

Processo Administrativo 14562/2024

Requerente: SECRETARIA MUNICIPAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Assunto: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA, VIA INEXIGIBILIDADE, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM CONTRATAÇÃO DA BANDA TRIBO DE JAH, PARA PARTICIPAÇÃO DO EVENTO FESTIVO VERÃO BALSAS 2024, NA AVENIDA LITORÂNEA, NO MUNICÍPIO DE BALSAS-MA.

PARECER JURÍDICO RESTRITO A LEGALIDADE DA INEXIGIBILIDADE

EXAME DA POSSIBILIDADE LEGAL DE CONTRATAÇÃO DIRETA. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO, DIRETAMENTE OU POR MEIO DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO, DESDE QUE CONSAGRADO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA (ART. 74, INCISO II, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021). AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE A DEMANDAR ANÁLISE ESPECÍFICA. MINUTA CONTRATUAL.

1. RELATÓRIO

Trata-se de pedido de análise jurídica (consulta) requerida pela Secretaria Permanente de Licitações e Contratos sobre a possibilidade/legalidade de contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico, por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021).

Ressalta-se que o exame da matéria posta em debate restringe-se aos seus aspectos exclusivamente jurídicos, excluídos da análise qualquer questão técnica ou econômica, notadamente quanto à conveniência e oportunidade inerentes a qualquer acordo/ajuste, devendo a autoridade competente se municiar de todas as cautelas para que os atos do processo sejam prestados apenas por quem de direito.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Da caracterização da hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso II, da Lei Federal n. 14.133/2021

A Constituição Federal, consoante princípios e normas estabelecidas pelo art. 37, *caput*, e inciso XXI, estabelece que obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo licitatório. Assim, depreende-se que no ordenamento jurídico pátrio a regra é a licitação. Entretanto, em casos determinados, a legislação admite a contratação direta sem submissão ao processo licitatório (art. 37, XXI da CF/88):

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 a garantia do cumprimento das obrigações.

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

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado:

“Sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado”.

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

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

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

Sobre esta hipótese de contratação direta, ensina Joel de Menezes Niebuhr, que a competição entre os profissionais do setor artístico torna-se inviável,

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

uma vez que o critério de comparação entre eles é artístico e inerentemente subjetivo.

Destarte, observa que:

"[...] a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística".

Essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo – diferentemente do que sucede nos casos de licitação na modalidade concurso, por exemplo.

Marçal Justen Filho ensina:

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. 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 disciplinado na Lei 8.666/1993. **Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra.** (nosso grifo)

Por sua vez, Ronny Charles faz alerta importante sobre esta hipótese de contratação direta e explica que inviabilidade de competição não deve ser reflexo da espécie de profissional envolvido (artista), mas de uma impossibilidade de que se possa realizar uma aferição objetiva, para seleção dentro dessa espécie de contratação:

PREFEITURA DE BALSAS

Continua a construção da cidade que queremos

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

“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.

Nesta feita, o pressuposto para que profissional do setor artístico seja contratado, através da inexigibilidade licitatória, é a inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado, bem como o fato de ser pouco provável que um artista, consagrado pela opinião pública, submeta-se a um certame para sua contratação. Pensando desta forma, passaremos a ter uma adequada leitura deste inciso, não restando dúvida de que tal inviabilidade não deve ser reflexo da espécie de profissional envolvido (artista), mas de uma impossibilidade de que se possa realizar uma aferição objetiva, para seleção dentro dessa espécie de contratação, dada a subjetividade natural ao gosto pelas artes. Some-se a isso a necessidade de consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública e, então, poderemos ter uma ideia correta acerca da aplicação dessa hipótese de contratação direta.

O que não se pode é admitir que sejam feitas contratações de artistas sem consagração relevante, sob o falso pálio de permissão dada pelo inciso II, do caput, do artigo 74, pelo simples fato de serem profissionais do setor artístico. Com base nesse raciocínio equivocado, favorecido pela omissão de alguns órgãos de controle, são diariamente contratados artistas e bandas musicais de todos os tipos e gostos, por valores que variam de acordo com o interesse do gestor ou de espúrios “acordos empresariais”. São comuns as denúncias de contratações de um mesmo grupo musical, com valores totalmente destoantes, fato aberrante sobre o qual se omitem algumas autoridades.

Sobre o valor da contratação, basta lembrar que, mesmo quando inexigível a contratação, é necessária a apresentação de justificativa do preço.”

Diante da compreensão de que a discricionariedade na escolha pelo gestor não representa mera liberalidade, é oportuno reiterar que os atos da Administração Pública devem ser devidamente motivados, apontados os fundamentos que justificam

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

a opção daquele profissional, em específico, inclusive em detrimento de alternativas disponíveis e à luz da compatibilidade entre a espécie de trabalho artístico a ser contratado e a finalidade cultural específica do evento

Outrossim, nota-se, ainda, que a nova lei de contratações públicas incorporou jurisprudência reiterada do Tribunal de Contas da União, acerca do significado da expressão "*empresário exclusivo*". Veja-se o § 2º do referido 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.

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.

Imperioso também que a contratação não extrapole os valores de mercado.

Sobre a justificativa do preço (pesquisa de preços), para esse tipo de contratação, cite-se o que dispõe o art. 23 da Lei n. 14.133/2021 no tocante às contratações 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

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

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.

Portanto, a justificativa do preço, é efetivada através da juntada no processo interno, que precede a contratação, de notas fiscais referente a prestação dos serviços de apresentação artística com os mesmos artistas, demonstrando que os valores contratados estão dentro dos parâmetros do mercado de shows.

2.2. Dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária

O art. 72, inciso V, da Lei Federal nº 14.133/2021 estabelece a necessidade de **comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima.**

Dessa forma, devem ser observadas as disposições dos artigos 62 e 66 a 70 da Lei Federal nº 14.133/2021, que tratam da documentação exigida para a habilitação da empresa.

A **habilitação jurídica**, prevista no art. 66 da Lei 14.133/21, deve se limitar à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

O artigo 68 da Lei 14. 133/2 1 se encarrega de elencar os requisitos sujeitos à verificação para comprovação das habilitações fiscal, social e trabalhista: (i) a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Jurídica (CNPJ); (ii) inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; (iii) regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (iv) regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (em conformidade com o art. 2º, da Lei Federal n. 9.012/1995 e art. 195, §3º, da CF); (v) regularidade perante a Justiça do Trabalho; (vi) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 70 da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;), que deverá ser atestado mediante declaração.

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

2.3. Do Estudo Técnico Preliminar (ETP)

Na contratação direta com fundamento no artigo 74, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021, a elaboração do ETP é facultativa em exigindo-se, no entanto, que seja apresentada pelo ente demandante a justificativa no documento de formalização da demanda.

No caso presente, vislumbramos que fora optado pela não elaboração do ETP, tendo este, sido devidamente justificado no Termo de Referência.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a justificativa apresentada pela Secretaria 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

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

jurídica da inexigibilidade da licitação pretendida, com fulcro no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021.

Ressalte-se que o presente parecer restringe-se aos aspectos legais do procedimento, ausente juízos de valor referentes aos aspectos econômico e técnico, nem da oportunidade e conveniência da decisão adotada.

É o parecer que submeto á consideração superior.

Balsas - MA, 26 de março de 2024.

Edmar de S. Costa Neto

EDMAR DE SOUSA COSTA NETO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/MA nº 19.657