




18 04 1964
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA GERAL
PARECER

Processo administrativo nº 00134/2024

Requerente: Secretaria Municipal de Desporto, Cultura e Turismo

Assunto: Solicitação de Contratação de Serviço Musical da Banda Baffun para o Carnaval 2024

EMENTA: Solicitação de contratação de show artístico de atração regional, para as festividades do Carnaval de 2024. Inexigibilidade de licitação. Art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021. Ausência de Estudo Técnico Preliminar (ETP). Excepcionalidade em razão da transição para a nova Lei de Licitações. **Alerta-se à Secretaria requerente que não serão mais aceitos pedidos de contratação sem ETP devidamente instruído nos autos.** Necessária juntada do Contrato de Exclusividade.

Exmo. Prefeito,
Sr. Vander Patrício

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 Banda Baffun para atender as festividades do Carnaval de Itarana, que ocorrerão nos dias 09/02 à 13/02/2024 conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento:**

A apresentação da banda ocorrerá **12/02/2024, a partir das 21h30min**, tendo sido oferecida proposta de **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)** para a apresentação:

BANDA	Dia	Hora	VALOR
SWINGBATTIFUN	12/02/2024	21:30	R\$ 20.000,00

1. Regularidade fiscal presente no ev. 07;
2. Contratos Recentes no ev. 09;
3. Termo de Referência ev. 12; e
4. Dotação Orçamentária no ev. 20.

Não vislumbro nos autos o contrato de exclusividade, o que demanda a juntada do referido documento para a regular tramitação do procedimento.



A SEDECULT pondera cuidadosamente sobre a dispensa do Estudo Técnico Preliminar (ETP) no contexto da contratação em questão. Reconhecendo a relevância do ETP como uma etapa fundamental em diversos processos de contratação, a decisão de dispensá-lo não foi tomada de forma precipitada. Em vez disso, ela foi fundamentada na natureza rotineira da contratação, que já foi realizada em contratos anteriores com o município.

Além disso, a proximidade da realização do evento impõe uma necessidade de agilidade no processo, tornando a dispensa do ETP uma medida que visa otimizar os trâmites administrativos sem comprometer a qualidade ou a transparência do procedimento.

Assim, a SEDECULT considera cuidadosamente todos os aspectos envolvidos antes de tomar qualquer decisão relacionada à dispensa do ETP, garantindo a integridade e a eficiência dos processos de contratação sob sua responsabilidade.

É O RELATÓRIO. PASSO A OPINAR.

Primeiramente, vale ponderar que diante da entrada em vigor da Lei Federal nº 14.133/21 a partir de 01/01/2024, é crucial reconhecer que todos os requisitos da do Plano da Existência, do Plano da Validade e do Plano da Eficácia, passam a ser mandatórios no âmbito municipal.

Nesse sentido, é imperativo que o Chefe do Executivo Municipal esteja ciente da necessidade de capacitação para a implementação efetiva dessa nova legislação. É essencial compreender que, no contexto prático, os servidores municipais requerem acompanhamento contínuo. Não se pode presumir que cursos de curta duração, com apenas 02 ou 03 dias, sejam suficientes para capacitar adequadamente os indivíduos em um arcabouço legal extenso e complexo como o presente na Lei nº 14.133/2021.

É fundamental investir em programas de capacitação robustos e em acompanhamento constante para garantir a plena compreensão e aplicação eficaz da nova legislação no município de Itarana.

O parecerista reconhece a importância de evitar erros grosseiros nas contratações públicas. No entanto, neste momento, é crucial compreender que podem existir circunstâncias excepcionais que demandam justificativas detalhadas. É fundamental que tais justificativas sejam minuciosamente analisadas, de modo a respeitar a publicidade dos atos e assegurar a transparência no processo de contratação.

É válido ressaltar que, mesmo diante de eventuais justificativas, é imprescindível que a contratação não viole de forma flagrante os recursos públicos. Portanto, o parecerista reforça a importância de uma análise criteriosa e transparente para garantir que as contratações atendam aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, preservando assim a integridade e a responsabilidade na gestão dos recursos públicos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA GERAL

É importante ponderar que a efetiva implementação de um novo ordenamento jurídico só ocorre na prática diária. Um exemplo disso é a Lei Federal nº 8.666/93, que mesmo com mais de trinta anos de vigência, continha situações que demandavam análises por parte da doutrina e do próprio Tribunal de Contas. Isso ressalta a complexidade e a dinâmica inerentes à aplicação das leis, especialmente no contexto das contratações públicas, onde a interpretação e a adaptação das normas ocorrem em resposta às demandas e desafios do ambiente jurídico e administrativo.

Portanto, é fundamental reconhecer que a evolução e a maturação das leis são processos contínuos, que exigem reflexão, debate e ajustes ao longo do tempo para garantir sua eficácia e aplicabilidade adequadas às necessidades da sociedade e do Estado.

Em um momento de transição como este, é crucial que os gestores ajam com cautela ao solicitar determinadas contratações. É imprescindível que tais solicitações sejam feitas com antecedência e embasadas em fundamentos transparentes e cristalinos. Considerando que os procedimentos podem se tornar mais morosos devido à natureza da transição e às novas exigências legais, é inevitável que as análises sejam mais minuciosas e que as justificativas apresentadas sejam mais claras e detalhadas.

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 artistas para atender às festividades do carnaval. O primeiro ponto que merece ser ponderado é a carência de planejamento evidenciada. O Carnaval de 2024 tem data marcada há mais de um ano, e deixar para iniciar os procedimentos de contratação faltando apenas um mês para o evento não parece uma medida adequada. A falta de planejamento pode comprometer a qualidade das contratações, gerar imprevistos e até mesmo resultar em atrasos ou problemas durante as festividades.

No entanto, é fundamental observar o aspecto discricionário do gestor e ordenador de despesa. Reconhece-se que, em certas circunstâncias, podem existir razões específicas que levem à necessidade de tomada de decisão em prazos mais curtos. O gestor, dentro dos limites legais e éticos, pode ter prerrogativas para agir conforme o contexto e as demandas emergentes da administração 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 de 1º de abril de 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.

Em suma, falaremos brevemente sobre o instituto do empresário exclusivo.

Dispõe o artigo 74, § 2º, 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.

Contudo, não consta nos autos o contrato de exclusividade. Deve ser juntado aos autos o referido documento, para que se proceda com a regular tramitação do feito.

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.

No que tange ao ETP - a dispensa do Estudo Técnico Preliminar (ETP) pode não ser a opção mais indicada, considerando sua importância na análise e planejamento adequado das contratações. No entanto, é notável que, no presente caso, não houve prejuízos significativos, uma vez que todas as contratações estão detalhadamente descritas e especificadas no Termo de Referência.

Contudo, é essencial que se faça um pedido ao Chefe do Executivo para que, em eventos futuros, como a festa de emancipação do município, não sejam autorizados processos de contratação sem a devida elaboração e análise do ETP. Tal medida visa garantir uma abordagem mais completa e cuidadosa na preparação e execução de futuras contratações, reforçando os princípios de transparência, eficiência e responsabilidade na gestão dos recursos públicos.

Como em qualquer outra contratação pública, a hipótese sob exame também exige fundamentadas justificativas quanto ao preço (art. 72, inciso VII, Lei nº 14.133/2021) ofertado pelo artista selecionado pela Administração Pública.

Quanto à justificativa de preços, deve a Administração verificar se o cachê cobrado por aquele artista ao ente contratante possui compatibilidade com a contrapartida requerida pelo artista em outras apresentações suas, 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 (**ev. 9**), s.m.j., parecem demonstrar 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”.

O primeiro passo na instrução do processo de contratação direta é oficializar a demanda. *In casu*, entendendo que seria necessário o Estudo Técnico Preliminar, contudo, pelo Termo de Referência já apresentar todas as particularidades entendendo aceitável de **modo excepcional** dada a urgência.

Prosseguindo, os incisos II e IV do artigo supracitado tratam, respectivamente, da estimativa de despesa e da demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

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.

Conseqüentemente, 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 encontram-se juntados ao processo no **ev. 7**.

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;



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITARANA
PROCURADORIA GERAL

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)

ANTE O 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, desde que seja:

1. **Juntado aos autos o contrato de exclusividade;**
2. **Inserido o valor da atração artística no Termo de Referência;**
3. **Corrigir o item 1 do Termo de Referência, pois no corpo do texto diz que será 1 (uma) apresentação, enquanto que na tabela consta que serão 2 (duas) apresentações;**
4. **Deve ser apresentada a autorização da autoridade competente para a contratação e realização da despesa por inexigibilidade, a qual deve ser instruída com despacho motivado e mantida à disposição do público em sítio eletrônico oficial (art. 72, VIII e parágrafo único, da Lei n. 14.133/21);**
5. **Código CIDADES;**
6. **Requeiro que o Chefe do Executivo pondere também sobre dispensa do ETP, informando ser situação excepcional; e**
7. **Necessário conferir a devida publicidade ao ato da autoridade competente que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato. E o meio eleito pela Lei nº 14.133/2021 para instrumentalizá-la compreende o sítio eletrônico oficial (art. 72, parágrafo único).**

É o parecer.

CARLOS EDUARDO HOLZ
ADVOGADO MUNICIPAL OAB/ES 38.225