CPL
FLS 0068
P.M.S.C.C

PARECER JURÍDICO

CONSULENTE: A Prefeitura Municipal de Santa Cruz do Capibaribe-PE.

CONSULTA: Possibilidade jurídica de Contratação da atração artística do artista **Fraternidade João Paulo II**, para uma apresentação no dia 29 de setembro de 2023, em comemoração dos festejos da tradicional festa de São Miguel e Bom Jesus dos Aflitos, Padroeiros do Município de Santa Cruz do Capibaribe, nos termos da Lei Federal nº 8.666/93.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI 8.666/93. ABERTURA DO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 068/2023, INEXIGIBILIDADE Nº 025/2023.

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 este parecerista 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:

> 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

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63

CPL
FLS 0069
P.M.S.C.C

> 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):

> "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

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63

CPL
FLS 0070
P.M.S.C.C

> 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;

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63

CPI
FLS 007
P.M.S.C.C

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:

[...]

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

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63

CPL
FLS 0072
P.M.S.C.C

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 administração 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 retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63

CPL
FLS 0073
P.M.S.C.C

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*

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 parecerista que a Administração deve observar todos os requisitos elencados a Decisão supracitada, a fim de evitar prejuízos a Administração do Município de Santa Cruz do Capibaribe. Seja o presente remetidos para o Gestor do Contrato, para análise e decisão final.

É o Parecer, salvo melhor juízo.
Santa Cruz do Capibaribe-PE, terça-feira, 19 de setembro de 2023.

PAULO GONÇALVES DE ANDRADE
ADVOGADO | OAB/PE Nº 46.362

Av. Padre Zuzinha, 244/248, Centro | Santa Cruz do Capibaribe - PE CEP 55192-000
81 3731-2930 - santacruzdocapibaribe.pe.gov.br - CNPJ: 10.091.569/0001-63