

PROCOLO 2021945639882

PARECER nº 249/2021

EMENTA: CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ARTISTA CONSAGRADO PELA OPINIÃO PÚBLICA. HIPÓTESE DO ART. 25, III, DA LEI 8.666/93. PERMISSIVO DA LEI 14.133/2021. REQUISITOS PRESENTES. PELA POSSIBILIDADE CONDICIONADA.

I- RELATÓRIO

Trata-se do Memorando nº 486/2021-SGEL (fl. 110), datado de 16/08/2021, encaminhado a esta Procuradoria pelo Senhor Superintendente de Licitação da Assembleia Legislativa, solicitando parecer quanto à viabilidade de contratação do regente Carlos Eduardo Cursino Ferraz para prestação de serviços de regência para o coral da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, conforme especificações e condições constantes da minuta do contrato e termo de referência constantes dos autos.

Constam nos autos: Memorando nº 035/2021/ALMT (fls. 01/05); Ofício nº 005/2021 CTPA (fl. 06); Memorando nº 172/2021-SCCC (fl. 07); Cópia do *Curriculum Vitae* do Regente Carlos Taubaté (fls. 08/18); Cópia do Portfólio do Regente Carlos Taubaté (fls. 19/54); Cópia de comprovante de inscrição junto ao CNPJ (fl. 55); Declaração de que não emprega servidor do Poder Legislativo (fl. 56); Declaração de fato superveniente impeditivo de habilitação (fl. 57); Cópia de documento pessoal (fl. 58); Memorando nº 853/2021-SG (fl. 59); Despacho nº 070/2021/SGEL (fl. 60); Termo de Referência nº 022/2021/SGEL (fls. 61/66 verso); Despacho

n° 074/2021/SGEL (fl. 67); Orçamento Carlos Eduardo Cursino Ferraz (fl. 68); Cópia do Contrato n° 028/2020/SCC/ALMT (fls. 69/71); Cópia da Nota Fiscal de Serviços n° 224, emitida pela Prefeitura Municipal de Cuiabá – serviços prestados ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (fl. 72); Planilha de Comprovação de Vantajosidade (fl. 73); Despacho n° 039/2021/SGEL/ECP (fl. 74); Memorando n° 342/2021/SGEL (fl. 75); Memorando n° 479/2021-SPOF (fl. 76); Termo de Referência n° 022/2021/SGEL (fls. 77/82 verso); Cópias de certidões relativas à regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS (fls. 83/88); Análise dos documentos de habilitação (fls. 89/90); Memorando n° 353/2021/SGEL (fl. 91); Memorando n° 948/2021-SG (fl. 92); Autorização de Abertura de Processo Licitatório (fl. 93); Memorando n° 1304/2021-SG (fl. 94); Minuta de Contrato (fls. 95/108); Instrução do Processo Licitatório (fl. 109); Memorando n° 486/2021/SGEL (fl. 110).

É o essencial a relatar. Passo a opinar.

II- FUNDAMENTOS

Análise da Procuradoria da Assembleia

De início, cumpre notar que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n° 14.133/2021), em vigor desde o dia 1° de abril de 2021, em seu artigo 191, combinado com o artigo 193, inciso II, facultou ao gestor público licitar, ou contratar diretamente, de acordo com a nova lei, acima mencionada, ou de acordo com as Leis 8.666/93 e 10.520/2002.

Destarte, haja vista o presente feito ter sido autuado com fulcro na Lei 8.666/93, nada obsta sua aprovação/homologação com base naquela Lei, salvo entendimento contrário da autoridade superior.

Este parecer limitar-se-á a analisar a regularidade do procedimento sob a ótica jurídica, vale dizer, esta Procuradoria não se imiscui no juízo de conveniência e oportunidade da contratação, assim como não possui conhecimento técnico para analisar as informações técnicas que deverão ser atendidas pela futura contratante.

A prévia análise dos contratos pela Procuradoria é uma imposição da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (g.n.)

Tal exigência tem por objetivo prevenir a produção de atos irregulares, que possam ser questionados e até mesmo anulados posteriormente. Também visa afastar condições que prejudiquem a competitividade, acarretando prejuízos aos cofres públicos.

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer

cláusula ou condição jurídica que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

Da Análise da contratação por inexigibilidade

Como regra, as aquisições feitas pelo Poder Público devem se submeter ao devido processo licitatório, atendendo aos ditames da Lei nº 8.666/93, permitindo que os fornecedores interessados concorram em igualdade de condições, visando realizar a contratação que seja mais benéfica à Administração Pública.

Todavia, é possível a realização de contratação direta - por dispensa (Art. 24) ou inexigibilidade (Art. 25) – nas hipóteses expressamente autorizadas pelo citado diploma normativo.

Dentre as hipóteses excepcionadas pela lei nº 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), destaca-se a inexigibilidade de licitação disciplinada no artigo 25 da lei em comento:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se 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.”

Para consecução do objeto via da inexigibilidade de licitação, é requisito essencial a inviabilidade de competição, nos termos do caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993. Acerca dessa hipótese pontua a doutrina:

“ [...] a inviabilidade de licitação não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas sim um gênero, que comporta várias modalidades. Marçal Justen Filho busca sintetizá-la nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas; ausência de mercado concorrencial; impossibilidade de julgamento objetivo; ausência de definição objetiva da prestação. No caso da

inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição, não há sentido em se exigir submissão do negócio ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através da seleção da melhor proposta. [...] Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição, e demonstrando a razoabilidade do preço estipulado e o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação. Na hipótese em que a razão da contratação direta é a exclusividade, torna-se necessária a apresentação de atestados de exclusividade porventura existentes.¹

Nesse sentido, seguem julgados do Tribunal de Contas da União e do Distrito Federal:

“Inexigibilidade – inviabilidade de competição . Nota: O TCU considerou lícita a contratação de serviços com fulcro no art. 25, caput, sempre que comprovada a inviabilidade de competição. Ressalte-se que, na hipótese de contratação de serviços, o fundamento legal deverá ser o caput, posto que o inciso I trata apenas de compras. É mister, ainda, a comprovação da exclusividade na prestação do serviço. [grifo nosso] (TCU. Processo n° TC-300.061/1995-I Decisão n° 63/1998 – Plenário).

Prestador de serviço único – inexigibilidade . TCDF: “[...] a contratação de serviços prestados por um único prestador deve ser fundamentada no caput do art. 25 da Lei n° 8666/93” . TCDF. Processo n° 592/1996 Decisão n° 8503/1996.”

¹ CHARLES, Ronny. Lei de licitações públicas comentadas. 7 ed. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 304/306.

Ademais, note-se que a lei é clara ao não exigir licitação para contratação de profissional de qualquer setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. A demonstração da consagração da opinião pública é requisito indispensável para se evitar contratações arbitrárias, em que a autoridade/ordenador de despesas pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de determinada pessoa. Portanto, **faz-se necessário consignar declaração que demonstre irrefutavelmente a consagração da opinião pública.**

Da leitura do inciso III do art. 25 da Lei 8666/93, verifica-se 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 a seguir da lição do ilustre mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, na obra "Contratação Direta sem Licitação", Ed: Fórum, 6ª ed, pp. 726:

“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.” (grifos nossos)

Ademais, vale dizer que a contratação de um artista constitui obrigação de fazer, *intuitu personae*, ou seja, somente pode ser executada pelo próprio contratado. Sendo assim, a subcontratação será irregular, exceto aquela parcial, notadamente acessória, como, por exemplo, o instrumentista que acompanha determinado cantor.

Constam dos autos às fls. 08/18 e 19/54, *currículum vitae*, *portfólio* e documentos do profissional interessado, dentro os quais constam os concertos e apresentações realizados pelo artista bem como participação como regente do grupo musical *candimba*, coral do Tribunal de Contas do Estado, e do próprio coral da ALMT, além de matérias sobre sua atuação profissional em jornais, revistas e sítios da internet (Diário de Cuiabá, Folha do Estado, Gazeta MT), dentre outros, que a priori evidenciam o seu profissionalismo no que tange sua atuação como maestro de música.

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, a 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.

Pelo que consta dos autos a contratação se dará por intermédio diretamente, com o próprio artista, o que perfeitamente autorizado pelo dispositivo legal.



O terceiro pressuposto diz respeito à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo.

É preciso distinguir a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública da mera qualificação profissional. Assim, não será suficiente a demonstração de que o artista se qualificou através de cursos na área ou a simples comprovação de experiência profissional. Para tais casos, poderá a Administração se valer da realização de um processo licitatório na modalidade “concurso”, prevista no art. 22, IV c/c § 4º da Lei nº 8.666/93, ou ainda, se for o caso, uma dispensa de licitação com base no baixo valor, nos termos do art. 24, II da Lei de Licitações.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal já manifestara quanto à forma de comprovação da consagração do artista:

Quanto à inexigibilidade prevista no art. 25, inciso III, da Lei no 8.666/93 (...), na contratação de profissionais artísticos é necessária a apresentação de curriculum acompanhado de documentos (recorte de jornais, revistas etc), que atestem a consagração pela crítica e opinião pública, conforme decisão exarada no Processo no 1876/95 (Decisão 6.968/1996). (Grifo nosso)

Neste ponto, vale destacar a distinção entre as hipóteses de contratação direta de artistas e aquelas realizadas mediante processo licitatório, nas palavras do Professor Marçal Justen Filho, na obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª edição, Ed. Dialética, pp. 379-380:

“A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei nº 8.666/93. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra.

(...)

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses 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 diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.” (grifo nosso)

Diante disso, verifica-se que, para a contratação direta, é preciso constar dos autos do procedimento os motivos de convencimento da consagração do artista, tais como: a discografia de um cantor, premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros, salvo nos casos de notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa qualquer tipo de comprovação.

Como já referido, o profissional interessado participou de diversos concertos e apresentações realizados no país, como, por exemplo, a participação como regente do Grupo Candimba, Coral do Tribunal de Contas de Mato Grosso, Coral Sinfônico do Estado de São Paulo, Coral da ALMT, matérias de sites (diário de Cuiabá, Gazeta, Folha do Estado, MT), dentre outros, os quais a priori evidenciam a **consagração do artista** em questão, conforme preceitua o entendimento jurisprudencial, atendendo-se assim o pressuposto legal da administração se valer da contratação de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Insta frisar que este último requisito destina-se a evitar contratações desarrazoadas ou arbitrárias, em que o gestor público possa imprimir uma preferência pessoal na contratação de um amigo, um parente, ou ainda de profissional sem qualificação reconhecida. Faz-se necessário que a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam a virtude do artista contratado, **como demonstrado às fls. 08/18 e 19/54** dos autos.

Uma vez configurados os requisitos acima delineados, é sabido que a ausência de licitação não significa a desnecessidade de observância de formalidades prévias à contratação, nem mesmo dos princípios gerais e específicos aplicáveis à licitação, tais como a isonomia, a impessoalidade, a publicidade e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

O art. 38 da Lei 8.666/93 traz alguns procedimentos a serem atendidos, quando da fase interna de um processo administrativo licitatório, consistentes na existência de um processo autuado, protocolado,

numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa.

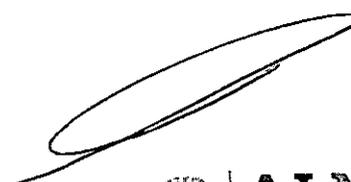
Neste sentido, **verifica-se o atendimento** dos procedimentos da fase interna de um processo administrativo licitatório, **consistentes na existência de um processo autuado, protocolado, numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa**, conforme exige o art. 38 da Lei 8.666/93.

Além disso, ainda no que tange à fase interna, **deve ser realizada a ratificação da inexigibilidade e sua publicação na imprensa oficial**, conforme exige a Lei 8.666/93, ad litteram:

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 desta Lei **deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a 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 - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - **razão da escolha do fornecedor** ou executante;
- III - **justificativa do preço.**
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.



Página 17

Portanto, a Mesa Diretora **deverá ratificar todos os atos** do processo de inexigibilidade e providenciar a publicação, sob pena de ineficácia dos atos.

Ademais, para a referida contratação direta, a Administração deverá observar os seguintes requisitos: (i) **autorização motivada da Mesa Diretora** (art. 50, IV, da Lei nº 9.784/99); (ii) **previsão dos recursos orçamentários** (arts. 7º, § 2º, III; 14 e 38 da Lei 8.666/93); (iii) **justificativa quanto à necessidade do objeto** da contratação direta (art. 26, caput, da Lei 8.666/93); (iv) **justificativa quanto à escolha** de um determinado contratante e de uma proposta específica, (art. 26, Parágrafo único, II, da Lei 8.666/93); (v) **justificativa de preço**, (art. 26, Parágrafo único, III, da Lei 8.666/93); (vi) **habilitação do futuro contratado**, atendidas as exigências previstas no **art. 27 a 32 da Lei nº 8.666/93**.

Desta feita, observa-se que a **autorização motivada da Mesa Diretora** consta da fl. 93, com as assinaturas do **Primeiro Secretário e do Presidente da ALMT**, possibilitando, desta forma, a **continuidade da pretensa contratação**;

A **previsão de recursos orçamentários** está à fl. 76.

A **justificativa quanto à necessidade do objeto** da contratação direta, quanto à presença dos pressupostos da contratação por inexigibilidade e quanto à **escolha da contratante** e de sua proposta se encontra no **Termo de Referência nº 022/2021/SGEL às fls.77/82 verso**.

Quanto a **justificativa de preço**, é mister analisar-se a razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração, levando-se em consideração a **atividade anterior e futura do próprio**

particular. Em outras palavras, o contrato com a Administração deve possuir condições econômicas similares com as atividades particulares executadas pelo futuro contratado.

Sobre esse ponto, interessante observar o que prescreve a Orientação Normativa nº 17 da Advocacia Geral da União (AGU):

Orientação Normativa 17 AGU: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com outros preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Na mesma linha o TCE-MT:

Resolução de Consulta nº 41/2010 (DOE, 07/06/2010). Licitação. Dispensa e inexigibilidade. Necessidade de justificação do preço contratado. Formas de balizamento de preços. (...) **O balizamento deve ser efetuado pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública**, no mercado fixado por órgão oficial competente, ou, ainda, por aqueles constantes do sistema de registro de preços.

Consta à fl. 73 Planilha de Comprovação de Vantajosidade, contendo a proposta de preço do artista, bem como valores de preços públicos praticados pelo mesmo maestro em contrato com a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso (fls. 69/71), bem como comprovante de preço praticado pelo mesmo regente em contrato com o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (conforme nota fiscal de fl. 72).



Dúctim 14

À fl 74, consta o Despacho n° 039/2021/SGEL/ECP, onde a Equipe De Cotação de Preços da Casa afirma a comprovação da razoabilidade do preço estipulado nos presente autos.

Cumpre notar que, embora não consta dos autos documento intitulado Estudo Técnico Preliminar, o documento que inaugura o feito, Memorando n° 035/2021/ALMT (fls. 01/05) contém todos os elementos pertinentes à espécie, entre eles ampla justificativa para a contratação, bem como tabelas comparativas de preços.

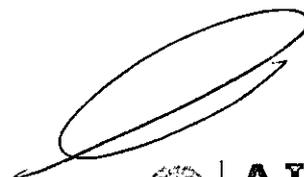
A minuta contratual de fls. 95/108 não merece reparos, contento as cláusulas necessárias, segundo a legislação de regência (artigo 55 da Lei 8.666/93).

Por fim, no que tange às habilitações necessárias (art. 27 a 32 da Lei n° 8.666/93), **deve a equipe do setor de licitações** (ou outro competente) **decidir pela habilitação ou inabilitação do futuro contratado.**

Diante, uma vez preenchidos os requisitos da inexigibilidade do art. 25, III, da Lei n° 8.666/93, torna-se plenamente possível a realização de contratação direta para contratação do maestro Carlos Eduardo Cursino Ferraz (Carlos Taubaté Produções).

III- DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto, **OPINAMOS** pela **POSSIBILIDADE** de contratação direta por inexigibilidade, desde que atendidas a seguinte condição:

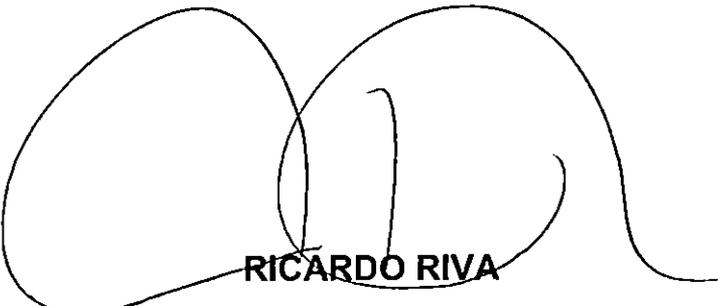


(i) Deverá ser ratificado o processo de inexigibilidade de licitação pela Mesa diretora da ALMT e providenciada a respectiva publicação no Diário Oficial;

Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Cuiabá/MT, 18 de agosto de 2021.



RICARDO RIVA
PROCURADOR GERAL DA ALMT