PARECER Nº 186/2024-PROJUR

Ref.: PI-CPL-004/2024-PMBB
Processo nº: 2024.0618-001/SEMAP
Interessada: Comissão Permanente de Licitação

ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE LICITAÇÃO. SHOW. JOELMA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 74, INCISO II, DA LEI Nº 14.133/2021. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA APRESENTAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO CONSAGRADO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE JURIDICA

I. RELATÓRIO

O Agente de contratação do município de Breu Branco/PA solicitou desta Assessoria Jurídica a emissão de Parecer acerca da possibilidade jurídica e legalidade do procedimento de Inexigibilidade de Licitação e da Minuta de Contrato Administrativo, que tem como objeto a contratação da empresa **J MUSIC EDITORA E PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA**., objetivando a realização de apresentação da artista "JOELMA", com a turnê "**ISSO É CALYPSO**", na cidade de Breu Branco/PA, nos termos do artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021. conforme especificações contidas nos presentes autos.

Importante salientar ainda que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, o qual trás elementos que comprovam a natureza singular da atividade envolvida, a necessidade e as justificativas atinentes à contratação em questão.

Aos autos, foram juntados os seguintes documentos:

a) Documento de Formalização da Demanda;

b) Estudo Técnico Preliminar,

c) Proposta Comercial;

d) Documentos comprobatórios acerca da consagração da artista pela crítica especializada e pela opinião pública;

e) Contrato de Exclusividade;

f) Documentos de habilitação da empresa;

g) Previsão de recursos orçamentários compatíveis com o objeto;

h) Justificativa e Autorização da Autoridade Competente

Os autos, depois de percorrerem os caminhos necessários, vieram a esta Assessoria Jurídica para atender ao disposto no artigo 72, inciso III, da Lei nº 14.133/2021.

É o breve relatório.

II. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente, cumpre salientar que os Pareceres Jurídicos são atos pelo qual os órgãos consultivos da Administração verificam a legalidade do procedimento, do ponto de vista jurídico-formal, ocasião em que emitem opiniões sobre assuntos técnicos de sua competência, de tal forma que visam elucidar, informar ou sugerir providências administrativas nos atos praticados pela Administração.

Nesse diapasão, foi apresentada a justificativa para a realização da contratação em epígrafe, através do Documento de Formalização da Demanda encaminhado pelo Secretário de Cultura e Turismo.

Quanto à justificativa, esclarecemos que não compete ao órgão jurídico adentrar o mérito - oportunidade e conveniência - das opções do Administrador, exceto em caso de afronta aos preceitos legais. O papel do Órgão Jurídico é recomendar que a justificativa seja a mais completa possível, orientando o Órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para eventuais questionamentos.

Ademais, quanto às especificações técnicas contidas no presente processo, presume-se que suas características, requisitos e avaliação do preço de mercado, tenham sido regularmente determinados pelo setor competente dos órgãos, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Desse modo, registra-se que a análise aqui empreendida se circunscreve aos aspectos legais envolvidos no procedimento trazido a exame, não cabendo a esta unidade jurídica adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação ao interesse público, tendo observado todos os requisitos legalmente impostos.

III. NATUREZA JURÍDICA DO PARECER

Como é cediço, o Parecer Jurídico possui natureza de orientação obrigatória, mas de conclusão meramente opinativa, de modo que as orientações apresentadas não vinculam o gestor público que, de forma justificada, pode adotar orientação contrária ou diversa da emanada por esta Assessoria Jurídica.

Tal entendimento decorre do fato de que a responsabilidade sobre os atos do processo é atribuída ao seu respectivo subscritor, restando à assessoria jurídica do órgão, a análise da questão sob o prisma da juridicidade, tão somente.

Portanto, conclui-se que o Parecer jurídico é ato formal opinativo exarado em prol da segurança jurídica do órgão assessorado, a quem incumbe tomar a decisão final dentro da margem de discricionariedade conferida pela Lei.

IV. ANÁLISE JURÍDICA DO PROCEDIMENTO

A Lei nº 14.133/2021 ratificou o entendimento de que as contratações efetuadas pelo Poder Público devem, em regra, ser precedidas de Licitação, conforme preconizado pelo artigo 37, inciso XXI, da CF/88, o qual delineou e fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, in verbis:

> *Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos o da União, dos Estados, dos Municipios obedecerá aos principios da 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.*

Assim, em regra geral, todas as unidades da Federação Brasileira e seus Poderes sujeitam-se a obrigatoriedade de licitar, sendo que este dever de licitar possui viés constitucional, salvo nos casos e exceções previstos na legislação em vigor.

Sobre este assunto, a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre as quais encontramos as hipóteses em que as contratações realizadas pela Administração Pública, por intermédio de processo administrativo adequado, não serão precedidas de processos licitatórios. Tais exceções normativas, as quais denominam-se “Inexigibilidade de Licitação” e “Dispensa de Licitação”, encontram resguardo jurídico nas hipóteses definidas, respectivamente, pelos artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021.

Destarte, a inexigibilidade de licitação, via de regra, decorre da inviabilidade de competição. Essa inviabilidade decorrerá nas seguintes situações: (a) soluções comercializadas com exclusividade (inviabilidade absoluta de competição); (b) singularidade do objeto, de modo que, apesar de existir uma pluralidade de potenciais executores/fornecedores, não é possível definir critérios objetivos de comparação e julgamento de propostas (inviabilidade relativa de competição; (c) credenciamento, quando a necessidade da Administração não puder ser satisfeita por meio da contratação de um ou de um número certo de particulares, mas, pelo contrário, exige/pressupõe como alternativa mais eficiente a contratação do maior número de interessados aptos a atende-la.

Dentro do cenário fático presente no caso concreto, observa-se que a presente inexigibilidade de licitação ocorre no contexto de inviabilidade absoluta de competição, estando presente o permissivo legal que autoriza a Administração Pública realizar a contratação direta de profissional do setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, nos termos do artigo 74, inciso II, da Lei nº 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;*

Vale destacar ainda, em consonância ao todo mencionado, os ensinamentos bastante precisos de Hely Lopes Meirelles, senão vejamos:

> *[...] a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.*

Do mesmo modo, para a perfeita subsunção do caso concreto à hipótese legal autorizadora da contratação direta, é mister o preenchimento e a conjugação de alguns requisitos objetivos, quais sejam: 1) a existência de inviabilidade de competição; 2) que o objeto da contratação seja a prestação de serviço por um artista profissional; 3) que a contratação seja feita diretamente ou mediante empresário que detenha exclusividade do artista; e 4) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Sobre este último, vem à baila os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, conforme segue:

> *"Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. 0 profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável a regularidade da contratação. (...)*
> *A contratação ou é feita diretamente com o artista ou com o seu empresário exclusivo, corno tal entendendo-se o profissional ou agência que intermedia, com caráter de exclusividade, o trabalho de determinado artista. (...)*
>
> *E óbvio que não se pretende que o agente faça juntar centenas de recortes de jornal, por exemplo, sobre o artista, mas que indique sucintamente porque se convenceu do atendimento desse requisito para promover a contratação direta, como citar o número de discos gravados, de obras de arte importantes, referência a dois ou três famosos eventos".*

Assim sendo, a contratação de artista visa prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização de certame licitatório, o que implica dizer que o gestor não poderá realizar contratações arbitrárias impondo suas preferências. Além do mais, assevera-se que para a legalidade da contratação

fundada nesta hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, devem ser devidamente observados e preenchidos todos os requisitos e formalidades legais, sobre as quais passamos a tecer análise pormenorizada.

V. DOS PRESSUPOSTOS/REQUISITOS ESPECÍFICOS

Analisando o teor do artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, encontramos os seguintes requisitos e condicionantes para formalizar a contratação direta, de caráter cumulativo: I) contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo; II) demonstração de consagração do artista perante a crítica especializada ou pela opinião pública.

Com relação ao requisito referente à contratação ser realizada diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo, sendo esta segunda hipótese a mais comum, a legislação vigente estabeleceu algumas exigências no §2º do artigo 74, da Lei nº 14.133/2021, conforme segue:

> Art. 74 [...]
>
> § 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Conforme se observa, a primeira exigência é a existência de contrato, declaração, carta ou outro documento que demonstre a relação de exclusividade permanente e contínua entre o empresário e o profissional, ou seja, a exclusividade deverá ser comprovadamente não eventual, a fim de diminuir o risco de uma intermediação irregular por parte do dito empresário.

Já a segunda condição é a de que a exclusividade, permanente e contínua, poderá limitar-se ao território nacional – um único empresário exclusivo no Brasil, com quem a Administração Pública contratará – ou a um território estadual específico – o empresário específico da Unidade Federativa em que se localiza o ente público contratante–, nunca a um território municipal ou a um conjunto de municípios.

Por fim, a terceira e última exigência é a de que o documento que demonstre a exclusividade permanente e contínua não se restrinja a um evento ou a um local específico, o que inclui ainda datas específicas, caracterizando a eventualidade irregular da relação entre o empresário e o artista. É importante compreender que tal exigência busca proteger o erário público e impedir que intermediadores onerem ainda mais a contratação direta. Nessa linha, colacionamos a tese firmada no Acórdão nº 4.714/2018 – 2ª Câmara TCU, Rel. Min Marcos Bemquerer: “O contrato não firmado diretamente com o artista ou ajustado mediante empresário não exclusivo desatende o dispositivo precipitado, porquanto permite que

intermediários tornem a contratação mais onerosa ao erário"

Com relação ao requisito atinente a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, a mera leitura do dispositivo legal permite inferir que o legislador optou por exigir uma ou outra condicionante, não sendo necessário a exigência de ambas cumulativamente no caso concreto.

Dito isso, cabe esclarecer que a consagração pela crítica especializada é evidenciada por meio da manifestação de autores ou veículos renomados sobre o produto artístico que se pretende contratar via Inexigibilidade de Licitação. Essa manifestação, por óbvio, não consiste apenas na menção a apresentações, pois crítico é aquele que escreve ou comenta arte, analisando seus vários parâmetros de qualidade. Por outro lado, a consagração do artista pela opinião pública, há a recomendação de que sua comprovação pode ocorrer através de recortes de jornal e revistas, entrevistas e quaisquer outros materiais que possuam o condão de provar a popularidade do futuro contratado.

Nesta seara, o alto grau de subjetividade da caracterização do requisito de consagração do artista impõe uma dificuldade natural para o gestor público. Para tanto, com o intuito de conferir a mínima objetividade na caracterização, pode-se entender que artista consagrado é aquele que detém certo sucesso passível de ser documentado, com a divulgação de CD, DVD, músicas autorais, shows e matérias jornalísticas, dentre outros que permitam inferir que o profissional é aclamado pela opinião pública. Nesse sentido, o TJMG decidiu: ""(...)embora a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública envolva certos traços de subjetividade, impõe-se o seu reconhecimento quando amparada por documentos, recortes jornalísticos e demais elementos de prova (...). (TJ-MG - AC: 10000191695345001 MG, 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/04/2021)".

Cabe destacar ainda sobre esse tema a disposição trazida pelo Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União, o qual registra que, nessa hipótese, a competição torna-se inviável pela dificuldade ou impossibilidade de estabelecimento de comparação objetiva entre os profissionais passíveis de serem contratados, salientando ainda que a inexigibilidade só é aplicável para contratar artistas singulares, consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Não obstante a discricionariedade do gestor público nos casos de contratação direta, não se pode confundi-la com a arbitrariedade, haja vista que a Administração Pública, em todos os seus atos, deve obediência ao princípio constitucional da legalidade, de modo que, para o caso em questão, apesar de haver notável discricionariedade na escolha dos artistas/bandas a serem contratados, há a necessidade de comprovação desses requisitos acima especificados, o que se entende, para o presente caso, preenchidos através dos documentos que instruem o procedimento, vinculado ao Estudo Técnico Preliminar, documentos e justificativas, dentre outros.

Seguindo a análise dos pressupostos obrigatórios relacionados à presente

contratação, no que tange a justificativa do preço proposto, citamos o disposto no artigo 23, §4º da Lei nº 14.133/2021, que versa sobre o valor previamente estimado para as contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa. Transcrevemos:

> *Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto. (...)*
>
> *§ 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. (grifo nosso)*

Destaca-se, portanto, que o parâmetro de preço a ser utilizado deve ser o praticado pelo próprio prestador do serviço a ser contratado, haja vista que são as características individuais do artista que justificam sua contratação por meio de inexigibilidade de licitação, sendo inadequado o comparativo de preços com outros profissionais, ainda que do mesmo ramo artístico. Esta posição é amparada pela doutrina, a qual recorremos novamente a Jorge Ulysses Jacoby Fernandes:

> *"É comum que determinadas contratações que recaem sobre objetos singulares encontrem nessa justificativa declarações evasivas. Mesmo os objetos de natureza singular têm um preço estimado no âmbito da razoabilidade, e, para ilustrar, basta lembrar que os leilões para objetos de arte iniciam-se com uma avaliação prévia e fixação de um lance mínimo. Todos os bens e atividades humanas possuem um valor que pode ser traduzido em moeda, pois, se não tiverem valor econômico, não podem ser objeto de contrato. Um possível parâmetro é verificar o preço que o notório especialista cobra de outros órgãos para realizar idêntico ou assemelhado. Essa verificação pode ser feita pelas publicações no Diário Oficial de inexigibilidade ou pelas cópias de recibo fornecidas pelo agente a ser contratado*

Tal entendimento foi confirmado pela AGU, que formulou a Orientação Normativa nº 17, na qual entende-se que a justificativa do preço nas contratações por inexigibilidade de licitação requer a demonstração de equivalência do valor a ser cobrado da Administração com os valores praticados pela contratada em outros ajustes que contemplem o mesmo objeto ou objeto similar, senão vejamos:

> *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."*

Portanto, no que tange aos valores da contratação, é indispensável que a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação seja realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas, pressuposto esse que foi perfeitamente obedecido, conforme se comprova na documentação juntada aos autos.

Por seu turno, a Lei nº 14.133/2021 trouxe, além daqueles previstos no inciso II e §2º do artigo 74, outros requisitos para a realização do procedimento de Inexigibilidade de Licitação, os quais estão elencados no seu artigo 72, senão vejamos:

> Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:
> I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
> II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
> III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
> IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
> V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
> VI - razão da escolha do contratado;
> VII - justificativa de preço;
> VIII - autorização da autoridade competente.
>
> Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

In casu, foram acostados aos autos, Documento de Formalização da Demanda; Estudo Técnico Preliminar; Justificativa e Autorização da Autoridade Competente; estimativa de despesa verificada pelo setor competente através de notas fiscais apresentada pelo fornecedor; a compatibilidade orçamentária com indicação da dotação para assumir o compromisso; a justificativa do fornecedor e do preço com a comprovação dos requisitos de habilitação e qualificação necessária para execução do objeto e; a Minuta de Contrato Administrativo.

Vale destacar, ainda, que é indispensável ao procedimento conferir a devida publicidade, incluída a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição indispensável para a eficácia do contrato, devendo ocorrer no prazo de 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta, atendendo as exigências ali dispostas.

Em vista disso, atestado pela presença dos requisitos legais exigidos pelo artigo 72 e artigo 74, II e §2º, todos da Lei 14.133/2021, entende-se que existe a possibilidade jurídica para a realização da presente contratação direta por Inexigibilidade de Licitação, em obediência ao regramento legal.

VI. MINUTA DO CONTRATO

Na celebração dos contratos administrativos devem ser observados e respeitados os princípios administrativos, sendo importante frisar que visam alcançar um fim útil para a coletividade, o que implica dizer que diante de um conflito entre os interesses do particular contratado e da Administração Pública contratante prevalecerá os interesses deste último. Tal entendimento impõe que a redação dos instrumentos contratuais siga parâmetros

e regras definidas pelo Ordenamento Jurídico vigente.

Quanto a Minuta de Contrato Administrativo, após análise, concluímos pela sua aprovação, tendo em vista que suas cláusulas guardam conformidade com os artigos 92 e seguintes, da Lei nº 14.133/2021, encontrando-se livre de quaisquer vícios que gerem nulidade do ato, não ocorrendo, deste modo, nenhuma transgressão à legalidade administrativa.

Nesse diapasão, verificamos que a minuta contratual apresentada reflete o modelo padrão disponibilizado no sítio eletrônico da AGU e, portanto, encontra-se em conformidade com as exigências legais.

VII. CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise do caso em tela, sob o prisma eminentemente jurídico/formal, esta Assessoria Jurídica entende ser possível a utilização do procedimento de Inexigibilidade de Licitação para proceder a contratação da empresa **J MUSIC EDITORA E PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA.**, objetivando a realização de apresentação da artista *"JOELMA"*, com a turnê *"ISSO É CALYPSO"*, nos termos do artigo 74, inciso II, da Lei 14.133/2021.

Quanto a Minuta de Contrato Administrativo, após análise, concluímos pela sua aprovação, tendo em vista que suas cláusulas guardam conformidade com os artigos 92 e seguintes, da Lei nº 14.133/2021, encontrando-se livre de quaisquer vícios que gerem nulidade do ato, não ocorrendo, deste modo, nenhuma transgressão à legalidade administrativa.

É importante ressaltar que a análise foi realizada sob o prisma estritamente jurídico-formal, não adentrando, portanto, na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, sendo de responsabilidade dos gestores envolvidos as informações prestadas, sobretudo a que declara a necessidade e as justificativas da contratação, com base nas quais esta análise jurídica foi realizada.

É o parecer, que submetemos à superior consideração superior.

Breu Branco/PA, 20 de junho de 2024.

CLAUDIO VALLE CARVALHO MAFRA DE SA:01224982673

Assinado de forma digital por CLAUDIO VALLE CARVALHO MAFRA DE SA:01224982673
Dados: 2024.06.20 10:57:05 -03'00'

CLAUDIO VALLE CARVALHO MAFRA DE SÁ
Procurador Geral do Município
Port.765/2021-GP
OAB/PA 17.119ª