

PROCURADORIA-GERAL

Os autos foram encaminhados a esta Procuradoria-Geral, para fins da análise jurídica da legalidade da minuta da inexigibilidade de licitação nº 074/2022, minuta do Decreto e da minuta do contrato a ser celebrado, entre o Município de Assis Chateaubriand/PR e a empresa B4 Produções Artísticas, com fundamento no inciso III do artigo 25 da Lei 8.666/93.

O objeto do contrato em comento é a contratação direta com cantores Matogrosso e Mathias, para executar show musical durante a realização das festividades “da Expo Assis 2023 do Município Assis Chateaubriand”, previsto para a data de 21 de outubro de 2023.

Verifica-se que a questão ora posta à apreciação diz respeito à possibilidade da contratação da empresa acima mencionada, com fundamento na inexigibilidade de licitação, em virtude de se tratar de artista.

É a síntese do essencial, passo à análise da solicitação.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que a regra adotada pelo legislador pátrio, no caso de obras, serviços, compras e alienações é a da obrigatoriedade de licitação, conforme prescreve o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.”

A Lei 8.666/93 regulamenta o referido inciso XXI, instituindo normas e procedimentos para realização de licitações e contratos administrativos com a Administração Pública.

Ademais, a Lei de Licitações também previu hipóteses em que, legitimamente, a Administração Pública pode celebrar contratos sem a realização de procedimento licitatório, com o objetivo de permitir a eficiência do ordenamento jurídico em situações peculiares. Prescreve casos de vedação, dispensa e inexigibilidade de licitação, constituindo, tais hipóteses, exceções ao procedimento licitatório, e, como tal, devem ser justificadas e restritivamente capituladas, nos precisos termos dos artigos 17, 24 e 25 do supramencionado Estatuto das Licitações e Contratos.

No tocante à dispensa de licitação, o art. 24 prevê as “licitações dispensáveis”, ou seja, situações nas quais, embora exista a viabilidade jurídica de competição, a lei autoriza a celebração direta do contrato sem a prévia licitação, cabendo então ao juízo de discricionariedade da autoridade competente.

E, por fim, quanto à inexigibilidade de licitação, temos que se configura quando verificada a impossibilidade jurídica de competição, conforme previsto no art. 25 da Lei 8.666/93. Aqui, conquanto a referida lei descreva situações específicas, já se consubstanciou na doutrina e na jurisprudência que não se trata de situações taxativas, de modo que o parâmetro há de ser sempre a “inviabilidade de competição”. Considera-se oportuno analisar o dispositivo em que se fundamenta a contratação direta, vejamos:

“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.
(...).”

Os elementos básicos da contratação de profissional do setor artístico sem realização de licitação são, portanto, os seguintes: **a) inviabilidade de competição; b) contratação de profissional de qualquer setor artístico; c) ser o artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;**

d) a contratação deve realizar-se diretamente ou por meio de empresário exclusivo.

A contratação do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 pode dar-se diretamente com o artista ou, como facultado pelo dispositivo legal, por meio de empresário exclusivo para se configurar a inviabilidade de competição. Ressalta-se a necessidade de contrato de exclusividade entre empresário e artista. Este entendimento do Plenário do TCU foi firmado através do Acórdão nº 96/2008 e reafirmado posteriormente¹.

Ainda, a Corte de Contas exige ainda que o contrato entre artista e empresário exclusivo tenha registro em cartório, às fls. 23/25, foi encartado ao feito contrato de exclusividade entre a empresa contratada e a dupla artística que indica a exclusividade entre a dupla contratada e a empresa contratada para intermediação de shows artísticos dos referidos artistas, cabendo à Administração Pública certificar que tal contrato cumpre as formalidades legais, em consonância o disposto na Lei nº 6.015/1973, art. 127, incisos I e VII².

Ademais, inexistente no feito, ao menos por ora, Despacho da Comissão Permanente de Licitação atestando o cumprimento das exigências dos artigos 27 e 29, ambos da Lei nº 8.666/93, indicando que foi feita a análise da habilitação da empresa a ser contratada pela Comissão Permanente de Licitação, motivo pelo qual deve-se, para prosseguimento do feito, juntar aos autos o respectivo ato constitutivo da empresa contratada.

Ademais, é válida a contratação, por inexigibilidade de licitação, de artista consagrado em determinada região do país, pelo público, inclusive pelo objetivo constitucional de valorização da diversidade étnica e regional (inciso V, § 3º, do art. 215 da CF/88, pós EC nº 48/2005). De igual modo, mesmo que se trate de um artista ignorado pelo grande público, ou pelo público de uma região, sua

¹ TCU, Acórdão nº 1933/2016, 1ª Câmara. Relator: Min. José Múcio Monteiro; TCU, Acórdão nº 2273/2016, 1ª Câmara. Rel.: Min. Augusto Sherman Cavalcanti; TCU, Acórdão nº 7.770/2015, 1ª Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler.

² Art. 127. No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição: (Renumerado do art. 128 pela Lei nº 6.216, de 1975).

I - dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor;
(...)

VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.

contratação por inexigibilidade de licitação será válida se tal artista tiver aprovação da crítica especializada.

No que diz respeito a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, é lícito concluir que se trata de requisitos alternativos, sendo possível, na prática, a contratação de profissional que, não obstante idolatrado pelo público, tenha sido reprovado por respeitáveis personalidades da crítica especializada, ou vice-versa.

Nesse sentido, cumpre salientar que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no acórdão nº 761/20 – Tribunal Pleno, através do relator, conselheiro Ivens Linhares, decidiu que *“a consagração dos artistas tem estreita vinculação com as peculiaridades do interesse que se busca satisfazer; em especial, quando se trata de festa popular de pequena comunidade do interior, hipótese em que seria perfeitamente razoável considerar as bandas que tenham aceitação na região, mesmo sem renome nacional, como apropriadas para a escolha.”*

Às fls. 03 e 04, é indicado a razão de escolha com o intuito de abarcar o requisito de artista consagrado pelo grande público.

Ainda, orienta-se que tal contratação seja precedida de uma criteriosa análise fiscal quanto à sua viabilidade da respectiva despesa, uma vez que não se trata de área prioritária do poder público. Sendo uma obrigação constitucional o cumprimento das vinculações de despesas das áreas elegidas como prioritárias pelo legislador constitucional ante o incentivo à cultura.

Salienta-se que, para prosseguimento do feito, observar os requisitos de ordem formal estabelecidos no parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, o procedimento de inexigibilidade de licitação deve estar instruído com a justificativa do preço (para demonstrar que o montante pago é compatível com os valores de mercado, evitando-se superfaturamento), com a exigência de comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada, o que deve ser atestado nos autos e, ainda, com a razão da escolha da empresa contratada. No presente certame, às fls. 03/04 e 34/39, é apresentada a razão da escolha do fornecedor, bem como é apresentada justificativa para o preço do objeto contratado. Nesse sentido, torna-se salutar trazer orientações do Tribunal de Contas da União:

ACÓRDÃO

Acórdão 5069/2016-Primeira Câmara

RELATOR

WEDER DE OLIVEIRA

ENUNCIADO

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, comprovada a realização do objeto e não havendo evidências de sobrepreço, caracterizam impropriedades formais a apresentação de cartas e declarações de exclusividade firmadas entre o empresário do artista ou banda e a empresa contratada pelo conveniente, restritas aos dias e à localidade do evento, bem como a não apresentação de comprovantes do recebimento do cachê por parte dos artistas e bandas, ainda que o termo do convênio explicitamente exigisse a apresentação dos comprovantes do recebimento do cachê e do contrato de exclusividade registrado em cartório, celebrado entre o artista ou banda e o empresário contratado pelo conveniente.

ACÓRDÃO

Acórdão 6328/2018-Primeira Câmara

RELATOR

BRUNO DANTAS

ENUNCIADO

A empresa que, no âmbito da execução de convênios com recursos federais, intermedeia a contratação de artista consagrado por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993) responde solidariamente com o gestor conveniente, caso configurado débito pela não comprovação do efetivo recebimento do cachê pelo artista ou por seu representante exclusivo, situação esta que impede o estabelecimento do nexo entre os recursos transferidos e os serviços artísticos prestados.

Deste modo, sugere-se que se faça planilha de custo do preço do show contratado, no intuito de balizar eventuais futuros reequilíbrios econômicos, bem como conste como exigência a apresentação de documento comprobatório do efetivo recebimento do cachê por parte do artista, em razão das situações explicitadas no Acórdãos do TCU citados.

Por fim, especificamente quanto aos autos analisados, entendo oportunos os seguintes apontamentos e orientações:

- a) orienta-se que os membros da Comissão Permanente de Licitação assinem eletronicamente o feito.
- b) Consta na minuta do edital, preconizada no subitem 6.1, a previsão de pagamento antecipado do objeto contratado, entretanto, trata-se de hipótese excepcional em que a antecipação de pagamento é admitida, mediante as devidas garantias, bem como indispensável para a obtenção do bem ou para prestação do serviço, ou será permitida se propiciar sensível economia aos cofres públicos. Veja-se:

ACÓRDÃO

Acórdão 1565/2015-Plenário

RELATOR

VITAL DO RÉGO

TIPO DO PROCESSO

RELATÓRIO DE AUDITORIA

ENUNCIADO

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pelo interesse público e observadas as devidas cautelas e garantias.

Em consonância com o exposto, entende-se que, para prosseguimento do feito em eventual manutenção da cláusula, deve-se demonstrar a situação excepcional autorizadora de pagamento antecipado, em que pese não cabe a este Órgão se imiscuir no mérito administrativo do ato administrativo, mas sim ao gestor público avaliar a presença dos requisitos para a prática do ato administrativo.

Caso a administração opte pela continuidade da hipótese excepcional de pagamento antecipado constando no contrato administrativo do objeto licitado, deverá comprovar a presença da situação autorizadora e seus requisitos, ante o exposto.

Finalmente, quanto às exigências dos artigos 27 e 29, ambos da Lei nº 8.666/93, inexistiu análise da habilitação da empresa a ser contratada pela Comissão Permanente de Licitação designada pela Portaria Municipal atualmente vigente, deste modo, deve-se juntar aos autos despacho proferido pela Comissão Permanente de Licitação atestando que se perfectibilizaram os requisitos que ensejam a habilitação da empresa contratada.

Nota-se a assinatura do responsável pela indicação dos recursos orçamentários, de acordo com a previsão de gastos com o objeto licitado.

Assim, restrita aos aspectos jurídico-formais, **a orientação desta Procuradoria-Geral é que há possibilidade jurídica na contratação do objeto pretendido por meio de inexigibilidade de licitação, desde que observada todas as recomendações contidas neste parecer.**

No mais, ressalte-se a necessidade de comunicação, dentro de três dias, à autoridade superior, da situação de inexigibilidade, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos, tudo na forma do artigo 26, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993.

Atentar para a publicação de todos os atos do certame conforme preveem os artigos 16 e 26, ambos da Lei 8.666/93.

Por derradeiro, cumpre salientar que este parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, cabendo a esta Procuradoria-Geral prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos administrativos, nem analisar aspectos de natureza técnico-administrativa.

Em relação a estes, parte-se da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel desta Procuradoria-Geral exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

Em face disso, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas as publicações dos atos de nomeação/designação, ou as citações destes, da autoridade e demais agentes administrativos, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências, a fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

Salienta-se que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Por fim, frisa-se que este parecer é meramente opinativo e não vincula a discussão do objeto, uma vez que foram analisados apenas os requisitos formais do processo, não se constituindo de parecer obrigatório para a inexigibilidade de licitação pretendida, passível de ser censurado por outro entendimento que devidamente fundamentado, comprove melhor resguardo do interesse público. Esclarece-se que este parecer está vinculado aos documentos e declarações apresentadas na presente solicitação, de sorte, que a inveracidade dos dados apresentados, omissões ou a sua inexatidão, não foram objeto de análise.

É o parecer e a orientação que submeto à consideração superior³.

Assis Chateaubriand/PR - 12 de julho de 2023.

Esmair Raphael Ferraz Martins
Procurador-geral

³ Este parecer possui 8 laudas, numeradas e rubricadas.