



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



PARECER JURÍDICO Nº 78/2024

Processo Administrativo nº 0045/2024.

Interessado: Secretaria Municipal de Cultura.

Assunto: Contratação artística do show da cantora “**RAPHAELA SANTOS - A FAVORITA**”, em comemoração ao “**FESTIVAL DA MARISCADA**”, no povoado de São Bento, em Maragogi/AL.

Ementa: Consulta jurídica. Administrativo. Licitação e contratos. Padronização administrativa. Parecer Referencial. Contratação direta por inexigibilidade. Nova lei de licitações e contratos. Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (Art. 74, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021).

1. DO RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo para contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com base no art. 74, II, da Lei nº 14.133/21, de banda musical para apresentação artística em comemoração ao “**FESTIVAL DA MARISCADA**”, no povoado de São Bento, em Maragogi/AL, no dia 23/03/2024, com duração de 01h40min de apresentação, a partir das 23h:50min.

Consoante projeto básico, extrai-se a justificativa de escolha da apresentação artística da cantora “**RAPHAELA SANTOS - A FAVORITA**”, representada com exclusividade pela **EMPRESA RAPHAELA SANTOS GRAVAÇÕES E EDIÇÕES MUSICAIS LTDA**, inscrita no **CNPJ Nº46.654.544/0001-78**, no valor de **R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)**, pela consagração popular na região, bem como, apresenta as demais informações que entendem ser necessárias à contratação – segundo informações constantes do Projeto Básico.

Segundo consta do art. 6º, XXIII da Lei nº 14.133/21 que XXIII, termo de referência e' documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas; c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; d) requisitos da contratação; e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



pelo órgão ou entidade; g) critérios de medição e de pagamento; h) forma e critérios de seleção do fornecedor; i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado; j) adequação orçamentária.

A pasta interessada juntou o termo de referência com os elementos mínimos necessários à contratação e juntou as razões da escolha do fornecedor com a indicação da justificativa de preços; requisitos permeiam o mérito administrativo da decisão.

Perpassada a fase de solicitações e informações sobre a viabilidade financeira para realização do certame e por quais dotações orçamentárias¹ efetivarem-se-ão as despesas, os autos evoluíram à esta Procuradoria do Município para opinativo técnico-jurídico, em razão do disposto no parágrafo único do Art. 72, III da Lei nº 14.133/21.

É o relatório, ainda que sucinto. Passa-se à análise jurídica do caso.

2. DO CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE MEDIANTE ANÁLISE JURÍDICA DA SITUAÇÃO

Preliminarmente, mister destacar a necessidade de análise do órgão de assessoramento jurídico nas contratações públicas, sejam elas mediante respectivo processo de licitação, ou nas hipóteses de sua exceção, neste sentido é o disposto no artigo 53, §1º, inciso I e II c/c o artigo 72, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, que assim dispõem:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

¹ A indicação do recurso próprio para a despesa e comprovação da existência de previsão de recursos orçamentários (com a indicação das respectivas rubricas) que assegurem o pagamento das obrigações a serem assumidas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, deve apresentar todos os elementos necessários: a) unidade orçamentária; b) projeto/atividade; c) natureza da despesa; d) indicação e detalhamento da fonte de despesa. Os recursos orçamentários previstos na requisição de compras/serviços devem ser identificados pelos códigos dos créditos próprios da classificação e da categoria de programação - Art 7º, § 2º c/c art 14, Lei nº 8.666/93



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutos de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. (Grifamos).

Nesta linha, conclui-se pela obrigatoriedade de parecer da assessoria jurídica da Administração, a qual realizará controle prévio da legalidade dos instrumentos, atuando ainda conforme o mesmo diploma legal, como segunda linha de defesa, veja-se o que dispõe o art. 169:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; (Grifamos).

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

(...)

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Noutra banda, a manifestação desta assessoria se limita estritamente a propriedade jurídica “in abstracto”, ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto às outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

Logo, a emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.

A norma citada acima é fundamental para assegurar a correta aplicação do princípio da legalidade, para que os atos administrativos não contenham estipulações que contravenham à lei, posto que, o preceito da legalidade é, singularmente, relevante nos atos administrativos.

A licitação é um processo administrativo consubstanciado em um conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva, visando à seleção da melhor oferta em razão de um negócio jurídico que a Administração Pública pretende celebrar por meio de um contrato.

Neste cenário temos a presença de vários atores, cada qual desempenhando uma função administrativa e, por conseguinte, praticando os atos nos estritos limites legais das respectivas competências.

Objetivando garantir práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, a Lei 14.133/2021 estabeleceu três linhas de defesa, uma delas integrada pelas unidades de assessoramento jurídico do próprio



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



órgão ou entidade pública.

De uma interpretação sistemática das disposições da nova lei, é de se reconhecer que o advogado público ganhou papel de destaque, tendo em vista o alto grau de responsabilidade decorrente das várias atribuições a ele conferidas.

A primeira delas – talvez a de maior relevância – está prevista no artigo 53 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual ultimada a fase preparatória da contratação o processo deverá ser encaminhado para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará o controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica.

Assim, se faz necessário o exame prévio, para que a Administração não se sujeite a violar um princípio de direito, o que é severamente tão grave como transgredir uma norma.

Diferentemente da Lei nº 8.666/93 que, em seu artigo 38, parágrafo único determina que apenas as minutas de editais, contratos, acordos, convênios e outros ajustes devem ser objeto de aprovação pela assessoria jurídica, o controle de legalidade antes mencionado foi ampliado, devendo incidir sobre o processo como um todo, ou seja, desde o seu ato inaugural até a minuta de edital e/ou contrato.

A ampliação deste controle é deveras salutar e merece especial atenção, notadamente se consideradas as repercussões no processo de contratação. Trata-se de um verdadeiro filtro que possibilita a correção de eventuais falhas ou vícios, afastando, preliminarmente, os riscos ao interesse público norteador de toda a atividade estatal.

Uma interpretação literal do artigo 53 da nova lei poderia levar à conclusão no sentido de que apenas o processo licitatório estaria sujeito ao controle prévio de legalidade, notadamente em razão do artigo 72 que em seu inciso III prevê a juntada de parecer jurídico aos processos de dispensa e inexigibilidade.

Ocorre que, topograficamente, a previsão contida no inciso III do artigo 72 encontra-se deslocada, porque, a rigor, a emissão de parecer jurídico como instrumento para controle da legalidade de uma contratação direta deve constituir o último ato praticado no curso desse processo, antes apenas da decisão da autoridade acerca da sua aprovação ou não.

Nesse sentido, resta ululante que a análise do advogado público perpassa pela análise da legalidade dos atos praticados, tais como: a) análise dos termos legais de Projeto Básico/Termo de Referência; b) legalidade sobre os procedimentos correlatos ao processo de cotação (desde a publicação, prazos, método utilizado,



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



alerta sobre possíveis indícios de sobrepreço, autorização da autoridade competente, mapa de preços e resumo dos fatos pelo setor responsável); c) aspectos legais sobre a dotação orçamentária; d) análise da minuta de contrato (caso existente).

Nesse sentido, os ensinamentos de Edgar Guimarães²:

Assim, sustentamos que a regra do artigo 53 da Lei 14.133/2021 abrange de igual forma e intensidade os processos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade.

Um aspecto que merece destaque diz respeito à competência para o exercício de tal controle. Não remanesce dúvida de que compete ao órgão de assessoramento jurídico da Administração, todavia, por se tratar de uma verdadeira filtragem de eventuais irregularidades e de nulidades existentes no processo de contratação, a efetiva análise deve ser realizada por agente público investido em cargo, emprego ou função pública de advogado.

Em situações excepcionais definidas por ato da autoridade jurídica máxima competente, como por exemplo, contratações de baixo valor, baixa complexidade, com a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico, o controle prévio de legalidade poderá ser dispensado.

Cumpra ainda aos órgãos jurídicos um assessoramento na elaboração de modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, bem como um apoio aos agentes de contratação, comissão de contratação, fiscais e gestores de contratos no desempenho das respectivas funções.

É de se concluir que nos termos do que dispõe a nova lei o órgão de assessoramento jurídico tem um papel de suma importância nos processos de contratação pública.

Sendo assim, torna-se imprescindível que se garanta ao advogado público uma atuação com absoluta autonomia e independência, com liberdade para compreender e interpretar o Direito aos seus olhos, sem medo de desagradar seus superiores e sem correr o risco de ser cooptado por interesses político-partidários.

Ademais, somente é possível realizar o esmerado controle prévio de legalidade de um processo de contratação direta quando todos os atos a ele inerentes tenham sido praticados, faltando apenas a decisão da autoridade competente acerca da sua autorização.

Assim, sustentamos que a regra do artigo 53 da Lei 14.133/2021 abrange de igual forma e intensidade os processos de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade.

² <https://zenite.blog.br/o-papel-do-advogado-publico-na-nova-lei-de-licitacao-e-contratacao-publica/>



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



3. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1. Do Direito Constitucional à Cultura

A manifestação artística cultural é inerente a essência humana, e importantíssima para a preservação da identidade cultural dos povos e da Soberania de uma Nação, sendo sua livre manifestação protegida, e incentivada pelos principais códigos mundiais de direitos humanos desde a época das revoluções europeias como a revolução francesa, estando dispostos no art. 27 da Declaração de Direitos Humanos de 1948, e nos artigos 13 e 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e portanto, sendo recepcionado pela Constituição Federal no Capítulo III, Seção II – Da Cultura, em seu artigo 215, veja-se:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2.º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.”

Conforme verifica-se, o legislador constituinte demonstrou-se atribulado a manter a disposições históricas sobre a luta humana quanto a manutenção da cultura, e assim, a lei maior garantiu aos cidadãos brasileiros o efetivo exercício dos direitos culturais, incentivando o acesso às fontes da cultura nacional e a liberdade das manifestações culturais.

Nesta linha, vemos que é dever do Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, dentre eles as manifestações artísticas como forma de contemplar os princípios do pluralismo cultural.

Por fim, como dito acima é dever do Estado apoiar as manifestações culturais, como forma de valorização do ser humano, de maneira que, além da cultura, o entretenimento deve ser levado à população, diga-se carente, de lazer, através de eventos, como o deste processo, que proporciona a diversão e a promoção da cultura popular.

Logo, a presente contratação visa o adimplemento das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei Municipal, e, ainda, pela tradicional cultura de comemorações de festividades juninas, arraigada há séculos.

Logo, a presente contratação visa o adimplemento das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei Municipal.

3.2. Da legalidade de Contratação

No que interessa por ora, objetiva-se a elaboração de Parecer Referencial que abarque a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso II, da Lei n. 14.133/2021, in verbis:



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Sobre esta hipótese de contratação direta, ensina Joel de Menezes Niebuhr³, que a competição entre os profissionais do setor artístico torna-se inviável, uma vez que:

o critério de comparação entre eles é artístico e inerentemente subjetivo. Destarte, observa que: [...] a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística.

Essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo – diferentemente do que sucede nos casos de licitação na modalidade concurso, por exemplo.

Marçal Justen Filho⁴, ensina:

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 8.666/1993. 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.

Por sua vez, Ronny Charles⁵ faz alerta importante sobre esta hipótese de

³] NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2022. p. 177.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993 - 18.ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 634.

⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações públicas comentadas. 12ª ed. revisada, ampliada e



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



contratação direta e explica que inviabilidade de competição não deve ser reflexo da espécie de profissional envolvido (artista), mas de uma impossibilidade de que se possa realizar uma aferição objetiva, para seleção dentro dessa espécie de contratação:

A inexigibilidade deve ser concebida através de um sentido, o da inviabilidade do procedimento de competição, sob pena de se quebrar o parâmetro interpretativo capaz de permitir, ao aplicador do direito, a correta compreensão do que intentou o legislador. Essa conclusão o levará a constatar, diante do caso concreto, a viabilidade de caracterizar, como inexigível ou não, situações não previstas no elenco do artigo 74, que sabemos não é exaustivo. Nesta feita, o pressuposto para que profissional do setor artístico seja contratado, através da inexigibilidade licitatória, é a inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado, bem como o fato de ser pouco provável que um artista, consagrado pela opinião pública, submeta-se a um certame para sua contratação. Pensando desta forma, passaremos a ter uma adequada leitura deste inciso, não restando dúvida de que tal inviabilidade não deve ser reflexo da espécie de profissional envolvido (artista), mas de uma impossibilidade de que se possa realizar uma aferição objetiva, para seleção dentro dessa espécie de contratação, dada a subjetividade natural ao gosto pelas artes. Some-se a isso a necessidade de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública e, então, poderemos ter uma ideia correta acerca da aplicação dessa hipótese de contratação direta. O que não se pode é admitir que sejam feitas contratações de artistas sem consagração relevante, sob o falso pálio de permissão dada pelo inciso II, do caput, do artigo 74, pelo simples fato de serem profissionais do setor artístico. Com base nesse raciocínio equivocado, favorecido pela omissão de alguns órgãos de controle, são diariamente contratados artistas e bandas musicais de todos os tipos e gostos, por valores que variam de acordo com o interesse do gestor ou de espúrios “acordos empresariais”. São comuns as denúncias de contratações de um mesmo grupo musical, com valores totalmente destoantes, fato aberrante sobre o qual se omitem algumas autoridades.

Leciona Marçal Justen Filho⁶:

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, tornase inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar performances artísticas. Daí a caracterização de inviabilidade de competição.

atualizada – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021. Pág. 393.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021/Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pág. 972.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Sobre o tema, alerta-se, que ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93, o Tribunal de Contas da União⁷ asseverou sobre a possibilidade de deflagrar pregão para fins de contratação de artistas:

Licitação. Pregão. Possibilidade. Artista. Música. É possível a realização de pregão com vistas à contratação de artistas e bandas de renome local ou regional, pois o objeto é passível de atendimento por qualquer pessoa jurídica que consiga mobilizar os profissionais que atuam no setor nas referidas bases geográficas e não há incompatibilidade entre apresentações musicais e o conceito de serviço comum. Acórdão 5902/2021 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas).

Diante da compreensão de que a discricionariedade na escolha pelo gestor não representa mera liberalidade, é oportuno reiterar que os atos da Administração Pública devem ser devidamente motivados, apontados os fundamentos que justificam a opção daquele profissional, em específico, inclusive em detrimento de alternativas disponíveis e à luz da compatibilidade entre a espécie de trabalho artístico a ser contratado e a finalidade cultural específica do evento.

Outrossim, nota-se, ainda, que a nova lei de contratações públicas incorporou jurisprudência reiterada do Tribunal de Contas da União, acerca do significado da expressão “empresário exclusivo”. Veja-se o § 2º do referido art. 74:

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Sobre o tema, leciona Márcio Cammarosano⁸:

A redação do § 2º do artigo 74, acima transcrito, na sua parte final afasta a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico, o que estava se tornando prática costumeira. Trata-se, portanto, de expressa restrição ao que implicava dar foros de legitimidade a uma prática considerada por muitos integrantes de órgão de controle como burla à obrigatoriedade de licitação. Tratar-se-ia de uma exclusividade “fabricada”. Entretanto, ficou fora da restrição, quando menos na sua letra, a representação restrita a certas datas de calendário, o que poderá ensejar divergências de opinião quanto à validade de reconhecimento de inexigibilidade nessa hipótese especificamente

⁷ Boletim de Jurisprudência nº 352 do TCU - sessões de 13 e 14 de abril de 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/> Acesso em: 10/07/2022.

⁸ Temas Controversos da Nova Lei de Licitações e Contratos. Coordenadores Matheus Carvalho, Bruno Belém e Ronny Charles – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. “A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. O que muda em relação à inexigibilidade de licitação. Fls. 289/290.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



considerada. Portanto, não poderá o gestor realizar contratações arbitrárias impondo suas preferências. Assim, assevera-se que para a legalidade da contratação fundada nesta hipótese de contratação direta por inexigibilidade devem ser devidamente observados e preenchidos todos os requisitos e formalidades legais.

Imperioso também que a contratação não extrapole os valores de mercado.

3.3. Dos demais requisitos da contratação

Para que se efetive contratação de profissional artista por meio da inexigibilidade, há de se demonstrar de maneira robusta e inequívoca o preenchimento de todos os pressupostos estabelecidos pelo inciso II do artigo 74 de Lei de Licitações c/c as exigências contidas em seu §2º.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM/BA, por meio da Diretoria de Assistência aos Municípios (DAM), publicou recentemente (2023) artigo do projeto nominado Pílulas Temáticas de Conhecimento⁹ sobre a contratação de profissionais do setor artístico e enumerou os requisitos que devem ser observados pelos gestores à regular contratação. Veja-se:

O primeiro requisito é a profissionalização do artista a ser contratado; a redação do inciso II do artigo 74 menciona somente a contratação de “profissional do setor artístico”, silenciando sobre artistas amadores. Nesta esteira, a doutrina tece diversos comentários a respeito dos artistas não-profissionais, de modo que explanamos a seguir alguns entendimentos de grandes autores. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes define o “profissional artista” como aquele “inscrito na Delegacia Regional do Trabalho”, exigindo o mesmo registro para os agenciadores desses profissionais, “constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação”, conforme disciplina a Lei nº 6.533/1978 – que regulamenta as profissões de artista e técnico em espetáculos de diversões. No entanto, o autor ressalta que, após a publicação da Lei nº 13.874/2019 – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica –, a inscrição no órgão oficial competente não deveria mais ser exigida, uma vez que o artigo 3º da mencionada legislação versa da seguinte forma: “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I – desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica ; [...]” (grifos nossos) Já Niebuhr faz uma reflexão a respeito do silêncio do legislador, que acaba ensejando uma interpretação pela contratação por meio de processo licitatório, “o que não faz muito sentido se

⁹ Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2023/04/elaboracao-pilulas-art-74-inciso-ii-lei-14-133-2021.pdf> Acesso em 05/07/2023.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



analisada a questão [...], porque os serviços artísticos, prestados por profissionais ou amadores, são por natureza singulares, cuja comparação é subjetiva". O autor considera que a inexigibilidade se impõe tanto para os artistas amadores, quanto para os profissionais, de forma que a contratação daqueles se basearia no caput do artigo 74, enquanto estes seriam contratados com fundamento no inciso II, quanto à inexistência de proibição, por parte do legislador, da contratação direta de artistas amadores, senão veja-se: "No que concerne ao conceito de 'profissional de qualquer setor artístico', Joel de Menezes Niebuhr, em sua obra "Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2011, assevera que: 'Outrossim, advirta-se que o referido inciso III do artigo 25 não proíbe a contratação de artistas amadores. Ele simplesmente preceitua que a contratação deles não é feita por inexigibilidade, obrando em contradição, já que para os artistas profissionais reconhece a inviabilidade de competição e, por conseguinte, a inexigibilidade. Mas, para admitir tal distinção, a natureza do contrato de artista amador deve ser diversa da natureza do contrato de artista profissional, o que, evidentemente, não é verdadeiro. Num e noutro caso, a escolha do artista depende de critério subjetivo, calcado na criatividade, o que torna inviável a competição e, por efeito, autoriza a inexigibilidade. Ademais, é possível que artista amador seja consagrado pela crítica e pelo público, seja mais renomado do que uma plêiade de artistas profissionais. A arte repousa no espírito, não nos registros da Delegacia do Trabalho." Apesar da obra doutrinária mencionada pela AJU ter sido publicada em 2011, sob a égide da Lei nº 8.666/1993, o dispositivo referente à contratação de profissionais do setor artístico manteve-se similar na Lei nº 14.133/2021, de forma que o posicionamento não se altera. O segundo requisito é a contratação por meio de empresário exclusivo ou diretamente com o artista profissional. Neste sentido, a própria Lei nº 14.133/2021, no §2º do artigo 74, estabelece o conceito de "empresário exclusivo": (...) Assim, é possível que a Administração Pública busque a contratação pessoal do próprio artista profissional ou entre em contato e negocie com empresário exclusivo do profissional do setor artístico, sendo esta a situação mais comum. Neste segundo caso, para que seja celebrada a contratação com o empresário do artista, a legislação exige o atendimento de três condições. A primeira é a existência de "contrato, declaração, carta ou outro documento" que demonstre a permanência e continuidade da relação de exclusividade entre o empresário e o profissional, ou seja, a exclusividade deverá ser comprovadamente não eventual, a fim de diminuir o risco de uma intermediação irregular por parte do dito empresário. A segunda condição é a de que a exclusividade, permanente e contínua, poderá limitar-se ao território nacional – um único empresário exclusivo no Brasil, com quem a Administração Pública contratará – ou a um território estadual específico – o empresário específico do estado em que se localiza o ente público contratante –, nunca a um território municipal ou a um conjunto de municípios. A terceira e última é a de que o documento que demonstre a exclusividade permanente e contínua não se restrinja a um evento ou a um local específico, o que inclui ainda datas específicas, caracterizando a eventualidade irregular da relação entre o empresário e o artista. (...) O último requisito exigido pela Lei nº 14.133/2021 é a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Destaca-se que a consagração é alternativa: o profissional do setor artístico – para ser contratado diretamente por



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



meio do inciso II, do artigo 74 – poderá ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, não sendo obrigatório que apresente as duas aprovações sociais simultaneamente. Niebuhr observa que a consagração não é um critério para a escolha do artista a ser contratado, e sim um prerequisite que possibilita sua escolha, devendo estar plenamente demonstrada nos autos do processo de contratação direta. Sobre a comprovação da consagração, transcreve-se o seguinte trecho de obra de Jacoby Fernandes: “É óbvio que não se pretende que o agente faça juntar centenas de recortes de jornal, por exemplo, sobre o artista, mas que indique sucintamente por que se convenceu do atendimento desse requisito para promover a contratação direta, como citar o número de discos gravados, de obras de arte importantes, referência a dois ou três famosos eventos. No mundo com predominância da divulgação por meios de comunicação à distância e virtual, a comprovação ficou bastante simplificada.” Quanto à contratação de artistas que não possuem consagração pela opinião pública ou pela crítica especializada, a doutrina possui diferentes vertentes, destacando-se neste trabalho os posicionamentos de Joel de Menezes Niebuhr e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Niebuhr considera que, assim como os artistas consagrados, aqueles que não possuem consagração popular ou especializada também prestam seus serviços com estilo pessoal e singular. Nestes casos, é necessário analisar a intenção administrativa da escolha: se a Administração Pública utilizar como critério de escolha a melhor qualidade técnica, deverá realizar um concurso – modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, definida pelo artigo 6º, inciso XXXIX, da Lei nº 14.133/2021 –; se o Poder Público tiver a intenção de contratar objeto artístico que agrada o público e não necessariamente o de melhor qualidade técnica, deverá utilizar a inexigibilidade. Jacoby defende posicionamento aproximado ao de Niebuhr, ainda que não idêntico. De acordo com o doutrinador, “só a fama e a notoriedade do artista permitem a contratação direta”, de forma que artistas não consagrados podem ser contratados apenas por meio de concurso, outra modalidade licitatória ou por dispensa, na forma do artigo 75, inciso II. Seu pensamento difere do de Niebuhr quanto à possibilidade da realização de contratação direta por meio de inexigibilidade, que não é aceita por Jacoby.

Nesse aspecto, tem-se que os pontos mais sensíveis e que geram maior insegurança ao gestor público, são o preço e o significado das expressões “artista consagrado” e “empresário exclusivo”, este último, já bem delimitado pela novel legislação.

O primeiro pressuposto a ser demonstrado é que se trata de um artista profissional. Sobre o tema, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes¹⁰ aduz sobre a necessidade de comprovação de tratar-se de um profissional artista. Veja-se:

A lei refere-se à contratação do profissional artista, excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores; só os profissionais, definidos pelos parâmetros existentes em cada

¹⁰ FERNANDES Jorge Ulysses Jacoby. Contratação Direta sem licitação. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Pág. 615.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



atividade, podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo. (...) O profissional artista, deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão de obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação.

Em outras palavras, não poderá ser contratado qualquer pessoa ou alguém que esporadicamente exerce atividade no campo das artes. O Poder Público não pode contratar um amador.

Assim, tem-se que a Lei exige que a contratação direta se efetive junto a um profissional.

Por sua vez, também deve ser preenchido o requisito de a contratação ser celebrada diretamente com o artista e/ou por meio de empresário exclusivo.

Destaca-se, conforme ensina Marçal Justen Filho¹¹ que “é juridicamente viável a contratação pessoal do próprio artista, sem a intermediação de qualquer outro sujeito. Em tal hipótese, a contratação por inexigibilidade fundar-se-á na exclusiva consideração da inviabilidade de competição por impossibilidade de seleção mediante um critério de julgamento objetivo”.

Importante compreender que este requisito busca proteger o erário público e impedir que intermediadores onerem ainda mais a contratação direta. Nessa linha, o seguinte julgado: “O contrato não firmado diretamente com o artista ou ajustado mediante empresário não exclusivo desatende o dispositivo precipitado, porquanto permite que intermediários tornem a contratação mais onerosa ao erário”. (Acórdão nº 4.714/2018 – 2ª Câmara., Relator Min. Marcos Bemquerer).

No mesmo sentido, o julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA FESTIVAL CULTURAL POR MEIO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25, III, DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A Prefeitura Municipal de Paranapuã firmou o convênio com o Ministério do Turismo objetivando recursos públicos para realizar o "1º Festival Cultural de Paranapuã". Ocorre que a contratação de artistas junto à empresa "M. Sampaio Promoções Artísticas Ltda" foi celebrado mediante Processo de Inexigibilidade de Licitação. 2. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação dos artistas deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente. A figura do empresário exclusivo não se confunde com o mero intermediário na medida em que este detém a exclusividade limitada a apenas determinados dias ou eventos. 3. No caso, os atestados firmados pelos representantes legais dos artistas declaravam que a exclusividade se limitava aos shows do dia 03 ou 04 de maio no 1º

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021/Marçal Justen Filho. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pág. 974.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Festival Cultural de Paranapuã. 4. Assim, não foram preenchidos os requisitos do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 uma vez que a contratação não foi diretamente com os artistas ou através de empresário exclusivo, mas sim por meio de pessoa interposta. 5. Quanto ao periculum in mora, decorre da simples presença do requisito inaugural (fumus boni iuris), já que a jurisprudência do STJ localiza no § 4º do art. 37 da Constituição a base irretorquível dessa providência, tão logo seja visível a verossimilhança das práticas improbas. 6. Agravo de instrumento provido para decretar a indisponibilidade de bens dos agravados. (TRF-3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 485377, Data da Publicação: 02/08/2013)

Destaca-se, especificamente sobre a necessidade/imprescindibilidade de apresentação de contrato de exclusividade entre artista e empresário, acórdão recente do Tribunal de Contas da União (TCU) que asseverou caracterizar grave infração à norma legal, ensejando, ainda que não configurado o dano ao erário, aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas a apresentação de declarações de exclusividade restritas a temporadas, datas ou localidades específicas:

“Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação, a apresentação de atestado de exclusividade restrito ao dia e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, aplicação de multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.” Acórdão TCU nº 1.341/2022 - Segunda Câmara. Rel. Min. Augusto Nardes. Data da sessão: 29/03/2022.

Ademais, segue abaixo alguns trechos de Acórdãos do TCU sobre determinações e irregularidades constatadas na contratação direta de artistas, as quais devem ser evitadas:

Acórdão TCU nº 98/2008 - Plenário

9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:

9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

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

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos; 9.5.2. os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas;

E mais, vejamos:

Acórdão TCU nº 2070/2011 - Plenário

A segunda é o desvirtuamento da regra do art. 25, III, da Lei 8.666/93, pois a inexigibilidade da licitação se aplica à contratação do profissional de qualquer setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo. Como claramente define o Acórdão 96/2008 - Plenário, a exclusividade da data não se confunde com a do empresário que representa o artista. Analisando-se as situações mencionadas pelo Assessor de Controle Interno do MTur, as duas primeiras são, basicamente, similares. Referem-se a casos em que o empresário, que detém a exclusividade do artista, celebrou contrato com terceiro, transferindo a este a posse de uma determinada data de apresentação do artista. Nos planos de trabalho das propostas de convênios foram apresentados: o contrato de exclusividade celebrado entre o artista e o empresário; e o contrato (ou declaração, no segundo caso) de data específica de apresentação entre o empresário e um terceiro. A proposta de preço contida no plano de trabalho se refere à remuneração do terceiro, que detém a data de apresentação coincidente com a da realização do evento.

Como determina o Acórdão 96/2008 - Plenário, somente deve ser aceito como válido para a contratação por inexigibilidade, o contrato de exclusividade entre o artista e seu empresário, registrado em cartório, não prestando o contrato que contém mera exclusividade de data para tal fim. Assim, o contrato e a declaração referentes à data da apresentação, celebrados com terceiros, não devem ser aceitos como elementos de suporte à contratação por inexigibilidade.

Com relação ao terceiro caso, em que o artista e o empresário alegam que o contrato não pode ser apresentado no plano de trabalho por possuir teor sigiloso, tampouco deve ser aceita a contratação por inexigibilidade, à luz do que determina o Acórdão 96/2008 - Plenário. Vale repetir, para a contratação enquadrada na hipótese prevista no art. 25, III, da Lei 8.666/93, deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade do artista com o empresário contratado, registrado em cartório. Além disso, como preconiza o princípio administrativo da legalidade, não há que se admitir a contratação por inexigibilidade, no caso em comento, sem que se ateste a existência dos requisitos estabelecidos em lei.

Assim, não restam dúvidas que a Administração deverá se abster de



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



contratar por empresário exclusivo, quando da documentação apresentada contemplem apenas eventos específicos.

Importante ainda suscitar que as cartas de exclusividade deverão vir precedidas dos documentos dos agentes que outorgaram poderes para tanto, registrada em cartório, em linha sempre a fazer causalidade entre mandante e mandatário, quando for o caso portanto, devendo está nitidamente claro que, quem assina a carta de exclusividade tem poderes pra representar a banda ou o artista, comprovado através de documentos tais como: RG, CPF, procuração, contrato de cessão de exclusividade ou demais documentos, e por fim, não poderão ser específicas para único evento, ou apresentação.

Como ainda, cumpre ao agente público tomar todas as cautelas possíveis para apuração da veracidade dos documentos de exclusividade. Confira-se, a respeito, o teor do Acórdão nº 2.960/2003 – Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, vazado nos seguintes termos:

[...] apresente, quando das contratações por exclusividade, justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor, abstendo-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, bem como que verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa de mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória.

Noutro giro, mas em sentido similar o próprio Tribunal de Contas já Sumulou, vejamos:

TCU. Súmula/TCU nº 255/2010 (DOU de 13.04.2010, S. 1, p. 76) - "Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade".

Dessarte, caberá ao agente público a persecução para atendimento da lei, cabendo-lhe a análise e cumprimento das informações acima debatidas, quando da contratação de artista, diretamente, ou por empresário exclusivo através dos documentos de exclusividade.

De mais a mais, o inciso II do art. 74 da lei nº 14.133/21, consigna ainda como limite a contratação, que, o artista deverá ser aclamação pela crítica especializada ou pela opinião popular, que poderá ser demonstrado no processo, através release dos artistas, com fotos do CD, DVD, cartazes de outros eventos que demonstrem a notória consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Sobre o tema discorre o Professor Jacoby:

"Já foi questionado, em seminário promovido pelo Centro Brasileiro



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



para Formação Política, se o fato notório da consagração pela opinião pública necessita ser demonstrado nos autos. É óbvio que não se pretende que o agente faça juntar centenas de recortes de jornal, por exemplo, sobre o artista mas que indique sucintamente por que se convenceu do atendimento desse requisito para promover a contratação direta, como citar o número de discos gravados, de obras de arte importantes, referência a dois ou três famosos eventos. Não se pode confundir expressões distintas atinentes à mera qualificação profissional, como frequência a convocatório de música, à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Aqui só a fama e notoriedade do artista permitem a contratação direta; os demais que ainda não alcançaram esse grau de reconhecimento podem ser contratados mediante concurso ou outra modalidade de licitação, ou ainda com dispensa, por exemplo na forma do art. 24 da Lei nº8.666/1993.¹²

Contudo, eventualmente o artista poderá ser aclamado apenas pela opinião popular, e não pela crítica especializada, uma vez que o gosto da sociedade em geral é peculiar, e para arrematar o aludido, utilizemos da sapiência do Ilustre Joel de Meneses Niebuhr, vejamos:

(...) Note-se que não é necessário a consagração pela crítica e pelo público: um ou outro já o suficiente. Aliás, o gosto popular para as artes não é tão apurado quanto o da crítica especializada, razão pela qual é usual que artistas altamente reputados sejam desconhecidos do público. Na mesma linha, só que em sentido inverso, há artistas ovacionados pelo público e alvejados por impropérios por parte da crítica.

Importa sublinhar que a consagração não é critério para escolher o artista a ser contratado, porém pré-requisito. Todos os consagrados podem ser contratados, o que não leva a dizer que o mais consagrado é quem deva ser contratado. O interesse público não depende exclusivamente da consagração; por oposto, deve dispensar atenção especial àquilo que não é tão consagrado, especialmente aos olhos do público, para lhes alargar a culta e o próprio conhecimento artístico, refutando a linha homogênea imposta pela mídia.

Para o inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, de um modo ou de outro, a consagração do artista é condição para sua contratação direta. Pouco importam suas qualidades, o seu refinamento técnico, mas quanto ele é conhecido. E, seguindo essa exegese, o artista consagrado é mais do que conhecido. É aquele cuja reputação já se sedimentou, o que veda a contratação de novos valores artísticos, que, mesmo de certa forma conhecidos, às vezes muito conhecidos, não são verdadeiramente consagrados.¹³

Portanto, a consagração do artista pela crítica popular é suficiente, porém qual a amplitude de tal consagração? Sobre a matéria, Jacoby instrui de forma a sanar tal inquietude:

¹² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. P. 641/642.

¹³ NIEBUHR, 2015. p.190-191.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



O tema tem alguma relação com a amplitude da notoriedade, referida no estudo do inciso anterior, mas, no presente caso, só foi enfrentado por Diógenes Gasparini, Carlos Motta e Mariense Escobar, que aludem à conveniência de aceitar a notoriedade local, regional ou nacional, se o contrato estiver dentro do limite do convite, no âmbito do limite da comada de preços, ou dentro do limite concorrência, respectivamente.

Assim, como exposto anteriormente, parece que a amplitude geográfica da consagração não deve levar em conta propriamente a modalidade da licitação, mas o universo dos possíveis licitantes, estabelecido a partir do âmbito alcançado com a divulgação do ato convocatório, nos termos do art. 21 da Lei nº 8666/93. Neste sentido, para convite, que só precisa ser afixado no local da licitação, a consagração pode restringe-se ao âmbito local, da cidade ou município licitante; no caso de editais que são publicados apenas em jornal local ou Diário Oficial do Estado, a consagração pode ser Regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional, este será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração pela crítica especializada ou opinião pública.¹⁴

Desta forma, resta claro que a Doutrina entende existirem regionalização da consagração, de maneira que o artista consagrado aqui, não possa ser consagrado ali, e que esta amplitude está ligada ao valor contratual.

3.4. Das demais especialidades:

3.4.1. Da necessidade da justificativa de preço:

Noutro giro, quanto ao valor da contratação, há de se destacar a peculiaridade de cada artista, o qual não pode ser comparado a outro, de maneira que até o local, a data, e demais condições são levadas em conta pelo artista na hora de pactuar o seu valor, o que torna bastante difícil quantificar o valor do show artístico, tal qual fosse, algo objetivo com um valor único de um cachê, sendo este, o entendimento das cortes fiscalizadoras, assim, tem-se admitido a comparação de eventos de porte igualitário, e em mesmas regiões como parâmetros de valores nas referidas contratações, note-se:

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." (Orientação Normativa/ AGU nº 17, de 01 de abril de 2009, alterada pela Portaria AGU Nº 572, de 13.12.2011).

Como também entende o Tribunal de contas da União, pois:

9.1.2. nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, faça constar nos autos as necessárias justificativas da despesa, atendendo a

¹⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. P. 643-644.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



exigência constante no artigo 26, caput, da Lei 8.666/1993;
9.1.3. 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 contrata 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 8.666/1993; (Acórdão nº 819/2005 - Plenário - TCU).

Arrematando ao que foi dito, a administração deve proceder pesquisa de preços sobre a contratação do mesmo artista em datas similares e eventos de porte semelhantes ao do evento a ser pactuado, de modo a deixar, claro e justificado que os valores a serem contratados, são realmente compatíveis com os valores praticados no mercado; o órgão demandante apresentou a declaração de que o preço ajustado é o preço que é o praticado no mercado, nos moldes do art. 26 da Lei nº 8.666/93, sendo este ônus de inteira responsabilidade do órgão demandante.

4. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que concerne à formalização do instrumento jurídico contratual, deve ser analisado se o valor da contratação não extrapola os limites da dispensa de licitação em razão do valor ou se o prazo de execução/duração é de até 30 dias, de maneira a se admitir a utilização de outros instrumentos hábeis para a formação do contrato.

Veja-se:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como cartacontrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço: I - dispensa de licitação em razão de valor; II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor. § 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei. § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Embora o inciso II do dispositivo supracitado se refira apenas à compra de bens, a doutrina indica que o texto legal admite interpretação ampliada, com a possibilidade de substituição do instrumento de contrato por outros instrumentos hábeis também nas hipóteses de contratação de serviços de execução imediata. Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento de Ronny Charles Lopes de Torres:



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



94.1 HIPÓTESES DE FACULTATIVIDADE DE USO DO INSTRUMENTO E INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA Como já dito, segundo o texto legal, a regra é adotar-se o instrumento contratual tradicional, excetuadas, apenas, as hipóteses de dispensa de licitação em razão de valor e as compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras (independentemente de seu valor). Com a devida venia, o texto parece não compreender o que é um contrato. A facultatividade de uso do instrumento contratual precisa ser compreendida em uma perspectiva mais funcional do que formal. A função do instrumento contratual é regular obrigações, alocar riscos e criar incentivos para facilitar as trocas (contratações). Em trocas (contratações) simples, o instrumento contratual não se justifica, pois sua exigência, per se, já amplia custos transacionais que podem superar os benefícios da contratação. Por isso, não exigimos um instrumento contratual, confeccionado por especialista, repleto de cláusulas e comprometido pelas partes, para comprar um refrigerante em uma lanchonete, mas dificilmente aceitaríamos comprar um imóvel a um estranho, sem instrumento desta espécie. Atualmente, adquirimos diversos serviços, sem exigir instrumento contratual, pois diante da padronização e dos baixos riscos envolvidos, os custos transacionais de instrumentalização da contratação através de um instrumento tradicional (contrato assinado pelas partes) simplesmente foram expurgados da praxe dessas contratações. Assim também ocorre em diversas contratações pela internet, assim ocorre em pequenas prestações. Nesta feita, as hipóteses de facultatividade no uso do instrumento devem ser interpretadas de forma ampliativa, admitindo não apenas para compras que não resultem obrigações futuras, como também para serviços com características similares. Outrossim, é possível que as execuções decorrentes do procedimento auxiliar credenciamento, quando compatíveis com essas hipóteses, sejam prestadas mesmo sem elaboração de um instrumento contratual para cada execução, conforme, inclusive, já foi suscitado pela Advocacia Geral da União, no Parecer 003/2017/CNU/CGU/AGU, ainda sob a égide da Lei no 8.666/93, ao se ponderar que as contratações, neste auxiliar, poderiam, em tese, ocorrer autonomamente a cada demanda pela seguindo a regra própria e, quando pertinente, adotando instrumentos aptos à substituição do contrato.

Percebe-se que a interpretação ampliativa proposta pelo citado autor está fundamentada na ideia de que a exigência de instrumento tradicional de contrato deve ocorrer apenas nas situações em que a complexidade do objeto e os riscos envolvidos na contratação assim recomendarem. Isso porque nas contratações simples, assim entendidas aquelas de baixo risco e complexidade, os custos adicionais com a formalização de instrumento contratual, geralmente, superam os benefícios a serem alcançados.

Ademais, em relação aos riscos da contratação, estes podem ser mitigados com a inserção de medidas preventivas e corretivas no próprio termo de referência da contratação, que deverá ser encaminhado ao futuro contratado para ciência e concordância.

Assim sendo, acaso não se enquadre na hipótese acima delimitada,



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



deverá ser a contratualização ser formalizada mediante instrumento jurídico contratual.

Atente-se, por fim, para a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura, no prazo de 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação e 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

5. DAS RECOMENDAÇÕES AO CUMPRIMENTO DE INTERESSE PÚBLICO E EQUILÍBRIO DAS CONTAS PÚBLICAS

O Tribunal de Contas de Alagoas, por ter identificado uma “grande incidência de irregularidades no tocante ao cumprimento da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), nas contratações de bandas, grupos musicais, profissionais ou empresas do setor artístico pelos órgãos e entidades municipais”, tem expedido recomendações para formalização da contratação de artistas para os festejos locais.

De acordo com a Corte de Contas, a realização de eventos custeados com recursos públicos somente é justificável nas hipóteses de tradição municipal, de efetivo incremento de receitas decorrentes de atividade turística ou em razão de interesse público relevante.

Neste sentido, a realização de eventos com a participação de artistas deve observar, sobretudo, os princípios da Administração Pública, as normas constitucionais e legais, evitando excesso de gastos com contratações e assegurando o equilíbrio das contas públicas do Município.

No que se refere à contratação de artistas por inexigibilidade, esta só poderá ser realizada para artistas consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública, cuja comprovação deverá se dar através de documento que justifique a inviabilidade da competição, como recortes de matérias jornalísticas e da crítica especializada, indicando que se trata de artista consagrado pela opinião pública local, regional ou nacional.

Para a contratação de profissional, banda ou grupo musical, faz-se necessária a apresentação de documento, registrado em cartório, que demonstre a exclusividade da representação do artista a ser contratado por empresário, que não deve se restringir aos dias e localidades correspondentes à apresentação do artista.

Este documento poderá consistir em carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha poderes para representar a banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, o que poderá ser auferido através de indicação em contrato social ou estatuto registrados nos órgãos competentes; há, nos autos, a declaração de representatividade.

6. DA HABILITAÇÃO JURÍDICA E FISCAL

Referente à pessoa, física ou jurídica, a ser contratada, deve a Administração se certificar de que a futura contratada possui a necessária aptidão



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



jurídica para a ser contratada, nos termos da lei.

A verificação quanto à possibilidade jurídica de se contratar determinada pessoa é realizada por meio de aferição quanto aos requisitos de habilitação dispostos em lei. Nesse sentido, no que tange aos processos de contratação direta, a Lei nº 14.133/2021 assim dispõe:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

[...]

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;(grifei)

O art. 62 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, esclarece o conceito de habilitação:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira.

Nesse ponto, registre-se, por relevante, que a habilitação jurídica deve ser limitada à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando for o caso, de autorização para o exercício da atividade que se pretende dela contratar.

Nessa toada, importante destacar que, via de regra, a atividade artística não poderá ser objeto de licenciamento ou exigência de atos públicos de liberação, por força do que dispõe a Resolução nº 51/2019 do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, que inclui a as atividades artísticas (produção musical, produção teatral, agenciamento de artistas etc) como de baixo risco, a dispensar quaisquer atos públicos para liberação da atividade econômica, nos termos do art. 3º, inc I, da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

Lado outro, imprescindível, em regra, a comprovação da regularidade fiscal, social e trabalhista da contratada, nos termos do art. 68 da Lei nº 14.133/2021. Vejamos:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



- III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
- V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;
- VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Acerca dos requisitos de habilitação (inciso V), parece não haver maiores dificuldades. São aqueles exigidos de todo aquele que opta por participar de uma licitação/contratação pública e que se encontram previstos nos arts. 62 e ss. da Lei nº 14.133/2021 e encontram-se juntados ao processo em questão.

Ainda quanto aos requisitos de habilitação, deve-se atentar, também, para o requisito negativo que consta no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa):

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (grifei).

Sob tal influxo, deve ser complementada a documentação com a juntada da certidão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ dando conta quanto à ausência de condenações por improbidade administrativa da pretensa pessoa contratada, conforme determina o art. 12 da Lei nº 8.429/1992.



ESTADO DE ALAGOAS
PREFEITURA MUNICIPAL DE MARAGOGI
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



7. DA CONCLUSÃO

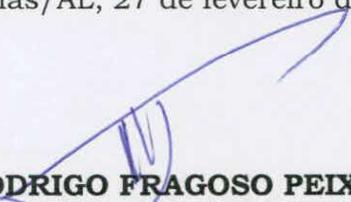
Por fim, observa-se que o presente exame jurídico considera tão somente os elementos constantes nos autos do processo administrativo sob análise, ou seja, se têm natureza essencialmente jurídica, sem adentrar na conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos.

Deste modo, desde que cumpridas as exigências do art. 72 e 74, II da Lei 14.133/21 e as condicionantes neste parecer, opinamos favoravelmente quanto à legalidade do pleito.

Este parecer contém 22 (vinte e duas) laudas, todas rubricadas pelo procurador signatário.

É o parecer. S.M.J.

Messias/AL, 27 de fevereiro de 2024.


RODRIGO FRAGOSO PEIXOTO
Procurador Geral do Município
OAB/AL 8820