



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

CI Nº 057/2017 - UCCI

Santa Leopoldina/ES, 27 de novembro de 2017.

Ao
Exmo. Senhor
Valdemar Luiz Horbelt Coutinho
Prefeito Municipal

Assunto: ATO DE RECOMENDAÇÃO 002/2017

CONSIDERANDO a missão do Controle Interno na atuação preventiva e orientadora, de modo a reduzir as falhas involuntárias ou deliberadas por parte dos atores dos processos organizacionais.

CONSIDERANDO a frequência nas contratações de bandas e artistas ao longo do exercício com base no art. 25 da Lei 8.666/93 por inexigibilidade de licitação.

Encaminho estudo realizado referente à Legislação atual bem como posicionamento do Tribunal de Contas do Estado e Espírito Santo e Tribunal de Contas da União referente à documentação necessária e indispensável para a eficácia da contratação com base no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93.

O levantamento feito por esta Coordenadoria de Controle Interno não esgota a discursão na interpretação da Lei 8.666/93, cabendo também passar por análise jurídica a fim de expressar entendimento, buscar outros posicionamentos ou ainda reiterar as análises trazidas no documento.

Após, dar-se-á ciência a Secretaria Municipal de Cultura e Turismo e demais envolvidos no curso do processo.

Respeitosamente,

MIKE MULLER STANGE



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

CONTRATAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Excepcionalmente, em situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece **hipóteses de inexigibilidade de licitação**, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993, autorizando a Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

O art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 assim dispõe:

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

III - **para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.**

A justificativa da inexigibilidade nesta hipótese é a inviabilidade de competição. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por consequência, suporte fático para a realização do procedimento licitatório.

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo formal de inexigibilidade.



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

Deste modo, pela redação do art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, para a **contratação de profissional do setor artístico** é preciso:

- I) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;**
- II) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública.**

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 26 da mesma lei, que assevera:

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;

III - justificativa do preço.

[...]

Portanto, frise-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a **Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos**, os quais devem estar prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade.

Com efeito, além dos requisitos do art. 25, é imprescindível a **publicação**, na imprensa oficial, **da inexigibilidade, da justificativa da escolha do contratado e da justificativa do seu preço** (art. 26 da Lei de Licitações), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

O art. 70 da CR/1988 autoriza aos órgãos de controle interno e externo a realização de controle de legalidade, legitimidade e economicidade. São os seus termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

Como se percebe, em se tratando de gastos públicos, as instâncias de controle não devem observar apenas os aspectos de pura legalidade, cabendo analisar também (que não deixa de ser um viés da legalidade) os aspectos de legitimidade e economicidade.

A legalidade e a economicidade já são impostas diretamente pelos arts. 25 e 26 da Lei de Licitações, que exigem a justificativa do preço e a observância dos requisitos autorizativos da hipótese de inexigibilidade.

Diante disso, é possível traçar alguns **parâmetros** para que se verifique a conformidade da contratação de artistas para a realização de shows e eventos com a Constituição da República e com a Lei de Licitações, quais sejam:

- I) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;**
- II) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;**
- III) razão da escolha do profissional do setor artístico;**



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

IV) justificativa de preço;

V) publicidade da contratação; e

VI) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Cabe tecer algumas considerações sobre os requisitos listados nos itens “I”, “II” e “IV”.

Quanto ao item “I”, é preciso que a Administração Pública firme contrato com o próprio contratado, evitando que intermediários tornem a contratação mais onerosa aos cofres públicos, ou por meio de empresário exclusivo, pois, havendo pluralidade, é cabível a licitação diante da viabilidade de competição.

Joel de Menezes Niebuhr esclarece que “a proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestante a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais à custa dos artistas”.

A exclusividade de empresário não se confunde com a simples autorização. Enquanto aquela se refere a uma representação perene e duradoura, esta se restringe a determinadas festividades ou a curtos períodos de tempo.

A mera autorização para a contratação com o ente público não preenche o requisito legal, tratando-se de artifício utilizado para burlar a exigência de licitação.

Com efeito, caso fosse admitido, o artista poderia firmar quantas autorizações quisesse, com quantas pessoas quisesse, fazendo surgir vários “empresários” ou representantes. Isto viabilizaria a competição, desautorizando a inexigibilidade para a contratação.

O Tribunal de Contas da União (TCU) assim ponderou:

[...] deve ser apresentada **cópia do contrato de exclusividade** dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

ser ressaltado que **o contrato de exclusividade difere da autorização** que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento.

A contratação do artista, por inexigibilidade, visa prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização do certame. Contudo, **caso haja pluralidade de empresários, é possível a competição entre eles, impondo-se, pois, a prévia licitação.**

Quanto ao item “II”, há grande dificuldade em se realizar o devido controle sobre os seus requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados, o que muitas vezes pode encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, escreve José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que **consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço.** Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. **Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação.** A nosso sentir, quis o legislador **prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal**, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (Grifo nosso).

De fato, não há um conceito objetivo sobre o que seja “consagração pela crítica especializada” ou “consagração pela opinião pública”. Como afirmado alhures são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo, dificultando a atuação dos órgãos de controle. Todavia, é possível visualizar uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa sobre o conteúdo dessas expressões.



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

A título de exemplo, há um consenso positivo quanto ao preenchimento do requisito legal na eventual contratação da cantora Ivete Sangalo. Sem sombra de dúvidas, refere-se a uma cantora consagrada nacionalmente. Por outro lado, haverá um campo de certeza negativa quanto à ausência de consagração em relação ao neófito na carreira, que ainda não realizou um número considerável de eventos. Nessa situação, não poderá haver a contratação por inexigibilidade, com base no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

Neste ponto, é oportuna a seguinte indagação: **a “crítica especializada” ou a “opinião pública” devem ser local, regional ou nacional?**

Não há previsão legal para a resposta. Porém, Diógenes Gasparini sugere a adoção de um critério interessante: o valor da contratação. Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; se nos limites da concorrência, será nacional. São as suas palavras:

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. **Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato.** Assim, se o contrato estiver dentro do limite de **convite, será local**; se estiver dentro do limite da **tomada de preços, será regional**; se estiver dentro do limite de **concorrência, será nacional**. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.
(grifo nosso)

Com efeito, a consagração do artista, se não for notória, deve ser devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade, seja mediante a juntada de noticiários de jornais,



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

Por fim, quanto ao item “IV”, que se refere à necessidade de justificativa do preço (o valor deve ser razoável), é possível utilizar como parâmetro para aferir a sua razoabilidade as **contratações pretéritas perante outros entes públicos ou junto a particulares.**

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão n.º 822/05 (Plenário), asseverando que:

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, **shows, espetáculos ou eventos similares**, demonstre, a título de justificativa de preços, **que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte**, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei n.º. 8.666/1993. (grifo nosso)

No mesmo sentido, tem-se a orientação normativa n.º 17 da **Advocacia-Geral da União**, *in verbis*:

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

Além do mais, a necessidade de justificativa (estimativa) de preços está em conformidade com o disposto nos artigos 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei de Licitações.

A estimativa de preço para a contratação deverá, conforme já registrado, pautar-se por



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

critérios objetivos, nos quais se insere nos valores das últimas contratações firmadas pelo profissional. Forte no princípio da razoabilidade, afeição-se cabível a utilização do critério semestral para a estimativa dos preços, de modo que a Administração deverá fundamentar o valor da contratação com base nos contratos celebrados pelo profissional nos últimos 6 (seis) meses.

Nem se argumente que o critério aqui proposto resvalaria no direito à intimidade do contratado. Em um Estado Republicano, que pressupõe **prestação de contas, transparência e exclusividade do emprego de recursos públicos para a satisfação do interesse coletivo**, não há, na espécie, espaço para negociações e contratações sigilosas, dado que o **patrimônio público é indisponível**. Deve, assim, reinar a mais ampla transparência, bastante fomentada com a edição da recente Lei nº 12.527/11, denominada **Lei de Acesso à Informação**.

Assim, preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição das exigências – as quais devem estar todas devidamente demonstradas nos autos da inexigibilidade –, é possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações.

CONCLUSÃO

Com base na argumentação desenvolvida, entendemos **plenamente possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação**, amparada no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, **desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais**, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição e comprovação das seguintes exigências:

I) o contrato deve ser firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

exclusivo;

II) a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública deve está devidamente demonstrada nos autos da inexigibilidade, salvo se notória;

III) a razão da escolha do profissional do setor artístico;

IV) a justificativa do preço, que deve ser razoável e similar ao de outros contratos firmados pelo contratado, baseando-se nos preços dos contratos firmados nos últimos 6 (seis) meses;

V) a publicidade da contratação; e

VI) a comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Caso **não atendido algum desses requisitos**, os quais, frise-se, devem estar evidenciados no respectivo **processo de inexigibilidade**, a **contratação é nula**, cabendo o acionamento do administrador público e dos demais participantes para a invalidação do contrato, bem como para a imposição, se for o caso, de sanções em razão da prática de ato de improbidade administrativa.

REFERENCIAS

- Constituição Federal;
- Lei 8.666/93;
- Lei 12.527/2011 - LAI
- Entendimento Tribunal de Contas do ES na Instrução Técnica Conclusiva ITC 6895/2013;
- Acórdão TCU nº 96/2008 – Plenário;
- Acórdão 212/2009 – TCU – Segunda Câmara;
- Acórdão TCU n.º 822/05 (Plenário),
- O Acórdão 96/2008-TCU-Plenário
- Acórdão 96/2008 PLENÁRIO TCEES



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO ART. 25 LEI 8666.93.
RELAÇÃO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS

1. HABILITAÇÃO JURÍDICA, REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA ART. 28 E 29 LEI 8666/93.

1. Cartão do CNPJ;
2. Cópia de Documento com foto do Responsável pela Empresa;
3. Certidão negativa da Dívida Ativa da União;
4. Certidão negativa de Débitos Trabalhistas;
5. Certidão da regularidade com a Fazenda Estadual;
6. Certidão negativa do FGTS;
7. Certidão da regularidade com a Fazenda Municipal;
8. Contrato Social (se for o caso);
9. Falência e Concordata (se for o caso).

2. DOCUMENTOS DA BANDA

1. Ata de fundação da Banda autenticada em cartório;
2. Nota contratual da Banda com a Ordem dos Músicos do Brasil;
3. Cópia de documento com foto dos integrantes da Banda (preferencialmente Carteira da Ordem dos Músicos do Brasil);
4. Contrato de Exclusividade da Banda com a empresa intermediadora, (se for o caso) registrado em cartório; [inciso III, art. 25 da Lei 8666/93] Acórdão nº 96/2008 – Plenário;
5. Declaração que não emprega menor; [inciso V, art. 27 da Lei 8.666/93];
6. Contrato de exclusividade dos artistas (integrantes da Banda) com o empresário contratado, registrados em cartório;
7. Documento do profissional contratado que comprove a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, salvo se notório;
8. Documento que justifique o preço da contratação (outros contratos firmados anteriormente) cujos valores estejam dentro dos padrões aceitáveis. [inciso III do art. 26 da Lei 8.666/93]

3. DOS DADOS DAS PROPOSTAS DO SHOW:

3.1 As propostas deverão ser apresentadas a Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina/Secretaria Municipal de Cultura e Turismo com no mínimo:

- a) Papel timbrado da Banda ou empresa exclusiva;
- b) Data da realização do Show;
- c) Duração do Show;
- d) Responsabilidade quanto à (descontos/impostos, alimentação, hospedagem, transporte);



Prefeitura Municipal de Santa Leopoldina
Coordenadoria de Controle Interno

- e) Estilo musical da Banda;
- f) Relação dos integrantes da Banda mais equipe (se for o caso);
- g) Valor da apresentação;
- h) Validade da Proposta.

6. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA

6.1 Apresentar, de acordo com inciso II do art. 26 da Lei 8.666/93, as justificativas da escolha pela contratação da Banda.