

PARECER JURÍDICO

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ART. 74, II DA LEI 14.133/2021

BANDA SALDANHA – SOCIEDADE RECREATIVA, BENEFICIENTE E CULTURAL BANDA DA SALDANHA

Trata-se de processo de inexigibilidade de licitação para contratação de show artístico com a **BANDA SALDANHA – SOCIEDADE RECREATIVA, BENEFICIENTE E CULTURAL BANDA DA SALDANHA**, para apresentação durante o Carnaval de Rua de Estância Velha

O valor da contratação é de R\$ 12.500,00 (doze mil reais), conforme proposta anexada ao processo.

Breve Relatório

PARECER

DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

As contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da nova Lei de Licitação nº 14.133/2021.

Como bem disserta Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação visa “proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares”.

Odeto Medauar destaca que “A Administração não pode contratar diretamente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo.”

Excepcionalmente, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 74 da Lei nº 14.133/21, autorizando à Administração a realizar contratação direta, sem licitação.

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

; (...)

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possui 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.

A justificativa da inexigibilidade na hipótese é a inviabilidade de competição.

Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório.

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação.

É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, tudo devidamente demonstrado em processo de inexigibilidade.

Assim, pela redação do art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, para a contratação de profissional do setor artístico é preciso: i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo; ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 72 também da Lei nº 14.133/2021.

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 do valor, que deverá ser calculado na forma estabelecida no art. 32 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.

Desse modo, friso-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos, os quais devem estar prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade.

Assim, além dos requisitos do art. 74, é imprescindível a publicação da inexigibilidade, a justificativa da escolha do contratado e, ainda, a justificativa do preço (art. 72 da Lei nº 14.133/2021), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

A grande preocupação na interpretação das hipóteses de inexigibilidade, sobretudo a tratada pelo inciso II, é a abrangência das expressões contidas no permissivo legal. Em verdade, trata-se de jurídicos indeterminados, que concedem, em tese, certa margem de discricionariedade ao administrador.

A necessidade resta presente quando a medida implementada se mostrar imprescindível à consecução do desiderato perseguido.

No caso em análise, deve-se ponderar se a contratação de músicos, bandas, artistas, apresentações teatrais e congêneres para a animação de festas populares e/ou públicas é necessária à promoção cultural dos municípios.

De outra banda, a adequação é respeitada quando a medida tomada se mostrar coerente com o fim perseguido, se há um perfeito acoplamento entre a ação e o resultado.

Seria necessário aqui ponderar se a contratação de bandas musicais seria adequada para a promoção cultural da população. Como exemplo, seria inadequada a contratação de um artista lírico para a animação de uma festa popular.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito resta atendida quando houver um equilibrado custo benefício, ou seja, as melhorias trazidas pelas medidas são superiores aos seus malefícios.

Destarte, a contratação de bandas de música não pode acarretar restrição orçamentária que comprometa repasses para áreas prioritárias, a exemplo da saúde e educação.

A legalidade e a economicidade já são impostas diretamente pelos arts. 72 e 74 da Lei nº 14.133/2021, que exigem a justificativa do preço e a observância dos requisitos autorizativos da hipótese de inexigibilidade.

Por outro lado, não há expressamente no dispositivo legal apelo à verificação da legitimidade da despesa.

Não se desconhece que a promoção cultural também é uma exigência constitucional, inserindo-se dentre os deveres do Estado.

A contratação do artista por inexigibilidade, visa a prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização do contrato.

No entanto, caso haja pluralidade de empresários, possível é a competição entre eles, impondo-se a prévia licitação, o que se afasta quando há a carta de exclusividade.

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.

No fato, não há um conceito padrão sobre o que seria "consagração pela crítica especializada" ou "consagração pela opinião pública".

Como afirmado alhures, são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo, dificultando a atuação dos órgãos de controle.

Com efeito, a consagração do artista, se não for notória, deve ser devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade, seja mediante a juntada de noticiários de jornais, seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou a iniciativa privada, ou por outros meios idôneos.

Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

Na situações, contudo, que se colocam em uma zona cinzenta, na penumbra, entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa.

Assim, para alguns restarão atendidos os requisitos legais (consagração do artista), para outros não.

Nos campos de certeza, seja positiva ou negativa, caso haja desvio administrativo, admite-se um amplo controle judicial, uma vez que vulnerada a própria legalidade.

O ponto fulcral da controvérsia, no entanto, de difícil solução, refere-se à zona cinzenta, em que não há precisão conceitual. Nessa hipótese, o controle judicial é mais restrito.

Assim, preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição das exigências é possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133, 2021.

CONCLUSÃO

Com base na argumentação desenvolvida, OPINA-SE pela contratação de personalidades do setor artístico, por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada

RB Dias

a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição e comprovação das exigências, conforme acima solicitado.

O pagamento deverá ser feito integralmente após a realização da apresentação e cumprimento do contrato, mediante apresentação da respectiva nota fiscal.

É O PARECER, s.m.j.,

Estância Velha, 29 de fevereiro de 2023



ROBINSON DE ALENCAR BRUM DIAS, OAB 24.943