

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER

L/C - 2024

Processo 16140-2024

Assunto: Inexigibilidade de Licitação

Interessada: SEMTUR - Aracruz/ES

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE BANDA DE RENOME. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. INEXIGIBILIDADE. ART. 74, II DA LEI 14.133/21. CONSIDERAÇÕES.

1 - RELATÓRIO.

Trata-se de processo em que a Secretaria de Turismo e Cultura deste Município requer análise e Parecer Jurídico sobre o interesse em contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da banda ELIAS WAGNER, por meio de sua empresa exclusiva, Requisição de Serviço 232/24-, para apresentação de 1 (UM) show com duração mínima de 2 (duas) horas – EVENTO EXPO ARACRUZ 2024”

Deve constar nos autos: RC 232/24, Termo de Referência elaborado pela autoridade competente, Justificativa de conveniência e economicidade, justificativa para composição de preço, declaração de veracidade, proposta orçamentária do artista, documentos da empresa, certidões e declaração, comprovantes de outros contratos de prestação de serviços, “CONTRATO” de exclusividade em cópia com comprovante de protocolo no cartório e a apresentação da DFP (<http://transparencia.aracruz.es.gov.br/MostraArquivo.ashx?Arquivold=4076>).

Com relação à habilitação, devem vir aos autos: CNPJ da empresa, certidão negativa / regularidade FGTS, trabalhista, fiscal (federal, estadual, municipal, certidão do Município de Aracruz/ES e do Município de localização/sede da Empresa a ser contratada), do Poder Judiciário - (recuperação judicial/falência), alvará de licença, as declarações legais; Todas devidamente atualizadas, sendo pendência a ser sanada previamente. E mais, encartes demonstrando sua participação em outros eventos, minuta de contrato, Ratificação de Inexigibilidade, Autorização de reserva / empenho e saldo suficiente - indicação de Dotação Orçamentária, e a autorização do COMAFO - Aracruz/ES (AUSENTE).

Ainda, em complementação, nos últimos dias temos visto a recorrente intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário nas contratações de artistas por diversos Municípios (INCLUSIVE EM SÃO GABRIEL DA PALHA, onde se junta o único orçamento), suscitando, em suma, a não verificação do interesse público em contrapartida à proteção do erário. Assim, por zelo, sugere-se ao gestor ratificar/reanalisar o interesse público na contratação diante do cenário de calamidade social enfrentado por todas as unidades federativas em momentos atuais.



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.

Ainda, importante destacar que o TCU tem vislumbrado inconvenientes à contratação onde o prazo de término do processo não seja adequado a apta divulgação do show, não alcançando assim os objetivos pretendidos. No caso, o processo foi encaminhado nesta data (02/05) com previsão do show para o dia 08/06. Sendo que cabe a secretaria atestar que se cumprirá os preceitos acima destacados, posto que tal obstáculo é óbice a contratação

É o breve relatório.

2 - ANÁLISE JURÍDICA.

Preliminarmente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. A esta Procuradoria incumbe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa, como a conveniência da contratação.

No que tange ao controle interno, de atribuição da Secretaria requisitante, constatamos que o processo encontra-se autuado, protocolizado, Termo de Referência com a justificativa da autoridade competente para a realização da contratação (item 3), indicação do seu objeto (item 2 do TR), indicação de dotação orçamentária para a respectiva despesa (item 5), em conformidade com a lei, com as ressalvas já postas acima.

A contratação de shows artísticos difere de demais forma de contratação, devendo ser realizada na forma do artigo 74, II da Lei nº 14.133/21, que reconhece a inexigibilidade “ contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” A contratação quase que idêntica ao da lei revogada (8666)

Diante da realidade, a própria Lei de Licitação se preocupou prevendo a contratação de artistas sem a realização de certame licitatório, já que a contratação leva em conta a qualidade dos serviços artísticos, e não o preço em si, que a avaliação é de competência do gestor.

Tanto é que a Lei 14.133/21, em seu art. 74, II, repete a lei anterior e estabeleceu três requisitos: a contratação direta ou por empresário exclusivo, singularidade da expressão artística somada à consagração pela opinião pública ou pela crítica especializada.

Para melhor compreensão sobre o tema, que se aproveita ao caso em apreço, vejamos o entendimento consagrado pelo doutrinador Joel de Menezes Niebuhr comentando a lei 8666, mas plenamente aplicável ao texto da lei nova:

A contratação de serviços artísticos revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tomando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a criatividade, portanto, de fim a pavor subjetivo. A arte não é

Autenticar documento em <https://aracaju2.prfeitura.semipapel.com.br> com o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.



ciência, não segue métodos, não é objetiva. (...) Dessa maneira - é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão - a inexigibilidade para 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 à singularidade de expressão artística. (negrito acrescido)

No mesmo sentido é o escólio do professor José dos Santos Carvalho Filho, que leciona:

A inexigibilidade de licitação se apresenta em face de certas situações que, por sua natureza, não viabilizam o regime de competição. Uma dessas situações é a contratação de profissionais do setor artístico, quando consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública (art. 25, III). Na verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores de avaliação. A administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato. A lei ressalva, todavia, que deva o artista ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Entendemos que a consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e 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 a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (negrito e sublinhado acrescidos)

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 à singularidade da expressão artística.

Com relação à contratação em si, esta há de ser realizada por meio de empresário exclusivo ou diretamente, conforme preceitua o art. 74, II, comentado acima. O processo apresenta o documento de fls.17/18 que tem a forma comumente utilizada para os contratos, com algumas condições (prazo e territorialidade) sendo possível verificar o protocolo de registro ÀS FOLHAS 18:

Nesse ponto lei foi até mas branda ao destacar:

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico

Assim, o indicado é que o documento de exclusividade seja mais próximo de um contrato do que de um termo de autorização. O documento delineia a territorialidade e a exclusividade, e algumas obrigações das partes, atendendo ao fim que o Tribunal de Contas e a lei exigem, qual seja, afastar a representação esporádica ou pontual (aventureira).



O contrato de prestação de serviços deve estar registrado em cartório, como exige o TCU (Acórdão 96/2008, Plenário e ainda o ACÓRDÃO 3991/2023 - SEGUNDA CÂMARA do TCU) e estar autenticado ou com ateste de autenticidade, ASSIM COMO O CONTRATO SOCIAL E A ÚLTIMA ALTERAÇÃO. Sendo MEI, não há contrato social, no entanto o requerimento de empresário individual deve ser apresentado em cópia autenticada.

A justificativa de contratação baseia-se notadamente na PROGRAMAÇÃO DO EVENTO “EXPO ARACRUZ 2024”.

A justificativa da escolha do contratado deve apontar as razões do convencimento do agente público. Tal justificativa é constante no Termo de Referência.

Quanto à singularidade da expressão artística, e mais especificamente ao requisito da consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, trata-se do requisito mais difícil de se constatar, pois muito subjetivo. A autoridade gestora, a quem cabe a escolha dos shows, atesta tal requisito por escrito – fls. Para buscar tornar viável, consta do caderno processual recortes de propagandas e agenda demonstrando a participação da banda em outros eventos, indicando tratar-se de bom conceito e aceitação popular. Jacoby explica:

Não se pode confundir expressões distintas atinentes à mera qualificação profissional, como frequência a conservatórios de música, à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Aqui, só a fama e a notoriedade do artista permitem a contratação direta.

Vencidos esses requisitos, o processo deve ser instruído com alguns outros documentos que destaquem a razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço.

E com relação ao preço, ressalvado o já pontuado, há JUSTIFICATIVA, de responsabilidade do gestor, de que o preço orçado (seja R\$ 25.000,00 por show) está compatível com o preço cobrado em outros shows, embora seja imprescindível juntar Contratos/Notas Fiscais com outros entes públicos/eventos privados e celebrados em momentos mais recentes, sendo pendências a serem sanadas previamente pela Secretaria de Município consulente, bem como instar a se manter o valor mais econômico a administração.

Obrigatoriedade de apresentar 3 notas fiscais para comprovar o valor de mercado do cachê. As três notas precisam ser recentes de até 12 meses

Juntar Autorização de Despesa, as Autorizações de Reserva/Empenho e do COMAFO – Aracruz/ES, sendo pendências a serem sanadas previamente pela Secretaria de Município consulente.

Com relação à Minuta do Contrato, acostada aos autos, faz-se necessária a observação de todas as disposições trazidas pelos Arts. 89 e ss, em especial o artigo 92 da Lei 14.133/21. Em



análise, verificamos que devem ser acrescentados os casos de rescisão, inclusive os direitos da Administração, na hipótese de rescisão administrativa:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.

Necessária se faz também, caso ausente, a inclusão, de forma especificada, na referida Minuta Contratual, das obrigações/despesas a serem suportadas pela Contratada descritas na proposta, bem como aquelas atinentes aos Direitos Autorais (PAGAMENTO DO ECAD).

3 – CONCLUSÃO.

Salienta-se, por fim, que a análise desta Procuradoria restringe-se aos aspectos jurídicos, não compreendendo aspectos técnicos e de conveniência e oportunidade. Ressalto que a



Autenticar documento em <https://paracruz.prfeituraempaper.com.br/autenticidade>
com o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.

conveniência e oportunidade das decisões, não foram objetos de análise por não se relacionarem aos aspectos da legalidade jurídica. A manifestação jurídica é meramente opinativa, cabendo ao gestor avaliar as questões de ordem técnico-administrativas.

Sem prejuízo do já destacado no início, destacam-se as seguintes correções sugeridas:

- apresentar certidões negativas atualizadas (acaso vencidas) no ato da contratação, bem como aquelas faltantes – nos moldes explicitados neste Parecer;
- demonstrar a existência de saldo orçamentário suficiente para cobrir a despesa;
- contrato de exclusividade, contrato social e última alteração da empresa autenticadas ou com ateste de autenticidade, com comprovação de registro, no caso de MEI, apresentar o requerimento de empresário;
- comprovante de realização de shows em outros Municípios, o brigatoriedade de apresentar 3 notas fiscais para comprovar o valor de mercado do cachê, As três notas precisam ser recentes, de até 12 meses
- autorização do COMAFO.
- APRESENTAÇÃO DA RC/RS
- justificar o interesse público, notadamente em razão do tempo para a divulgação do show
- a apresentação da DFP (<http://transparencia.aracruz.es.gov.br/MostraArquivo.ashx?ArquivId=4076>)
- As certidões e as declarações devem conter o mesmo CNPJ (corrigir)

Cumpridas as recomendações acima, deverá a autoridade competente ratificar e publicar na imprensa oficial o ato que declarou a licitação inexigível.

Ante o exposto, em tese, seria possível a contratação por inexigibilidade, após atendidas as sugestões acima, (mas a decisão pela contratação ou não cabe ao ordenador de despesas), notadamente em razão do prazo e das ausências apontadas.

Em se mantendo o interesse público na propensa contratação, fica como sugestão que a contratação de shows para eventos no Município possa observar sempre a maior precedência, a fim de alcançar o intento do interesse público, qual seja, a divulgação para fins turísticos - “promover, divulgar e vender” o Município para quem não seja munícipe, como destino turístico.

Estas são as considerações a serem apresentadas, sem embargos de posicionamentos divergentes, os quais respeitamos, lembrando que a decisão administrativa, a escolha do artista e a justificativa são de responsabilidade da autoridade emitente e contraente.

É o parecer.

Aracruz-ES, 02 de maio de 2024.

MOISES SASSINE EL ZOGHBI
Procurador Municipal
OAB/ES 9.279



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade>
com o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi assinado eletronicamente e pode ser acessado no endereço <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> utilizando o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **MOISES SASSINE EL ZOGHBI** em **02/05/2024 16:40**

Checksum: **D2C77EC9431B0DEC2EF152E0DCF21C129AEC08F0AF554F5C055BFBA3EA0E6D21**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3400370032003300390032003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.