



PREFEITURA DA CIDADE DA VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Palácio José Joaquim da Silva Filho

PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 058/2024

INEXIGIBILIDADE N° 025/2024

SÃO JOÃO DIA 14/06/2024

Contratação da artista Jacy Tornado e a Banda Kebrança para compor programação dos festejos juninos do município, na Vitória do Pé de Serra com apresentação no dia 14/06/2024, na Regional Administrativa das tabocas "Cacimbas", na cidade da Vitória do Pé de Serra, a ser executada pela Secretaria de Cultura, Turismo Economia Criativa, de forma a atender o Inciso II do art. 74 da Lei n° 14.133/2021.

1

1. SÍNTESE

Versa este parecer jurídico sobre a eventual possibilidade de contratação direta, através de inexigibilidade de licitação, do(s) artista(s) ou banda(s) especificado(s) acima, de acordo com o que preceitua a Lei n° 14.133/2021.

2. DA INEXIGIBILIDADE

A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, prevê que *"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"*.

Percebe-se, pois, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório.

Ocorre que a redação do próprio inciso transmite a possibilidade de, em determinadas situações, haver exceções à obrigatoriedade de licitar, o que caberia à legislação infraconstitucional dispor, quando da regulamentação do dispositivo constitucional, como de fato foi feito, através da Lei n° 14.133/2021.

A supramencionada lei prevê a possibilidade da contratação direta, que pode ocorrer em diversos casos. Sobre o tema em destaque, ela prevê o seguinte:

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;

O dispositivo é claro sobre ser inexigível a licitação para contratação profissional do setor artístico, seja diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O § 2º ainda acrescenta que *"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*



PREFEITURA DA CIDADE DA VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Palácio José Joaquim da Silva Filho

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”.

2

Durante a vigência da Lei nº 8.666/93, o TCU e o TCE/PE concebiam que esse “contrato de exclusividade” deveria ser registrado em cartório, sob pena de inexigibilidade ser considerada ilegítima. Vejamos um exemplo:

“[...] este Tribunal já expediu idêntico comando, por meio do Acórdão no 3826/2013 - 1ª Câmara, para que o Ministério do Turismo “instaure processo de Tomada de Contas Especial, quando no exame da prestação de contas forem constatadas as mesmas irregularidades aqui referidas, especialmente a seguinte, sujeita a glosa: contratação de bandas de música, por meio de inexigibilidade de licitação, sob o fundamento da exclusividade de representação, com base na apresentação de “cartas” e de “declarações” que supostamente atestariam a dita exclusividade, mas na verdade não se prestam para tanto, o que só pode ser feito por meio de contrato firmado entre artistas e empresários, devendo ainda constar registro em cartório, além de regular publicação, conforme as disposições contidas no termo de convênio, no item 9.5 do Acórdão no 96/2008-TCU Plenário e nos arts. 25, inciso III, e 26, todos da Lei 8.666/93.”

A despeito de a revogada lei nº 8.666/93 não ter exigido isso, e, sobretudo, com o advento da nova legislação sobre a matéria, que condensou os principais entendimentos dos Tribunais de Contas espalhados pelo país, isso não foi expressamente estabelecido.

A lei não satisfaz a dúvida se o contrato registrado em cartório deve ser exigido ou não. Não obstante, é interessante que seja, ou, ao menos, que se certifique que a exclusividade é, de fato, verdadeira.

Sobre a crítica especializada ou opinião pública, a doutrina tem concebido que ela pode ser local, regional ou nacional. Qualquer que seja o alcance, a contratação por inexigibilidade é cabível.

Entretanto as expressões “crítica especializada” e “opinião pública” são conceitos indeterminados e subjetivos, o que certamente provoca controvérsias ainda maiores na análise de cada caso concreto. Sobre o tema assim pontuou o professor Guilherme Carvalho, em recente artigo doutrinário:

“... face à dimensão territorial do país, a diversidade cultural é espaçosa e dilatada, não sendo incomum um profissional do setor artístico ser, por exemplo, consagrado no Nordeste e, ao mesmo tempo, completamente desconhecido no Sul do Brasil. Tratam-se de culturas, gostos, peculiaridades e idiossincrasias próprios de cada região.(...) (...) Atualmente, a questão ainda é mais embaraçada, em decorrência, principalmente, dos avanços e dispersão artísticos proporcionados pelas redes sociais.”

À par disso, e considerando as novas formas de consumo de conteúdo trazidas pela revolução tecnológica atualmente vivenciada, o gestor público também pode se valer do número de visualizações, downloads, seguidores nas redes sociais, fãs-clubes ou



PREFEITURA DA CIDADE DA VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Palácio José Joaquim da Silva Filho

qualquer outra forma identificável de consumo de músicas para evidenciar a consagração do artista.

O currículo (ou portfólio) do artista pode igualmente contribuir para demonstrar o requisito, mediante a averiguação do histórico de trabalho e da regularidade de shows e apresentações por ele feitas ao longo da carreira, sobretudo nos últimos anos.

3

No entanto, como bem alerta o TJDF, este não pode ser o único critério a ser observado pela Administração Pública:

[...] 1. No caso em análise, trata-se de contratação de profissionais do setor artístico, viabilizada em procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, III, da Lei 8.666/93. 1.1. A contratação direta de profissional do setor artístico somente pode ser firmada se for inviável a competição, não sendo possível estabelecer critérios objetivos de julgamento, pressuposto jurídico da licitação, quando se tratar de profissional consagrado pela opinião pública ou crítica especializada, firmando-se o ajuste com o próprio artista ou seu empresário exclusivo. [...] 2.1. Não houve a escolha dos artistas pela Administração nem apresentação de justificativa prévia com as razões dessa escolha, fundadas na consagração pública ou pela crítica especializada dos artistas, porquanto a pretensão já posta no Projeto Básico destina-se, desde o início, à contratação de empresa que seria responsável pela realização do evento artístico musical. [...] 7. Quanto à consagração pública ou pela crítica especializada dos artistas contratados, ainda que estivesse atendido esse requisito, como tenderiam a demonstrar os outros trabalhos apresentados nos autos, mormente em relação às bandas The Fingers e Safira, deve-se sopesar que a simples qualificação de artista, com a comprovação de trabalhos anteriormente realizados, não torna consagrado o trabalho artístico. (TJ-DF 07088412420178070018 DF 0708841-24.2017.8.07.0018, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 11/09/2019, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 24/09/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Quanto ao grau da consagração, a omissão e a incerteza permanecem na nova Lei de Licitações, razão pela qual parcela da doutrina ainda defende a possibilidade da contratação de artistas com popularidade restrita ao estado. De outro lado, deve o gestor público tomar o cuidado de demonstrar o vínculo (ou a pertinência) da obra artística com a cultura da população, tal como recomendou o TCDF na Decisão nº 1.764/2017.

Elucidando a forma como isso pode ser feito na prática pela Administração Pública, cita-se julgado do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que embora exarado na vigência da Lei n. 8.666/93, traz fundamentos que permanecem plenamente aplicáveis à nova Lei n. 14.133/2021:

“A recorrente enfrenta a penalidade imposta alegando em suas razões de recurso o que segue: Tendo em vista que o objetivo social visado pela administração ao promover anualmente o “festival da canção”, é a difusão da cultura regionalista gaúcha, portanto, a consagração do grupo musical Marca de Galpão se comprova pela maior procura deste na região de Curitiba, em razão da conservação da tradição gaúcha que aqui predomina, e por ter o Grupo Marca de Galpão, características especiais que o diferenciam de outros grupos musicais qual seja o de composição de músicas regionalistas. Assim, tendo o grupo musical Marca de Galpão, o compromisso de difusão da cultura gaúcha eis que oferece ao público elementos de universo tradicionalista sendo por este motivo o mais procurado e de maior público em seus Shows pela peculiaridade cultural da região. [...]”



PREFEITURA DA CIDADE DA VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Palácio José Joaquim da Silva Filho

Diga-se ainda, que é crível a manifestação feita pela recorrente de que o grupo musical em questão é consagrado pela crítica regional e de ótima aceitação pública, não tendo sido desconstituída pela instrução tal alegação. [...] À luz destas circunstâncias entende-se que a contratação por inexigibilidade de licitação do grupo musical, para participar do Festival da Canção, que dentre os objetivos busca a difusão da cultura gaúcha de larga aceitação na região, não descumpra o disposto no artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/93."

4

Conclui-se, assim, que a prova de consagração pela crítica ou opinião pública poderá ser feita mediante apresentação de documentos (recortes de jornais, revistas, certificados relativos a prêmios, exposições, apresentações, etc.) que concedam prestígio ao artista, independentemente do âmbito (nacional ou regional), e ainda que o consenso seja, em certa medida, relativo.

Havendo mais de um artista consagrado pela crítica especializada ou opinião pública, não há como determinar uma ou outra conduta à Administração Pública, pois não há como afirmar que uma obra artística é melhor do que a outra.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) reconhece que "a arte não é ciência que objetivamente segue métodos, mas é criatividade expressa na subjetividade do artista. Assim, mesmo havendo outros artistas capazes e habilitados para a realização de eventos da mesma natureza, pode-se ter inexigibilidade de licitação em razão da singularidade da expressão artística". Sendo assim, o gestor público deverá agir com prudência e razoabilidade na contratação, escolhendo - sempre que possível - o profissional que seja capaz de melhor atender a necessidade pública e por um menor custo ao erário.

Sobre as formalidades e a instrução processual, a Lei nº 14.133/2021 prevê:

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:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no [art. 23 desta Lei](#);

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

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

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Ademais disso, a contratação encontra-se condicionada à comprovação do preenchimento dos requisitos de habilitação estabelecidos também pela legislação de regência, naquilo que for cabível, naturalmente, como:



PREFEITURA DA CIDADE DA VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Palácio José Joaquim da Silva Filho

- cópia do CPF, se pessoa física;
- contrato social e CNPJ, se pessoa jurídica;
- contrato de exclusividade (registrado em cartório);
- declaração que não emprega menor;
- comprovação de regularidade fiscal (o que envolve a regularidade para com as fazendas Federal, Estadual e Municipal, CNDT e certidão de regularidade com o FGTS);
- demonstração de que o preço encontra-se na média do mercado.

5

A esse respeito, primordial sejam juntadas notas fiscais de outras apresentações realizadas e a comprovação dos preços registrada no TOME CONTA, levando-se em conta também o período da apresentação e datas comemorativas.

Os documentos emitidos pela internet deverão ter sua validade certificada através de diligência nesse sentido, enquanto aqueles apresentados em cópia deverão ser autenticados, seja por tabelião ou membros da Coordenação.

Os autos evidenciam que esta inexigibilidade de licitação respeitou as regras e as diretrizes fixadas em lei e mencionadas acima, de modo que, do ponto de vista jurídico-formal, a contratação é legal.

No tocante ao termo contratual, deve ser observado o art. 92 da Lei nº 14.133/2021 e seus parágrafos, naquilo que for cabível.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo deste parecer jurídico é meramente opinativo, não vinculando¹ a Administração, que poderá agir diferentemente, baseado em suas próprias razões.

Vitória de Santo Antão, 06 de junho de 2024.


TIAGO DE LIMA SIMÕES
OAB/PE nº 33.868

¹ "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 06/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 31-10-2003).

