

PARECER JURÍDICO

Ementa: Contratação da apresentação artística com a **BANDA CALCINHA PRETA**, por inexigibilidade de licitação, para **apresentação durante as festividades em homenagem ao poeta e compositor ZEDANTAS, na praça de eventos Milton Pierre na sede do Município de Carnaíba/PE, no dia 26 de outubro de 2024.** Artigo 74, II, da Lei nº 14.133/2021 e nos termos do Decreto Municipal nº 09, de 17 de janeiro de 2024. Parecer favorável.

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 036/2024 INEXIGIBILIDADE Nº 015/2024

1. RELATÓRIO:

Vieram os autos a esta Assessoria Jurídica, mediante interesse da Comissão Permanente de Licitação de Carnaíba-PE, para fins de emitir parecer jurídico acerca do Processo Licitatório – Inexigibilidade supra.

A Diretora Municipal de Cultura e Turismo de Carnaíba-PE, solicita parecer jurídico acerca da possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, da empresa **FAZMIDIA PUBLICIDADE E EVENTOS LTDA de CNPJ Nº 25.321.806/0001-02**, a qual detém os direitos da **BANDA CALCINHA PRETA**. O objeto do presente processo, é a contratação da apresentação artística da **BANDA CALCINHA PRETA** para apresentação durante as festividades em homenagem ao poeta e compositor ZEDANTAS, na praça de eventos Milton Pierre na sede do Município de Carnaíba/PE, no dia 26 de outubro de 2024.

A Diretora Municipal de Cultura e Turismo de Carnaíba-PE, apresentaram por meio do documento de oficialização da demanda e do Termo de Referência, a justificativa e as razões da escolha da contratação em análise, conforme consta nos autos.

Desse modo, está sendo indicada a empresa **FAZMIDIA PUBLICIDADE E EVENTOS LTDA de CNPJ Nº 25.321.806/0001-02**, empresa responsável para prestação do serviço da apresentação artística da **BANDA CALCINHA PRETA**.

Considera-se ademais como referência para contratação pretendida, as suas especializações rítmicas, o quilate e sobretudo, a unicidade dos seus profissionais, ressaltando ainda o reconhecimento de seu trabalho através da opinião pública e de entidades especializadas no ramo musical. Anexou ainda, toda documentação exigida para contratação por **inexigibilidade de licitação**.

Compulsando os autos, observa-se que fora apresentada toda documentação exigível e pertinente a contratação, certidões, contratos, notas fiscais, inclusive, a devida Certidão do Registro de Marca expedido pelo instituto nacional da propriedade industrial - INPI comprobatório de que é representante exclusiva da marca “BANDA CALCINHA PRETA” junto a empresa supramencionada, com contrato em plena vigência.

O valor do contrato será de **R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais)**, com a devida dotação orçamentária.

Vieram os autos para análise e emissão de parecer opinativo.

É o relatório necessário.

2. ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA.

Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Assessoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

3. DA ANÁLISE JURÍDICA DO CASO CONCRETO.

É cediço que a obrigação das contratações públicas se subordinam ao regime das licitações e possui raiz constitucional, como preconizado no inciso XXI do art. 37 da Carta Magna.

A matéria foi regulamentada pela 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) inexigibilidade de licitação (art.74).

Conforme dispõe o artigo 74, inciso 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 art. 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.

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

No caso em análise, a contratação será realizada por meio de empresa exclusiva (pessoa jurídica), a qual detém os direitos de exclusividade da referida BANDA CALCINHA PRETA.

Dispõe o artigo 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 o mesmo é exclusivo do artista e se atua em seu âmbito territorial, bem como se o contrato é vigente.

No que diz respeito à segunda parte do raciocínio, nota-se a presença da conjunção “ou” no inciso II do artigo 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 Filho¹:

“(…) 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.”

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.

No que tange à definição da crítica especializada e da opinião pública, o doutrinador Diógenes Gasparini dita:

“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

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2. ed., 2023, p. 1011.

local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional.” (in Direito Administrativo, 63 ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001, p.499)

Ainda em relação à **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.

No **caso concreto**, é compreendido que o requisito em questão foi plenamente verificado, uma vez que, o reconhecimento da BANDA CALCINHA PRETA é amplamente difundido entre o público em geral. Observa-se, portanto, que a referida possui reconhecimento na região devido à sua relevância crítica.

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 órgãos/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.

Quanto aos valores praticados, em seu Ofício, o órgão demandante apresentou notas fiscais eletrônicas, as quais comprovam que o valor cobrado é condizente com o praticado no mercado e muito abaixo se compararmos com outras bandas da mesma qualidade.

O valor do contrato será de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), com a devida dotação orçamentária.

Quanto a este aspecto, salienta-se que nos termos da Orientação Normativa AGU Nº 17, de 01 de abril de 2009:

"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."

Assim, por ser critério de ordem financeira, não atribuída à competência desta Assessoria, fica a critério do departamento responsável a análise e aceitação dos documentos anexados pela proponente a fim de justificar os preços praticados.

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 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;

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**, podendo ser por meio de Ofício ou documento equiparado à elaboração da Justificativa para àquela contratação. 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.

Após a juntada da documentação pertinente, **a equipe técnica da Administração Pública contratante deverá apreciá-la**, manifestando-se pela concordância ou não quanto à presença dos requisitos amiúde enfrentados. É o que prevê o inciso III do art. 72 da Lei nº 14.133/2021.

4. DA REGULARIDADE JURÍDICA, FISCAL, SOCIAL E TRABALHISTA E DEMAIS REQUISITOS LEGAIS

Referente à pessoa, física ou jurídica, a ser contratada, deve a Administração se certificar de que a futura contratada possui a necessária aptidão jurídica para ser contratada, nos termos da lei.

A verificação quanto à possibilidade jurídica de se contratar determinada pessoa é realizada por meio de aferição quanto aos requisitos de habilitação dispostos 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:

[...]

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; (grifei)

O art. 62 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, esclarece o conceito de habilitação:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:
I - jurídica;
II - técnica;
III - fiscal, social e trabalhista;
IV - econômico-financeira.

Nesse ponto, registre-se, por relevante, que a habilitação jurídica deve ser limitada à **comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando for o caso, de autorização para o exercício da atividade que se pretende dela contratar.**

Lado outro, imprescindível, em regra, a comprovação da regularidade fiscal, social e trabalhista da contratada, nos termos do art. 68 da Lei nº 14.133/2021. Vejamos:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I- a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II- a 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- a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV- a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V- a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI- o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

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 ao processo em questão.

Ao final, 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).

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).

5. 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 inexistência 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.

SMJ.

De Serra Talhada/PE para Carnaíba/PE, 01 de agosto de 2024.

Caio Márcio Neiva Novaes Antunes Lima

OAB/PE nº 37.932

Assessor Jurídico

Pedro Augusto Almeida Antunes

OAB/PE nº 36.188

Assessor Jurídico