PARECER JURÍDICO Nº 159/2022

Interessado: Setor de Compras

Assunto: análise da possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação de banda artística (Fernando e Sorocaba)

1. RELATÓRIO

Trata-se de análise do Termo de Referência de inexigibilidade de licitação, cujo objeto é *"contratação de show artístico da dupla Fernando e Sorocaba para apresentação na data de 08 de outubro de 2022, durante a realização da EXPOIRANI 2022."*

Este é o breve relatório.

2. DO DIREITO

2.1 Da inexigibilidade na forma do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93.

As contratações públicas devem ser antecedidas de processo licitatório, pelo qual o administrador escolherá a proposta mais vantajosa ao interesse público, nos termos da Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XXI.

Dessa forma, o texto constitucional estabeleceu a necessidade de um procedimento prévio formal de escolha para as contratações públicas de obras, serviços, compras e alienações. Nesse passo, de acordo com o art. 25, da Lei 8.666/93, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, conforme se verifica a seguir:

> 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.

Assim sendo, a inexigibilidade de licitação é excepcional, onde deve haver a real comprovação da inviabilidade de competição. O próprio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, através do Prejulgado nº 1948, assim prescreveu: ***"A licitação é inexigível nos casos de inviabilidade de competição, nos termos do art. 25, caput, da Lei Federal nº 8.666/93."***

É importante esclarecer que, nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador não é inteiramente livre para contratar, uma vez que há ainda de se observar as formalidades inerentes dessa contratação direta.

À vista disso, para se contratar um profissional do setor artístico é preciso, deve-se tomar várias precauções, dentre outras: I) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo; II) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, bem como aos demais regramentos constantes no art. 26 da Lei nº 8.666/93

2.2 Da necessária razão da escolha do fornecedor ou executante (art. 26, inciso II, da Lei nº 8.666/93)

Tratando da escolha do fornecedor ou executante é necessário que a contratação observe o disposto no art. 26 da mesma lei, que dispões:

> 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:
> (...)
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> (...)

A esse respeito, a doutrina tem se posicionado no seguinte sentido:

> Outro ponto, já no âmbito dos serviços artísticos a serem contratados através de inexigibilidade, diz respeito ao processo de escolha do artista pela Administração Pública. Vê-se que se trata de competência cuja enorme parcela é discricionária, mesmo em virtude da falência de critérios subjetivos. Se houvesse tais critérios, não haveria a inexigibilidade. Nada obstante a isso, seguindo a linha já esposada nesse estudo, a competência discricionária é sempre limitada e, no que tange aos limites, pode e deve ser controlada. **É fora de dúvida que o agente administrativo não tem competência para escolher o artista que quiser, nas condições que quiser e pelo preço que quiser.** Antes disso, deve preocupar-se em atentar para as expectativas populares ou para as finalidades que se pretende auferir do empreendimento artístico a fim de escolher o melhor artista.

Ou seja, o perfil do artista escolhido deve ser compatível com as pretensões da Administração Pública. [1] **(Grifou-se)**

Neste sentido, a par da doutrina supracitada, verifico na ata 01/2022 da Sub Comissão dos shows da Expo Irani 2022 que esta elaborou uma maneira de garantir a participação pública na escolha dos artistas. Foi realizada consulta prévia por parte da comissão a fim de encontrar opções de shows com data disponível e que se encaixasse no orçamento do evento.

Verifico que foram apresentadas três possibilidades de voto para cada dia do evento e através de um formulário online a população pode votar no show de sua preferência.

A pesquisa teve grande aderência vez que mais de mil pessoas participar e desta forma há se considerar que é um meio legitimo a justificar que a razão da escolha se deu pela vontade popular.

Desta feita, entendo que a enquete está apta a demonstrar o cumprimento da exigência legal (art. 26, inciso II, da Lei nº 8.666/93) estando regularmente preenchido tal requisito.

2.3 Do contrato de exclusividade

Verificando os documentos constantes nos autos, há o devido instrumento de representação dos artistas pela empresa JOSÉ CARLOS DE ASSIS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS (CNPJ 43.706.788/0001-69), cujas cláusulas assim estipularam:

> (...)
> **CLÁUSULA PRIMEIRA:** Por este contrato com fulcro na Lei 8.666/93, inciso III do art. 25 o presente contrato tem como OBJETO a parceria comercial firmada em caráter de exclusividade em favor AGENCIADORA, pelo prazo de 02 (dois) anos a contar da data de assinatura, de agenciamento, representação, assessoria, consultoria e divulgação artística, bem como a cessão com exclusividade dos direitos patrimoniais dos AGENCIADOS que integram a dupla "FERNANDO & SOROCABA" divulgação e comercialização de suas músicas, shows, apresentações, CD´s/DVD's, fonogramas e videofonogramas, ou em qualquer formato existente ou que venha a ser criado, junto às produtoras, gravadoras, agências publicitárias, casa noturnas, bares, casas de shows, emissoras de rádio e televisão e similares, em todo território nacional e no exterior, comprometendo-se a representar os AGENCIADOS e promover sua divulgação, veiculação junto aos mercados citados, sendo também responsável pela divulgação, distribuição e comercialização da imagem, voz e produtos dos AGENCIADOS, podendo para tanto assinar contratos, recebidos, emitir notas fiscais, em todo território nacional e exterior.
> (...)

[1] NIEBUHR, Joel de Meneses. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública.4ª Edição. Editora Fórum, 2015, p.194

Desta feita, verifica-se o cumprimento do art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, mais precisamente em relação a exclusividade para representação dos artísticas em todo o território brasileiro, comprovando o caráter exclusivo.

2.4 Da justificativa do preço

Em conformidade com o termo de referência e os documentos acostados, extrai-se o seguinte:

> (...)
> **IX – JUSTIFICATIVA DO PREÇO**
> A razoabilidade do valor da contratação afere-se por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela contratada junto a outras contratações, através de notas fiscais de prestação de serviço, a favor de JOSÉ CARLOS DE ASSIS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA. Desta forma, verifica-se que o valor contratado de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) é compatível com os preços praticados no mercado.
> (...)

De acordo com as notas fiscais, cujo Tomador de Serviço é o Município de Praia Grande/SP efetuou o pagamento dos serviços no importe de R$ 219.000,00, em 23/12/2021. No Município de Santa Helena/PR, foi pago R$ 229.000,00, em 30/12/2021.

Assim, considerando os valores acostados, entendo que há a justificativa adequada de preço, uma vez que o termo de referência há a proposta de R$ 200.000,00 para realização do evento.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e feitas essas necessárias considerações, opina-se pelo prosseguimento do processo, em conformidade com o art. 25, III, da Lei nº 8.666/93.

Em tempo, REQUEIRO que seja remetida a minuta do edital e do contrato para análise em obediência ao Parágrafo Único do Art. 38 da lei 8.666/93.

Orienta-se que se de ampla publicidade de todos os atos referente a este processo.

É o parecer, s.m.j.

Irani-SC, 15 de julho de 2022.

ALEXANDRE RAMIRO ZAMPIERI - ADVOCACIA E ASSESSORIA JURÍDICA

ALEXANDRE RAMIRO ZAMPIERI
Assessor Jurídico
OAB/SC 62.789