PARECER JURÍDICO Nº 01.25.001/2024

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº Nº 001/2024 – INEX/SEMAD

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2024/001.001 SECULT/PMM

ÓRGÃOS INTERESSADOS: SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO – SEMAD/SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA - SECULT

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 74, II III DA LEI N. º 14.133/21. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA APRESENTAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO CONSAGRADO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA.

I - DO RELATÓRIO

Veio o encaminhamento pela Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Marituba-PA, para fins de análise da viabilidade da "Contratação de empresa especializada na prestação de serviços artísticos, com a apresentação da Cantora MANU BAHTIDÃO, para show musical em comemoração ao encerramento do CarnaMarituba 2024, a realizar-se no município de Marituba/PA", à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Considerando a atividade de natureza singular, demanda-se a modalidade de inexigibilidade de licitação, fundamentada no inciso II, do artigo 74 da Lei Federal nº 14.133/21, para análise e emissão de parecer técnico jurídico, considerando a necessidade e as justificativas apresentadas pela análise de documentação e pelo procedimento licitatório.

O processo está instruído com os seguintes documentos, dentre outros:

1) Documento de Formalização de Demanda – DFD assinado pelo Diretor Geral de Cultura;
2) Estudo Técnico Preliminar – ETP assinado pelo Diretor Geral de Cultura e pela Secretária de Cultura;
3) Proposta Comercial;
4) Material demonstrando a consagração do artista pela crítica opinião pública;
5) Contrato de Exclusividade;
6) Documentos de habilitação da empresa;

7) Termo de Referência assinado pela Secretaria de Cultura
8) Dotação Orçamentária;
9) Justificativa;
10) Autorização;
11) Minuta do Contrato;

É o breve relatório.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

Ressalta-se que o exame dos presentes autos se restringe aos aspectos jurídicos, excluídos aqueles de natureza técnica. 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.

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 do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

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. Excluindo-se os aspectos técnicos e econômicos do procedimento, passemos, estritamente, a análise dos aspectos jurídicos do presente processo licitatório.

É importante observarmos que as contratações efetuadas pelo Poder Público devem, em regra, ser precedidas de licitação. Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXI, do art. 37, delineando e fixando a licitação como princípio básico a ser observado por toda Administração Pública, *in verbis*:

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

Percebe-se, portanto, que o dever de licitar possui viés constitucional. Esta obrigação significa não apenas aceitar o caráter compulsório da licitação em geral, mas também respeitar a modalidade já definida para a espécie de contratação a ser buscada.

Acontece que a própria Constituição da República, como sobredito, delega às legislações infraconstitucionais o possível modo de operar, dentre eles as hipóteses em que as contratações da Administração Pública não serão precedidas de processos licitatórios, o que não dispensa um processo administrativo, ressalta-se.

Essas exceções normativas denominam-se dispensa e inexigibilidade de licitação, limitadas aos casos definidos nos artigos. 74 e 75 da Lei Federal nº 14.133/21, respectivamente.

Dentro do cenário fático é relevante enfatizar que a inexigibilidade de licitação é utilizada em casos que houver inviabilidade de competição, tratando-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar diretamente, ocasião que a lei de licitações estabeleceu hipóteses legais em rol exemplificativo, como podemos observar na letra da lei, ao estabelecer o termo: "em especial", com posterior apresentação de três hipóteses.

Assim, regra geral, é que todas as Unidades da Federação Brasileira e seus Poderes se sujeitam a obrigatoriedade de licitar, salvo nos casos/exceções previstos pela Nova Lei de Licitações (Lei no 14.133/21), estabelecidos, por exemplo, no caso do art. 74, que a Administração Pública está autorizada a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas, com o fornecedor, sem a realização de certame licitatório. *In casu*, a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação de profissional de qualquer setor artístico é perfeitamente legal, conforme preconiza o art. 74, II da Lei n° 14.133/21, 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;"*

Em consonância ao todo mencionado Hely Lopes Meirelles é bastante preciso, 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.*

Por sua vez, a referida inexigibilidade (fundamentada no inciso II, do art. 74, da Lei 14.133/21) condiciona-se ao preenchimento dos seguintes requisitos: inviabilidade de competição; que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional; que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo e que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

E, para tanto, destaca-se os ensinamentos do prof. Jorge Misses Jacoby Fernandes acerca dos citados requisitos, ipsis literis:

> *"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".*

A contratação de artista, por inexigibilidade, visa prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização de certame licitatório. No entanto, caso haja pluralidade de empresários, possível é a competição entre eles, impondo-se a previa licitação.

Portanto, não poderá o gestor realizar contratações arbitrárias impondo suas preferências. Assim, assevera-se que para a legalidade da contratação fundada nesta hipótese de contratação direta por inexigibilidade devem ser devidamente observados e preenchidos todos os requisitos e formalidades legais.

II.I. DOS PRESSUPOSTOS/REQUISITOS ESPECÍFICOS A SEREM OBSERVADOS À CONTRATAÇÃO DIRETA DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE

Analisando o teor do artigo 74, II da Lei nº 14.133/2021, consta-se 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) realização de contratação diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo e a demonstração de consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública.

O requisito referente a contratação por meio de empresário exclusivo ou diretamente com o artista profissional, permite que a Administração Pública busque a contratação pessoal do próprio artista profissional ou, entre em contato e negocie com empresário exclusivo do profissional do setor artístico, sendo esta a situação mais comum. Neste segundo caso, para que seja celebrada a contratação com o empresário do artista, a legislação exige o atendimento de três condições.

A primeira é a existência de "contrato, declaração, carta ou outro documento" que demonstre a permanência e continuidade da relação de exclusividade 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.

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 do estado em que se localiza o ente público contratante–, nunca a um território municipal ou a um conjunto de municípios.

A terceira e última 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.

Importante compreender que este requisito busca proteger o erário público e impedir que intermediadores onerem ainda mais a contratação direta. Nessa linha, o seguinte julgado:

> *"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". (Acórdão nº 4.714/2018 – 2ª Câmara., Relator Min. Marcos Bemquerer).*

Quanto ao requisito "consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública", a presença da conjunção "ou" neste dispositivo, demonstra a desnecessidade de exigir ambas as formas de consagração do artista, bastando apenas que o artista seja consagrado perante a crítica especializada ou opinião pública.

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.

Já em caso de 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.

Nesta seara, o alto grau de subjetividade da caracterização do "artista consagrado" impõe uma dificuldade natural para o gestor público. Contudo, no intuito de definir alguma objetividade na caracterização, pode-se entender que o artista consagrado é aquele que detém certo sucesso passível de ser documentado como divulgação de CD's, DVD's, músicas autorais, shows e matérias jornalísticas.

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, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 08/04/2021, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/04/2021).".

Sobre o tema, o Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União 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. Saliente-se 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 confundir 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.

Diante do caso em tela, entende-se que os requisitos de forma subjetiva estão preenchidos através dos documentos instruídos no procedimento, que está vinculado ao Estudo Técnico Preliminar, documentos e justificativas.

Quanto a justificativa do preço (pesquisa de preços), para esse tipo de contratação, cite-se o que dispõe o §4º do art. 23 da Lei n. 14.133/2021 no tocante às contrações diretas por inexigibilidade de licitação:

> *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.*

Destaca-se 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, conforme se extrai das lições de 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. (nosso grifo)"*

Exatamente nesse sentido se forma a Orientação Normativa n° 17 da AGU:

> *"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." (Alterada pela Portaria AGU n° 572/2011, publicada no DOLt 114.12.2011).*

Com efeito, assim como concluiu a AGU em sua Orientação Normativa n° 17, 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.

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.

Outrossim, quanto a verificação acerca da possibilidade jurídica de se contratar determinada "pessoa", deverá ser realizada por meio de aferição quanto aos requisitos técnicos, jurídicos, habilitatórios e fiscais, elencados em lei. Nesse sentido, no que tange aos processos de contratação direta, a Lei nº 14.133/2021 assim dispõe:

> *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.*

Não obstante, ainda, deve ser apresentada a autorização da autoridade competente para a contratação e realização da despesa por inexigibilidade, a qual deve ser instruída 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).

Diante o exposto, constam dos autos o DFD; ETP; Termo de Referência; 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.

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.

III - DA CONCLUSÃO

Expositis, abstendo-se, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes a conveniência e oportunidade, uma vez procedida a presente análise por esta Assessoria, invocando os princípios básicos norteadores dos atos administrativos, não vislumbramos óbice legal quanto ao processamento da contratação direta com a devida aplicação do permissivo de inexigibilidade de licitação contido no inciso II, do art. 74, da Lei n° 14.133/21, nos termos aqui solicitados, que visa a contratação da empresa M A PRODUÇÃO DE EVENTOS LTDA, CNPJ Nº 35.397.039/0001-79, para a realização de show musical da artista MANU BATHIDÃO, em comemoração ao encerramento do CarnaMarituba 2024, que se realizará no município de Marituba/PA, devendo observar que a decisão de se processar a presente contratação direta, bem como as condições contratuais, deverão ser ratificadas pela autoridade superior, publicando-se, após a celebração do contrato, nos meios exigidos para publicidade.

Quanto à minuta de contrato, consideramos que a mesma reúne os elementos essenciais exigidos pela legislação aplicável à espécie.

É o Parecer, à consideração superior.

Marituba/PA, 25 de janeiro de 2024.

WAGNER TADEU VIEIRA CARNEIRO

Assinado de forma digital por WAGNER TADEU VIEIRA CARNEIRO
Dados: 2024.01.25 15:33:23 -03'00'

WAGNER VIEIRA
Assessor Jurídico