

A POSSIBILIDADE DE CONTRATAR DIRETAMENTE ARTISTAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS SUA RELAÇÃO COM O DEFESO ELEITORAL E O CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Michelle Marry Marques da Silva¹

"Acreditamos saber que existe uma saída, mas não sabemos onde está. Não havendo ninguém do lado de fora que nos possa indicá-la, devemos procurá-la por nós mesmos. O que o labirinto ensina não é onde está a saída, mas quais são os caminhos que não levam a lugar algum".

Norberto Bobbio

Palavras-chave: Contratação direta; Artistas; Ato administrativo; Ato vinculado; Ato discricionário; Funções do Estado; Controle judicial; Vedação eleitoral;

Resumo: O artigo versa sobre os requisitos necessários para que a contratação direta de artistas seja realizada pela Administração Pública respeitando o microsistema jurídico inaugurado pela Lei nº 14.133/2021, logo, observando o princípio da legalidade. Desse modo, apresenta uma visão sistêmica sobre as exigências da nova lei de licitações e contratos para que o ato que autoriza a contratação direta de artistas seja considerado adequado com o sistema jurídico, incluída, também, nesse contexto, as vedações existentes na lei das eleições para esse tipo de contratação. Ao final, na tentativa de demarcar o controle a ser realizado pelo poder judiciário, buscou-se demonstrar a relação entre as diversas funções que cabe a cada um dos poderes do Estado exercer e, conseqüentemente, os atos resultantes do exercício dessas funções delimitando, portanto, a esfera de atuação do controle judicial do ato.

¹Advogada da União desde 2007. Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitação, Contratos e Instrumentos Congêneres no Ministério da Justiça e Segurança Pública. Pós-graduada em direito público pela UNB e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Autora do e-book As parcerias entre os setores público e privado como mecanismo de implementação de políticas públicas: novos paradigmas inaugurados pelo MROSC e pela NLLC para a sedimentação da inviabilidade de competição entre as instituições parceiras. Coautora do livro RDC – Regime Diferenciado de Contratações, do Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos e do Governança e Compliance no setor público. É membra da Câmara Nacional de Licitação e Contratos e Coordenadora da Câmara Nacional de Convênios e Instrumentos Congêneres da Consultoria-Geral da União/AGU. Estudou Fundamentos do Direito Americano na Thomas Jefferson School of Law 2011 (EUA - 2011) e sobre Mecanismos de Controle e Combate à Corrupção na Contratação Pública (Portugal - 2012). Estudou técnicas de negociação avançada na FGV e regulamento de aquisições do Banco Mundial. Membra efetiva do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal - IDADF e do Instituto Nacional de Contratações Públicas (INCP). Professora, palestrante e autora de artigos.

1. INTRODUÇÃO

É sabido que a preocupação com a atividade de controle judicial do ato administrativo, principalmente, do ato discricionário, que pode ser entendido como aquele segundo o qual a Administração Pública dentre mais de uma conduta aceita pelo ordenamento jurídico poderá adotar a que melhor atenda ao interesse público, se tornou expressiva após a Constituição Federal de 1988 em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que acabou de certa maneira por atrair interpretações doutrinárias e decisões judiciais que procuram reduzir a discricionariedade administrativa, por isso a importância de observância por parte do Poder Judiciário da autocontenção sem deixar de lado o fato de que os fundamentos que compõe o sentido do ato discricionário sofrem transformação da interpretação que se realize, da hermenêutica e até mesmo das alterações processadas ao longo do tempo nos modelos de Estado.

Eduardo Jordão² delimitou o cerne existente em torno do tema da seguinte maneira:

Dito de outro modo: através do controle judicial não deferente os tribunais podem decidir questões originariamente atribuídas pelo legislador à administração pública ou limitar as possibilidades decisórias da administração. Esta possibilidade é particularmente sensível no caso de questões que envolvam alguma subjetividade (ou escolha) – caso da maioria das decisões e ações operadas de acordo com a (ou a partir da) lei. Se as questões não estão já totalmente decididas na legislação correspondente, então, é preciso escolher quem terá a última palavra a propósito delas: a administração pública ou os tribunais. (grifou-se)

O objetivo deste artigo, portanto, é analisar se pode ser feito e em que medida deve ser realizado o controle judicial do ato administrativo que autoriza a contratação direta de artistas consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública, sem que seja realizado, portanto, procedimento licitatório, assim, firme nesse propósito a primeira parte o artigo apresenta o enquadramento legal que de ser feito pela Administração Pública, isto é como deve ser feita a subsunção do fato a norma, bem como os requisitos exigidos pela Lei nº 14.133/2021, incluído nesse ponto, o que é necessário para instruir o processo de contratação direta de artistas, com a intenção de demonstrar o que o ato a ser emitido pelo agente público deve observar considerando as prescrições da nova lei geral de licitações e contratos para que seja considerado regular, ou seja, para que atenda ao princípio da legalidade.

² JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, 2016. Página 40.

No segundo momento são apresentadas as vedações existentes na lei das eleições para a realização de shows artísticos.

Na última intervenção identificadas as funções desempenhadas pelo Estado e os atos que devem ser emitidos por cada um dos poderes do Estado restará delimitada a atuação do poder judiciário no controle que deve ser feito do ato administrativo para que não desemboque em eventual ativismo judicial.

2. DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTAS CONSAGRADOS PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA. ENQUADRAMENTO LEGAL E REQUISITOS.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI³ dispõe expressamente que a licitação deve ser regra para a Administração Pública em quaisquer de seus níveis, no entanto, a escolha pela inexigibilidade de licitação é considerada exceção também encontrada formalmente em seu texto e é assim encarada por retirar a competição entre aqueles concorrentes que eventualmente possuam o mesmo objeto a ser fornecido para o contratante, logo, adotando esse procedimento deverá ele sempre ser devidamente fundamentado, já que se está diante de uma ressalva existente em um dos princípios que regem as licitações.

Partindo-se dessa premissa, o art. 72 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova lei de licitações e contratos administrativos), permite como regra de exceção a contratação direta através de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos em suas disposições.

Levando em consideração o custo transacional do processo de contratação pública, que pode ser dispendioso, consumindo tempo e capital não apenas humano, mas, econômico também, o que pode resultar em um esgotamento de parte dos recursos orçamentários precários que podem ser destinados a outras finalidades públicas os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade alinhados à necessidade de

³ 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.

observância ao interesse público envolvido passam a ter relevo e podem ser utilizados para a tomada de decisão entre licitar ou contratar diretamente.

Desse modo, torna-se importante entender o real sentido da interpretação que deve ser levada a efeito quando se pretende fundamentar a contratação direta por inexigibilidade de licitação. Assim, as lições do professor Ronny Charles, com a qual nos filiamos, apontam que:

A inexigibilidade deve ser concebida através de um sentido, o da inviabilidade do procedimento de competição, sob pena de se quebrar o parâmetro interpretativo capaz de permitir ao aplicador do direito, a correta compreensão do que intentou o legislador. Essa conclusão o levará a constatar, diante do caso concreto, a viabilidade de caracterizar, como inexigível ou não, situações não previstas no elenco do artigo 74, que sabemos, não é exaustivo.⁴ (grifou-se)

De fato, a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, portanto, observa-se que é impossível ocorrer a competição entre os licitantes, já que um dos concorrentes irá reunir qualidades que o tornam único, conforme disposição expressa no rol exemplificativo do artigo 74⁵, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, *verbis*:

Art. 74. É inexigível a licitação **quando inviável a competição, em especial** nos casos de: (grifou-se)

Dessa forma, o permissivo legal que fundamenta a possibilidade de contratação direta de artistas por meio de inexigibilidade de licitação está disposto no artigo supramencionado, mais especificamente, no inciso II, nos seguintes termos:

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Em vista disso, são requisitos para a contratação pretendida, nos termos do que citado acima: 1) que o profissional seja de qualquer setor artístico; 2) pode ser contratado diretamente ou através de empresário exclusivo, e; 3) deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Sobre o assunto destaca Marçal Justen Filho⁶:

“Mas 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

⁴ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 12ª. Ed. São Paulo. Ed. Juspodivm, 2021. Página 393.

⁵ Acórdão nº 2.503/2017-Plenário do Tribunal de Contas da União.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. Página 360.

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. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.” (grifou-se)

Com efeito, é fácil notar que é a individualidade da produção artística que irá caracterizar a inviabilidade de competição, logo, a ausência de critério objetivo para a seleção do objeto que atenda de maneira satisfatória o interesse público pretendido.

Nesse diapasão, no acórdão nº 2.585/2014 do Plenário do Tribunal de Contas da União o relator Ministro Marcos Bemquerer Costa citando o professor Marçal Justen Filho destacou quatro hipóteses que podem fundamentar a inexigibilidade de licitação, sendo elas:

Sem esgotar o leque de possibilidades que podem ensejar a ausência de pressupostos necessários à realização da licitação – a justificar a aplicação da inexigibilidade do certame – aquele autor enumera quatro hipóteses que se subsomem ao caso: i) ausência de pluralidade de alternativas de contratação (art. 25, inciso I, da Lei de Licitações); ii) inexistência de mercado concorrencial (art. 25, inciso II, da Lei de Licitações); iii) ausência de objetividade na seleção do objeto (art. 25, inciso III, da Lei de Licitações); iv) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada. (grifou-se)

Outrossim, a profissão do artista profissional está prevista na Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, regulamentada pelo Decreto nº 8.2385, de 05 de outubro de 1978. De acordo com o artigo 2º da norma referida é considerado artista:

Art. 2º [...]

I – Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. (grifou-se)

Além disso, o artigo 3º do Decreto nº 8.2385, de 05 de outubro de 1978, dispõe que:

Art. 3º Aplicam-se as disposições da Lei nº 5.533, de 24 de maio de 1978 (sic), às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo anterior, para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias.

Parágrafo único. As Pessoas físicas ou jurídicas de que trata este artigo deverão ser previamente inscritas no Ministério do Trabalho. (grifou-se)

Nessa lógica, o professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes⁷ de maneira acertada afirma que “O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho,

⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Contratação Direta sem Licitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 11ª ed. página 128.

o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação”.

Ainda, pode existir dúvida entre realizar concurso para a escolha do artista ou por sua contratação direta. Nesse ponto, precisas são as lições do professor Marçal Justen Filho quando bem destacou que:

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de situações, Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas.

O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. **Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso referido no art. 30 da Lei nº 14.133/2021.**

Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para melhor obra.⁸ (grifou-se)

Para além disso, haver cuidado por parte do agente público com a interpretação a ser conferida ao artigo 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, já que ele deixa expresso que o profissional artista pode ser contratado diretamente ou através de empresário exclusivo, portanto, o dispositivo não está se referindo àquela contratação intermediada por empresas de produção de eventos de profissionais do setor artístico, caso a situação seja essa última inevitavelmente seguindo o “espírito da lei” vai ter que ser realizada a licitação.

Considerando o acima exposto, cabe ser colacionado entendimento do Tribunal de Contas da União externado por meio do Acórdão nº 351/2015 - segunda câmara, sob a égide do microssistema jurídico da Lei nº 8.666/1993, tendo como relator o Ministro Marcos Bemquerer, mas que pode ser considerado cabível também para os ditames legais traçados pela nova lei de licitações e contratos, nos seguintes termos:

[...]

8. Relativamente à contratação da empresa [...] para organização do evento "Paraíso Folia", cabe observar que o comando normativo utilizado como fundamento, o art. 25, inciso III, da Lei n. 8.666/93, **refere-se expressamente à contratação de profissional de setor artístico diretamente com o próprio artista ou por meio de seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista ou banda de forma permanente.**

9. **A inteligência deste artigo revela a impossibilidade jurídica de contratação direta de mero intermediário (produtora de eventos), que detém a exclusividade limitada a determinados dias ou eventos, pois, se a exclusividade é condicionada e temporária, em regra não haverá impossibilidade de competição.**

10. **No caso concreto, constata-se que as autorizações emitidas pelas bandas musicais que atuaram no Paraíso Folia 2010, concedidas à empresa contratada pela Prefeitura para organização das apresentações artísticas e expostas pela defesa nesta**

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. Página 972

etapa processual, foram elaboradas para as datas específicas às do evento objeto do Convênio (24/04/2010), circunstância que não se amolda ao dispositivo legal e constitui fundados indícios da prática das condutas ímprobas, conforme levantado pela equipe de auditoria (peça 59, p. 05-07).

11. A respeito da matéria, é oportuno registrar que a jurisprudência deste Tribunal é uníssona em exigir a apresentação do contrato de exclusividade entre os artistas e o empresário contratado para caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista na Lei de Licitações, de modo que simples autorizações ou cartas de exclusividade não se prestam a comprovar a inviabilidade da competição, pois não retratam uma representação privativa para qualquer evento em que o profissional for convocado.

12. Esse entendimento encontra-se no Acórdão n. 96/2008 - Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, por meio do qual foi determinado ao Ministério do Turismo a inclusão, em seus manuais de prestação de contas de convênios, as seguintes informações:

"9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei n. 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos;"

13. No mesmo sentido, o Acórdão n. 3.826/2013-1ª Câmara, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, por intermédio do qual foi determinado ao mesmo Ministério do Turismo que:

"9.2.2. 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 convênio, no item 9.5 do Acórdão n. 96/2008-TCU-Plenário e nos arts. 25, inciso III, e 26, todos da Lei 8.666/93;"

14. Outro precedente que tratou deste assunto foi o Acórdão n. 8.244/2013-1ª Câmara, de cujo Voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, trago os seguintes trechos:

"As autorizações emitidas pelas bandas musicais que atuaram no evento regional, concedidas à empresa contratada pela Prefeitura de Santa Luzia/PB para organização das apresentações artísticas - [...] e encaminhadas ao Ministério do Turismo na prestação de contas do Convênio 750/2008, (...), não caracterizam contratos de exclusividade entre os artistas consagrados e o respectivo agenciador perante o órgão municipal.

Na verdade, tais autorizações apenas conferem à empresa (...) o direito de representar, em caráter exclusivo, os referidos grupos musicais nas específicas comemorações alusivas ao objeto do convênio. Não se prestam, portanto, a garantir ao agenciador ampla e irrestrita representação com direito de exclusividade para todos os eventos em que os artistas sejam convidados.

Além de ferir expressa disposição do acordo administrativo, a ausência de contratos de exclusividade contraria requisitos essenciais à realização de contratação direta por inexigibilidade de licitação, estampados nos artigos 25, inciso III, e 26, da Lei 8.666/1993."

15. A demonstração de que o procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação do objeto do Convênio n. 205/2010 (peça 96) não preencheu os requisitos necessários para justificar a contratação direta, em verdade, **retrata uma conduta**

reprovável do gestor, que se reveste, no mínimo, como um ato de gestão antieconômico, contrário aos princípios da Administração Pública.

16. Logo, cabe impugnar as despesas decorrentes dessa contratação, especialmente se for considerado o injustificável prejuízo ao erário apontado pela equipe de auditoria no âmbito da Fiscalização n. 118/2011 (TC n. 003.925.2011-0), da ordem de R\$ 59.000,00, decorrente da intermediação dispensável da empresa [...] para realização dos shows ocorridos no evento patrocinado com recursos federais repassados pelo Ministério do Turismo.

17. Por fim, ante a rejeição das alegações de defesa apresentadas pelos Srs. [...], ex-Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico, [...], ex-Prefeito Municipal de Paraíso do Tocantins, e a empresa [...], **no que concerne a irregularidades na contratação dessa empresa, mediante inexigibilidade de licitação ratificada em 23/04/2010, sem que a contratada atendesse aos requisitos jurídicos e legais aptos a comprovar a condição de representante exclusiva dos artistas, além da intermediação irregular e onerosa, devem as respectivas contas serem julgadas irregulares**, a teor do disposto no art.16, inciso III, alínea c, da Lei n. 8.443/1992, cabendo, ainda, a aplicação a esses responsáveis da multa prevista no art. 57 da mesma Lei [...] (grifou-se)

Cabe ressaltar que o entendimento acima foi reiterado no Acórdão 1341/2022 - Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União:

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. (Tomada de Contas Especial, Ministro Augusto Nardes). (grifou-se)

A Lei nº 14.133/2021 dedicou o § 2º do artigo 74 para definir o que considera empresário exclusivo, assim, para a nova lei de licitações e contratos:

§ 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.** (grifou-se)

Nota-se da leitura do texto legal acima transcrito que a nova lei de licitações e contratos se alinhou ao entendimento do Tribunal de Contas da União, tanto que o reproduziu expressamente.

Sob outro enfoque Felipe Boselli⁹ muito bem assinalou que o pressuposto lógico do artigo 74, inciso III, da nova lei de licitações, está relacionado à impossibilidade de estabelecer requisitos objetivos para comparação das propostas apresentadas para a

⁹ FORTINI, Cristiana. LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Página 68.

contratação do artista e não o fato isolado de ser ou não representado por empresário exclusivo pontuando que:

Ainda que o artista não tenha um empresário exclusivo para o ano todo, isso não confere ao caso concreto a possibilidade de licitar.

Imagine-se o exemplo em que determinado artista, nacionalmente renomado e reiteradamente presente no 'Carnaval de Salvador', firme contrato de exclusividade com uma empresa que o agencie pelos próximos anos no período do carnaval, só nos carnavais. **Não há dúvida que não existe a viabilidade de competição no caso concreto. Mesmo com uma declaração de exclusividade por um período e não pelo ano todo, a situação permaneceria como inexigível. A licitação neste caso seria impossível. O contrato entre artista e empresa estabelece que, durante o período do carnaval, há uma relação de exclusividade. Logo, não há como licitar. O entendimento contrário implicaria na ideia de que não seria possível contratar esse artista específico, o que não faz sentido, posto que o inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, assim como o inciso II do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, não tem o seu pressuposto lógico calcado na inviabilidade de competição, mas sim, na impossibilidade de estabelecer requisitos objetivos de comparação de propostas.** (grifou-se)

Dessarte, forçoso reconhecer que o entendimento precitado está alinhado com a prática de um mercado específico, todavia, o texto legal deixou claro a necessidade de que a contratação com fundamento no artigo 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021, seja realizada diretamente ou por meio de empresário exclusivo.

Outro importante ponto de atenção diz respeito ao fato de que a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública é diferente da mera qualificação profissional, na primeira situação é importante que faça parte da instrução processual a comprovação da fama, da notoriedade, como por exemplo, a demonstração da sua participação em eventos famosos, a colocação em plataformas musicais, premiações etc. Já na segunda situação a qualificação através de cursos na área ou a simples comprovação de experiência profissional configuraria uma mera qualificação não apta a justificar esse tipo de contratação.

2.1. FORMALIDADES LEGAIS PREVISTAS NO ART. 72 DA LEI Nº 14.133/2021 PARA INSTRUÇÃO PROCESSUAL NA FASE PREPARATÓRIA (PLANEJAMENTO) DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTAS CONSAGRADOS PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA

Por se tratar de contratação com espeque na hipótese autorizativa do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, submete-se aos requisitos elencados no art. 72 do mesmo diploma legal sendo importante destacar que as razões do convencimento do agente público devem

ser apontadas nos autos do processo, bem como a necessidade pública para que o ato administrativo seja devidamente motivado.

Hugo Sales¹⁰ chama atenção para a necessidade de bem planejar (instruir) o processo de contratação direta:

Dito de outra forma: **a Administração só pode fazer uso da inexigibilidade de licitação ora analisada se, após devido planejamento da licitação, detectar-se necessitar de profissional artístico consagrado para a sua demanda, sendo esse profissional representado por empresário ou pessoa jurídica com exclusividade.** Se um artista com qualificação apreensível por procedimentos competitivos bastar, não é possível a inexigibilidade. (grifou-se)

Dessa maneira, segundo o artigo 72 são requisitos necessários:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar¹¹, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo¹²;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei nº 14.133/2021;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso¹³, 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.

¹⁰ SARAI, Leandro (org). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**, São Paulo: JusPodivm, 2021. Página 900.

¹¹ Segundo a Instrução Normativa SEGES/ME nº 58, de 8 de agosto de 2022: Art. 14. A elaboração do ETP:

I - é facultada nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021; e

II - é dispensada na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

¹² As definições destes artefatos produzidos na fase interna do processo de licitação ou de contratação direta se encontram no art. 6º da Lei nº 14.133/2021.

¹³ A Lei nº 14.133/2021 dispôs expressamente no, § 5º, do artigo 53, que “Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação [...] § 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.”

No que diz respeito à razão da escolha do contratado releva destacar que o artigo 18, inciso I, da Lei nº 14.133/2021, dispôs que a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido deve ser levada em consideração quando da escolha do fornecedor.

Relativamente à justificação do preço da contratação a instrução normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no artigo 5º considerou como regra geral a necessidade de ser observado para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo, como Painel de Preços ou banco de preços em saúde, observado o índice de atualização de preços correspondente;

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital, contendo a data e a hora de acesso;

IV - pesquisa direta com, no mínimo, 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, por meio de ofício ou e-mail, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; ou

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, desde que a data das notas fiscais esteja compreendida no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do edital, conforme disposto no Caderno de Logística, elaborado pela

Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

O parágrafo primeiro do artigo 5º da instrução normativa SEGES/ME nº 65/2021 deixa claro que deverão ser priorizados a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente nos sistemas oficiais de governo e as contratações similares feitas pela Administração Pública devendo (incisos I e II precitados), em caso de impossibilidade, apresentar justificativa nos autos.

O artigo 7º, parágrafo primeiro, também da instrução normativa SEGES/ME nº 65/2021, traz regra importante e específica para as contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação dispondo que:

Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Por conseguinte, quando ao final o dispositivo faz referência a “outro meio idôneo” ele deixa clara a intenção da norma infralegal no sentido de que o gestor de acordo com a realidade da contratação a ser feita possa fundamentar a pesquisa e a justificativa dos preços apresentados com outros parâmetros possíveis.

No parágrafo segundo, do artigo 7º, da instrução normativa SEGES/ME nº 65/2021, quando dispõe sobre a regra de exceção encontramos relevante direcionamento, já que abriu espaço para que “excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o parágrafo anterior poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.”

Por fim, o parágrafo terceiro do mesmo artigo 7º, da instrução normativa SEGES/ME nº 65/2021, na tentativa de auxiliar o gestor veda a contratação direta por inexigibilidade caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição, o que pode ocorrer na fase interna quando da instrução do processo de contratação direta.

A regra do artigo 7º, parágrafo primeiro, sobredita, consta no artigo 23, parágrafo quarto, da nova lei de licitações, senão vejamos:

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em

contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. (grifou-se)

Ainda, a Advocacia-Geral da União, exercendo a atribuição de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal¹⁴ desde o ano de 2009 possui o entendimento agora reproduzido na nova lei de licitações e contratos, conforme acima mencionado. É o que se nota do texto da orientação normativa abaixo colacionada:

Orientação Normativa - AGU nº 17/2009:

A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS.

Caberá, ainda, ao órgão observar, no momento oportuno, as exigências formais relacionadas à ratificação e publicação do ato, nesses termos, de acordo com o parágrafo segundo, do artigo 174, da Lei nº 14.133/2021, a qual criou o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial para publicação dos atos firmados com fundamento na nova lei de licitações e contratos, o PNCP deverá conter, entre outras informações acerca das contratações, os avisos de contratação direta.

Em relação ao prazo de publicação o artigo 94 da Lei nº 14.133/2021 expressamente dispôs que a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

Ademais, o artigo 94 da Lei nº 14.133/2021 em seu parágrafo segundo trouxe importante disposição no sentido de que a divulgação da contratação direta quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do

¹⁴ Conforme dispõe o artigo 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

Isso é importante não apenas para dar legitimidade ao ato em respeito ao princípio da publicidade e da transparência resultando no controle social, mas também, para que a Administração Pública possa ter parâmetros de comparação dos preços praticados por este mercado.

Sobre essa temática a Advocacia-Geral da União possui os seguintes entendimentos externados nos textos das orientações normativas abaixo reproduzidas:

Orientação Normativa da AGU nº 33/2011:

"O ATO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DIRETA (ART. 17, §§ 2º E 4º, ART. 24, INC. III E SEQUINTE, E ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993) DEVE SER PUBLICADO NA IMPRENSA OFICIAL, SENDO DESNECESSÁRIA A PUBLICAÇÃO DO EXTRATO CONTRATUAL."

Orientação Normativa da AGU nº 34/2011:

AS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE (ART. 25) E DISPENSA DE LICITAÇÃO (INCISOS III E SEQUINTE DO ART. 24) DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CUJOS VALORES NÃO ULTRAPASSEM AQUELES FIXADOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA MESMA LEI, DISPENSAM A PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL DO ATO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DIRETA, EM VIRTUDE DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA, SEM PREJUÍZO DA UTILIZAÇÃO DE MEIOS ELETRÔNICOS DE PUBLICIDADE DOS ATOS E DA OBSERVÂNCIA DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 26 E DE SEU PARÁGRAFO ÚNICO, RESPEITANDO-SE O FUNDAMENTO JURÍDICO QUE AMPAROU A DISPENSA E A INEXIGIBILIDADE.

Deve-se alertar, inclusive, para o fato de que as orientações normativas acima reproduzidas possuem como fundamento legal o microsistema jurídico da Lei nº 8.666/1993 devendo para serem aplicadas considerando o microsistema jurídico da nova lei de licitações e contratos haver autorização expressa da autoridade máxima da AGU, que tem atribuição para emitir os entendimentos suprarreferidos (art. 4º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 73/1993).

Finalmente, entende-se que a vedação à subcontratação dos serviços objeto desse tipo de contrato é decorrência lógica do instituto da inexigibilidade de licitação, o que não impede, por exemplo, que atividades acessórias, como a montagem do palco no qual haverá o show, considerando a situação específica da contratação, não seja permitida.

3. CONTRATAÇÃO DE SHOWS ARTÍSTICOS. VEDAÇÃO ELEITORAL.

A contratação de shows artísticos durante o período de vedação constante na lei das eleições resulta na responsabilização do agente público envolvido, dessa forma, a conduta vedada no artigo 75 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, diz respeito à contratação, com recursos públicos, de shows artísticos para inauguração de obras ou serviços públicos.

O período de vedação, segundo a lei das eleições, corresponde aos três meses anteriores à eleição, ou seja, a partir de 2 de julho de 2022, para as eleições deste ano.

A penalidade é a de suspensão imediata da conduta e cassação do registro de candidatura ou do diploma de eleito do candidato beneficiado, seja agente público ou não, de acordo com o parágrafo único do artigo 75 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e, no caso de configurado abuso do poder de autoridade, inelegibilidade de quantos hajam contribuído para a prática do ato para as eleições a se realizarem nos oito anos subsequentes à eleição (inciso XIV do artigo 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990).

O artigo 17 da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, passou a vigorar com as seguintes alterações:

(...) “Art. 17. É proibida a realização de showmício e de evento assemelhado, presencial ou transmitido pela internet, para promoção de candidatas e candidatos e a apresentação, remunerada ou não, de artistas com a finalidade de animar comício e reunião eleitoral, respondendo a pessoa infratora pelo emprego de processo de propaganda vedada e, se for o caso, pelo abuso de poder (STF: ADI n. 5.970/DF, j. em 7.10.2021, e TSE: CTA n. 0601243-23/DF, DJe de 23.9.2020). (grifou-se)

A respeito do abuso do poder de autoridade a cartilha sobre as condutas vedadas aos agentes públicos federais em eleições - 2022 da Advocacia-Geral da União precisamente esclareceu que:

O princípio básico que deve nortear as condutas dos agentes públicos no período de eleição está disposto no caput do art. 73 da Lei nº 9.504, de 1997, ou seja, são vedadas “... condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. Cabe alertar que o Tribunal Superior Eleitoral entende que: “a configuração das condutas vedadas prescritas no art. 73 da Lei nº 9.504/97 se dá com a mera prática de atos, desde que esses se subsumam às hipóteses ali elencadas, porque tais condutas, por presunção legal, são tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre os candidatos no pleito eleitoral, sendo desnecessário comprovar-lhes a potencialidade lesiva.” (REsp nº 45.060, Acórdão de 26/09/2013, relatora Ministra Laurita Hilário Vaz). “[...] **A aferição do abuso do poder econômico, político ou do uso indevido dos meios de comunicação social independe do resultado do pleito, devendo ser aferida de acordo com a gravidade da situação revelada pela prova dos autos. [...]**” (Ac. de 7.2.2017 no RO nº 138069, rel. Min. Henrique Neves da Silva.) Assim, **as condutas vedadas dispensam comprovação de dolo ou culpa do agente, sendo cláusulas de responsabilidade objetiva. Torna-se, portanto, desnecessária a análise da**

potencialidade lesiva para influenciar o pleito (Respe TSE nº 38704, rel. Min. Edson Fachin de 13.8.2019 e Agravo de Instrumento TSE nº 5747, rel. Min. Edson Fachin de 07/02/2020). Conforme o Tribunal Superior Eleitoral, “**As condutas vedadas (Lei das Eleições, art. 73) constituem-se em espécie do gênero abuso de autoridade. Afastado este, considerados os mesmos fatos, resultam afastadas aquelas. O fato considerado como conduta vedada (Lei das Eleições, art. 73) pode ser apreciado como abuso do poder de autoridade para gerar a inelegibilidade do art. 22 da Lei Complementar no 64/90. O abuso do poder de autoridade é condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição da República.**” (ARO nº 718, Acórdão de 24/05/2005, relator Ministro Luiz Carlos Madeira). **De acordo com o art. 74 da Lei 9.504/1997, configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.**

[...]

Agora, cabe lembrar que a exigência da potencialidade lesiva da conduta para a configuração do abuso do poder de autoridade, previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990, objeto de reiteradas decisões do Tribunal Superior Eleitoral, não mais prevalece em virtude da inclusão do inciso XVI ao art. 22 da Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/1990), pela Lei Complementar nº 135, de 2010, dispondo que “**para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam**”. Não é por outra razão que o TSE decidiu recentemente que “**para configurar a prática de abuso de poder é necessária a comprovação da gravidade dos fatos, e não sua potencialidade para alterar o resultado da eleição, isto é, deve-se levar em conta o critério qualitativo - a aptidão da conduta para influenciar a vontade livre do eleitor e desequilibrar a disputa entre os candidatos -, e não o quantitativo, qual seja a eventual diferença de votos entre o candidato eleito para determinado cargo e os não eleitos.**[...]” (Ac de 5.2.2019 no REspe nº 114, rel. Min. Admar Gonzaga) no mesmo sentido o Ac de 5.12.2017 no AgR-RO nº 804483, rel. Min. Jorge Mussi.) (grifou-se)

Portanto, não apenas os requisitos para contratação direta constantes seja da Lei nº 8.666/1993, quanto da Lei nº 14.133/2021, dependendo do microsistema jurídico que vai fundamentar o processo de contratação direta, devem ser considerados, mas também, as leis específicas que tratem do tema devem ser levadas em consideração para que o agente público não seja responsabilizado por ato praticado com fundamento nesse tipo de contratação.

4. VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTAS

4.1. AS DISTINTAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO ESTADO

Neste tópico específico, após serem apresentadas as balizas legalmente existentes de observância obrigatória por parte do ente contratante tanto na nova lei de licitações e contratos, quanto na lei das eleições, para que a contratação direta com fundamento no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, seja realizada conforme a lei passa-se a

discorrer sobre a possibilidade de o poder judiciário fazer o controle do ato de contratação direta de artistas.

Sobre o tema funções - poderes, atividades - desempenhadas pelo Estado tem-se na **função administrativa** a aplicação da legislação ao caso concreto, no qual a Administração seria uma das partes interessadas, enquanto responsável pela tutela do interesse público.

Relacionada à **função judicial** o pressuposto para que ela se manifeste é a existência de um conflito de interesses para que o Estado-juiz possa atuar como um terceiro imparcial e inerte (isso se deve ao fato de sua atuação ser apenas após a provocação daqueles que tiverem interesse no conflito), o qual irá dizer que direito deverá ser aplicado ao caso concreto.

Quanto à **função legislativa** diz respeito à “fixação em lei, da vontade dos representantes do povo, prescrevendo comandos jurídicos em termos gerais e abstratos, aplicáveis a todos os cidadãos de uma determinada comunidade política.”¹⁵

De todo modo, o que se nota é que para cada poder (estruturas orgânicas distintas e separadas, no âmbito do Estado) foi atribuída uma função pública.

Dessa maneira, ao Poder Executivo foi dado o exercício das funções administrativas e de governo, ao Poder Legislativo a função legislativa e ao Poder Judiciário a função judicial.

Entretanto, o exercício das funções acima mencionadas pode se dar de forma típica e atípica (não exclusiva) por cada poder, visto que, também, os poderes Legislativo e Judiciário, por exemplo, exercem a função administrativa (o legislativo quando define sua organização, prover cargos, concede licença, férias etc. para seus servidores e o judiciário quando concede férias, licença para os magistrados e serventuários, prove cargos de magistrados, entre outras de acordo com o disposto no artigo 96, inciso I, alíneas “b”, “c”, “d” e “f” da Constituição Federal).

Também o executivo vai exercer a função legislativa quando edita Medidas Provisórias e as Leis Delegadas (artigos 62 e 68 da Constituição Federal), e a função jurisdicional quando estiver no exercício do contencioso administrativo.

¹⁵ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**. Páginas 20-21. Texto adotado no curso de pós-graduação à distância da Universidade de Brasília em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

O legislativo passa a exercer a função jurisdicional quando o Senado faz o julgamento dos crimes de responsabilidade (artigo 52, incisos I e II, da Constituição Federal).

Por fim, o judiciário irá exercer a função legislativa quando elabora o regimento interno de cada um dos tribunais (artigo 96, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal).

Ademais, o Poder Legislativo também acaba por participar da função de governo quando fixa atos legislativos, tais como: Lei do Plano Plurianual, LDO e LOA.

Lembrando que os Tribunais de Contas e Ministérios Públicos se encontram fora dos demais poderes, mas, nem por isso deixam, por exemplo, de exercer a função administrativa.

Por outro lado, para evitar o exercício desmesurado e descontrolado pelas funções de Estado foi criado o mecanismo do *checks and balances* (direito constitucional americano), ou seja, uma forma de um poder interferir sobre o outro para evitar abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nessa senda, o Poder Executivo, interfere na atividade legislativa pelos institutos da sanção e do veto (artigo 66 da Constituição Federal) e na atividade judicante por meio da indicação e da nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores também (artigo 84, inciso XIV, da Constituição Federal).

Já o Poder Legislativo é quem irá deter poderes de investigação (CPIs) e análise dos aspectos financeiros e orçamentários.

Por fim, o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Nessa perspectiva, os atos administrativos em regra são considerados legítimos, ou seja, produzirão efeitos desde a sua criação em decorrência de sua presunção de legitimidade, portanto, pode-se dizer que possuem autoexecutoriedade.

Todavia, defeitos na criação dos atos podem levar à necessidade de seu desfazimento ou de sua correção. O ato, então, deverá ser anulado quando existente alguma ilegalidade em sua formação, posto que atos contrários à lei não podem permanecer no ordenamento jurídico.

A própria Administração Pública pode declarar que o ato é nulo exercitando o que se chama de autotutela, presente no texto da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal¹⁶. Também ao judiciário a Constituição Federal permitiu o controle do ato administrativo.

¹⁶ A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nesse prumo, no Brasil é adotado o sistema de jurisdição única, então, o Poder Judiciário decide exclusivamente de forma definitiva todo e qualquer litígio sobre a adequada aplicação do direito ao caso concreto, por isso tem o monopólio da função jurisdicional isso independentemente de quem sejam os litigantes ou a relação jurídica controvertida, lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, aponta que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que se denominou princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Nesse contexto, forçoso reconhecer que o Poder Judiciário irá controlar a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública estando contido nesse controle a verificação por parte do Poder Judiciário da observância pela Administração Pública do princípio da legalidade, que resulta na obrigatoriedade de que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”¹⁷ Até mesmo em homenagem ao Estado Democrático de Direito. (artigo 5º, inciso II, artigo 37, *caput* e artigo 150, todos da Constituição Federal).

José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ retratou de maneira elucidativa a separação das funções do Estado no trecho abaixo citado:

Não custa lembrar, por último, que na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei. (grifou-se)

Dito isso, resta a seguinte indagação: se a Administração Pública considerada as diversas opções existentes depois de ter realizado apreciação subjetiva dentro dos parâmetros exigidos pela lei e respeitado o interesse público escolheu emitir determinado ato administrativo poderia existir invasão por parte do Poder Judiciário de aspectos relacionados com a oportunidade e a conveniência desse ato administrativo, o chamado mérito administrativo?

Para Eduardo Jordão¹⁹:

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição. Página 16.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição. Página 17.

¹⁹ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016. Página 37.

‘Controle’ é a atividade de verificação de conformidade de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico. No caso do controle judicial da administração pública, a coisa controlada corresponde a uma ação de uma autoridade administrativa. **O parâmetro específico do controle judicial é o Direito. E o responsável pelo controle é um juiz (atuando monocraticamente) ou um grupo de juízes.** (grifou-se)

O ato administrativo pode ser considerado discricionário quando o objeto permite “ao agente traçar as linhas que limitam o conteúdo de seu ato, mediante a avaliação dos elementos que constituem critérios administrativos.”²⁰, então, adotando essa compreensão passa a existir uma linha tênue relacionada à possibilidade ou não de controle desse tipo de ato. Levando em conta o princípio da inafastabilidade da Jurisdição poder-se-ia facilmente chegar à conclusão de que também o ato discricionário deve ser submetido à apreciação judicial.

Certamente o Poder Judiciário pode apreciar os motivos, os aspectos de legalidade e verificar se os limites da discricionariedade não foram ultrapassados, já que estão limitados ao que previsto na lei, se não existiu, portanto, desvio de finalidade com a prática do ato, se esse ato não pode ser considerado ilegal. Sobre esse último aspecto importante considerar também a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual “o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade.”²¹

Existe, ainda, ato vinculado, que é aquele que possui seus elementos definidos em lei, para esse ato o judiciário sempre poderá examinar a conformidade do ato com a lei, tendo em vista que, como visto, há o direito à proteção jurisdicional quando há ruptura da legalidade.

É importante lembrar, também, que cabe à Administração Pública atuar de acordo com a lei não impondo limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que exista autorização legal.

Restaria, então, a necessidade de investigar se há possibilidade de o Tribunal de Contas fazer o controle do ato administrativo de contratação direta com fundamento no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021? Considerando que a Constituição Federal atribuiu a este Tribunal o controle financeiro, logo, da receita e despesa pública, gestão de recursos, cabe a ele impedir atividades que gerem malversação de recursos públicos

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição. Página 96.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição. Página 103.

podendo sim fazer o controle do ato, o que pode ocorrer, por exemplo, por meio de denúncia ou representação (artigos 234 e 235 do Regimento Interno do TCU).

Trechos dos ensinamentos do professor Felipe Boselli demonstram bem como seria a aplicação da hipótese encontrada no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, dentro da legalidade que se espera:

Em suma, independentemente do texto dado pelo legislador na redação dos incisos e parágrafos do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, **é imperativo que se demonstre, de fato, para aquele caso concreto, que não é possível realizar a licitação, para que então seja legal a contratação direta por inexigibilidade.**

Demonstrada essa inviabilidade, a escolha do artista, desde que devidamente justificável, passa a compor o espectro da discricionariedade do gestor e não poderia, salvo demonstração da mais clara dissonância com os princípios que regem a Administração Pública, ser questionada pelos órgãos de controle.²² (grifamos)

Tomando como exemplo, então, a suspensão de liminar e de sentença nº 3123 - BA (2022/0172196-7) julgada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, a qual, segundo o sítio eletrônico do referido Tribunal:

“O Ministério Público do Estado da Bahia pontua que ajuizou a Ação Civil Pública n. 8000490-47.2022.8.05.0276 contra o Município de Teolândia, destacando que a demanda visa “impedir a realização das comemorações da XVI Festa da Banana, notadamente, diante da desproporcionalidade entre os custos dos festejos com a situação econômica e financeira do referido Município” (fl. 5).

Analisando os documentos anexados no corpo na petição inicial, **verifico que apenas nos meses de dezembro de 2021 a fevereiro de 2022, o Município réu foi agraciado com cerca um milhão e meio de reais oriundos do Governo Federal para atuação emergencial em socorro à população afetada.**

Não obstante a esta situação dramática, segundo verifico dos documentos anexados, no mês de maio de 2022 foram publicados no diário oficial a contratação de artistas e prestadores de serviços para a realização do evento conhecido na região como Festa da Banana que, este ano, estaria em sua XVI edição.

Apenas em um olhar superficial sobre as publicações colacionadas a estes autos, os custos se aproximam dos dois milhões de reais, excluídos desta aritmética os diversos contratos de impossível análise em razão da dificuldade de localização da imprensa oficial.

Não há, de fato, proporcionalidade entre a condição financeira do município, suas prioridades em termos de serviços públicos e o gasto despendido com o evento, ainda que se considere muito relevante a realização de eventos culturais pelo País. Essa, inclusive, foi a mesma razão que levou esta presidência a decidir de maneira idêntica na SLS 3.099” (grifou-se)

Vislumbra-se a partir desse julgado quatro cenários possíveis podendo ser resumidos a seguir: 1) para o Ministério Público a desproporcionalidade entre os custos dos festejos com a situação econômica e financeira do referido Município justifica a não contratação do artista para a realização da festa da banana; 2) para o Ministro relator o Município réu foi agraciado com cerca um milhão e meio de reais oriundos do Governo Federal para

²² FORTINI, Cristiana. LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. CAMARÃO, Tatiana. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Página 68.

atuação emergencial em socorro à população afetada e não para contratação direta de artistas; 3) há contratos que possivelmente não foram publicados, visto que não localizados na imprensa oficial; 4) o Ministro relator conclui no sentido de que não há proporcionalidade entre a condição financeira do município, suas prioridades em termos de serviços públicos e o gasto despendido com o evento.

Considerando toda exposição até este momento externada tem-se em relação às primeira e quarta circunstâncias que a linha adotada foi no sentido de controlar o ato de dispêndio de recursos com a contratação do artista tendo como parâmetro a situação orçamentária do Município, o que conforme discorrido linhas acima quando tratamos das funções de Estado compete ao Poder Executivo e Legislativo exercer por meio da lei orçamentária.

O que se quer dizer, em última análise é que estando previsto no orçamento do Município verba destinada à realização da Festa da Banana, a qual, diga-se de passagem, estaria na sua XVI edição, assim, podendo ser considerada como festa cultural que já faz parte do calendário anual do Município envolvido, resultando em ganho não apenas cultural, mas financeiro para o Município, não haveria razão de ser para que houvesse controle judicial desse ato.

Outro entendimento, no entanto, se apresenta para o segundo e terceiro caso, assim, se houve a transferência de recursos do governo federal para o Município para que fossem utilizados para uma finalidade específica “atuação emergencial em socorro à população afetada” esse ato é considerado vinculado e não pode sofrer desvio de finalidade, então, havendo esse desvio cabe controle do ato pelo Poder judiciário.

Em relação ao terceiro cenário depois do que foi amplamente discutido neste artigo sobre os requisitos necessários para que a contratação direta de artistas seja formalizada respeitando a legalidade, tem-se que a publicação do ato não só é exigência legal, o que torna o ato vinculado, bem como é com ela que o ato se revestirá de eficácia, ou seja, estará apto a produção de efeitos, logo, não sendo respeitado os requisitos exigidos legalmente seja pela lei de licitações, seja pela lei das eleições, cabe também controle desse ato pelo Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Muito se discute sobre a possibilidade de controle judicial do ato administrativo e na seara das contratações públicas ainda mais relevante se torna esse tema, já que é um ambiente revestido de relevante atuação administrativa.

Considerando a possibilidade já existente no microsistema jurídico da Lei nº 8.666/1993 e também no da Lei nº 14.133/2021 para contratação direta de artistas, logo, sem a realização do procedimento licitatório, o tema passa a ter importância fundamental, principalmente, em ano eleitoral.

Adotado no Brasil o sistema de jurisdição única e pela Constituição Federal o mandamento expresso pela inafastabilidade da jurisdição se torna inquietante delimitar como compatibilizar as funções que devem ser exercidas por cada poder e os atos que a eles cabem ser emitidos com o controle que deve ser feito pelo Poder Judiciário.

Como asseverado nas linhas que compõem este artigo como regra geral o controle do ato administrativo sempre deverá existir, seja no ato vinculado, seja no ato discricionário, em decorrência do princípio da legalidade, ocorre que nesse último considerada as funções do Estado e sua característica peculiar de ser dotado de conveniência e oportunidade, que devem ser levadas em consideração para o motivo externado pelo agente da Administração Pública quando da criação do ato deverá existir parcimônia no controle a ser realizado do ato emitido para que seja feito respeitando as balizas legalmente traçadas, que devem também ser observadas na atividade administrativa.

Na contratação direta de artistas observadas as exigências da Lei geral de licitações e das leis específicas como a lei das eleições realizado controle judicial das funções que cabe exclusivamente ao Poder Executivo realizar não se mostra consentâneo com o sistema jurídico atualmente existente.

Fiquemos aqui com John Ely Hart²³ para quem “O interpretacionista toma seus valores diretamente da Constituição e essa foi avaliada e ratificada pelo povo esses valores vêm do povo. O povo controla a si mesmo através da Constituição. ” Ainda, o “Problema central do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi

²³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Editora: Martins Fontes. São Paulo. 2010.

eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. ”

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito**. Páginas 20-21. Texto adotado no curso de pós-graduação à distância da Universidade de Brasília em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2022. 36ª edição.

FORTINI, Cristiana. LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Contratação Direta sem Licitação**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 11ª ed.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.

SARAI, Leandro (org). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos**, São Paulo: JusPodivm, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 12ª. Ed. São Paulo. Ed. Juspodivm, 2021.