



**PARECER JURÍDICO**

**Processo: 3033/2022**

**Interessada: SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA TURISMO E LAZER**

**Assunto: Contratação de espetáculo Musical pelo artista Pe. Clécio de Alencar**

**RELATÓRIO**

Trata o presente de análise quanto à possibilidade legal de se proceder a contratação por inexigibilidade de licitação do artista musical Pe. Clécio de Alencar que se auto empresaria através da micro empresa individual inscrito no CNPJ 28.260.524/00001-30 para apresentação de Espetáculo Musical para as festividades do Dia de Santo Antônio, Santo Padroeiro do Município de Atílio Vivacqua.

Tal contratação importará no pagamento da quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), em favor da contratada.

Presentes nos autos

- 1 – Justificativa (fls. 04/07);
- 2 – Proposta de Apresentação – orçamento (fls. 17);
- 3 – Documentos do empresário (fls. 08/09);
- 4 – Certidões negativas de débitos federal, Estadual e Municipal, e trabalhista (fls. 10/13);
- 5 – Declarações de capacidade técnica (ausente);
- 6 – Notas Fiscais do artista para outros municípios demonstrando a adequação dos valores contratados ao mercado (14/15);
- 7 – Elementos demonstrativos de consagração pela opinião pública (fls. 17/22);
- 8 – Mapa comparativo de fornecedores (fls. 24);
- 9 – Saldo de Dotação Orçamentária (fls. 26);
- 10 – Minuta do Contrato (ausente).

**É o relatório. Passo à análise.**

**DA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO**

A Constituição Federal, em seu artigo 37, caput, prevê que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,



impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Dentre os princípios expressos no citado dispositivo, o da legalidade possui especial relevância no caso em tela, pois ao contrário do que acontece no Direito Privado, onde ao particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública, seus agentes só podem fazer o que a lei determina. Essa é a essência do princípio da legalidade administrativa.

Com brilhantismo, define Hely Lopes Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Vale destacar que a dispensa ou inexigibilidade de licitação configura-se exceção no ordenamento jurídico brasileiro, cuja regra é a da exigência de prévio procedimento licitatório para aferição da proposta mais vantajosa (art. 37, XXI, CF).

O presente caso chega a esta Procuradoria enquadrado como inexigibilidade de licitação. Conquanto as hipóteses de inexigibilidade prevista na Lei sejam meramente exemplificativas, calha reproduzir os dispositivos legais invocados para a contratação direta.

Vejamos o que dispõe o dispositivo legal acima mencionado, in verbis:

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

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

Como se vê, nesse caso não deve ser olvidado que a individualidade da produção artística acarreta, em regra, a inviabilidade de competição. É justamente a ausência de parâmetros que assegura a criatividade humana.

Malgrado alguns governantes tenham feito (e ainda fazem) mau uso do dinheiro público com o entretenimento do povo, forçoso reconhecer que o direito à cultura, no Brasil, goza de status constitucional, sendo obrigação do Estado garantir a todos o seu pleno exercício, consoante inteligência do art. 215 da Constituição Federal.



Nessa senda, mostra-se relevante a importância de se conhecer, em profundidade, as regras infraconstitucionais que regulamentam a contratação de shows e espetáculos artísticos pela administração pública, em especial a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

## DOS REQUISITOS

Para garantir a regularidade dessa contratação direta, existem três requisitos que devem ser respeitados, além da inviabilidade de competição:

- Que o objeto da contratação seja o serviço de uma produção artística ou um artista **profissional**;
- Que seja feita diretamente ou por meio de empresário exclusivo;
- Que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

- **Contratação de Artista Profissional ou produção de espetáculo artístico**

A lei refere-se à contratação de artistas profissionais – definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade – excluindo da possibilidade da contratação direta dos artistas amadores. Destarte, só os artistas profissionais podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

Nesse sentido, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra “Contratação Direta sem Licitação”, Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726 (grifos nossos):

Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. **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[1].**

Sobre o assunto, parece útil a classificação das obrigações adotadas pelo Direito Civil em três grupos: obrigações de dar, fazer e não fazer, para situar com maior precisão o objeto da contratação de que se cuida no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93.

**Diante dos documentos acostados não verifico a presença de inscrição da banda em nenhum conselho profissional da atividade que esta exerce apesar de restar indiscutível sua qualidade técnica e valor em face às apresentações e projeção midiática.**



- **Contratação Direta ou por meio de Empresário**

A contratação analisada nestes autos é direta com o artista, desta forma oportuno discorrer sobre tal questão pois a Lei de Licitações, atenta aos reclames da imprensa sobre atividades escusas, pretendeu afastar a ocorrência de fatos verificados em algumas regiões ou órgãos em que algumas contratações só ocorriam quando eram feitas por determinados empresários, que quase monopolizavam a intermediação da contratação de artistas.

Agora, a contratação ou é feita diretamente com o artista ou com o seu empresário exclusivo, como tal entendendo-se o profissional ou agência que intermedeia, com caráter de exclusividade, o trabalho de determinado artista. Numa analogia, é o fornecedor exclusivo daquela mão de obra.

**Esse agenciador deve estar registrado no órgão do Ministério do Trabalho respectivo**, mas não há nenhuma exigência sobre o meio de demonstrar a exclusividade, sendo aceita normalmente a declaração feita pelo próprio artista de que determinada pessoa é seu agente exclusivo, ou **a exibição do contrato mantido entre o artista e o agente, que contenha essa cláusula de no mínimo um ano de prazo.**

- **Consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública**

O terceiro requisito apresentado pelo inciso III do art. 25, em comento, diz respeito ao fato de que o pretense contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Essa exigência corresponde à notória especialização do inciso anterior e, embora apresente certo limite discricionário, não permite arbitrariedades. 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 o porquê 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.

Na hipótese em referência, a inviabilidade de competição decorre da singularidade e subjetividade que caracteriza o trabalho dos artistas, características estas que os tornam únicos no segmento profissional em que atuam, pois "(...) no tocante aos serviços artísticos, a singularidade reside na própria natureza do serviço, que é prestado, de modo independente da figura do artista, com percepção pessoal, subjetiva, em resumo, singular." (NIEBUHR, 2008, p. 131).

Explica o ilustre Mestre Marçal Justen Filho sobre o tema que:



MUNICÍPIO DE  
**ATÍLIO VIVACQUA**

“A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humana. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. (...) Há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. 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, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas.”

Assim, no que concerne ao requisito constante do inciso III, do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, observa-se que a princípio é consagrado pela opinião pública e pela crítica especializada, evidentemente a opinião pública a que se refere o inciso pode hoje ser aferida por meios eletrônicos, como seguidores em redes sociais, visualizações em canais e sites de vídeo ou aplicativos de música, além é claro de exposição na mídia impressa e televisiva.

**Registro, que a Secretária da pasta apresentou justificativa para escolha do fornecedor, de forma fundamentada, sua notoriedade e a singularidade do serviço para contratação pretendida e predileção do público da cidade para o trabalho realizado pelo espetáculo pretendido, trazendo inclusive elementos de prova da consagração da apresentação.**

#### **DO PREÇO**

As ações dos órgãos de controle no campo de avaliação da contratação de artistas são bastante tímidas ainda, mas, nos termos da Lei, o preço deverá ser justificado pelo agente responsável pela declaração de inexigibilidade da licitação, devendo ser comprovado pelo artista que o preço a ser cobrado na atual contratação é semelhante ao cobrado a outros entes público ou particulares.

**Nesse sentido, destaco a juntada de nota fiscal e declaração emitido por ente público o qual apesar e ser de mais de dois anos atras, demonstra uma regular variação de acordo com a inflação, devendo se considerar a inexistência de outros documentos da comprovação devido ao evento da Pandemia de COVID-19, evitando então contratações anteriores recentes que comprovam a atual a exequibilidade de preço praticada pelo artista, demonstrando estar dentro da sua média praticada no mercado.**

#### **DA MINUTA DE CONTRATO**



Nenhuma contratação pode se efetivar sem o atendimento pleno do disposto no art. 7º, § 2º, c/c. o 9º da Lei 8.666/93, que exige rigoroso detalhamento do objeto pretendido com a contratação dos serviços, com exceção da contratação de artistas. Deverá, contudo, a Administração, se for o caso, estabelecer os parâmetros para a prestação dos serviços, como dia e hora – no caso de espetáculos artísticos – prazo, ônus das partes no cumprimento e no descumprimento da obrigação.

Para que seja realizada análise jurídica do contrato necessário se faz que a minuta do mesmo seja antecipadamente trazida ao conhecimento da procuradoria, o qual de forma concisa deve expressar as obrigações do contratante da contratada.

Chamo a atenção para eventuais custos advindo da contratação os quais devem ser realizados da forma prevista na Lei 8666/93, se requererem contratação de terceiros, ou então deve estar devidamente discriminado no presente contrato.

Deve-se constar dos autos, o projeto básico do evento que se pretende realizar, com o número e tempo de duração da apresentação, valores, temas entre outras questões que deve constar de um projeto básico desta natureza que deve encontrar-se descrito no contrato.

Esse esclarecimento, tem reflexo também nas obrigações contratualmente estabelecidas, no âmbito das quais, deve restar claro, se o serviço será prestado por qual período, só em um dia do evento ou não, e, quantas apresentações estão previstas no valor cobrado.

#### **AUTORIZAÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO**

**Deverá constar nos autos a autorização expressa DO GESTOR PÚBLICO.**

SUBSEQUENTE, a referida despesa deverá ser ratificada no prazo de 03 (três) dias e publicada dentro de 05 (cinco) dias, nos termos do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93.

#### **DOS OUTROS REQUISITOS**

**Ainda sobre as formalidades, o requisito de regularidade fiscal é exigência da Lei 8.666/93, art. 29, devendo ser exigido da Contratada, no momento da assinatura do Anexo da Nota de Empenho ou termo de contrato deverão estar atualizadas no ato da assinatura do contrato.**

Por fim, foi juntado aos autos dotação orçamentária às fls. 26, demonstrando a capacidade financeira do ente público em arcar com a contratação.



MUNICÍPIO DE  
**ATÍLIO VIVACQUA**

Não cabe a esta procuradoria intervir quanto à escolha da contratação dos bens ou serviços a serem disponibilizados à população e a destinação de verba pública para eventos desta natureza, sendo esta uma discricionariedade do gestor ora ordenador de despesas.

Como guardiã da legalidade dos atos públicos esta procuradoria em análise aos fatos trazidos no processo administrativo de contratação por inexigibilidade, com exceção das irregularidades apontadas completamente sanáveis, não vislumbra ilegalidade alguma.

#### **DA MANIFESTAÇÃO DA CGM**

A Controladoria Geral do Município – CGM é regida pela Lei Complementar Municipal n.º 1023/2013, que lhe conferiu, em seu artigo 3º, incisos III e IV e art. 5, inciso III e VII e XV, a responsabilidade de assessorar a administração nos aspectos relacionados com os controles interno e externo e quanto à legalidade do atos de gestão, emitindo relatórios e pareceres sobre eles, além de acompanhar a observância dos limites constitucionais, da Lei de Responsabilidade Fiscal e os estabelecidos nos demais instrumentos legais.

Isso posto, Constatado que até o presente momento a CGM não se manifestou nestes autos, razão pela qual **RECOMENDO a remessa do processo ao Órgão para conhecimento e manifestação.**

#### **CONCLUSÃO**

**Diante do exposto, tenho que a pretensão ora sob análise encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, a qual, todavia, depende da aferição da efetiva ocorrência das situações fáticas e legais acima destacadas, e recomendações expostas anteriormente, sendo que esta Procuradoria só recomenda que ocorra a pretendida contratação após a observância das situações e realizações das recomendações citadas.**

Assim, **após o preenchimento dos requisitos elencados anteriormente**, e não cabendo a esta Procuradoria manifestar-se quanto à motivação da Administração para a pretendida Contratação, não vejo óbice à continuidade do presente processo, **contudo RECOMENDO, ainda, atendimento aos requisitos legais abaixo discriminados para plena regularização do feito, sem os quais este Procurador recomenda a continuidade do presente desde que respeite os seguintes requisitos:**

- Ratificação da inexigibilidade, pela autoridade superior, e a publicação da inexigibilidade no prazo de 05 dias (art. 26 Lei 8.666/93) no diário oficial;



MUNICÍPIO DE  
**ATÍLIO VIVACQUA**

- Remessa dos autos a CGM para conhecimento e manifestação;
- Realização da Minuta de Contrato na forma recomendada;
- Regularidade fiscal e trabalhista completa e atualizada;
- Autorização do gestor público;
- **Atendimento as demais recomendações feitas no parecer acima, ou justificativa da não realização.**

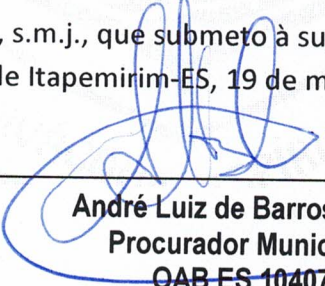
Cumpre realçar que caso a área técnica competente discorde das orientações ou posicionamentos emanados deste pronunciamento, deverá carrear aos autos as justificativas necessárias.

De outro lado, estando de acordo, deverá, o Secretário da pasta, certificar o atendimento das sugestões acima destacadas, sem a necessidade de retorno do feito, em nenhuma das hipóteses, a esta Consultoria Jurídica, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União.

Todavia, poderão retornar os autos apenas para análise de minuta, conforme já dito acima neste parecer, pois a análise jurídica já foi realizada.

Ressalto, por derradeiro, que o presente Parecer tem caráter opinativo acerca da viabilidade jurídica do pleito ora apresentado, visto que as manifestações do advogado público não são deliberativas nem vinculam o requerente, ficando a decisão a cargo da autoridade superior ordenadora da despesa (STF. Mandado de Segurança nº 30928-DF. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 02 de fevereiro de 2012).

É o parecer, s.m.j., que submeto à superior apreciação.  
Cachoeiro de Itapemirim-ES, 19 de maio de 2022.

  
\_\_\_\_\_  
**André Luiz de Barros Alves**  
Procurador Municipal  
OAB-ES 10407