ltda – CNPJ: 35.685.096/0001-53, pelo cachê de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais).

RECOMENDA-SE que, quando da intenção pela Administração Pública em contratar pela via da inexigibilidade shows artísticos e similares, que se promova levantamento de preços calcado não só em contratações privadas como também embasado em pactos públicos celebrados com outros Entes da Federação.

Ademais, a contratação deve se dar com profissional artístico que possua condições de habilitação jurídica, fiscal e trabalhista.

Como condição para a eficácia da contratação, após a efetivação desta, deve a Administração publicar na imprensa oficial, o respectivo extrato, bem como registrar o contrato e/ou ato declaratório no site oficial do TCM/GO, conforme disposto no art. 2º da IN 010/2015.

Encaminhe-se o presente à C.P.L. para ulteriores deliberações.

É o parecer. S.M.J.

Catalão (GO) aos, 01 de julho de 2022.


João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO 35.133