

Parecer Nº. 001/2024

Processo Administrativo Nº926/2024

Modalidade: Inexigibilidade nº 005/2024

Origem: Fundação Municipal de Cultura-FMC

ASSUNTO: **Solicitação de manifestação sobre possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação para de serviço artístico de banda musical.**

I – Do Objeto

Trata-se o presente procedimento de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços artísticos musicais da banda "Calcinha Preta" por sua produtora a empresa **FAZMIDIA PUBLICIDADE E EVENTOS LTDA**, a ser apresentada no Folguedos de Timon 2024, no dia 06 de junho do corrente ano.

II – Relatório

Vieram os autos do processo em epígrafe a esta Assessoria para análise, o que recebemos com o fim de apresentar orientações técnicas à luz da lei nº 14.133/2021.


Verifica-se que nos autos:

1. a solicitação da despesa - SD com a descrição do objeto a ser contratado, informação e declaração orçamentária;
2. termo de referência com justificativa;
3. documentos de habilitação da empresa produtora e demais documentos artísticos da banda;
4. autorização da autoridade superior para abertura do presente processo;
5. solicitação de parecer jurídico;

No caso em análise, vem a Secretaria Municipal de Cultura requerer a contratação em tela, nos termos acima expostos, motivo pelo qual apontam os autos nesta Assessoria Jurídica para análise jurídica, pela Administração Pública à luz da Constituição Federal nos termos da Lei n.º 14.133/2021 e suas alterações.

Estes são os elementos e fatos presentes nos autos. Passemos às considerações legais sobre as contratações dos serviços aludidos pela Administração Pública à luz da Constituição Federal e da Lei n.º 14.133/2021 e suas alterações.

Eis o relatório. Passa-se à análise jurídica.

Proc Nº	926/24
Folha Nº	
Assinatura	

III - Fundamentação

Preliminarmente, cumpre esclarecer que o exame deste órgão de assessoramento jurídico é feito nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

"Art. 53. 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 (...)"

Abstraindo-se os aspectos de conveniência e oportunidade da contratação em si. Nada obstante, recomenda-se que a área responsável atente sempre para o princípio da impessoalidade, que deve nortear as compras e contratações realizadas pela Administração Pública, ainda com mais rigidez em se tratando de contratação direta, exceção à regra da licitação. Dito isso, passa-se a análise do processo.

Inicialmente, revela salientar que, em se tratando por parte da Administração Pública, a regra é que seja esta precedida de licitação - procedimento administrativo pelo qual um órgão ou entidade pública, abre a possibilidade a todos os interessados de formularem propostas dentre as quais selecionará a que melhor atenda às necessidades da Administração.

A determinação é de ordem constitucional, estando, no entanto, ressalvada pela própria Carta Magna, em seu artigo 37, inciso 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." (destaques e grifos nossos)

Dito isso, cumpre pontuar que a contratação de serviços pela Administração Pública deve pautar-se na conveniência, oportunidade, atendimento ao interesse público e na disponibilidade de recursos, além de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, dentre outros.

A importância de tal texto dar-se por em que firma a realização de licitações como regra, e prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja, autoriza hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Proc. nº	926/24
Folha nº	
Assinatura	

Destarte, as exceções, por sua vez, segundo referido artigo, devem estar expressamente previstas em Lei.

A matéria foi regulamentada pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021), que excepcionou a regra da licitação em duas espécies de procedimentos: a) dispensa de licitação (art. 75), e b) inexistência de licitação (art. 74).

Conforme dispõe o art. 74, inc. II da Lei nº 14.133/2021, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição nos casos de contratação de profissional de setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, 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;

De plano, verifica-se que a nova legislação ainda não tornou mais objetivos e precisos os requisitos necessários à comprovação desta hipótese de inexigibilidade, uma vez que pouco modificou na descrição deste tipo de contratação direta, em comparação com a anterior redação, encontrada na Lei nº 8.666/1993.

Entretanto, a nova lei incorporou a jurisprudência, já firmada, especialmente no âmbito dos Tribunais de Contas, acerca do significado da expressão "empresário exclusivo". Nesse intento, o parágrafo 2º do referido artigo 74 assim dispõe:

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.

Analisando o dispositivo legal citado no início deste item (art. 74, II da Lei nº 14.133/2021), constam os seguintes requisitos e condicionantes para tal

Proc. Nº	926/24
Folha Nº	
Assinatura	

contratação direta, de caráter cumulativo, a 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.

Em relação ao primeiro requisito, vê-se que a hipótese de inexigibilidade em questão exige que a contratação seja feita diretamente com o artista ou por meio de empresário exclusivo.

Dispõe o art. 74, § 2º, que a exclusividade do empresário (pessoa física ou jurídica), deve ser comprovada por meio de "contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico". Tratando-se de negócio jurídico de agenciamento e /ou representação firmado pelo artista com terceiro, o primeiro documento que deve ser providenciado é o contrato, declaração, carta ou outro documento idôneo, registrado em cartório para esse fim.

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

In casu, verifica-se que a contratação se dá por meio de empresário exclusivo, conforme Contrato de Exclusividade presente nos autos, satisfazendo assim o requisito exigido na Lei.

No que diz respeito à segunda parte do raciocínio, nota-se a presença da conjunção "ou", no inciso II do art. 74, que demonstra a desnecessidade da presença de ambas as formas de consagração do artista, bastando apenas uma (consagração do artista perante a crítica especializada ou opinião pública).

Por relevante ao caso, destaca-se a sempre pertinente doutrina de Marçal Justen Filho:

"(...) deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte"

"Como regra, não compete ao Estado contratar profissionais no setor artístico. O desenvolvimento de atividades dessa natureza compete à iniciativa privada, ainda que o Estado incuba fomentar as diversas manifestações nesse campo. No entanto, há hipóteses em que o Estado assume o encargo direto de promover eventos artísticos, casos em que deverá realizar a contratação dos profissionais correspondentes."

Proc. N°	926/24
Folha N°	
Assinatura	

(...)


Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desenvolvimento artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um 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."

Outro requisito acerca do objeto do contrato é que "este serviço apresente determinada singularidade". O Ministro do STF Eros Roberto Grau in GRAU, Eros Roberto. Inexigibilidade de licitação – Serviços técnico-profissionais especializados – Notória especialização. RDP 99/70. define bem o que seja singularidade do serviço:

"Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade dos serviços está contida no bojo da notória especialização. Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa".

Neste mesmo sentido preleciona o doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (in MELLO, Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.478.):

"Em suma, a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa

Proc. N°	926/29
Folha N°	
	
	Assinatura

convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa. Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso, não é indiferente que seja prestados pelo sujeito 'A' ou pelos sujeitos 'B' ou 'C', ainda que todos esses fossem pessoas de excelente reputação".

Sublinhe-se que, no caso em apreço, analisando os documentos acostados, bem como a "vida" pregressa do artista, suas músicas e sucessos, constata-se que outra conclusão não se chega, senão a que perfilhe a verificação da existência de consagração/reconhecimento pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Como em qualquer outra contratação pública, a hipótese sob exame também exige fundamentadas justificativas quanto ao preço (art. 72, inciso VII, Lei nº 14.133/2021) ofertado pelo artista selecionado pela Administração Pública.


Quanto à justificativa de preços, deve a Administração verificar se o cachê cobrado por aquele artista ao ente contratante possui compatibilidade com a contrapartida requerida pelo artista em outras apresentações suas, seja para a iniciativa privada, seja para outros órgão/entidades da Administração Pública, motivo pelo qual tal consulta poderá incluir tanto o preço cobrado em eventos particulares como em eventos custeados por verba pública.

Apresentados os principais requisitos caracterizadores da hipótese do art. 74, II da Lei nº 14.133/2021, bem como os respectivos documentos comprobatórios, cabe pontuar as demais providências que devem ser adotadas pela Administração Pública.

Dispõe o art. 72 da nova lei de licitações que o o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os documentos a seguir:

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;

Processo Nº	926/19
Folha Nº	
Assinatura	

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.

O inciso I cita o "documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo".


O primeiro passo na instrução do processo de contratação direta é oficializar a demanda, o que, s.m.j., no Município de Timon, pode ser equiparado à solicitação da Secretaria de Cultura e à elaboração de justificativa. Nesse ponto, cabe ao setor requisitante formalizar a necessidade em torno da contratação, indicando a justificativa pertinente, o quantitativo necessário de bens/serviços e indicar a data limite para o atendimento da necessidade.

In casu, o Termo de Referência apresentado pela Secretaria requisitante (Doc. xxxxxx) atende ao inciso I, do artigo 722 da Lei de Licitações e Contrato.

Prosseguindo, os incisos II e IV do artigo supracitado tratam, respectivamente, da estimativa de despesas e da demonstração da compatibilidade de previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

Acerca dos requisitos de habilitação, parece não haver maiores dificuldades. São aqueles exigidos de todo aquele que opta por participar de uma licitação/contratação pública e que se encontram previstos nos arts. 62 e ss. da Lei nº 14.133/2021 e encontram-se juntados no processo em questão.

A minuta do contrato preenche os requisitos exigidos na legislação.

Proc. N°	926/24
Folha N°	
Assinatura	

Por fim, é necessário conferir a devida publicidade ao ato da autoridade competente que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato. E o meio eleito pela Lei nº 14.133/2021 para instrumentalizá-la compreende o sítio eletrônico oficial (art. 72, parágrafo único)

Assim, conforme todo o exposto, é certo que, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela lei, a contratação poderá ser enquadrada enquanto hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do caput, do art. 74 da Lei nº 14.133/2021.

III - Conclusão

Diante do exposto, considerando a justificativa apresentada pela Secretaria Municipal interessada, bem como a natureza do objeto a ser contratado pela via direta, e o atendimento ao que dispõe a legislação que rege a matéria, opina-se pela viabilidade jurídica da inexigibilidade da licitação pretendida, com fulcro no art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021, desde que:

Encaminha-se os presentes autos, para ratificação, nos termos do art. 74 da Lei 14.133/2021.

Eis o parecer,

Salvo melhor entendimento.

Timon (MA), 08 de abril de 2024.

Ana Paula Josias Silva

Ana Paula Josias Silva

Assessoria Jurídica

Port. 117/2023-GP

OAB/PI nº 21.782

Em acordo com o Art. 27, da Lei Municipal 1892/2013 c/c o Art. 3º IX e Art. 6º, Caput, da LC Municipal 020/2012, o COMOLOGO, nesta data, o presente parecer Técnico Jurídico, para que produza seus efeitos em Timon (MA) em 08 de 04 de 2024
João Santos da Costa
Procurador Municipal - Mat. 14.592-2
Procurador Geral do Município

Proc. Nº 926/24
Folha Nº
Assinatura