

PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE Nº 010/2025

LOCAL: MUNICÍPIO DE SÃO SALVADOR DO TOCANTINS

UNIDADE: SECRETÁRIA DE URBANISMO, TURISMO E MEIO AMBIENTE

ASSUNTO: PARECER REFERENCIAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTA. ART. 74, II, DA LEI N. 14.133/2021.

EMENTA

PARECER REFERENCIAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. SHOWS. ARTISTAS CONSAGRADOS. EXCLUSIVIDADE DO EMPRESÁRIO. ART. 74, II, DA LEI N. 14.133/2021.

I. RELATÓRIO

Trata-se de proposta de parecer referencial que possa ser aplicado às hipóteses de inexigibilidade de licitação para contratação de profissional do setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 74, II, Lei n. 14.133/2021).

Carreou-se a esta assessoria jurídica, solicitação de exame e parecer técnico-jurídico da Ilustre SECRETARIA MUNICIPAL, concernente a Contratação de show artístico para essa municipalidade. Em apertada síntese este é o relatório.

Outrossim, a matéria se almoda a questões repetitivas e, conseqüentemente, a utilização de parecer referencial possibilitará uma aprofundada análise da matéria, auxiliando os servidores públicos na sua condução, bem como, assegura-se-á padronização procedimental. É o breve relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO.

II.1. DO CABIMENTO DE PARECER REFERENCIAL NO CASO PRESENTE.

O Parecer Referencial foi instituído como uma forma de conferir celeridade aos serviços administrativos das Assessorias Jurídico-Legislativas, bem como desta Assessoria que, por vezes, encontram-se abarrotadas de consultas versando sobre assuntos semelhantes.

Tal novidade vem ao encontro do princípio da eficiência, constitucionalizado no art. 37 da CF/88 pela EC 19/98, e reflete a mudança paradigmática do modelo de administração do Estado brasileiro, consequência da necessidade de se encontrar formas de prestação de serviços públicos mais satisfatórias e eficazes.

Nesse sentido, vale notar a regra estatuída no art. 25, §1º, da nova Lei de Licitações que positivou uma prática já estabelecida há algum tempo pelas administrações públicas, *verbis*: "sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes".

A adoção de um parecer referencial, assim, demanda que o caso concreto seja, senão idêntico, bastante semelhante ao nele disciplinado.

Em sentido semelhante, a Orientação Normativa n. 55/2014 – AGU determina que “os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação”.

Apresentadas essas considerações iniciais, e presentes os requisitos necessários para fins de elaboração de Parecer Referencial, passa-se à análise do mérito propriamente dito.

II.II. DA CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE PREVISTA NO ART 11, DA LEI N.

14.133/2021

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI da CF/88 estabelece:

“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:

(...)

XXI - 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”.

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração.

Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

No que interessa por ora, objetiva-se a elaboração de Parecer Referencial que abarque a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, II, da Lei n. 14.133/2021, *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;



Fis.: 2784

ARTHUR LOURENÇO

Logo de início cabe chamar atenção para o fato de que o legislador deixou passar a oportunidade de tornar mais objetivos e precisos os requisitos necessários à comprovação desta hipótese de inexigibilidade, uma vez que pouco – ou quase nada – modificou na descrição deste tipo de contratação direta.

Confira-se a anterior disposição, encontrada na Lei n. 8.666/93:

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.

Para não afirmarmos que não houve qualquer avanço legislativo, devemos – é bem verdade – reconhecer que 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. 25 assim dispõe:

§ 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.

Afora tal inovação, que incide especificamente sobre a questão sob exame, outras modificações, estas incidentes sobre todas as situações de inexigibilidade, podem ser extraídas do novo texto normativo.

Dentre essas, não podemos deixar de pontuar que uma das modificações mais marcantes da nova lei, em relação à inexigibilidade, é a retirada do termo “natureza singular” (art.74) na descrição dos objetos que podem ser alvo de contratação direta.

Assim, busca-se mitigar as interpretações equivocadas em torno daquela expressão, até porque um serviço é singular quando demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva.

Diante dessas breves inovações, podemos afirmar que, em relação às exigências legislativas incidentes à contratação por inexigibilidade, o administrador público deve continuar atento à instrução processual de caráter geral, independentemente de tratar-se de apresentação artística.

II.III. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO CONSAGRADO CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA.

Em relação à primeira parte do raciocínio, nota-se a presença da conjunção “ou” no art.



Fis.: 215
215

ARTHUR LOURENÇO

74, II, da Lei n. 14.133/2021, a qual demonstra a prescindibilidade da presença de ambas as formas de consagração do artista, bastando apenas uma.

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 idiosincrasias próprios de cada região. (...)

(...) Atualmente, a questão ainda é mais embaraçada, em decorrência, principalmente, dos avanços e dispersão artísticos proporcionados pelas redes sociais."

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência especializada já elucidaram, ainda no âmbito da Lei n. 8.666/93, alguns critérios objetivos que podem se mostrar de grande utilidade mesmo à luz da Lei n. 14.133/2021.

"Crítica especializada" é, como o próprio nome induz, uma avaliação ou um juízo de valor feito por estudiosos e intelectuais que possuem saberes específicos para descrever, analisar, interpretar e julgar uma obra artística (teatro, filme, música, arte, dança, etc.).

Trata-se de um processo de inegável importância social, na medida em que conduz a população em geral à uma compreensão mais profunda sobre o produto artístico, apresentando um novo e mais aprofundado olhar.

Todavia, a crítica especializada somente é assim entendida porque nós, em algum momento, a reconhecemos como tal.

Muito embora normalmente não tenhamos o conhecimento necessário para uma análise mais profunda, é a opinião pública que dá valor à opinião crítica, outorgando-lhe autoridade para conceder ou não prestígio à determinada obra artística.

Na verdade, a opinião pública consiste, como já diria Recaséns Siches, no "autêntico poder social", na medida em que é capaz de dar legitimidade não só à crítica especializada, mas ao próprio Estado.

No entanto, em que pese seja percebida com facilidade, conceituar opinião pública é uma atividade árdua até mesmo para os mais renomados sociólogos.

Há quem entenda opinião pública como o conjunto de valores, crenças e ideias, não necessariamente majoritários, mas de certa forma aceitos na sociedade. Outros, por outro lado, defendem a opinião pública como sendo o julgamento ou a consciência comunitária sobre determinada questão de interesse geral, após uma discussão racional.

Problemáticas doutrinárias à parte, parece ser um consenso comum tratar a opinião pública de forma diretamente ligada (ou influenciada) pelos detentores de poder, parceiros econômicos e principalmente pelos veículos de comunicação. Daí porque o gestor público deve estar atento à manifestação de todos esses vetores para comprovar que o artista a ser contratado é, de fato, consagrado pela opinião pública.

Quanto à forma de comprovação, a consagração pela crítica especializada é

ARTHUR LOURENCO

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 o que "escreve ou comenta arte, analisando seus vários parâmetros de qualidade".

Já em relação à opinião pública, recomenda-se a comprovação através de recortes de jornais e revistas, entrevistas e qualquer outro material que possua o condão de provar a popularidade do futuro contratado. Essa foi a orientação dada pelo TCDF na Decisão 6.968/1996 que, apesar do tempo, permanece bastante atual.

Da mesma forma, permanece inalterada a recomendação formulada no bojo do Parecer n. 700/2017-PRCON, que, reproduzindo a determinação inserta na Decisão TCDF n. 1.764/2017, assim pontuou:

"O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu:

III- determinar aos jurisdicionados distritais que, ao celebrar contratos de artistas e bandas, adote as providências a seguir elencadas para demonstrar a regularidade e legalidade das contratações:

a) demonstre, caso a caso, a notoriedade e consagração do artista, pela crítica especializada ou pela opinião pública, bem como justifique a escolha do artista/banda a ser contratado, em observância ao art. 25, inciso III, combinado com o art. 26, parágrafo único, inciso I I, da Lei n. 8.666/93;

b) demonstre, caso a caso, que o evento/festividade proposto para realização em determinada localidade detém temática compatível com o estilo musical do artista a ser contratado e os anseios da comunidade local,

À par dessas recomendações, 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, fã-clubes ou qualquer outra forma identificável de consumo de músicas para evidenciar a consagração do artista.

Outros exemplos bastante ilustrativos encontram-se no Parecer n. 222/2019- PGCONS/PGDF, o qual assevera que " esta consagração se dá de forma inequívoca quando o público consome o produto (arte), o que é verificado, por exemplo, no caso da música, pela obtenção de um disco de ouro, ou pelo prêmio em festivais ou concursos". 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. 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.

ARTHUR LOURENCO

[...]

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.)

Essa advertência também já havia sido feita no Parecer n. 222/2019- PGCONS/PGDF, pois nem sempre aquele artista que já realizou diversas apresentações ou que detém capacidade de mobilização de público é, de fato, aclamado pela opinião popular. Veja-se trecho do opinativo:

30 . Na maioria dos casos examinados confirma-se que novamente acontece a contratação direta de artistas que não preenchem o requisito para tanto. Como já afirmado em vários outros processos semelhantes, tratam-se de artistas que produzem objeto comum, comparados a produtos de prateleira, se pensarmos em bens comuns contratados pela Administração. [...]

31. Ademais, cabe comentar a respeito desta nominada notória capacidade de mobilização de público o fato de que em muitas oportunidades o artista apresenta fotos, notícias de jornais ou outra espécie de comprovante de que atuou em um evento em que se deu o comparecimento de um grande número de pessoas, digamos, por exemplo, cinco mil. Todavia, a participação do artista no evento não foi exclusiva. Geralmente se trata de 'abrir' o show de algum outro artista de renome nacional e este sim mobilizou o público a assistir ao espetáculo. Este tipo de fato é recorrente nos comprovantes de participação em eventos apresentados pelos artistas locais à Secretaria de Estado de Cultura."

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 n. 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

ARTHUR LOURENÇO

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.

[...]

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.

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.

II.IV. CONTRATAÇÃO DIRETAMENTE COM O ARTISTA OU POR MEIO DE EMPRESÁRIO

EXCLUSIVO.

ARTHUR LOURENCO

Avançando para o segundo ponto destacado no início deste opinativo, viu-se que a hipótese de inexigibilidade em questão exige que a contratação direta seja feita diretamente ou por meio de empresário exclusivo.

Esta última hipótese é a que causa mais dúvidas, sendo, por isso, enfrentada a seguir. Para correto entendimento, imperioso se faz diferenciar o empresário exclusivo do mero intermediário.

De acordo com o melhor entendimento, *intermediário* é aquele que agencia eventos em datas e/ou locais específicos; **já o empresário exclusivo apresenta determinado artista com exclusividade sem limitações temporais ou espaciais.**

Nessa linha, o TCU já ressaltou que o contrato de exclusividade difere da autorização, que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e/ou que é restrita à localidade do evento.

Ambos são práticas comerciais lícitas no direito privado, mas, no âmbito da Administração Pública, **veda-se a contratação direta de artista junto a terceiros intermediadores.** Explica-se.

Em primeiro lugar, os tribunais de contas entendem ser **insuficiente a apresentação de cartas de representação, limitadas às datas e localidade do evento**, porque a falta de habitualidade na intermediação **desvirtua a ratio da inexigibilidade**. Afinal, não há se falar em impossibilidade de competição se "em outras datas e com outros empresários e empresas, o mesmo artista poderia ser contratado por valor diverso".

Em segundo lugar, a presença de pessoas interpostas (mera intermediação) acarreta risco potencial e injustificado de superfaturamento dos valores.

É preciso ter em mente, ademais, que a negociação feita pelo empresário exclusivo ou intermediário é remunerada através de uma "comissão".

Esse encargo financeiro, muito embora o "agenciamento" tenha sido contratado pelo artista, acaba sendo transferido ao contratante (no caso, a Administração Pública), mediante a inclusão do valor da comissão no cachê devido ao artista.

Se o artista é representado por um único empresário, a Administração Pública (ou qualquer outro interessado) somente poderá contratar se as negociações forem feitas com aquele empresário, não havendo, ao menos em regra, sequer uma participação substancial do artista nesse momento.

Em outras palavras, caso o interesse público somente possa ser satisfeito por esse artista, não haverá outra opção à Administração Pública senão submeter-se às negociações junto ao representante exclusivo, encontrando, para tanto, amparo normativo no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021.

Por outro lado, havendo a possibilidade de a Administração Pública negociar os cachês diretamente com o artista, nada justifica o pagamento de comissão (ou qualquer outra forma de remuneração) em benefício de agente intermediário, cuja participação sequer era necessária.

Percebe-se, assim, que a vedação à inexigibilidade de licitação no caso de contratação por interposta pessoa decorre, em última análise, do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois cabe ao gestor público evitar o desperdício de recursos com despesas inúteis e prescindíveis.

Compreendida a intenção do legislador, fica mais fácil visualizar a forma de comprovação da exclusividade do empresário.

Dispõe o art. 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

ARTHUR LOURENCO

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.**

E' por meio desses documentos que a Administração Pública tomará conhecimento acerca da remuneração cobrada pelo empresário, se o mesmo é exclusivo do artista e se atua em seu âmbito territorial, bem como se o contrato é vigente.

Sendo assim, mostra-se razoável exigir que o contrato tenha, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial da representação e do seu percentual.

Não se olvida que a Lei n. 14.133/2021 não exigiu o registro do documento do cartório, mas isso não nos impede de recomendar a adoção da providência pela Administração Pública.

Além de não ensejar maiores custos à Administração Pública ou ao futuro contratado, trata-se de uma providência que gera inegável e importante incremento à segurança das relações jurídicas, haja vista serem os registros públicos dotados de presunção de veracidade.

Vale lembrar, ainda nesse ponto, que essa já era a orientação dada pelo TCU na vigência da Lei n. 8.666/93, cuja racionalidade permanece inteiramente aplicável à nova Lei de Licitações. Confira-se:

[...] 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 conveio, 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".

Ademais, considerando tratar-se de tema tão conturbado, a cautela nunca será demasiada, de modo que vale lembrar que a exigência de registro em cartório já era prevista na Decisão TCDF n. 1.764/2017, verbis:

d) exija cópia do contrato de representação exclusiva, registrado em cartório, com prazo duradouro, em consonância com o art. 25, inciso III, da Lei n. 8.666/93 e com a jurisprudência dominante;

e) não aceite declaração de cessão de direitos do representante exclusivo para terceiro, com o intuito de exercer a representação somente para um evento ou para um curto período;

Uma outra exigência prevista no art. 74, § 2º, da Lei n. 14.133/2021 diz respeito à

ARTHUR LOURENCO

necessidade de o documento atestar o **caráter permanente e contínuo** da representação ou agenciamento do artista.

A previsão legal tem como objetivo afastar a contratação direta por intermédio pessoa, cuja característica é, como já visto, a falta de habitualidade da representação.

Retratam bem essa orientação os seguintes julgados:

2. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação dos artistas deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que **gerencia o artista de forma permanente**. A figura do empresário exclusivo não se confunde com o mero intermediário na medida em que este detém a exclusividade limitada a apenas determinados dias ou eventos.

3. No caso, os atestados firmados pelos representantes legais dos artistas declaravam que a exclusividade se limitava aos shows do dia 03 ou 04 de maio no 1º Festival Cultural de Paranapuã.

4. Assim, não foram preenchidos os requisitos do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 uma vez que a contratação não foi diretamente com os artistas ou através de empresário exclusivo, mas sim por meio de pessoa interposta [...]

(TRF-3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 485377, Data da Publicação: 02/08/2013)

Inexigibilidade – Profissional do setor artístico – Empresário – Intermediário
– Músicos – TCE/MG

Precedente expedido na vigência da Lei nº 8.666/1993, cuja racionalidade poderá orientar a aplicação da Lei nº 14.133/2021: "Denúncia. Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. Distinção entre empresário e intermediário. O Órgão Técnico (...) propugna (...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25 III da Lei de Licitações. Cabe ressaltar trecho (...) do artigo 'Inexigibilidade de Licitação', de Ércio de Arruda Lins: 'Veja que o termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Aquele gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O último intermedeia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera'. Dessa forma, nota-se que a inviabilidade de licitação ocorre quando o artista é contratado diretamente ou através de um EMPRESÁRIO EXCLUSIVO, o que não se confunde com um contratante intermediário. (...) Em caso semelhante, a Conselheira Doris Coutinho do Tribunal de Contas do Tocantins assim se manifestou: '(...) a empresa contratada pelo responsável funcionou na presente contratação direta como intermediária, já que, como resta provado nos autos, a 'exclusividade' declarada nos documentos se deu somente nos



ARTHUR LOURENCO

dias definidos para a apresentação no carnaval de Palmas, o que com certeza não reflete a vontade do legislador, quando exigiu na norma a exclusividade para fundamentar a inexigibilidade'. (...) Como bem anota a Coordenadoria de Área de Exame de Instrumento Convocatório de Licitação - CAIC/DAC, a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas apazadas, específicas, eventuais. Como assinala Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: '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' (...)'". (TCE/MG, Denúncia nº 749058, Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa, j. em 09.10.2008.)

Como acontece na maioria dos dispositivos incidentes ao tema, também se trata de um conceito jurídico indeterminado ("caráter permanente e contínuo"), a ser preenchido pelo gestor público à luz das circunstâncias de cada caso.

De todo modo, com o intuito orientar a atuação de forma mais prática, cita-se exemplificativamente o interessante parâmetro previsto na Portaria n. 98, de 9 de abril de 2018, editada pela Secretaria da Cultura do Distrito Federal com fulcro na LC n. 934/2017

Art. 10. [...]

V - na hipótese da contratação de artista por meio de representante exclusivo, deve ser apresentado contrato ou ajuste similar com vigência mínima de um ano e antecedência mínima seis meses, com assinatura reconhecida em cartório.

Por fim, um outro aspecto importante da nova Lei de Licitações consiste na possibilidade de a exclusividade ser limitada a um país ou **estado da federação** ("Estado específico").

A novidade legislativa não contradiz com o que foi anteriormente explicado, mas reforça a vedação à representação que estiver "restrita a evento ou local específico".

Dessa forma, é possível, por exemplo, que a apresentação de uma determinada banda no Distrito Federal somente possa ser negociada por intermédio de um empresário exclusivo, mas se a apresentação acontecer em Goiás, outro empresário exclusivo deverá assumir a iniciativa.

Adverta-se, entretanto, que para que tal situação seja válida, os demais elementos da instrução processual devem provar o caráter permanente e contínuo da exclusividade de cada empresário, não podendo – sob qualquer modo – ser verificado temporalidade ou precariedade da representação.

II.V. DO PREÇO.

Como em qualquer outra contratação pública, a hipótese sob exame também – e com mais razão certamente – exige fundamentadas justificativas do preço (art. 72, inciso VII) ofertado pelo

ARTHUR LOURENCO

artista selecionado pela Administração Pública.

Nesse ponto, vale trazer uma baliza inicial, prevista no art. 34 do Decreto nº 38.933/2018, o qual regulamenta o regime jurídico de fomento à cultura no Distrito Federal, instituído pela Lei Complementar nº 934/2017:

§ 4º Nos casos de aquisição de bens artísticos e contratações de serviços de natureza artística e cultural a avaliação de economicidade de que trata o § 2º pode ser fundamentada em pesquisa de mercado ou documentação apresentada pelo artista, demonstrando a compatibilidade do valor da contratação com os preços praticados em ações de natureza semelhante pelo próprio artista ou outros de semelhante consagração. (Acrescido(a) pelo(a) Decreto 42837 de 20/12/2021)

À par dessa previsão, permanecem hígidas as determinações encartadas no Parecer 700/2017-PRCON, em que pese ter sido proferido na vigência da Lei n. 8.666/93. Verbis:

c) justifique o preço da contratação e componha os autos com a planilha detalhada dos custos unitários dos serviços a serem contratados, conforme previsto nos artigos 7º, §2º, inciso II, e 26, parágrafo único, inciso III da lei n. 8.666/93;

Ademais, assim como firmado naquele mesmo opinativo, continuam válidas as orientações do Parecer Normativo n. 393/2008 - PROCAD/PGDF, a saber:

Quanto à justificativa de preços, deve a Administração realizar exaustiva pesquisa de preços no mercado, comparando o cache cobrado por aquele artista com outras apresentações em condições semelhantes àquelas em que se dará o evento. Tal consulta deverá incluir tanto o preço cobrado em eventos particulares como em eventos custeados por verba pública.

Deverá ainda, a Administração comparar os preços cobrados com aqueles praticados por artistas de semelhante consagração na crítica especializada e/ou opinião pública.

O princípio da economicidade não autoriza a contratação de artistas profissionais a preços exorbitantes, devendo, nesse caso, a Administração buscar a contratação de outra artista que possa atender aos anseios do público, mas que ofereça proposta mais vantajosa.

No que toca à compatibilidade do preço ofertado frente aos valores de mercado, é bem verdade que em situações como esta torna-se difícil a efetiva comparação de valores.

Sobre o tema, interessante observação é colocada no artigo anteriormente referido:

Afora essas incontornáveis aperturas práticas — e, por que não, insolúveis —, outro critério, não previsto expressamente na norma, amargura e angustia o gestor público: o preço. Ora, salvo se por desejo próprio do artista, não se faz possível obriga-lo a aceitar cachê mais reduzido simplesmente porque o contratante não é o privado e sim o Poder Público. Perceba-

ARTHUR LOURENCO

se, assim, que, se o artista é consagrado pela mídia especializada ou pela opinião pública, certamente seu sucesso é garantia de uma contemplação de agenda que, com ou sem contratações públicas, será sempre viável. Dito de outro modo, o artista consagrado não depende do Poder Público, sendo-lhe o bastante a iniciativa privada

Embora exista, de fato, uma certa dificuldade, a comparação com contratações "semelhantes" é sim uma baliza comparativa viável, desde que o órgão não poupe esforços para tanto. Nesse sentido, assim restou pontuado no Parecer n. 700/2017:

Faz sentido a semelhança, exigida pelo decreto, entre o evento que se quer promover e aqueles cujos preços servem de parâmetro para a demonstração da razoabilidade do cachê. Uma vez que um mesmo artista provavelmente cobrará cachês diferenciados se houver variação de elementos importantes nos eventos de que participar, como datas e duração do shows, a compatibilidade com o mercado do preço proposto para o Poder Público somente estará evidenciada se os preços adotados como parâmetro forem de eventos similares, por se pressupor que os custos, nesses casos, também são similares.

De fato, a dificuldade de encontrar artistas que prestam serviços semelhantes, dada a especificidade e singularidade do tema, não afasta a necessidade de exaurimento das possíveis formas de comparação de preços, tanto de natureza qualitativa (ex.: gênero música sertaneja; profissional de semelhante consagração), quanto quantitativa (ex.: apresentação musical para público esperado de mil pessoas).

Obtendo ou não êxito, prudente também solicitar ao artista a apresentação de documentação comprobatória do valor por ele cobrado em, no mínimo, 03 (três) eventos de características semelhantes, promovidos pelo setor público ou privado, evidenciando que o valor a ser pago ao artista seja aquilo que recebe regularmente ao longo do exercício ou em um evento específico.

Repare-se, novamente aqui, que em todos os casos será imprescindível que os eventos artísticos a serem comparados sejam semelhantes entre si, pois *"a compatibilidade com o mercado do preço proposto para o Poder Público somente estará evidenciada se os preços adotados como parâmetro forem de eventos similares, por se pressupor que os custos, nesses casos, também são similares"*.

— Além disso, o valor de referência para a contratação poderá ser indicado, também, por meio de consultas realizadas em publicações especializadas, pesquisas de preços, bancos de preços praticados no âmbito da Administração Pública, listas de instituições privadas e públicas de formação de preços, Atas de Registro de Preços vigentes, bem como sítios da internet que reproduzam a oferta real desses serviços.

Ainda, a justificativa de preço deverá contar com planilha detalhada dos custos unitários dos serviços a serem contratados, conforme já mencionado (Decisão TCDF n.1.764/2017).

Essa planilha, contendo os custos unitários do serviço, não apenas auxilia a evidenciar a razoabilidade dos preços cobrados pelo artista, como também viabiliza a fiscalização do cumprimento do objeto da prestação.

Por fim, note-se que muito embora não haja empecilho legal à uma contratação mais onerosa aos cofres públicos em detrimento de outra de menor custo, é certo que o ônus argumentativo que recai sobre o administrador público é maior nessa situação, pois deverão ser apresentadas e comprovadas as justificativas para demonstrar a razoabilidade da contratação escolhida.

ARTHUR LOURENCO

Sobre esta última colocação, vale trazer trecho doutrinário de autoria do professor Ronny Charles:

"o que não se pode admitir é que sejam feitas contratações de artistas sem consagração relevante, sob o falso pálio 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 valores que variam de acordo com o interesse do gestor ou de espúrios "acordos empresariais". TORRES, Ronny Charles Lopes, Leis de licitações públicas comentadas. 7ª ed.

II.VI. DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA COM FULCRO NO ART. 74, II, DA LEI N. 14.133/2021

Apresentados os principais requisitos caracterizadores da hipótese do art. 74, II, da Lei n. 14.133/2021, bem como os respectivos documentos comprobatórios, cabe pontuar as demais providências que devem ser adotadas pela Administração Pública.

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.

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.

Cabe ao setor requisitante formalizar a necessidade em torno da contratação, indicando a justificativa pertinente, o quantitativo necessário de bens/serviços e indicar a data limite para o atendimento da necessidade.

No que diz respeito aos estudos técnicos preliminares e análises de riscos, em que pese estejam presentes na instrução dos mais variados processos de contratação, será necessário ponderar a pertinência de cada um deles no caso concreto, sobretudo em razão das particularidades da hipótese de contratação direta a ser realizada.

Uma fase prévia de estudos técnicos preliminares se justifica, por exemplo, em contratações nas quais há necessidade de olhar para o mercado e ponderar soluções disponíveis, para então definir a opção que melhor se ajusta aos objetivos da Administração.

Caso a contratação seja de baixo custo ou não envolva complexidade e riscos significativos a serem geridos (o que pode ser verificado a partir da experiência da Administração em contratações anteriores), é possível afastar a etapa de análise de riscos.

O conteúdo mínimo do referido documento encontra-se exposto no art. 6º, XX e XXIII, da Lei n. 14.133/2021, cuja leitura é – sempre – recomendada.

Especificamente sobre a contratação direta de artista com fulcro no art. 74, II, da Lei n. 14.133/2021, **mostra-se pertinente que a descrição do objeto contenha detalhamento do bem ou serviço artístico, relacionando itens como material de confecção do bem, roteiro, figurino, cenário, equipamentos técnicos especializados, integrantes de grupo artístico, tempo de execução do serviço, repertório ou outros elementos, de acordo com o objeto do contrato.**

Tais informações igualmente deverão estar previstas na proposta apresentada pelo

ARTHUR LOURENÇO

artista.

Ressalta-se, nesse ponto, ser vedada a contratação direta de serviços que não se relacionem diretamente com o artista, tais como: som, iluminação, banheiros químicos, estandes, arquibancadas, segurança, limpeza e recepção, entre outros.

Por sua vez, a fundamentação da contratação, consistente na exposição dos motivos para a escolha do contratado, também é um requisito exigido no art. 72, II, da Lei n. 14.133/2021.

No Parecer n. 700/2017-PRCON/PGDF, o i. Procurador Luciano Costa Araújo trata com maestria o que é esperado do gestor público:

Nessa justificativa, tal como já se apontava o Parecer Normativo n. 393/2008 - PROCAD/PGDF, deverá o gestor público "indicar de forma precisa em que consiste o interesse público perseguido, sopesando-o com o custo associado à contratação", uma vez que o princípio constitucional da eficiência (CF-, B8, art. 37, caput) aponta que "somente a otimização no emprego dos recursos financeiros estatais se coaduna com o verdadeiro interesse público". Deverá, pois, ser evidenciado que a "despesa pretendida é a que de fato melhor atende aos anseios da sociedade, aferindo se, tal dispêndio guarda razoável relação custo/benefício com os fins almejados" (grifos do original).

Também nessa justificativa deverá ser dado cumprimento à determinação constante do item 111, "b", da Decisão TCDF n. 1.764/2017, que exige seja demonstrado, "caso a caso, que o evento/festividade proposto para realização em determinada localidade detém temática compatível com o estilo musical do artista a ser contratado e os anseios da comunidade local", providência que, ao mesmo tempo, atenderá ao art. 26, I, do Decreto Distrital n. 34.577/2017, que requer seja evidenciada a "compatibilidade entre a espécie de trabalho artístico a ser contratado e a finalidade específica do evento".

De fato. Considerando que as necessidades sociais são infinitas, mas os recursos públicos para satisfazê-las são escassos, toda decisão da Administração Pública somente será considerada lícita se forem devidamente *motivadas* e amparadas no *interesse público*.

No caso, tal dever de motivação assume especial relevância, uma vez que a contratação de artistas sequer se insere, a princípio, dentro da atividade típica de Estado. A legitimidade jurídica e social da contratação dependerá, por isso mesmo, da apresentação de justificativas **robustas** por parte da Administração Pública.

O administrador público deverá, assim, demonstrar a forma pela qual a despesa com o artista pode ser tida como legítima à luz do ordenamento jurídico, mas principalmente à luz dos anseios da sociedade.

O ente federativo contratante possui outras demandas sociais de maior importância que poderão ser prejudicadas com o deslocamento de recursos para pagamento de artistas? Haja vista a importância do direito fundamental à cultura, não seria mais adequado fomentar artistas com carreira ainda em desenvolvimento? Por óbvio, trata-se de questionamentos que se inserem dentro do mérito administrativo.

Ainda a título de reflexão, não é ocioso referir-mo-nos às inúmeras denúncias divulgadas pela grande mídia, acerca dos vultosos cachês pagos com recursos públicos a artistas do gênero

ARTHUR LOURENCO

musical no Brasil. A irresignação da população, sobretudo em tempos de avanço da miséria e da pobreza no Brasil, colocou em dúvida a licitude das contratações e ensejou a abertura de investigações pelos órgãos constitucionalmente incumbidos.

Prosseguindo, os incisos II e IV do art. 72 da Lei n. 14.133/2021 tratam, respectivamente, da estimativa de despesa e da demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

Ambos os documentos se justificam porque é vedado à Administração Pública realizar despesa sem prévia disponibilidade orçamentária, estimativa do impacto orçamentário-financeiro e declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira, nos termos da LC n. 101/2000.

Após a juntada da documentação pertinente, a equipe técnica da Administração Pública contratante deverá apreciá-la, manifestando-se pela concordância ou não quanto à presença dos requisitos amiúde enfrentados. É o que prevê o inciso III do art. 72 da Lei n. 14.133/2021.

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 e que se encontram previstos nos arts. 62 e ss. da Lei n. 14.133/2021.

Vale apenas mencionar que a habilitação deve ser do artista, bem como do empresário exclusivo que o representa, se for o caso.

De outro lado, note-se que não é porque se trata de contratação de artista que a exigência de prestação de garantia, nas modalidades de que trata o art. 96 da Lei no 14.133/2021, será automaticamente afastada. Ou seja, tal requisito em regra é exigido também aqui, salvo justo motivo, fundamentadamente apresentado.

A qualificação mínima necessária (inciso V), por sua vez, deve ser vista com prudência pela Administração Pública, haja vista o entendimento jurídico no sentido de que a liberdade no exercício das profissões é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que eventuais restrições legais precisam ser proporcionais, necessárias, e a formação técnico/científica indispensável para o bom desempenho da atividade. Confira-se:

(...) Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. (...)

STF. Plenário. RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011.

Além de ferir a liberdade de expressão e de exercício das profissões, exigências desproporcionais por parte da Administração Pública podem acabar direcionando a escolha para um determinado artista, em manifesta ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

De toda forma, vale alertar que isso não significa que será lícita a dispensa de qualificações do artista que sejam imprescindíveis para a boa satisfação do interesse público subjacente à contratação.

Ainda sobre a instrução processual, deverá também ser juntado o ato de designação do(s) servidor(es) responsável(is) pela fiscalização do contrato, prévia ou contemporaneamente ao início da vigência contratual.

Lembre-se, também, que ao final deve apresentada a autorização da autoridade competente para a contratação e realização da despesa por inexigibilidade, a qual deve ser instruída

ARTHUR LOURENCO

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).

Por fim, é 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).

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, opina-se no sentido de apresentar essas orientações e recomendações à Administração Pública quando da contratação direta de profissional do setor artístico com base no art. 74, II, da Lei n. 14.133/2021, nos termos acima.

É o parecer, sub censura.

À elevada consideração superior.

São Salvador do Tocantins, 14 de Fevereiro de 2025.

ARTHUR LOURENCO
SOARES

Assinado de forma digital por
ARTHUR LOURENCO SOARES
Dados: 2025.02.14 11:05:22
-03'00'

ARTHUR LOURENCO SOARES
OAB/GO 65412A
OAB/TO 11349
ASSESSORIA JURÍDICA