

PARECER JURÍDICO Nº. 016/2024 – LEI 14.133/2021

Processo Administrativo de Compras e Contratações nº 006/2.024 – INEXIGIBILIDADE Nº 003/2024.

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE NOVA XAVANTINA – AGENTE DE CONTRATAÇÃO.

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DETENTORA EXCLUSIVA DE SHOW ARTÍSTICO PARA APRESENTAÇÃO DO ARTISTA "DJ PEDRO VOLT" COM DURAÇÃO DE 1 (UMA) HORA QUE SERÁ REALIZADO DENTRO DA GRADE DO EVENTO EXPONOVA 3º EDIÇÃO NO DIA 13 DE ABRIL DE 2024 COM INÍCIO ÀS 01:30.

FINALIDADE: PARECER PRÉVIO.

Senhora Agente de Contratação,

Cuida-se de análise jurídica para fins de contratação de empresa para CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DETENTORA EXCLUSIVA DE SHOW ARTÍSTICO PARA APRESENTAÇÃO DO ARTISTA "DJ PEDRO VOLT" COM DURAÇÃO DE 1 (UMA) HORA QUE SERÁ REALIZADO DENTRO DA GRADE DO EVENTO EXPONOVA 3º EDIÇÃO NO DIA 13 DE ABRIL DE 2024 COM INÍCIO ÀS 01:30.

Sendo o Procedimento escolhido INEXIGIBILIDADE, com fulcro na Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021.

Assim, vieram os autos contendo as minutas do edital a ser publicado, do contrato administrativo, dos avisos de publicação e outros: o estudo técnico preliminar de 05/02/2024, documento de formalização de demanda 06/02/2024, termo de referência 19/02/2024, mapa de risco 20/02/2024, notas fiscais Preço médio R\$ 25.250,00, dotação orçamentária, portaria de designação do agente de contratação, a autorização para instauração do procedimento ,e, a minuta do Edital.

Eis o relatório.

1. Da Aplicabilidade Normativa.

O artigo 194 da Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC estabelece a vigência da norma a partir de sua publicação em 1º de abril de 2021, portanto, estando em pleno vigor desde esta data, não havendo que se falar em período de vacatio legis.

Ademais a Lei de nº 8666/93 foi revogada a partir do dia 30/12/2023 – dicção da alínea “a” do inciso II do art. 193 da Lei 14.133/2021.

2. Da caracterização da hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso II, da Lei Federal n. 14.133/2021.

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI, da CF/88 estabelece:

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: (...)

*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.*

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração Pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

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 leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

Nota-se no caso presente que foram mantidos de forma expressa os seguintes requisitos legais específicos: **1) Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo; e 2) Desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública – de acordo com o inciso II do art. 74 da Lei 13.122/2021.**

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; (...)

3. DA ANÁLISE JURÍDICA DO CASO CONCRETO.

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.***

Analisando o dispositivo legal citado no início deste item (artigo 74, II, da Lei nº 14.133/2021) e o processo sob análise 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, o que foi cumprido.

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) sendo juntada pesquisa que comprove a consagração no seu ramo do artista a ser contratado.

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. **Segue documento comprobatório juntado no processo;**



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.

ESTADO DE MATO GROSSO
MUNICÍPIO DE NOVA XAVANTINA
ASSESSORIA JURÍDICA
CNPJ/MF 15.024.045/0001-73

Nesse sentido, cita-se o que dispõe a Instrução Normativa nº 65, de 27 de julho de 2021, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia;

Art. 7º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, aplica-se o disposto no art. 5º.

§ 1º Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo. § 2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o parágrafo anterior poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido. § 3º Fica vedada a contratação direta por inexigibilidade caso a justificativa de preços demonstre a possibilidade de competição. § 4º Na hipótese de dispensa de licitação com base nos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a estimativa de preços de que trata o caput poderá ser realizada concomitantemente à seleção da proposta economicamente mais vantajosa. § 5º O procedimento do § 4º será realizado por meio de solicitação formal de cotações a fornecedores. (grifei)

Desta forma, é possível aferir claramente que os autos do processo encontram-se devidamente instruído pois houve a devida pesquisa de mercado sendo apurado um valor médio de R\$ **Preço médio R\$ 25.250,00** [VARIÁVEL ENTRE R\$ 25.000 E R\$ 15.000,00] atendendo as exigências mínimas legais, ficando evidenciada a solução mais adequada para atendimento da necessidade pública na ótica do demandante.

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 Estudo Técnico Preliminar apresentado e datado de 05/02/2024 atendeu as previsões contidas em especial no Decreto Municipal de nº 5.669, DE 26 JANEIRO DE 2024 que Regulamenta a lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos, no município de Nova Xavantina/MT e dá outras providências, em especial os art. 14 e seguintes, assim como o Documento de Formalização de Demanda observou e trouxe a dotação orçamentária.

Seguindo a análise, **verifica-se que o termo de referência** elaborado a partir do estudo técnico preliminar, contem os seguintes itens: definição do objeto, amostra da necessidade e interesse público da contratação/justificativa, especificação mínimas do que se quer resolver e como, condições gerais de execução, pagamento, dotação orçamentária, deveres gerais e mínimos da Contratante e da Contratada, fiscalização do contrato, contendo, por conseguinte, todos os elementos exigidos pelo inciso XIII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021 e normativas municipais.

Desta forma, é possível aferir que a fase preparatória do certame encontra-se em consonância com as exigências mínimas exigidas pela NLLC para fins de contratação nesta nova sistemática de licitações públicas bem como em sintonia com a Legislação Municipal que trata de licitações e contratos administrativos em especial o **Decreto Municipal de nº 5.669/2024 citado** (<https://diariomunicipal.org/mt/amm/publicacoes/1344794/>).

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 a 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***

ESTADO DE MATO GROSSO
MUNICÍPIO DE NOVA XAVANTINA
ASSESSORIA JURÍDICA
CNPJ/MF 15.024.045/0001-73

de habilitação e qualificação mínima necessária; (grifei)

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.

Ainda quanto aos requisitos de habilitação, deve-se atentar, também, para o **requisito negativo** que consta no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Sob tal influxo, deve ser complementada a documentação com a juntada da certidão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ dando conta quanto à ausência de condenações por improbidade administrativa da pretensa pessoa contratada, conforme determina o art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

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 c/c §2º do art.94** publicação dos valores em separado).

Assim, conforme todo o exposto, é certo que, desde que cumpridos os requisitos exigidos pela lei, a contratação poderá ser enquadrada enquanto hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do caput, do artigo 74, da Lei nº 14.133/2021.

Ademais, **registra-se a inexistência do plano anual de contratações nesta Prefeitura**, o que prejudica a análise de compatibilidade da contratação com o referido plano, em que pese não se tratar de ato obrigatório para a realização do certame e que está ainda em processo de confecção, uma vez que, o inciso VII, do artigo 12 da NLLC, afere a facultatividade da elaboração do plano anual de contratações e determina que o mesmo terá origem da análise sistêmica dos documentos de formalização de demanda, *in fine*:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, como objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

5. Da 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 inexigibilidade da licitação pretendida, com fulcro no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, conforme apontado neste parecer.**

Observação; 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. Salvo melhor juízo.

Nova Xavantina (MT), 20 de Fevereiro de 2024.

CELSO ANSELMO BICUDO P. S. JUNIOR
Assessor Jurídico do Município de Nova Xavantina/MT
OAB/MT 17474-O