



PARECER JURÍDICO/2024

EMENTA: CONSULTA VISANDO A “CONTRATAÇÃO DIRETA DA ATRAÇÃO MUSICAL ‘DUDU DO ACORDEON’ PARA APRESENTAÇÃO EM PRAÇA PÚBLICA POR OCASIÃO DA TRADICIONAL FESTA DE NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO, NO MUNICÍPIO DO PAUDALHO/PE”. ARTIGO 74, INCISO II, LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. POSSIBILIDADE.

Objeto: Contratação mediante inexigibilidade (Show Artístico)

1. HISTÓRICO

Trata o presente de processo encaminhado para análise e emissão de parecer acerca da possibilidade de Inexigibilidade de licitação para contratação direta da atração musical “DUDU DO ACORDEON”, para apresentação em praça pública por ocasião da TRADICIONAL FESTA DE NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO, que será realizado no dia 27 de outubro de 2024, no município do Paudalho/PE, através da Pessoa Jurídica MUSICATO PRODUÇÕES – EDUARDO HENRIQUE DE A. SILVA (inscrita no CNPJ Nº 18.764.466/0001-29), pelo valor de R\$ 28.000,00 (Vinte e oito mil reais).

Além da justificativa de contratação e justificativa de preços, notas fiscais de contratações com outros entes da Administração Pública foram encaminhadas, juntamente com a Proposta de Preços, o Contrato Social, contrato de exclusividade, CNPJ, certidões fiscais, release, dentre outros.

Passa-se a opinar.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Preliminarmente:

2.1.1 Da Análise Por Parte desta Assessoria:

De início, antes de adentrar especificamente no processo encaminhado, 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 discutir a necessidade da realização da contratação, suas especificações, ou mesmo se o artista é consagrado pela crítica especializada ou opinião pública, tampouco o preço, já que lhe falta conhecimento para tanto.

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), como é de um procedimento que visa a contratação por ente público, convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº 7 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 da CPL, assim como do ordenador de despesas, uma vez que a opinião explanada não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

3. DA ANÁLISE

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.

Ocorre que a redação do próprio inciso já se inicia elucidando a possibilidade de, em determinadas situações, haver exceções à obrigatoriedade de licitar, o que caberia à legislação infraconstitucional dispor, quando da regulamentação do dispositivo constitucional, através da Lei Federal nº 14.133/21. A supramencionada lei prevê a possibilidade da contratação direta, que pode ocorrer nos casos de licitação dispensável (art. 75) e licitação inexigível (art. 74).

Como ressaltado acima, o artigo 25 trata da hipótese em que a licitação é inexigível, ou seja, quando não é viável a competição, seja em decorrência da singularidade do objeto contratado ou da existência de único agente apto a realizar/fornecer o serviço/produto buscado.

Compreende-se, de pronto, que não é apenas nos casos em que não há uma pluralidade de alternativas que é inexigível a licitação.

Nesse sentido:

“ O conceito de viabilidade de competição não é simplisticamente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem numerosas situações em que a competição é inviável, não obstante existirem vários particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação”



(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. Dialética. São Paulo.) ”

Assim, tem-se que na inexigibilidade a licitação não é possível pela inviabilidade de competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório, havendo a contratação direta.

Por outro lado, cumpre ressaltar que dentre o rol exemplificativo do artigo 74, temos o inciso II, que dispõe sobre a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Senão vejamos:

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

I - Aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

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



Prefeitura do
PAUDALHO

*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). O artigo 74 ainda dispõe que:

“ § 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; ”

É imprescindível, ainda, que a contratação seja diretamente com artista/banda, ou através de seu empresário exclusivo, visto que, dessa forma, inviabilizaria a competição. Com vistas a comprovar a exclusividade se faz necessária a apresentação de contrato de exclusividade ou similar devidamente registrado em cartório, constando cláusula de percentual, abrangência territorial e vigência.

O Contrato de Exclusividade apresentado cumpre os requisitos legais para comprovar as condições de “empresário exclusivo”, posto que, em observância aos termos do OFÍCIO CIRCULAR TCE-PE Nº 010/2017, deste constando as cláusulas de abrangência territorial (Cláusula Segunda), percentuais de artista/representante (Cláusula Segunda, Parágrafo único) e vigência contratual (Cláusula Quarta).

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

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.

Tentando dirimir a celeuma, Diógenes Gasparini sugere um critério, a nosso ver, econômico, de modo que, se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, basta a consagração local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional.

Por força do estabelecido no inciso II do artigo 74 do Estatuto Federal Licitatório atual, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato.

Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública. (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009”

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.

Em relação a tal ponto, foram acostadas aos autos matérias jornalísticas, comprovação da realização de shows em eventos consagrados, além do material de apresentação, onde se relata a consagração dos artistas.

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 outra banda, ressalte-se que, além dos requisitos previstos no artigo 74, para fins de contratação direta, através de inexigibilidade, é de bom alvitre analisar se o caso em questão preenche os ditames do artigo 26 da Lei de Licitações:

No tocante ao inciso II, percebe-se que deve a administração apontar os motivos que levaram ao seu convencimento quanto à contratação, elucidando, no processo de contratação, os que levaram a contratação direta.

Neste ponto, consta a justificativa para a escolha das pretensas contratadas, que, complementada com os documentos anexados, ao menos em tese, **possibilitam a contratação com fundamento no inciso II, do art. 74, da Lei Federal nº 14.133/21**. Destaque-se, neste ponto, que não avaliou-se o mérito das justificativas apresentadas, até por falta de conhecimento na matéria, mas apenas verificou-se se o enquadramento legal da contratação pretendida. Logo, restou configurada nos autos motivação técnica para a subsunção da presente hipótese à inexigibilidade de licitação, com apontamento das causas que levaram a administração a concluir pela impossibilidade de competição.

Quanto aos valores, 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 (TCU – Acórdão nº. 822/2005, Plenário). ”

Em relação a esse item, foram juntados no processo os referidos documentos comprobatórios (sejam eles através de notas fiscais ou contratos firmados junto à órgãos públicos e/ou empresas privadas do segmento artístico regional), das atrações musicais a serem contratadas. Assim, demonstra-se que a médias de preços praticadas pelos artistas em contratações similares, compatíveis, portanto, com os valores propostos para a contratação.

De outro turno, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 Plenário), deve ser observada a exigência legal de que nas licitações públicas, mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade, é obrigatória a comprovação da regularidade fiscal, a qual deve ser verificada pela área técnica antes da assinatura do contrato.

Destaco, ainda, a necessidade da existência de disponibilidade orçamentária suficiente para o custeio das despesas que decorrerão da contratação pretendida, devendo, no ponto, a área técnica se certificar de que os recursos previstos para a ação orçamentária são adequados à cobertura da respectiva despesa. Registro, de mais a mais, que se eventualmente for realizada as contratações ora em discussão, imperioso consignar nos autos, o comprovante de designação de representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual, em observância às exigências contidas na lei Federal nº 14.133/2021.



Prefeitura do
PAUDALHO

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesta-se esta Consultoria Jurídica, abstendo-se de imiscuir nos aspectos de natureza técnica, administrativa e de conveniência e oportunidade, pela inexistência de óbices jurídicos à pretensa contratação direta, com supedâneo no inciso II do artigo 74 da Lei Federal nº 14.133/21.

Alerto, por fim, que acaso seja feita a inexigibilidade, deverá ser comunicada à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, dentro do prazo legal, como condição para a eficácia dos atos, conforme disposição do já citado artigo 74.

Por fim, registre-se que a minuta contratual atende as disposições legais, naquilo que cabível, concluindo-se, então, que há regularidade também nesse aspecto do ponto de vista jurídico, isto é, da conformação com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Esse parecer é meramente opinativo, não vinculando a atuação da Administração Pública.

Paudalho/PE, 21 de outubro de 2024.

Flávio Bruno de Almeida Silva

OAB/PE 22.465

Almeida Paula Assessoria Jurídica

Vadson de Almeida Paula

OAB/PE 22.405

Almeida Paula Assessoria Jurídica