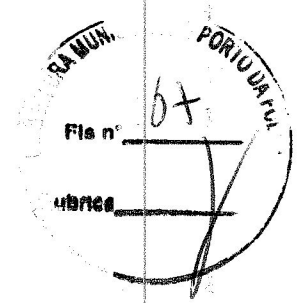




Fabiano Feitosa
advocacia



Origem: Processo de Inexigibilidade nº 004/2024.

Solicitante: Comissão Permanente de Licitação.

PARECER JURÍDICO Nº 021/2024

A **PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE PORTO DA FOLHA/SE**, por meio deste signatário, fora provocada pela **Comissão Permanente de Licitação** para apresentar parecer jurídico acerca da possibilidade de formalização do **contrato de prestação de serviços**, através de **Inexigibilidade de Licitação**, que tem como finalidade a **CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO, DIRETAMENTE OU POR MEIO DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO**, à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, mais especificamente no artigo 74, inciso II, da lei nº14.133, de 1º de abril de 2021.

Inicialmente convém ressaltar que esta análise prende-se aos aspectos eminentemente jurídicos, visto ser este o tema sobre o qual o subscritor detém competência para opinar, conforme previsão no artigo 53, caput e §4º, da Lei nº 14.133/2021.

Destarte, ressalta-se que o exame da matéria posta em debate restringe-se aos seus aspectos exclusivamente jurídicos, excluídos da análise qualquer questão técnica ou econômica, notadamente quanto à conveniência e oportunidade inerentes a qualquer acordo/ajuste, devendo a autoridade competente se municiar de todas as cautelas para que os atos do processo sejam prestados apenas por quem de direito.

Dessa forma, diz-se que todos os aspectos técnicos relativos à escolha para prestação do serviço são de competência exclusiva da municipalidade, através de profissional habilitado.

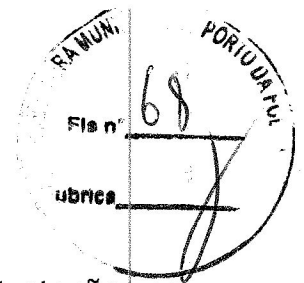
É o breve relatório.

1. REQUISITOS PRÉVIO NECESSÁRIOS

Primordialmente convém ressaltar que, para prosseguir com o procedimento, o artigo 72 da Lei nº 14.133 de 01 de Abril de 2021, indica



Fabiano Feitosa
advocacia



os elementos que deverão instruir os processos de contratação por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, vejamos:

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.

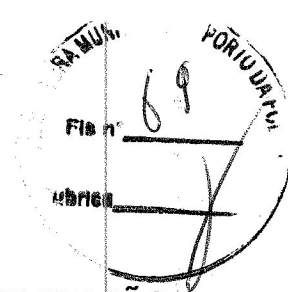
Analisando o procedimento consta nos autos, Documento de Formalização de Demanda – DFD, apresentando a justificativa da necessidade para a contratação e Estudo Técnico Preliminar – ETP, juntamente com minuta do Aviso de Contratação Direta.

Assim, por força do disposto no artigo 53, caput e §4º, e 72, III da lei nº14.133, de 1º de abril de 2021, o procedimento foi remetido a esta Assessoria Jurídica o procedimento licitatório, modalidade Inexigibilidade de Licitação, para análise e emissão de parecer, instruído com os seguintes documentos:

1. Documento de Formalização de Demanda – DFD, apresentando a justificativa da necessidade para a contratação;
2. Termo de Referência, Projeto Básico e/ou Projeto Executivo;
3. Estudo Técnico Preliminar – ETP;
4. Análise de riscos, observados o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo e no art. 8º deste Decreto;
5. Estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei Federal nº 14.133, de 2021



Fabiano Feitosa
advocacia



2. DOS FUNDAMENTOS JURIDICOS DA CONTRATAÇÃO

Cumpre-nos asseverar que a Administração, em regra, tem o dever de licitar, *ex vi* do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *verbis*:

"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".

Analisando o dispositivo acima transcrito, verifica-se que a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de cunho 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, a Lei de Licitações prevê a possibilidade da não realização de processo licitatório, sendo os mesmos enumerados pelos artigos 74 e 75 (inexigibilidade de licitação e dispensa), vejamos:

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;

Pois bem, pela análise constitucional e infraconstitucional legal 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.

Analisando os ensinamentos do doutrinador Joel de Menezes Niebuhr¹, a competição entre os profissionais do setor artístico torna-se inviável, uma vez que o critério de comparação entre eles é artístico e inerentemente subjetivo.

[...] a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística.

Essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo – diferentemente do que sucede nos casos de licitação na modalidade concurso, por exemplo.

Marçal Justen Filho² ensina:

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2022. p. 177.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993 - 18.ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 634



Fabiano Feitosa
advocacia



A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei 8.666/1993. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra. (nosso grifo)

No caso em comento, pretende-se a contratação de show musical da **BANDA EKISAMBA, para apresentação artística no dia 13 de fevereiro de 2024, Evento CarnaIlha, na Orla do Povoado Ilha do Ouro, Porto da Folha/SE**, o qual é conhecido pelo show que realiza, gozando de excelente conceito e aceitação popular, estando devidamente comprovada a consagração dessa banda pelo público local e regional.

Portanto, a Lei estabelece que a contratação aqui pretendida pode-se realizar da forma aqui a ser efetivada. Ademais, a Comissão Permanente de Licitação esclarece que a contraprestação da contratada corresponde ao valor de **R\$6.000,00 (seis mil reais)**.

Porém, para que se efetive contratação de profissional artista por meio da inexigibilidade, há de se demonstrar de maneira robusta e inequívoca o preenchimento de todos os pressupostos estabelecidos pelo inciso II do artigo 74 de Lei de Licitações c/c as exigências contidas em seu §2º, bem como a entrega de todos os documentos previstos no artigo 62 da Lei de licitações e aos documentos que são suscetíveis de análise desta Procuradoria. Lembre-se que é de grande importância as assinaturas nos documentos oficiais, pois sem assinatura o documento perde sua validade, com exceção à minuta contratual, por se tratar tão somente de um "modelo". Assim, é válido lembrar que as solicitações para abertura de procedimento devem estar devidamente assinadas.



Fabiano Feitosa
advocacia



Por fim, é de bom alvitre salientar que a veracidade de todas as informações, bem como o conteúdo de toda documentação apresentada são de inteira responsabilidade dos administradores públicos.

Neste passo, convém chamar a atenção para a possibilidade de aplicação de sanções de natureza política, administrativa, civil, pecuniária e penal, em caso de malversação da verba pública, decorrentes de improbidade administrativa, a partir da Lei n.º 8.429/92 alterada pela lei nº14.133/21, com a edição da Lei de responsabilidade Fiscal, complementada pela Lei n.º 10.028/2000, que criou novos tipos penais (crimes contra as finanças públicas), de modo a tornar mais efetivos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, CF/88).

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, dando cumprimento ao que dispõe o artigo 53, caput e §4º, da Lei nº 14.133/2021, a **PROCURADORIA DO MUNICÍPIO DE PORTO DA FOLHA, ESTADO DE SERGIPE**, com vista os apontamentos acima enumerados, opina-se pela viabilidade jurídica da contratação direta de profissional do setor artístico, com fundamento no art. 74, II, da Lei de licitações, após atendimento das recomendações acima mencionadas, pela Comissão de Licitação, a qual deve observar durante todo o procedimento licitatório o disposto na Constituição federal e na Lei n. 14.133/21.

E o nosso parecer, S.M.J.

Porto da Folha/SE, 09 de fevereiro de 2024.


JULIANE DOS SANTOS SILVA

OAB/SE Nº 9.580