COMISSÃO P DE LICITAÇÃO
Fls nº 127
P M

PREFEITURA DE
TORITAMA
Trabalhando para todos

PARECER JURÍDICO

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls nº 00128
PMT

PARECER JURÍDICO

CONSULENTE: A Secretaria de Cultura e Esportes do Município de Toritama-PE.

CONSULTA: Possibilidade jurídica para a contratação de show musical da artista "EDY & NATHAN", através da empresa **NR DE MORAES PRODUÇÃO MUSICAL,** inscrita no CNPJ de n° 23.226.695/0001-20, para 01 (uma) apresentação no dia 30 de junho de 2023, para as festividades do São João da Torre no Município de Toritama/PE, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI 8.666/93. ABERTURA DO PROCESSO LICITATÓRIO PMT Nº 038/2023, INEXIGIBILIDADE Nº 015/2023.

O Parecer a seguir exposto é dotado de caráter eminentemente opinativo, tendo por finalidade apresentar os aspectos técnico-jurídicos acerca das providências legais essenciais à abertura de procedimento de inexigibilidade para apresentações artísticas.

Essencialmente deve ser o processo instruído com os elementos que a Lei de Licitações elenca de forma bastante nítida, valendo salientar que devem ser visualizados como um todo e não como artigos esparsos. Isso porque necessitam ser atendidos não apenas os requisitos do art. 25, mas também do artigo 26 e demais disposições da Lei 8.666/93, além, dos princípios que regem o Direito Administrativo Pátrio.

Insta mencionar que a oportunidade e a conveniência não integram nossa margem de apreciação, posto tratar-se esta Assessoria Jurídica com atribuições técnico-jurídicas, com intuito de assessorar e esclarecer com maior precisão técnica os demais órgãos da Administração sobre questões de sua alçada.

RELATADOS OS FATOS. PASSO A OPINAR.

Primeiramente, destaco competir a este Consultor Jurídico, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei Federal 8.666/93, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária da administradora pública legalmente competente. Tampouco cabe a esta consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. **ADEMAIS, DESTACO QUE A PRESENTE MANIFESTAÇÃO APRESENTA NATUREZA MERAMENTE OPINATIVA E, POR TAL MOTIVO, AS ORIENTAÇÕES APRESENTADAS NÃO SE TORNAM VINCULANTES À GESTORA PÚBLICA**, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela emanada por esta Consultoria Jurídica.

Analisando a contratação em questão, cumpre inicialmente destacar que, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, impõe como regra o procedimento licitatório, deixando como exceções exclusivamente os casos previstos na legislação específica, senão vejamos:

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441

COMISSÃO P DE LICITAÇÃO
Fls nº 00125
PMC

> Art. 37. *Omissis.*
> XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O inciso acima transcrito foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93 (republicada em 06 de julho de 1994, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.883/94), que permite dois tipos de exceção à regra que obriga a realização de certame licitatório. São os casos de dispensa e os de inexigibilidade de licitação.

Marçal Justen Filho ensina que nestes 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."*

Nesse diapasão segundo a Lei Federal n.º 8.666/1993:

> **LEI FEDERAL Nº 8.666/93**
> **Art. 25** - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> I - *omissis*;
> II – *omissis*;
> **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.**

Da leitura do dispositivo, pode-se depreender a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso de contratação de artistas, a saber:

1) Que o serviço seja de um artista profissional;
2) Que a contratação seja realizada diretamente ou mediante empresário exclusivo;
3) Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A primeira questão a ser investigada é se o artista a ser contratado é profissional, excluindo-se a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Somente os profissionais, estabelecidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com base nesse dispositivo.

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra "Contratação Direta sem Licitação", Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726 (grifos nossos):

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441

> "Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública."

A lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores. Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, contratação direta somente poderá ser realizada pela Administração Pública com o próprio artista, ou através de empresário que detenha contrato de exclusividade para todo e qualquer evento por ele produzido. O TCU já enfrentou o assunto:

> Contratação direta. Inexigibilidade. Artistas consagrados. Na contratação direta de artistas consagrados, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade. Acórdão 642/2014-Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Valmir Campelo).

Em tempo, cumpre registrar que o Município para realizar as contratações de bandas devem cumprir as recomendações do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, através da Decisão T.C. Nº 0004/11 (PROCESSO T.C. Nº 0906449-7). Vejamos:

> **PROCESSO T.C. Nº 0906449-7**
> **AUDITORIA ESPECIAL REALIZADA NA EMPRESA DE TURISMO DE PERNAMBUCO S/A – EMPETUR**
> **RELATOR: CONSELHEIRO MARCOS LORETO**
> **ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA**
> **DECISÃO T.C. Nº 0004/ 11**
> Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 11 de janeiro de 2011,
> CONSIDERANDO que vários contratos assinados entre a EMPETUR e as empresas contratadas para prestarem serviços no âmbito dos eventos "Verão Pernambuco" e "Festejos Natalinos" tiveram suas datas alteradas indevidamente;
> CONSIDERANDO que vários contratos foram assinados com data posterior ao início da realização do seu objeto;
> CONSIDERANDO a não publicação da ratificação das inexigibilidades, descumprindo o artigo 26 da Lei de Licitações, bem como evitando a publicidade necessária dos referidos atos;
> CONSIDERANDO a não formalização dos processos de inexigibilidade e dispensa, conforme estabelecido no artigo 26, parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos;

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441

COMISSÃO P DE LICITAÇÃO
Fls nº 00131
PMT

CONSIDERANDO a contratação de empresas sem as formalidades legais exigidas, como a apresentação de certidões de regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira;

CONSIDERANDO que restou claro o descumprimento do Decreto Estadual nº 30.223/2007, artigo 4º, visto que os serviços de publicidade foram contratados sem interveniência da Secretaria de Imprensa do Estado;

CONSIDERANDO que foram contratados artistas, por inexigibilidade de licitação, através de empresas que não detinham a exclusividade dos artistas, nos termos previstos no artigo 25, inciso III, do Estatuto das Licitações;

CONSIDERANDO que foram contratados artistas, por inexigibilidade de licitação, sem a comprovação exigida pelo artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, ou seja, que os mesmos eram consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública;

CONSIDERANDO que foram realizados contratos de dispensa e inexigibilidade sem as condições exigidas pelo artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, ou seja, razão da escolha do contratado e justificativa dos preços avençados;

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Festejos Natalinos", foram pagos recursos da ordem de R$ 2.137.000,00 (dois milhões, cento e trinta sete mil reais) sem nenhuma comprovação da realização dos shows contratados, tendo o Governo do Estado devolvido todo esse valor ao Ministério do Turismo;

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Verão Pernambuco", não houve a comprovação da realização de parte dos shows artísticos, ou total desconformidade com o plano de trabalho, no valor de R$ 1.249.535,30 (um milhão, duzentos e quarenta e nove mil, quinhentos e trinta e cinco reais e trinta centavos);

CONSIDERANDO que, em relação ao evento "Verão Pernambuco", a quantidade de recursos estaduais envolvidos (contrapartida) foi de R$ 875.000,00 (oitocentos e setenta e cinco mil reais), devendo esta Corte se limitar a imputar débitos até esse limite. Os demais recursos são de competência do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71, inciso VI, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que é proibido o pagamento de despesas sem sua efetiva liquidação, nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64;

CONSIDERANDO que, nos termos do § 2º do artigo 25 da Lei de Licitações, ficando comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis;

CONSIDERANDO que foram contratados, indevidamente, serviços sem licitação, através da inclusão dos mesmos em inexigibilidades para contratação de artistas.

Julgar IRREGULARES as contas objeto da presente Auditoria Especial, determinando a devolução aos cofres do Estado dos seguintes valores, por seus responsáveis.

Outrossim, determinar que o Governo do Estado, através de seus órgãos e entidades, bem como as Prefeituras Municipais do Estado procedam da seguinte forma, no intuito de evitar que acontecimentos semelhantes se repitam no futuro:

[...]

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441

COMISSÃO P DE LICITAÇÃO
20132
Fls nº

2 – Em todos os processos de contratação direta de artista, independentemente do valor, devem constar:

a. Justificativa de preço (inciso III, artigo 26, da Lei Federal nº 8.666/93), com a comprovação através de documentação, relativa a shows anteriores com características semelhantes, que evidencie que o valor a ser pago ao artista seja aquilo que recebe regularmente ao longo do exercício ou em um evento específico;

b. Documentação que comprove a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, quando for o caso (inciso III do artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93);

c. Justificativa da escolha do artista (inciso II do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), demonstrando sua identificação com o evento, bem como a razoabilidade do valor e o interesse público envolvidos;

d. Documento que indique a exclusividade da representação por empresário do artista, (inciso II do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), acompanhado do respectivo Contrato entre o empresário e o artista, que comporte, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial da representação e do seu percentual;

e. Comprovantes da regularidade das produtoras junto ao INSS (parágrafo 3°, artigo 195, da CF/88) e ao FGTS (artigo 27, "a" da Lei n° 8036/90 e artigo 2° da Lei n° 9.012/95);

f. Ato constitutivo (ou equivalente) das produtoras na junta comercial respectiva e comprovação de que estão em sua situação ativa, anexadas cópias das células de identidade e do cadastro de pessoa física (CPF) dos sócios das empresas, bem como dos músicos contratados;

g. Cópia da publicação no Diário Oficial do Estado do extrato dessas contratações, devendo, no mínimo, conter o valor pago, a identificação do artista/banda e do seu empresário exclusivo, caso haja (*caput* do artigo 26 da Lei de Licitações);

h. Nota de empenho diferenciando o valor referente ao cachê do artista e o valor recebido pelo empresário, quando for o caso;

i. Ordens bancárias distintas emitidas em favor do empresário e do artista contratado, quando for o caso.

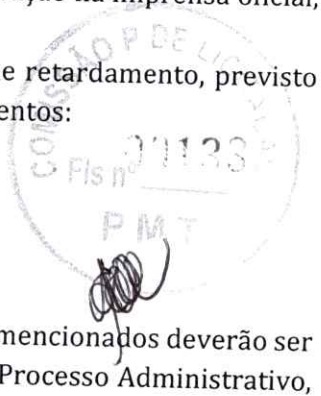
3 - EM CASO DE CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS QUE NÃO POSSUAM A CONSAGRAÇÃO DEFINIDA NO INCISO III DO ARTIGO 25 DA LEI DE LICITAÇÕES (CONDIÇÃO IMPRESCINDÍVEL PARA SE CONTRATAR DIRETAMENTE), OS ÓRGÃOS PÚBLICOS PODERÃO FAZÊ-LA MEDIANTE SELEÇÃO PÚBLICA COM CRITÉRIOS DEFINIDOS EM EDITAL (PRINCÍPIO DA ISONOMIA), SEM PREJUÍZO DAS EXIGÊNCIAS REFERIDAS ACIMA, QUANDO APLICÁVEIS;

Desta feita, a administradora deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal (artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93), mas também quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de inexigibilidade de licitação (art. 26).

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

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441

retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para 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 - *omissis*
II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
III - justificativa do preço;
IV - *omissis*



Sobretudo, convém mencionar que todos os levantamentos acima mencionados deverão ser direcionados para a Coordenadoria de Licitação, com fito de formalização do Processo Administrativo, tendo em vista o disposto no Decreto Municipal n°028/2020, que organiza e disciplina os procedimentos de compras e contratações públicas no âmbito do Poder Executivo Municipal e dá outras providências, vejamos:

> Art. 3º. A Coordenadoria de Licitação do Município de Toritama, conforme art. 58 da Lei Complementar Municipal 02/2017, instituída no âmbito da Secretaria de Planejamento e Gestão, tem por atribuições processar as licitações, as dispensas, as inexigibilidades, as adesões a as atas de registro de preços, bem como os processos de credenciamento.
>
> § 2º Nas dispensas, inexigibilidades e adesões a atas de registro de preços, a Coordenadoria de Licitação apenas formalizará o processo (capa, número, numeração), não se manifestando nos autos, salvo em caso de atos de mera comunicação.

Ressalta-se, que a responsabilidade pelos atos administrativos é de competência da Unidade Gestora Contratante, atribuindo a Coordenadoria de Licitação, apenas o arquivamento dos autos e numeração de Processo Administrativo.

Destarte, ante o que foi amplamente exposto, sob o pálio do artigo 25, inciso III, e 26 da Lei Federal 8.666/93 e suas alterações posteriores, bem como as jurisprudências do Tribunal de Contas da Pernambuco, norma que rege a matéria em apreço, entende este Assessor Jurídico que a Administração deve observar todos os requisitos elencados a Decisão supracitada, a fim de evitar prejuízos a Administração do Município de Toritama-PE. Seja o presente remetidos para o Gestor do Contrato, para análise e decisão final.

É o Parecer, salvo melhor juízo.
Toritama-PE, sexta-feira, 16 de junho de 2023.

THOMAZ DIEGO DE MESQUITA MOURA
ADVOGADO | OAB/PE Nº 37.827

PAULO GONÇALVES DE ANDRADE
ADVOGADO | OAB/PE Nº 46.362

Empresarial Maurício de Nassau Trade Center
Av. Oswaldo Cruz, 217 – Sala 602, 6° andar
Maurício de Nassau / Caruaru - PE
thomazmoura@outlook.com.br
(81) 9 99673-6441