

Processo nº: 234/2024

Parecer nº: 13/2024

Órgão Consulente: Secretaria Municipal de Cultura, Comunicação e Esporte

Credenciamento - Artistas e grupos culturais locais - Inexigibilidade de licitação - Art. 74, inciso IV, Lei 14.133/2021 - Possibilidade legal e jurisprudencial de contratação por credenciamento mediante preenchimento de requisitos - Necessidade de saneamento da instrução.

PARECER JURÍDICO

Trata-se o presente processo de solicitação da Secretaria Municipal de Cultura, Comunicação e Esporte de Mata de São João/BA quanto à análise de minuta de edital de chamamento público para credenciamento de artistas, grupos culturais, produtor de eventos por meio de pessoas físicas e jurídicas para a realização de apresentações musicais e artísticas e organização de eventos a serem executadas nos eventos promovidos e apoiados pela Prefeitura de Mata de São João, mediante pagamento de cachê, conforme demanda da Secretaria Municipal de Cultura, Comunicação e Esportes (SECCE), visando estimular a geração de renda, a difusão de produções artísticas e o estímulo criativo cultural, conforme as Agendas Culturais desenvolvidas ao longo do ano.

A princípio, cumpre esclarecer que as contratações de bandas, grupos musicais, profissionais ou empresas do setor artístico pela Administração Pública sujeitam-se a Procedimento Licitatório, Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação, segundo ditames da Constituição Federal.

O credenciamento consiste na hipótese de inexigibilidade quando não há concorrentes em procedimento licitatório ou quando não há possibilidade de competição, principalmente pela possibilidade de contratação de todos.¹

Sobre o tema, a Lei 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XLIII, define o credenciamento nos seguintes termos: *processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.*

A Lei 14.133/2021 estabelece, em seu art. 74, inciso IV, que:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

Há ainda regras específicas no art. 79 e em seu parágrafo único:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:
I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;
II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;
III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

¹ Esta teoria fora criada pelo Doutrinador Carlos Ari Sundfeld, discorrendo sobre a *inviabilidade de competição por contratação de todos*. Ou seja, quando a Administração está disposta a contratar todos os interessados no objeto, desde que atendam aos requisitos mínimos. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42).

- IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;
- V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;
- VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Assim, implica o credenciamento na possibilidade de todos os interessados contratarem com a Administração Pública, sem exclusão de alguns em detrimento de outros ou sem vencedores em processo licitatório. Exatamente por não competirem entre si, em razão de todos disponibilizarem os seus serviços, deduz-se que não há viabilidade de competição, desembocando então na inexigibilidade de licitação pública.

Diferentemente da contratação de fornecedor exclusivo do bem pretendido pela Administração Pública, o credenciamento abre à Administração a possibilidade de contratar com todos que preencherem os requisitos mínimos exigidos em instrumento editalício.

Logo, percebe-se que inexistente objeto entre os fornecedores capaz de gerar competição para a Administração Pública, mas todos estarão aptos a, indiretamente, prestarem seus serviços ao Município, cabendo apenas atrair aqueles que diretamente usufruirão dos serviços e produtos ou mesmo mediante direcionamento por ordem coordenada pela Administração, garantindo-se neste caso, o revezamento entre credenciados.

Ressalte-se, contudo, que as justificativas e a cabal demonstração de que o interesse público primário, ou seja, aquele permanente e indisponível, está sendo salvaguardado e atendido, devem constar em processo administrativo próprio.

Em complemento, segundo o doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o credenciamento implica na delegação unilateral e precária, por ato administrativo, a credenciados, de atividades de interesse público, reconhecendo-lhes a produção de eficácia administrativa pública e dando-lhes assentimento para que

sejam remunerados por seus serviços, diretamente pelos administrados beneficiários ou pela própria Administração.²

Pode-se ainda asseverar que característica inerente do credenciamento é a possibilidade de contratação a qualquer tempo de todos aqueles que preenchem os requisitos estabelecidos em edital, divulgado semelhantemente a qualquer edital de licitação e ainda mais, pois em todo tempo deverá existir informativo nas mídias do Município informando do credenciamento e sua permanência em aberto.

Merece sempre destaque o fato de que o credenciamento deve observar os princípios que regem a Administração Pública, e, dentre eles, estão a economicidade e eficiência. Por tal razão, o processo deve ser submetido à Contabilidade do Município para manifestação sobre os valores que se pretende praticar, com base em apuração feita pela Secretaria. Isto posto, deve haver aprovação do valor a ser pago, por expressar valor de mercado.

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 02/2005 do TCM/BA já trazia orientações para a Administração Pública, dispondo sobre a possibilidade da contratação de “bandas, grupos musicais, profissionais ou empresas do setor artístico” por meio de credenciamento.

Isto posto, confirma-se a possibilidade de contratação do serviço em questão como credenciamento, desde que atendidos os requisitos legais.

Pois bem.

Quanto aos elementos indispensáveis à instrução processual da contratação direta, estes estão dispostos no artigo 72 da Lei 14.133/21. Veja-se:

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:

² De grande valia também é a conceituação do Professor Luciano Ferraz quando afirma que o credenciamento é: “O processo administrativo, pelo qual a Administração convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciar-se como prestadores de serviços ou beneficiários de negócio futuro a ser ofertado, quando a pluralidade de serviços prestados for indispensável à adequada satisfação do interesse coletivo ou, ainda, quando a quantidade de potenciais interessados for superior à do objeto a ser ofertado e por razões de interesse público a licitação não for recomendada” (Licitações, Estudos e Práticas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. P. 118).

- 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 credenciamento foi solicitado e autorizado, constando do documento encartado o objeto, o objetivo, a justificativa, bem como o valor previsto e o estudo técnico preliminar.

Ademais, deve a administração **promover a publicidade do ato que autoriza a contratação direta/extrato do contrato, divulgando e mantendo à disposição do público em sítio eletrônico oficial.**

Se verifica da documentação encartada, especificamente o estudo técnico preliminar, **a hipótese legal do presente caso, indicando o inciso I do art. 79 como a situação em que se enquadra. Bem como, contém uma análise de preços.**

Dentre os elementos instrutórios da contratação direta estabelecidos no art. 72, dispositivo que se utilizará como base da instrução processual, tem-se o Termo de Referência como essencial, pois nele deverão constar as condições da contratação e identificação da necessidade da Administração Pública.

Tanto o conceito quanto os elementos mínimos do Termo de referência estão estabelecidos no artigo 6º:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação

de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

Além dos elementos dispostos no art. 6º, inciso XXIII, devem as Secretarias se atentarem para outros, previstos no § 1º do art. 40 da Lei:

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

- I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;
- II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;
- III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

Apreciando-se a minuta de edital também anexada, reputa-se relevante que conste nele **matriz de alocação de riscos**, seguindo o quanto preceituado no artigo 22 da Lei 14.133/2021.

Em complemento, orienta-se ainda:

- i.* que seja vedada a prestação de qualquer serviço sem a respectiva OS enviada pela gestora do contrato ou cobertura contratual ou de

- empenho, considerando sua ocorrência como irregular e realizada de má-fé, inclusive para fins de não pagamento do serviço e descredenciamento. Sendo acatada tal orientação, deve ser igualmente previsto em contrato;
- ii.* que seja prevista a forma de revezamento e redistribuição de demanda quando algum credenciado não conseguir atender a demanda, devendo-se sempre manter-se o critério de distribuição;
- iii.* Corrija-se o nome da secretaria no cabeçalho do documento haja vista a ausência do 'r' na palavra 'esporte', bem como a palavra 'prefeitura' em que falta o 'e'.

Quanto ao instrumento contratual, quando utilizado - tendo em vista as hipóteses de substituição previstas no artigo 95 da Lei 14.133/21 -, seus elementos de constituição constam nos artigos 89 e 92:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

- VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX - a matriz de risco, quando for o caso;
- X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- 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;
- XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;
- XIX - os casos de extinção.

Considerando a previsão legal, orienta-se complementação no seguinte sentido:

- i.* Corrija-se o nome do prefeito do município uma vez que o Sr. João Gualberto não exerce mais o referido cargo;
- ii.* Previsão de que, nos casos omissos, será aplicado o Código Civil;
- iii.* A matriz de risco;
- iv.* Estabelecer a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- v.* Especifique-se o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

Ademais, **necessário promover a publicidade da lista de revezamento, bem como juntar à instrução o decreto com o calendário de eventos vigente.**

Isto posto, constata-se que não estão presentes na instrução todos os requisitos legais para a publicação do edital e posterior contratação por inexigibilidade licitatória. Todavia, as pendências foram pontuadas nesta peça opinativa de modo a possibilitar o saneamento processual e prosseguimento.

Saneado o processo e com o prosseguimento da contratação, é importante salientar que o edital deverá ser publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas, em atendimento ao art. 54 da Lei 14.133/21, e a minuta contratual do mesmo modo, por força do art. 94. No caso de impossibilidade, esta deverá ser certificada pela autoridade competente, promovendo-se ampla publicidade da contratação em imprensa oficial e portal municipal de compras, para atendimento do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Por fim, ressalva-se que a presente peça tem caráter opinativo e levou em consideração as intenções da Secretaria descritas nos autos, legislação e jurisprudência sobre a matéria.

Mata de São João/BA, data da assinatura eletrônica.

Letícia Bernardo

Assessora Jurídica
Matrícula 9120
OAB/BA 62.475



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 1698-7D40-4CAD-43EC

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:



LETÍCIA BARBOSA BERNARDO (CPF 092.XXX.XXX-10) em 09/01/2024 15:53:33 (GMT-03:00)

Papel: Assinante

Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://matadesaojoao.1doc.com.br/verificacao/1698-7D40-4CAD-43EC>