

PARECER JURÍDICO Nº 0168/2024

INTERESSADO: Coordenadoria de Licitações e Contratos da Administração.

OBJETO: Inexigibilidade de Licitação nº 054/2024 – Contratação da empresa **OLÁ MUSIC ENTERTAINMENT LTDA**, para prestação de serviços de apresentação da banda “**DURVAL LELIS**” no dia 15 de fevereiro de 2025, em decorrência da “**CARNAFORRÓ 2025**”.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE ARTISTA. DEMANDA DO GABINETE DA PREFEITA DE NOSSA SENHORA DA GLÓRIA/SE. POSSIBILIDADE

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de solicitação em que o Gabinete da Prefeita pretende a contratação direta, via inexigibilidade, da banda “**DURVAL LELIS**”, através de seu empresário exclusivo a empresa **OLÁ MUSIC ENTERTAINMENT LTDA**, para realizar show musical no dia **15 de fevereiro de 2025** em virtude da realização do “**CARNAFORRÓ 2025**”, ao custo de **R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)**.

O processo veio acompanhado do Termo de Referência, Proposta Financeira, Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, documentos pessoais, Notas Fiscais, material midiático, Declarações, Certidões Negativas e Declarações sobre o orçamento.

O Departamento de Licitações e Contratos encaminhou os autos para avaliação jurídica por parte desta Procuradoria Jurídica, levando-se em consideração o disposto no artigo 53, § 4º, e no art. 72, inc. III, ambos da Lei n.º 14.133/21¹.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, oportuno ressaltar que este opinativo não se manifestará sobre os aspectos técnicos e orçamentários do procedimento em epígrafe, restringindo-se tão somente à análise jurídica da contratação postulada.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A obrigatoriedade de licitar consta na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inc. XXI 2 . Partindo-se da premissa que a regra é a licitação e a exceção a contratação direta, necessário diferenciar as formas de contratação direta, as quais foram resumidas pela Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 em dispensa e inexigibilidade. De forma muito simples e objetiva, Fernanda MARINELA assim as distingue:

¹Art. 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. (...) § 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

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: (...) III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

² “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: (...)”

necessário diferenciar as formas de contratação direta, as quais foram resumidas pela Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 em dispensa e inexigibilidade. De forma muito simples e objetiva, Fernanda MARINELA assim as distingue:

Quando a disputa for inviável, o certame será inexigível. De outro lado, a dispensa pressupõe uma licitação 'exigível' que só não ocorrerá por vontade do legislador. Em termos práticos, o administrador deverá verificar primeiramente se a licitação é exigível ou inexigível, conforme a possibilidade ou não de competição. Sendo assim, afastada a inexigibilidade, passará a verificar a presença dos pressupostos de dispensa da licitação.³

Na inexigibilidade (art. 74, da Lei de Licitações e Contratos), a licitação seria inteiramente descabida em face da inviabilidade de competição, ou porque o objeto perseguido é singular, não existindo outro similar, ou porque singular é o ofertante do serviço ou o produtor/fornecedor do bem desejado. Em suma, um único particular está em condições de atender ao interesse público. O pressuposto aqui é a própria impossibilidade de competição.

Já na dispensa, a licitação seria em tese possível, em face de uma necessidade pública específica e a existência de bens ou serviços disponíveis, em quantidades tais a justificarem uma licitação. Contudo, razões de ordem superior, relacionadas à satisfação de interesse público, também merecedor de imediata acolhida, justificam uma contratação direta, sem recurso à licitação.

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação diz-se ser ela dispensável. José dos Santos CARVALHO FILHO⁴ ensina que a licitação dispensável tem previsão no artigo 75 da Lei 14.133/21, e indica as hipóteses em que a licitação seria juridicamente viável, embora a lei dispense o administrador de realizá-la.

Todavia, mesmo nas hipóteses de inexigibilidade ou de dispensa, o administrador público não está inteiramente livre para contratar. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, os quais devem estar devidamente demonstrados nos autos do procedimento de dispensa ou inexigibilidade.

Além do enquadramento do caso concreto a alguma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 74, da Lei n.º 14.133/21, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 72, do mesmo Diploma Legal, que dispõe ser imprescindível a apresentação de:

- 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.

Feitas essas considerações prévias, passa-se ao exame do caso concreto.

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;"

³ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 7 ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 465-366.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.225.

2.2 DO CASO CONCRETO

Levando-se em consideração os documentos que instruem o presente procedimento, e aqueles que são necessários em todos e quaisquer procedimentos licitatórios, passa a analisá-los, objetivamente:

(a) Exigências Satisfeitas:

- **Modalidade:** o Contrato Social com o devido registro na Junta Comercial correspondente, juntado ao Termo de Referência, **demonstra que a contratação é direta com empresa exclusivo da banda, por intermédio da empresa OLÁ MUSIC ENTERTAINMENT LTDA** e, de acordo com o entendimento do TCU⁵, a inexigibilidade evidencia a modalidade adequada para a contratação pretendida, nos termos do art. 74, inc. II,6 da Lei n.º 14.133/21. Ademais, dada a ausência comparativa e em virtude da potencialidade criativa e características intrínsecas dos trabalhos musicais, não há como estabelecer pontos mensuradores para uma competição que seja julgada através de critérios objetivos, razão pela qual a licitação é inviável;

- **Documentos de Oficialização de Demanda:** o processo veio acompanhado de Termo de Referência a fim de oficializar a necessidade da contratação e contendo todos os dados informadores para subsidiá-la e, dessa forma, atende-se o disposto no art. 72, inc. I e V, da Lei n.º 14.133/21. No presente caso, cumpre esclarecer que o Documento de Formalização de Demanda – DFD fundamenta o Plano de Contratações Anual – PCA, em que a área demandante evidencia e detalha a necessidade da contratação, restando atendida no presente caso a exigência legal de haver, no mínimo, Termo de Referência contendo todos os elementos previstos no art. 6º, XXIII, da Lei n. 14.133/21;

- **Justificativa da Escolha:** no Termo de Referência foi justificada a escolha do cantor **com base na popularidade do evento, considerando o sucesso de público e crítica em todo o país em relação ao artista**, além de atender aos valores compatíveis para o orçamento estimado pelo Município e à data proposta;

- **Consagração pela Crítica Especializada ou pela Opinião Pública:** de acordo **com os documentos anexo** de apresentações realizadas em várias localidades e regiões, bem como pela popularidade do artista, verifica-se **que a banda “DURVAL LELIS”** é reconhecido notoriamente pela crítica e **opinião pública local, regional e nacional**;

- **Justificativa de Preço:** o processo veio acompanhado de proposta **financeira apresentada pela empresa** com a discriminação dos **custos para a apresentação, nos quais se inclui o cachê, impostos, alimentação, camarim e hospedagem**. Ainda, foram anexado **Notas Fiscais** dos mesmos serviços prestados pela empresa em relação a esse artista demonstrando que o preço ofertado é condizente ao que vem praticando, demonstrando que não há sobrepreço, tendo em vista ainda as implicações para o deslocamento interestadual necessário, atendendo o disposto no art. 23 da Lei n.º 14.133/2023

- **Forma de Pagamento:** o Termo de referência prevê que o pagamento será efetuado de forma parcelada, constando o desembolso pelo Município **do valor se 50% contratado antecipadamente** ao início da execução dos serviços da seguinte forma: **10% no ato da assinatura do contrato, 40% 48 (quarenta e oito horas) antes da apresentação do show, os 50% restantes até 48 (quarenta e oito horas) após a realização da apresentação**. Por se tratar de contratação de artista, devido à natureza dos trabalhos e do ramo de atividade, admite-se a realização de pagamento antecipado, desde que haja cláusula contratual estabelecendo garantias de execução e cautelas quanto a eventual inadimplemento, nos termos previstos no art. 92, inc. XII, e no art. 145, § 1º da Lei n.º 14.133/21⁷;

- **Declarações Contábil:** a Secretaria Municipal de Finanças exarou declarações em atendimento ao art. 72, inc. IV, e ao art. 150, ambos da Lei n.º 14.133/21;

⁵Acórdão 7700/2015 – Primeira câmara – Relator Ministro Benjamin Zymler.

⁶Art. 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”.

⁷ Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: (...)XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

Art. 145. § 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

- **Minuta do Contrato:** o Departamento de Licitações e Contratos deverá elaborar o instrumento contratual com base nos elementos informadores constantes do Termo de Referência, assim como observar o disposto no art. 89 e seguintes da Lei nº. 14.133/21, especialmente o estabelecido no art. 92, § 2º, devendo prever cláusula de reajuste preços. O referido dispositivo estabelece que é obrigatória a previsão de cláusula de reajuste nos contratos celebrados, independentemente do prazo de duração, permanecendo apenas a exigência do interregno mínimo de 01 (um) ano para o reajustamento dos preços, razão pela qual sugere-se a seguinte redação para a cláusula:

1. O reajuste de preços poderá ser utilizado na presente contratação, desde que seja observado o interregno mínimo de 01 (um) ano da data de apresentação da proposta, em relação aos custos com insumos e materiais necessários à execução do objeto contratado, conforme demais condições estipuladas no Termo de Referência.
2. 1.1 O reajustamento dos preços praticados no contrato utilizará o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ou outro índice que venha a substituí-lo.

Ainda, em relação ao instrumento contratual, observa-se que não é obrigatória a utilização de Matriz de Riscos no caso em questão, posto que o art. 22 da Lei 14.133/2021 estabelece que a mesma é de modo geral facultativa, sendo obrigatória apenas nas contratações de grande vulto e nas contratações integradas e semi-integradas, o que não se vislumbra no presente caso.

Por fim, ressalta-se acerca da necessidade de restarem discriminados os custos com o cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas, em observância ao art. 94, § 2º, da Lei nº. 14.133/21⁸.

3 DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Procuradoria Jurídica, opina pela POSSIBILIDADE da contratação direta, via inexigibilidade, do artista **“DURVAL LELIS”**, através de empresa exclusiva **OLÁ MUSIC ENTERTAINMENT LTDA**, para realizar show musical no dia **15 de fevereiro de 2025** em virtude da realização do evento **“CARNAFORRÓ 2025”**, ao custo de **RS 300.000,00 (trezentos mil reais)**, observada a sugestão de redação de cláusula de reajustamento de preços constante do item acima.

Ainda, como condição de validade dos atos e em observância à necessária publicidade dos atos da Administração, o Departamento de Licitações e Contratos deverá efetuar a publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do Município e no sítio eletrônico oficial do Município, de acordo com o art. 72, parágrafo único, da Lei nº. 14.133/21, assim como efetuar a divulgação, no prazo de 10 (dez) dias úteis, por meio do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, consoante disciplina o art. 94, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Por fim, na divulgação do contrato por meio no PNCP, deve ser obedecido o disposto no art. 94, § 2º, da Lei nº. 14.133/21, de modo a identificar os custos com o cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

⁸Art. 94. (...) § 2º A divulgação de que trata o caput deste artigo, quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

Destarte, vale ressaltar que parecer jurídico é manifestação formal do entendimento do parecerista sobre a matéria jurídica submetida à análise. Constitui-se, portanto, num ato jurídico administrativo enunciativo, uma vez que expressa ou enuncia a opinião do parecerista. Assim, o ato administrativo sob comento, não contempla manifestação de vontade original da Administração Pública, contendo, apenas, declaração de opinião.

Surge daí, via de consequência, o dever da autoridade administrativa, independentemente da opinião do consultor jurídico, interpretar a norma administrativa e jurídica de forma que melhor atenda ao interesse público a que se destina.

É o parecer. À ciência da área consultante.

Nossa Senhora da Glória/SE, 27 de dezembro de 2024.

RODRIGO FERREIRA FORTE
Procurador Municipal
OAB/SE nº 12002
Decreto nº 2566/2023