



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

PARECER N° 314/2024

PROCESSO N° 1324102/2024

À SEMC/GAB,

Sr. Secretário Municipal

RELATÓRIO

A SEMC solicita desta Procuradoria a análise jurídica da possibilidade de contratação por inexigibilidade que tem como objetivo a prestação de serviço de apresentação da atração “AXEL FERNANDES”, representado por meio do seu registro como pessoa jurídica “51.558.149 AXEL FERNANDO SANTOS”, que será realizada no dia 25 de fevereiro de 2024, no evento “SAMBA ITINERANTE”, cujo valor global é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Insta ressaltar que não é possível verificar se o evento em foco se encontra no calendário de festividades da cidade de Vitória, de sorte a marcar o interesse público que o justifique.

É o breve relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Em atenção ao disposto no art. 132 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a este órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Secretaria, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, passa a exercer tal mister lembrando que o art. 37, XXI da Constituição da República determina que “**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure (...)”.

A legislação a que se refere é a da Lei nº 14.133/2021 que, em seu artigo 74 estabelece as hipóteses de inexigibilidade de licitação constituindo, assim, as ressalvas constitucionais supramencionadas. Verificando tais preceitos, destacamos possibilidade de contratação direta na forma preceituada no art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

“Art. 74 - É inexigível a licitação quando a 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; ”

Na presente contratação a SEMC nada mais fez do que exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com a finalidade pretendida. Na lição de Marçal Justen Filho¹:

“Não é possível eliminar a subjetividade no exercício de competência discricionária. A essência da discricionariedade consiste na liberdade de escolha, na possibilidade de o sujeito exercer escolhas fundadas em avaliações subjetivas. Logo, sendo inviável a competição, a escolha de um dentre diversos sujeitos igualmente aptos a satisfazer o interesse público é discricionária. Essa

¹ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7 ed. São Paulo. Dialética. 2000. p. 293.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

fórmula significa submeter a decisão administrativa a todos os controles adotados no âmbito de atos discricionários, inclusive com exigência de motivação perfeita e satisfatória”.

De toda sorte, ressalte-se que não compete a esta Procuradoria emitir juízo de valor sobre o conteúdo da fundamentação do ato administrativo, na medida em que se trata de ato eminentemente técnico inerente à secretaria requisitante, assim como no tocante ao preço.

Entretanto, é prudente que se faça um pequeno esboço sobre a viabilidade da inexigibilidade no caso em tela. Sobre a contratação direta por inexigibilidade de profissional do setor artístico, dispõe Ronny Charles Lopes de Torres²:

*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 a sua contratação**. Pensando dessa 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

² Leis de Licitações Públicas Comentadas. 14. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 438.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

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 valor totalmente destoantes, fato aberrante sobre o qual se omitem algumas autoridades.

Pois bem, pela leitura do excerto colacionado, que o art. 74, II, não tem aplicabilidade simplesmente por ser objeto da contratação um profissional do setor artístico. São requisitos para a contratação pretendida: (I) A inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado; (II) necessidade de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Assim, temos que o art. 74, II, é inaplicável para a contratação de profissional que não seja **consagrado, seja pela opinião pública, seja pela crítica especializada. Em outras palavras, tal fato deve ser demonstrado pela secretaria requisitante para que seja juridicamente possível a contratação.**

Isso posto, qual seria a modalidade de contratação ideal para a contratação de profissional de setor artístico que não é consagrado? A questão não traz maiores dúvidas, afinal a apresentação artística, mesmo com suas peculiaridades, trata-se de serviço comum. Não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União:

*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.** (TCU. Acórdão 5902/2021-Segunda Câmara)*



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

Em outras palavras, estando-se diante de um serviço comum não há dúvidas de que há vários dispositivos na Lei 14.133/2021 que possibilitam a consecução do interesse público. Pois bem, se o foco da contratação é o entretenimento do público e o oferecimento de atividades em determinado evento, a modalidade pregão³, com o critério de julgamento menor preço⁴, seria suficiente para se realizar a contratação de maneira idônea.

Caso o fundamento principal da contratação seja a qualidade especial da apresentação artística (ou seja, um serviço especial a ser prestado por um artista não consagrado), a concorrência⁵ com o critério de julgamento melhor conteúdo artístico⁶ se afigura possível.

Ronny Charles Lopes, citando Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, por sua vez, assevera que a modalidade de licitação mais interessante em casos similares, especialmente quando o intuito é fomentar a atividade cultural, é o concurso^{7 8}.

Por fim, como serviço comum, não se descarta a possibilidade de contratação direta por dispensa, caso a possibilidade se enquadre em alguns

³ Art. 6º, XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

⁴ Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

⁵ XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, [...]

⁶ Art. 35. O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

⁷ Leis de Licitações Públicas Comentadas. 14. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 439.

⁸ XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

incisos do art. 75, *e.g.*, dispensa por valor (art. 75, II), seguindo o procedimento do referido artigo, especialmente no que se refere à manifestação da Administração em obter propostas adicionais com o intuito de selecionar a mais vantajosa, bem como as exigências do art. 72 da Lei 14.133/2021. Esse é o entendimento, por exemplo, da Procuradora Federal Fernanda Mesquita Ferreira⁹:

*É preciso distinguir a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública da mera qualificação profissional. Assim, não será suficiente a demonstração de que o artista se qualificou através de cursos na área ou a simples comprovação de experiência profissional. Para tais casos, poderá a Administração se valer da realização de um processo licitatório na modalidade “concurso”, prevista no art. 22, IV c/c § 4º da Lei nº 8.666/93, **ou ainda, se for o caso, uma dispensa de licitação com base no baixo valor, nos termos do art. 24, II da Lei de Licitações.***

Novamente, registra-se que à PGM não é dado imiscuir-se na discricionariedade afeta à Secretaria requisitante. No entanto, como primeiro órgão de controle da juridicidade dos atos administrativos, *in casu*, do poder executivo do Município de Vitória, cabe à Procuradoria apontar todos os caminhos viáveis visando a contratação mais transparente possível.

Vencido, esse ponto, compulsando os autos, identificamos que constam: **Documento de Formalização de Demanda, Estudo Técnico Preliminar ETP, Termo de Referência, Minuta de Contrato, Requisição de Serviço e Formulário de Integração entre Planejamento e Orçamento – FIPO, que se fazem necessários sob a égide da Lei 14.133/2021.**

⁹ A contratação direta de artistas no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34687/a-contratacao-direta-de-artistas-no-ambito-da-administracao-publica-federal>> Acesso em: 29/05/2023.



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

Nos casos de contratação por meio de empresário exclusivo, faz-se imprescindível juntada do contrato de exclusividade com prazo de validade não restrito ao dia do evento, atendendo, inclusive, o entendimento consolidado no âmbito do TCU¹⁰, e exigência do art. 74, § 2º, da Lei 14.133/2021, o que foi colacionado aos autos, na *sequência 1*.

Ademais, ao contrário do procedimento preconizado pela Lei 8.666/93, a nova legislação exige a formalização de instrumento contratual para qualquer das hipóteses de contratação por inexigibilidade, já que o caso não consta nas exceções do art. 95 da Lei 14.133/2021. Em atendimento a esse requisito consta nos autos a minuta de contrato na *sequência 1*.

Feitas essa ressalva o contrato está de acordo com o exigido pelo art. 92 da Lei 14.133/2021.

Por fim, também se faz necessária a publicação das razões da inexigibilidade, bem como do instrumento contratual, na forma estabelecida pelo art. 94, II, da Lei 14.133/2021.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, desde que observadas as considerações supra, especialmente a ratificação de que o evento está no rol do calendário cultural

¹⁰ 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 8493/2021-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER]



PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
GERENCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

da cidade e dos requisitos da inexigibilidade, sob o prisma estritamente jurídico, não haverá óbice à contratação pretendida na forma do art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021.

É o parecer.

Vitória-ES, 23 de fevereiro de 2024.

RUBEM
FRANCISCO DE
JESUS:73175030700

Assinado
digitalmente por
RUBEM
FRANCISCO DE
JESUS:73175030700
Data: 2024.02.23
15:00:09 -0300

Rubem Francisco de Jesus

Procurador Municipal
Gerente de Licitações e Contratos
OAB-ES 6.440 - MAT. 214604