



PARECER JURÍDICO

Processo administrativo nº 003148/2024

Órgão interessado: Secretaria Municipal de Desporto, Cultura e Turismo

Excelentíssimo Senhor Prefeito,

Vem a esta Procuradoria, para ser submetido ao crivo jurídico, o processo referenciado pelo qual a Secretaria Municipal de Desporto, Cultura e Turismo solicita a contratação do show artístico da atração regional, da **DUPLA SERTANEJA FELIPE & RODRIGO**, no dia **12** de outubro de 2024, no valor **R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)**, com duração média de **01h 20min (uma hora e vinte minutos)**, para nas festividades da 46ª Concentração Comunitária, Festa dos Itaranenses Ausentes e Feira do Agroturismo, na localidade do Estádio Municipal “Domingos André Coan”, município de Itarana/ES.

O processo segue instruído, dentre outros, dos seguintes documentos: Estudo Técnico Preliminar; Documento de Formalização de Demanda; Termo de Referência; Proposta enviada pela banda; Contrato de Exclusividade; Documentos atinentes às regularidades fiscais da banda; Notas Fiscais referentes a contratos formalizados com outras pessoas jurídicas; Material publicitário do cantor; Análise Técnica da Comissão de Planejamento de Contratações; Dotação orçamentária; Minuta contratual.

É o relatório. Passo a opinar.

Inicialmente, cumpre registrar que o presente parecer tomou por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo. Com efeito, não compete a este órgão de assessoramento jurídico prestar consulta sob outro aspecto que não o da legalidade dos atos, não lhe competindo adentra na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Secretaria, nem sobre os aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme art. 53, §4º, da Lei nº 14.133/2021. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva.



Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações, uma vez que as questões técnicas fogem das atribuições deste órgão de consultoria, sendo afetos aos setores competentes da Administração.

Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva, que assim dispõe:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento. (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

Feitas as ressalvas, passa-se à análise estritamente jurídica do presente processo. A necessidade de uma análise pormenorizada é vital para garantir que as contratações estejam em conformidade com as novas diretrizes e que respeitem os princípios da legalidade, eficiência e economicidade.

Portanto, a prudência e a diligência dos gestores neste momento de transição são essenciais para assegurar a lisura e a efetividade dos processos de contratação, contribuindo para uma gestão pública mais transparente e responsável.

No caso em questão, trata-se de uma solicitação de contratação de artista para atender às festividades da 46ª Concentração Comunitária, Festa dos Itaranenses Ausentes e Feira do Agroturismo, política de Itarana.

Verifico que a SEDECULT apresentou o Estudo Técnico Preliminar (ETP), seguindo todos os requisitos legais previstos na Lei 14.133/21. Além disso, apresentou o Termo de Referência justificando a presente contratação com fundamento no art. 74, inc. II da Lei Federal nº 14.133/2021, no qual se prevê a inexigibilidade de licitação para contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

DO ARCABOUÇO LEGAL

É cediço que a obrigação das contratações públicas se subordina ao regime das licitações e possui raiz constitucional, como preconizado no inciso XXI do art. 37 da Carta Magna. A matéria foi regulamentada pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos Lei nº 14.133/2021, que excepcionou a regra da licitação em duas espécies de procedimentos: a) dispensa de licitação (art. 75); e b) inexigibilidade de licitação (art.74).



Conforme dispõe o artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição nos casos de contratação de profissional de setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, *in verbis*:

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;

De plano, verifica-se que a nova legislação ainda não tornou mais objetivos e precisos os requisitos necessários à comprovação desta hipótese de inexigibilidade, uma vez que pouco modificou na descrição deste tipo de contratação direta, em comparação com a anterior redação, encontrada na Lei nº 8.666/1993.

Entretanto, a nova lei incorporou a jurisprudência, já firmada, especialmente no âmbito dos Tribunais de Contas, acerca do significado da expressão “empresário exclusivo”.

Nesse intento, o parágrafo 2º do referido art. 74 assim dispõe:

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.

Analisando o dispositivo legal citado no início deste item (artigo 74, II, da Lei nº 14.133/2021) constam os seguintes requisitos e condicionantes para tal contratação direta, de caráter cumulativo, a realização de contratação diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo e a demonstração de consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública.

Em relação ao primeiro requisito, vê-se que a hipótese de inexigibilidade em questão exige que a contratação seja feita diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo.

Nesta senda, o artigo 74, § 2º, positiva que a exclusividade do empresário (pessoa física ou jurídica) deve ser comprovada por meio de “*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*”.

Tratando-se de negócio jurídico de agenciamento e/ou representação firmado pelo artista com terceiro, o primeiro documento que deve ser providenciado é o contrato, declaração, carta ou outro documento idôneo, registrado em cartório para esse fim. Através destes documentos a administração tomará conhecimento acerca da remuneração cobrada pelo empresário, se ele é exclusivo do artista e se atua em seu âmbito territorial, bem como se o contrato é vigente.



No que diz respeito à segunda parte do raciocínio, nota-se a presença da conjunção “ou” no inciso II do artigo 74, que demonstra a desnecessidade da presença de ambas as formas de consagração do artista, bastando apenas uma (consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública).

Por relevante ao caso, destaca-se a sempre pertinente doutrina de Marçal Justen Filho:

“(...) deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte.”

A crítica especializada é evidenciada por meio da manifestação de autores ou veículos renomados sobre o produto artístico que se pretende contratar via inexigibilidade de licitação.

Essa manifestação, por óbvio, não consiste apenas na menção a apresentações, pois crítico é aquele que escreve ou comenta arte, analisando seus vários parâmetros de qualidade. O que a doutrina expressa, com inteira dose de acerto, é que a inviabilidade de competição, em casos tais, também ocorre quando se mostra impossível ou inviável a seleção das diversas alternativas postas, em razão da inexistência de um critério objetivo de seleção.

Com efeito, não seria plausível o legislador impor a obrigatoriedade de licitação em situações nas quais a escolha é pautada em critérios de difícil mensuração objetiva, como aceitação e reconhecimento junto ao público. Em assim sendo, por se tratar de serviço natureza artística, cuja principal característica é a natureza personalíssima do serviço prestado e a ausência de parâmetros objetivos para julgamento, mostra-se inviável a realização de licitação.

Com relação ao requisito consagração junto à “crítica especializada” ou pela “opinião pública”, pontuamos cuidar de conceitos jurídicos indeterminados, ou, no uso da consagrada expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello Neto, “expressões jurídicas fluídas”.

Com efeito, a doutrina ainda vacila quanto à precisão conceitual dos termos “crítica especializada” e “opinião pública”, certo de que diversas variantes confluem para a extensão dos termos aqui empregados, como o estilo musical, o público-alvo, modismo, a cultura local e regional.

Não há exigência na lei de que a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública seja caracterizada pelo reconhecimento nacional. Devemos lembrar que, em um país multicultural como o nosso, um artista, mesmo sem ser consagrado pela crítica nacional, pode o ser na região ou local em que costumeiramente se apresenta.

A forma de se comprovar esse reconhecimento nacional, regional ou local advém da juntada aos autos de inexigibilidade de licitação de matérias jornalísticas, material publicitário, vídeos ou a aprovação do artista pela Comissão de Festa constituída para essa finalidade.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA GERAL

Conforme disposto no Termo de Referência, a atração **DUPLA SERTANEJA FELIPE & RODRIGO** possui notoriedade, atuação, capacidade de atrair público, impressionar e sensibilizar quem assiste, sendo certo que a, possui. Aliás, com consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Portanto, com base em sua trajetória, versatilidade musical, talento da dupla e capacidade de envolver o público, não há dúvida de que a referida dupla é amplamente consagrada pelo público, na medida em que, conforme documentação disponível nos autos, a dupla já possui histórico de apresentações em outros municípios.

Ademais, é notável que, no presente caso, toda a contratação está embasada no Estudo Técnico Preliminar e no Termo de Referência, tudo devidamente documentado.

Quanto à justificativa de preços, deve a Administração verificar se o cachê cobrado pelo artista possui compatibilidade com a contrapartida requerida pelo artista em outras apresentações, seja para a iniciativa privada, seja para outros órgãos/entidades da Administração Pública, motivo pelo qual tal consulta poderá incluir tanto o preço cobrado em eventos particulares como em eventos custeados por verba pública. Assim, os documentos juntados indicam que os preços estão de acordo com os praticados no mercado pelo artista.

Dispõe o art. 72 da nova Lei de Licitações que o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os documentos a seguir:

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.

O inciso I cita o *“documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo”*.

Extrai-se da instrução que toda a documentação fora juntada corretamente aos autos. Em relação à disponibilidade orçamentária, consta dotação orçamentária atestando a existência de recursos para fazer frente à despesa.



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.

É importante ressaltar que, em geral, a atividade artística não requer licenças ou aprovações de órgãos públicos. Isso se deve à Resolução nº 51/2019 do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), que classifica atividades artísticas, como produção musical, produção teatral e agenciamento de artistas, como de baixo risco.

Consequentemente, essas atividades artísticas não precisam passar por processos públicos para serem autorizadas, conforme estabelece o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica.

Em resumo, o objetivo é simplificar o início e a operação de negócios relacionados à arte, eliminando barreiras burocráticas que poderiam dificultar ou atrasar sua realização. 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; 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 se encontram juntados ao processo.

DA MINUTA CONTRATUAL



Por fim, quanto à minuta contratual, entendo que atende às exigências legais. Contudo, o ideal seria que a minuta fosse mais individualizada. Explico.

No item 1.2 da minuta, por exemplo, consta que “A descrição, condições, data, hora, duração do show, quantidades e demais exigências estão descritas no Termo de Referência, Anexo I deste Instrumento”. Além disso, o item 6.1 prevê que “O prazo para pagamento a CONTRATADA e demais condições a ele referentes encontram-se definidos no do Termo de Referência, Anexo I deste Instrumento contratual”. Ademais, o item, 8.1 dispõe que “As obrigações da CONTRATANTE e CONTRATADA encontram-se definidas do Termo de Referência, Anexo I deste Instrumento contratual”.

Ou seja, são cláusulas genéricas, apesar de citar que o conteúdo a que se refere consta no Termo de Referência. O instrumento contratual, no cenário ideal, deve ser o mais claro e transparente possível.

Reitero que não encontro óbice legal para a aprovação da minuta, considerando que o conteúdo citado se encontra expresso no Termo de Referência. Contudo, entendo que trazer maior clareza e objetividade nas próximas minutas atenderia ainda mais o interesse público.

No presente momento, a minuta possui elementos essenciais para formalização de modo a atender os ditames legais. Assim, constatada alguma inconsistência na minuta ou no termo de referência, isto não macula o procedimento, uma vez que o arcabouço presente nos autos, ratificam a lisura do procedimento. Até porque, norteador pelo art. 73 da Lei 14133/2021, só será penalizado erro grosseiro, o que está totalmente afastado no caso em tela:

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Caso se opte em tornar a minuta mais clara e objetiva, sugiro que haja previsão expressa nos itens sobre o teor referenciado ao Termo de Referência. Salvo melhor juízo, entendo que não seja necessário, mas traria interpretação ainda mais objetiva ao texto contratual.

DIANTE DO EXPOSTO, considerando a justificativa apresentada pela Secretaria Municipal interessada, bem como a natureza do objeto a ser contratado pela via direta e o atendimento ao que dispõe a legislação que rege a matéria, **OPINA-SE PELA VIABILIDADE JURÍDICA DA INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO PRETENDIDA, com fulcro no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021**, sob a condição de serem atualizadas eventuais certidões negativas vencidas.

Quanto a divulgação publicitária, sugiro que seja obedecida a regra prevista no art. 72, parágrafo único da Lei 14.133/2021.

Faço aqui um registro da maior importância. Qualquer vício constatado pelo setor de contratos deverá ser regularizado diretamente com a SEDECULT.



Ademais, oriento que a divulgação do banner da festa, contendo a lista e o cronograma das atrações, seja feita somente após a formalização de todos os contratos de bandas e artistas. Esta medida visa garantir maior segurança e transparência ao processo de contratação de shows, considerando que imprevistos podem ocorrer durante as negociações e fechamento dos contratos. Ao adotar essa prática, evita-se situações imprevisíveis de eventual alteração ou cancelamento da programação divulgada, o que poderia causar desconforto tanto para os artistas quanto para o público.

Caso a Administração Municipal tenha o desejo de divulgar o banner da festa com antecedência, sugiro que os contratos com as bandas e cantores sejam formalizados previamente, garantindo que todas as atrações estejam confirmadas antes da divulgação. Dessa forma, assegura-se uma programação sólida e consistente, contribuindo para o sucesso e prestígio dos eventos realizados em nosso município.

Além disso, essa prática demonstra comprometimento e responsabilidade por parte da gestão municipal, transmitindo uma imagem de seriedade e organização para a população e para os envolvidos no evento. Dessa forma, reforço a importância de adotar essa medida em futuras edições de festas e eventos.

Por fim, gostaria de expressar meus sinceros elogios à Administração Pública e a todos os setores envolvidos na elaboração e tramitação da presente demanda. É com satisfação que observamos o zelo e a competência com que esta demanda foi conduzida. Sabemos que a adequação a uma nova legislação, como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), é extremamente desafiadora e demanda esforço e dedicação por parte de todos os envolvidos.

É digno de reconhecimento o empenho demonstrado pela Secretaria Municipal de Desporto, Cultura e Turismo, bem como pela Comissão de Planejamento de Contratações, na condução deste processo. A forma diligente e cuidadosa com que os trabalhos foram conduzidos é louvável e reflete o compromisso da equipe em garantir a conformidade legal e a transparência na gestão dos recursos públicos.

Em momentos de transição legislativa, é comum surgirem conflitos e discordâncias. No entanto, o fato de que o procedimento em questão tramitou de forma eficiente, evidencia o comprometimento dos servidores municipais em se adaptarem aos novos ditames legais e em garantir a continuidade das atividades da Administração Pública.

É crucial que a SEDECULT mantenha a conduta exemplar demonstrada neste processo em futuras contratações de shows. Ter como norte o bom planejamento é fundamental para garantir a eficiência e a transparência na gestão dos recursos públicos, especialmente quando se trata da formalização de contratos de shows. O planejamento cuidadoso e a antecipação na formalização desses contratos trazem diversos benefícios à administração, como a garantia de agenda com as bandas desejadas pela gestão e pela municipalidade.



Quanto mais cedo se preparar a formalização dos contratos de shows para os eventos municipais, maiores são as chances de se obter sucesso na contratação das atrações desejadas, contribuindo para o sucesso e o prestígio dos eventos realizados pela municipalidade.

Outrossim, ressalto a necessidade da SEDECULT, ficar atenta ao cumprimento do pagamento dos direitos autorais dos referidos artistas. O direito autoral é um instrumento importantíssimo para manter a música viva. Como qualquer outro profissional, o artista precisa viver do seu trabalho e o direito autoral é uma das formas de remunerar aqueles que vivem da música.

A lei de direitos autorais brasileira (9.610/98) garante ao criador e demais artistas a remuneração pelo uso de suas músicas quando elas forem utilizadas por terceiros. Por isso, todo lugar que usa música publicamente deve pagar direitos autorais aos titulares por meio do Ecad.

É o parecer que submeto à apreciação da autoridade superior.

Assinado por PAULO SERGIO RIZZO 034.***.***-**
MUNICIPIO DE ITARANA
15/07/2024 08:19:03

PAULO SÉRGIO RIZZO
Procurador Municipal – OAB/ES 8.330