

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**PARECER****Processo 1.212/2024**

Assunto: Inexigibilidade de Licitação

Interessada: SEMTUR

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE BANDA DE RENOME. CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE. INEXIGIBILIDADE. MINUTA DE CONTRATO. 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, do grupo Tarados em Samba, de acordo com RS 17/2024/SEMTUR, para apresentação de 1 (um) show com duração mínima de 2h (duas horas), no dia 21/01/2024, às 15h, para a programação do Festival de Verão 2024, em Santa Cruz, neste Município.

Consta dos autos: Termo de Referência elaborado pela autoridade competente, justificativa de economicidade, justificativa de preços, proposta orçamentária do artista, agenda de shows, documentos do representante, comprovante de endereço, contrato de exclusividade registrado em cartório, comprovantes de outros contratos de prestação de serviços com o valor de praticado no mercado.

Com relação à habilitação, apresentam documentos de habilitação: contrato social, CNPJ, certidão negativa / regularidade FGTS, fiscal federal, estadual, municipal de Aracruz, trabalhista, falência, declaração de não empregar menores em condições proibidas e de não haver impedimento em contratar com a Administração; e ainda, apresentam encartes demonstrando sua participação em outros eventos, minuta de contrato, saldo orçamentário suficiente para cobrir as despesas. Ausentes certidão de regularidade fiscal do Município sede, autorização de despesas e autorização do COMAFO.

É o 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 (art. 53, *caput* da Lei 14.133/21), Termo de Referência com a justificativa da autoridade competente para a realização da contratação, indicação do seu objeto, indicação de dotação orçamentária para a respectiva despesa, em conformidade com o art. 53 da Lei 14.133/21.

No que diz respeito ao Termo de Referência, trata-se do “edital” no caso de uma contratação direta, como no presente, devendo conter os mesmos requisitos que lei exige para a formalização do edital, no que couber, como objeto, justificativa, local de execução, valor do pretenso contrato, sanções, condições de pagamento, conforme art. 25 da Lei 14.133/21.

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 “para contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

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, 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 Niebuhr¹:

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 fio a pavio, subjetivo. A arte não é 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 Filho², 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).

1 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 2 ed. rev. a ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 269.



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 alijado 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 contrato de prestação de serviços apresentado em cópia autenticada demonstra o registro em cartório, como exige o TCU (Acórdão 96/2008, Plenário), menciona que se trata de “empresário exclusivo”.

A **justificativa de contratação** baseia-se notadamente na “realização e apoio a eventos turísticos e culturais pela municipalidade leva Aracruz a atuar em consonância com a Política Nacional de Turismo, que tem como objetivo promover, divulgar e vender destinos turísticos” (fl. 04).

A **justificativa da escolha do contratado** deve apontar as razões do convencimento do agente público. Tal justificativa é constante no Termo de Referência (fls. 04/05). A importância da justificativa é ser baseada na sua consagração perante a opinião pública.

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. Para buscar tornar viável, consta do caderno processual recortes de propagandas demonstrando a participação da banda em outros eventos. Sua agenda cita eventos pequenos e muito locais, como bares e *shoppings*. Jacoby³ 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**.

JURISDICIONADO -PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARÉ ASSUNTO - RELATÓRIO DE AUDITORIA (EXERCÍCIO DE 2009)

Na linha de outros votos que já proferi, entendo que a irregularidade atinente ao “empresário exclusivo” deve ser afastada, até porque não há nada provando que os shows não foram realizados ou que foi contratado a preço superior ao praticado no mercado. Nesse passo, privilegiando a função pedagógica do Tribunal de Contas e a necessária orientação aos gestores

3 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 642.



acerca da forma correta de interpretação da norma, entendendo que a presente irregularidade não macula as contas do gestor. **No que tange à necessária consagração dos artistas pela crítica especializada ou pela opinião pública, entendendo que a consagração do artista pode ser considerada uma questão de público local.** Por todo exposto, afasto a irregularidade, com determinação para o gestor atual adequar as contratações futuras, aos estritos termos do art. 25, III, da Lei 8.666/93, ou seja, contratar diretamente com bandas e artistas a realização de eventos artísticos e, quando assim não for possível, contratar com o empresário exclusivo devidamente comprovado com "carta de exclusividade", acompanhada do respectivo contrato firmado entre o artista/banda, evitando assim o contrato com pessoas interpostas munidas de cartas de exclusividade para shows em data e local determinado. (TCE/ES - ACÓRDÃO TC-1178/2014 - PLENÁRIO PROCESSO - TC-6315/2010 (APENSO: TC-3042/2009)

Muito difícil constatar a fama e notoriedade da banda com base nos autos que autorize a contratação direta. Tais fama e notoriedade devem ser constatados pela Secretaria.

Vencidos esses requisitos, o processo deve ser instruído com alguns outros documentos descritos no art. 72 da Lei 14.133/21, *in verbis*:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - **estimativa de despesa**, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da **previsão de recursos orçamentários** com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - **razão da escolha do contratado**;

VII - **justificativa de preço**;

VIII - **autorização da autoridade competente**.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

E com relação ao preço, as notas / contratos apresentados demonstram que o preço unitário orçado (R\$ 12.000,00 por show) está acima do o preço cobrado em outros shows, o que entendemos suficiente para demonstrar o preço de mercado. **Importante que conste o preço unitário no contrato e no extrato publicado na imprensa oficial** (e não só o preço global, quando há contratação de mais de um show).

O entendimento de Tribunais de Contas é que a pesquisa de mercado seja a **mais recente e com o maior número de contratos possível**, em atendimento ao princípio da razoabilidade:

Por derradeiro, importante constar que o Princípio da Economicidade não autoriza a contratação de artistas profissionais a preços exorbitantes, devendo a Administração buscar, sempre que possível, a contratação de outro que possa atender aos anseios do público, mas que ofereça



proposta mais vantajosa.

Ademais, não se observa nos autos do procedimento administrativo da contratação a justificativa da escolha do artista, o interesse público a ser alcançado e a pertinência de sua apresentação com o evento cultural promovido, bem assim **do preço contratado, devidamente amparado em pesquisas de mercado, observando-se os preços praticados, pelo mesmo artista ou outro de idêntica consagração pública em eventos semelhantes promovidos tanto pela administração pública quanto por particular.** (Processo TCE-ES nº 861/2010)

MINUTA DE CONTRATO.

Com relação à minuta do contrato, deve estar em conformidade com os arts. 89 e 92 da Lei 14.133/21. Em análise, verificamos que, em geral, segue os requisitos legais:

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**.

§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o **foro da sede da Administração** para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes

5/7



hipóteses:
(...)

§ 2º De acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja **período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução.**

- verificar se é caso de inclusão do §2º acima.

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 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.

Recomendações:

- proposta orçamentária do artista e agenda de shows.
- verificar se a minuta de contrato é caso de inclusão do §2º acima transcrito
- certidão de regularidade fiscal do Município sede
- autorização de despesas
- autorização do COMAFO ou justificativa de sua dispensa
- na publicação deve conter o valor unitário da apresentação

Cumpridas as recomendações acima, deverá a autoridade competente ratificar e publicar na imprensa oficial o ato que declarou a licitação inexigível, como condição para a eficácia dos atos, nos termos do artigo 26, *caput*, da Lei 8.666/93.

Ante o exposto, opino pela REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO, após atendidas as sugestões acima, mas a decisão pela contratação ou não cabe ao ordenador de despesas, lembrando que deve haver certeza da exclusividade do empresário para contratar, senão diretamente com o artista.

Fica como sugestão que a contratação de shows para eventos no Município possa observar 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 no Carnaval.

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.



Importante ressaltar que a **Secretaria somente poderá divulgar a realização do show após encerrada a etapa de contratação da banda**, por recomendação do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

É o Parecer. S.m.j.

Aracruz-ES, 11 de janeiro de 2024.

AMANDA SALUME BRINGHENTI LOUREIRO

Procuradora Municipal

OAB/ES 14.137



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 3300380037003300300036003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **AMANDA SALUME BRINGHENTI LOUREIRO** em **11/01/2024 11:24**

Checksum: **C493045485A5357F6DB5E4E5378D17244680FFACFCDB3A241B54B6856DB48121**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3300380037003300300036003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.