

PARECER JURÍDICO

**Processo Licitatório Nº 002/2024.
Inexigibilidade Nº 002/24.**

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO.
LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS. CONTRATAÇÃO
ATRAÇÃO ARTÍSTICA. BREUNESSA
FRANÇA. ANÁLISE JURÍDICA DO
CABIMENTO.**

1. RELATÓRIO

Trata o presente de consulta encaminhada pelo Fundo Municipal de Cultura a esta assessoria jurídica, na qual, genericamente, requer seja emitido parecer jurídico sobre a possibilidade de contratação direta da atração musical "BRUNESSA FRANÇA", por meio de empresário exclusivo, para se apresentar no dia 26/01/2024, na Festa de São Sebastião.

Junto ao ofício, foi encaminhado Termo de Referência, justificativa da inexigibilidade, proposta do pretenso contratado, sendo anexado, ainda, notas fiscais de outras apresentações realizadas, além de comprovação de consagração do artista e documentação de regularidade fiscal.

É o que basta relatar.

2. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS:

2.1 DAS ATRIBUIÇÕES DESTA ASSESSORIA:

De acordo com o previsto no artigo 53 da Lei 14.133/2021, "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."

Ademais, o §4º do mesmo dispositivo prevê que "órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas (...)"



No caso, por buscar a administração a contratação direta, por inexigibilidade, faz-se cogente a análise do cabimento/legalidade da contratação.

Porém, antes de adentrar especificamente no objeto do presente parecer, é de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, de modo que não é competência, tampouco cabe-nos relatar/opinar sobre aspectos relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira, salvo naquelas situações absurdas, de fácil verificação.

Isso quer dizer, para que reste claro, que não cabe a esta assessoria, quando da emissão de parecer atinente a processos de licitação e contratação direta, adentrar no campo da oportunidade e conveniência do gestor quanto à escolha do objeto da contratação, nem que desenvolva raciocínio técnico atinente à área estranha ao Direito.

Os limites do presente parecer acima mencionados se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa.

Ou seja, quando a matéria for eminentemente técnica, envolvendo aspectos multidisciplinares (jurídica, preços de mercado, necessidade da contratação), convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, que preconiza da seguinte maneira:

“O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade”;

Curial destacar, ainda preliminarmente, que a natureza do parecer ora elaborado é meramente opinativa, devendo, por essa razão, passar pelo crivo do pregoeiro, assim como do gestor público, uma vez que a opinião explanada por esta assessoria não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

Dito isso, passa-se a opinar:

3. DA INEXIGIBILIDADE COM BASE NO ARTIGO 74, II, DA LEI 14.133/21

É cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, prevê que:

Art. 37 (...)

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, pois, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório, sendo dever do administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes.

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 inexigibilidade do processo licitatório para a contratação direta de profissional do setor artístico tem como fundamento o previsto no artigo art. 74, II, da Lei nº 14.133/21, que assim preconiza.

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;

Assim, para que haja a possibilidade da contratação por meio de inexigibilidade, com base em tal inciso, cogente é a observância de alguns pontos, a saber: contratação de uma atração artística, diretamente ou através de empresário exclusivo, sendo também consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

No que tange à atração artística, de bom alvitre destacar o ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"é 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" (Fernandes. Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 615).

Registre-se, desde já, que de acordo com o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, e, portanto, é incompatível com a Constituição Federal a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB).

É imprescindível, ainda, que a contratação seja diretamente com artista/banda ou através de seu empresário exclusivo, visto que, dessa forma, inviabilizaria a competição.

Quanto a tal ponto, entende esta assessoria ser importante fazer uma ressalva acerca da contratação por meio de empresário exclusivo.

De acordo com o § 3º do artigo 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.

Ainda sob o prisma da lei 8.666/93, o TCE-PE, em julho do de 2017, encaminhou Ofício Circular nº 10/2017, orientando que em todos os processos de inexigibilidade para a contratação direta por meio de empresário exclusivo, seja acostado aos autos cópia do contrato que comporte, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial de representação e do percentual a ser ganho no valor contratado.

Registre-se, ainda, que exige o inciso II que a atração seja consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Quanto a tal ponto, impende destacar que não cabe a este assessor se imiscuir no mérito se a atração acima citada é consagrada pela crítica especializada ou opinião pública, já que não possui conhecimento para tanto, cabendo tal análise, pois, ao setor responsável que requereu a contratação.

É fato, ainda, que não é necessária a cumulação dos requisitos citados acima, bastando a comprovação de uma das duas hipóteses (ser consagrado pela crítica ou opinião pública) para restar cumprida a determinação legal.

De mais a mais, é certo que as expressões utilizadas, neste caso, são termos jurídicos indeterminados, havendo um alto grau de relatividade.

E no tocante à relatividade da análise da consagração do artista, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. **A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.** (FILHO, Carvalho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006)



[Handwritten signature]

- 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.

DAS ETAPAS DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO E EXAME JURÍDICO DOS RESPECTIVOS DOCUMENTOS:

1 Documento de oficialização da demanda, estudos preliminares, mapa de riscos e Termo de Referência:

Consta dos autos a presença do documento de oficialização da demanda. Igualmente, consta dos autos o Termo de Referência.

Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que cumprido os requisitos da contratação.

2. Estimativa de despesa

Tendo em vista que a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar os custos unitários da contratação não será examinada por este órgão jurídico, posto ser atribuição não afeta à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

Assim, considerando que se trata de matéria estritamente técnica, inerente à competência da Administração, cabe a esta assessoria

[Handwritten mark]



meramente orientar a respeito do tema, sem necessariamente fazer juízo de valor a respeito do resultado da pesquisa.

De todo modo, é sabido que a regularidade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública.

A propósito, observa Marçal Justen Filho:

"A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais."

Também nesse meandro já se manifestou o TCU:

"Quando contrata a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993" (TCU – Acórdão nº. 822/2005, Plenário)

No caso, infere-se que foram juntadas notas fiscais que comprovam outras contratações com o Poder Público.

3. Da Previsão de Dotação Orçamentária

O artigo 72, IV, da Nova Lei de Licitações estabelece, dentre outras exigências, que o processo de inexigibilidade seja instruído com documento probatório da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

Na mesma linha, destaca-se o que dispõe o artigo 150 da Lei nº 14.133/2021:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

No caso dos autos, a disponibilidade orçamentária consta no documento de oficialização da demanda, assim como apresentado no TR.

4 Dos requisitos de Habilitação da empresa:

Prevê o artigo 92, inciso XVI, da Lei nº 14.133/2021, que a contratada deverá manter durante a contratação, todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas na licitação, ou nos atos preparatórios que antecederam a contratação direta, por dispensa ou por inexigibilidade.

Tais quesitos, segundo os quatro incisos do art. 62 da mesma Lei, englobam habilitação jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira.

No caso ora em análise, consta dos autos a comprovação da regularidade na habilitação da empresa.

5 Razão de escolha do contratado e justificativa do preço:

O artigo 72, VI e VII, da Lei nº 14.133/2021 estabelece a necessidade de instruir os autos com a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

Entende-se que tais informações constam do TR anexado.

6 Da autorização da Autoridade Competente

O artigo 72, VIII, da Lei n.º 14.133/2021 prevê a necessidade de autorização pela autoridade competente, documento esse que deve ser anexado aos autos.

7 Outras Ações

Além de tudo que já fora abordado, válido mencionar a necessidade de cumprimento, no momento oportuno, da exigência inserida no

parágrafo único do art. 72 da Nova Lei de Licitações, o qual determina que "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".

Nesse particular, cumpre chamar atenção para o artigo 94 da Lei n.º 14.133/2021 que assim dispõe:

Art. 94. 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.

Recomenda-se, portanto, em atenção aos dispositivos em destaque, que o ato que autoriza a contratação direta seja divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial do órgão, bem como ocorra divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) para a eficácia do contrato (artigos 72, §único e 94 da Lei n.º 14.133/2021).

7.1. Designação do agente de contratação ou da comissão de contratação conforme o caso.

Deverá ser demonstrada, nos autos, a designação do agente de contratação ou da comissão de contratação responsável pelo processamento da inexigibilidade de licitação, sendo que não consta dos autos tal ato.



Não há, portanto, um conceito padrão sobre o que seria "consagração pela crítica especializada" ou "consagração pela opinião pública" e, por se tratar, como dito acima, de termos jurídicos indeterminados, possibilita certa dose de subjetivismo, não havendo sequer critério específico se essa consagração pela crítica ou opinião pública seria local, regional ou nacional.

De todo modo, a doutrina tem como parâmetro alguns pontos para comprovar a consagração pela crítica, como a juntada de noticiários de jornais e sites da internet, demonstração de contratações pretéritas para atração junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos, sendo certo que referidas documentações, das atrações pretendidas, foram juntados aos autos.

Quanto à opinião pública, essa, obviamente, dependerá de critérios regionais e locais, visto que um artista pode ser consagrado em um determinado município e pode não ser em outro. Enfim, dependerá do caso concreto.

De todo modo, consta dos autos uma série de documentos que visam comprovar a consagração da atração musical.

Assim, vê-se que de acordo com o previsto na legislação, é possível a contratação de artista por meio de inexigibilidade.

Superada a possibilidade jurídica do pleito, é imperioso verificar a regularidade do procedimento, conforme as determinações da LLC.

4. DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Analizada a questão referente ao enquadramento da contratação direta, cumpre agora examinar a observância dos requisitos legais impostos.

Nesse particular, observa-se que o artigo 72 da Lei n.^o 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:



DA ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO

Com relação à minuta do contrato, faço as seguintes observações:

- Que conste expressamente o horário da apresentação do show que eventualmente será contratado.

No mais, entendo que atende a legislação em todos os seus termos.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, tendo em vista as considerações encimadas, não identifico, desde que acatadas as recomendações formuladas, impedimento à contratação direta objeto do presente processo administrativo.

Desnecessário frisar que a análise aqui desenvolvida restringiu-se aos elementos constantes dos autos, esquadrinhados que foram sob um único prisma: o do controle de legalidade.

As questões relativas ao mérito administrativo e à acurácia das planilhas acostadas não foram objeto de investigação, até mesmo por falecer a esta assessoria competência para fazê-lo.

SMJ

Condado, 17 de janeiro de 2024.

Luiz Cavalcanti de Petribú Neto
OAB/PE nº 22.943