



PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**PG. P. n.º 05061/2024**

**PROCESSO Nº: 2023.1.11005.01.1**

**INTERESSADO: CODAGE - Coordenadoria de Administração Geral**

**ASSUNTO:** Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Análise das minutas padronizadas. Contratação direta por inexigibilidade, com fundamento legal no art. 74, inciso II, da Lei nº 14.133/2021. Decreto Estadual nº 68.304/2024. Minutas do Termo de Referência e de Contrato, para serviços PROFISSIONAIS ARTÍSTICOS. Relatório de verificação.

### PARECER

Senhor Procurador Geral,

1. Trata-se de análise jurídico-formal de minutas padrão de termo de referência e de contrato, em consonância ao “Relatório de Verificação” pertinente, para prestação de serviços profissionais artísticos, com fundamento na contratação direta por inexigibilidade, com suas respectivas instruções de preenchimento, conforme a disciplina da **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em seu artigo 74, inciso II:**

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

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 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.

2. Inicialmente, importante consignar que as minutas ora juntadas, no processo eletrônico SAJ, às fls. 1030/1067, tomaram como base as minutas até então elaboradas e discutidas no âmbito do Departamento de Administração da Reitoria e da Procuradoria Geral da USP, dentro da matéria atinente às contratações diretas por valor (art. 75, "caput", incisos I e II, da Lei 14.133/2021) e por inexigibilidade (art. 74, "caput", inciso I, da Lei 14.133/2021), com as adequações legais pertinentes à contratação direta por inexigibilidade, caracterizada pela inviabilidade de competição para fins licitatórios, **mais especificamente para a contratação de profissional do setor artístico, com fulcro no art. 74, inciso II, da Lei 14.133/2021.**

3. Assim como mencionado nas análises anteriores, ressalta-se a pertinência da utilização das minutas elaboradas pela União, seja em razão da aplicação dos regulamentos federais, conforme disposto no Decreto Estadual nº 67.608/2023 e autorização constante do artigo 187, da Lei

PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

nº 14.133/2021; seja pela utilização do Sistema de Compras do Governo Federal (compras.gov.br); ou ainda pelos benefícios à competitividade resultantes da padronização de normas e procedimentos.

4. Por oportuno, trago em colação trecho do artigo “Hipóteses de Contratação Direta – Inexigibilidade, Dispensa e Alienações”, escrito por Rosmari Aparecida Ferraiolo, que integra a obra “Reflexões Sobre a Nova Lei de Licitações”, disponível para *download* gratuito no *site* do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo<sup>1</sup>:

A inexigibilidade de que trata o artigo 74 da LLCA caracteriza-se pela **inviabilidade de competição entre os ofertantes. A impossibilidade da disputa pode ocorrer por motivos de fato ou de direito.** No primeiro caso, existe único fornecedor ou prestador de serviço apto a atender ao interesse público; no segundo, inexistente variedade de opções que possam atender à necessidade da Administração, o que torna a disputa inviável e a realização de um certame ineficaz.

(...)

**Durante o planejamento da futura contratação, há a definição e a verificação das características do objeto. Nesta fase, identifica-se a possibilidade de competição ou não entre aqueles aptos a contratar. Desse modo, fica evidente a importância do cuidado na elaboração do estudo técnico preliminar, da análise de riscos, do termo de referência e do levantamento dos custos,** documentos não devem ser vistos como simples peças que instruem o processo por pura formalidade, mas sim como essenciais à boa contratação. Ademais, a viabilidade econômica deve ser observada, estabelecendo-se a relação entre os benefícios qualitativos e os encargos financeiros que serão arcados pelo Estado. (g.n.)

5. Também, é importante destacar que a aprovação de minutas padrão não afasta a responsabilidade dos agentes e autoridades pelo adequado planejamento da contratação e pela condução do certame, inclusive

<sup>1</sup> <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/reflexoes-sobre-nova-lei-licitacoes>

PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

em relação à escolha de opções adequadas à contratação pretendida durante a montagem do contrato e do termo de referência, conforme Estudo Técnico Preliminar elaborado no caso concreto.

6. Assim, considerando que se tratam de documentos e minutas interligados a um procedimento de contratação definido de acordo com o objeto e o fundamento legal pertinente, observo que as minutas a serem ora analisadas deverão ser aplicadas em conformidade com os demais documentos e informações que instruem o procedimento como um todo, com ênfase no **RELATÓRIO DE VERIFICAÇÃO – INEXIGIBILIDADE – ART. 74, INCISO II, LEI 14.133/2021, em sua versão sem encaminhamento à PG, fls. 1068/1075, SAJ.**

7. No intuito de garantir a efetiva legalidade e regularidade das contratações a serem realizadas pelos órgãos/unidades, entendo pertinente destacar a importância de verificar e comprovar nos autos o atendimento a **TODOS os requisitos legais** da hipótese de inexigibilidade, tal como delineados no item 3 do Relatório de Verificação (“**CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL**”):

a) Interesse público: peculiaridades da atividade que justifiquem a aquisição do serviço artístico com características específicas;

b) **Razões da escolha do serviço:** o objeto da contratação possui as características específicas e artísticas necessárias para atender o interesse público (especificado acima), as quais não são encontradas em serviços similares, demonstrando todos os elementos fáticos que fundamentam a inviabilidade de competição;

c) Prestação de serviços por profissional do setor

PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

artístico: demonstrar que se trata de **artista profissional**;

d) Contratação direta com o artista OU por meio de empresário/empresa **exclusiva**: comprovação da exclusividade de representação permanente e exclusiva; **não se admite a “exclusividade” restrita a determinado período, evento ou contratante**;

e) Comprovação da **consagração** do artista profissional pela crítica especializada ou pela opinião pública.

7.1. Por oportuno, relevante mencionar doutrina especializada no assunto, com ênfase na importância da justificativa de mérito e no atendimento formal dos requisitos indicados nos itens “d” e “e” acima (Justen Filho, Marçal. “Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas” - 1. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021):

### *11.3) Critério de escolha*

Se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar escolhas desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. **O limite de liberdade da Administração é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer.** Assim, não se admite que uma festa popular envolva a contratação direta de um cantor lírico, pois as preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de uma ópera. A recíproca é verdadeira.

Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na **consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada.** Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. **Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes**



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**no desempenho de sua arte.**

(...)

### Jurisprudência anterior do TCU

• “25. Conforme consta dos subitens 9.2.1. e 9.2.2. do Acórdão 1.435/2017 – Plenário, **a apresentação da carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade do evento não é suficiente para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.** Necessário, para que possa haver a subsunção da hipótese fática à regra precitada e à interpretação conferida ao tema pelo Tribunal, que seja entabulado contrato de exclusividade e que este seja registrado em cartório.

26. De ressaltar que o dispositivo legal de regência (inciso III do art. 25 da Lei 8.666/1993) admite a contratação por inexigibilidade de licitação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente, ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

27. O contrato não firmado diretamente com o artista ou ajustado mediante empresário não exclusivo desatende o dispositivo precitado, porquanto permite que intermediários tornem a contratação mais onerosa ao erário” (Acórdão 4.714/2018, 2.<sup>a</sup> Câm., rel. Min. Marcos Bemquerer).

8. Feitas essas observações iniciais, passo à análise das minutas propostas (termo de referência e contrato) referentes a **SERVIÇOS PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO, por contratação direta por inexigibilidade, com fundamento no art. 74, inciso II, da Lei 14.133/2021,**



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

as quais merecem os seguintes comentários:

9. Quanto à **minuta de TERMO DE REFERÊNCIA (TR) para serviços profissionais artísticos, por contratação direta por inexigibilidade (fls. 1032/1054, SAJ):**

A) Quanto ao item 1.5, que trata da SUBCONTRATAÇÃO, considerando a própria motivação que respalda a contratação direta sem licitação, em regra, não é admissível<sup>2</sup>, razão pela qual sua redação ficou fixa na minuta, diferentemente das demais minutas de TR;

B) Tendo em vista a fundamentação da contratação baseada na **Justificativa Técnica**, contendo seus requisitos legais para a contratação direta, vislumbramos a necessidade de fazer referência às peculiaridades fáticas que justificam a inviabilidade de competição, além da documentação que comprove as demais exigências legais, nos termos dos subitens do item 4.2;

C) Os itens e opções seguintes devem ser atentamente avaliados e selecionados, de acordo com o objeto a ser contratado, pela Unidade/órgão interessada;

D) O item 8 teve sua redação adequada à contratação direta por inexigibilidade;

E) No que tange à PROPOSTA ALTERNATIVA DE CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO, com base no art. 18, do Decreto Estadual nº 68.304/2024, vale relembrar sua redação legal:

**Artigo 18** - Nos termos do inciso III do artigo 70 da Lei federal nº

<sup>2</sup> Ver Art. 74, § 4º, da Lei 14.133/2021, como parâmetro.



PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

14.133, de 1º de abril de 2021, **somente se exigirá, para fins de habilitação, a comprovação de regularidade perante a Fazenda Estadual e, adicionalmente, no caso das pessoas jurídicas, junto à Justiça do Trabalho e à Seguridade Social, nas contratações:**

I - para entrega imediata, assim consideradas aquelas com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias contados da ordem de fornecimento;

II - em valores inferiores a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral;

III - de produto para pesquisa e desenvolvimento de que trata a alínea "c" do inciso IV do "caput" do artigo 75 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, observado o limite de valor estabelecido no inciso III do artigo 70 do referido diploma legal.

**Parágrafo único** - Constitui condição para a celebração da contratação, bem como para a realização dos pagamentos dela decorrentes, a inexistência ou suspensão de registros em nome da adjudicatária no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais - CADIN ESTADUAL. (g.n.)

10. Quanto à **minuta de TERMO DE CONTRATO para prestação de serviços profissionais artísticos, por contratação direta por inexigibilidade (fls. 1057/1067, SAJ)**, tenho a observar:

A) Incluir a justificativa técnica que fundamenta a contratação direta como documento vinculante, item 1.3;

B) Pelos mesmos motivos expostos no item "A" anterior,





PROCURADORIA  
GERAL

## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

sugerimos a cláusula quarta como regra geral para não subcontratação.

C) Em relação à CLÁUSULA SÉTIMA – DO REAJUSTE, entendo pela manutenção do comentário [A6], apesar de ser matéria ainda discutível no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo, com base, inclusive, em entendimentos anteriores desta Procuradoria, visto se tratar de redação do modelo padrão recomendado pela AGU e adotado pelo Governo de São Paulo.

11. Com tais considerações, considerando a urgência do caso, sugiro o encaminhamento dos autos ao **DA**, para ciência e adoção das providências sugeridas, ficando a PG à disposição para eventuais dúvidas ou questões. Ainda, informo que as minutas ora propostas, após sua aprovação superior, serão disponibilizadas no sítio eletrônico da PGUSP.

São Paulo, 25 de abril de 2024.

**Yeun Soo Cheon**  
**Procuradora Chefe**  
**Procuradoria de Contratos Administrativos e de Licitações**



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**Processo:** 2023.1.11005.01.1

**Interessado:** CODAGE - Coordenadoria de  
Administração Geral

**Assunto:** Contratação Direta - Dispensa  
de licitação

**DESPACHO**

**01.** Acolho o **Parecer PG. P. nº 5061 / 2024**, de lavra da Dr<sup>a</sup>. Yeun Soo Cheon.

**02.** Encaminhem-se os autos do processo **n.º 2023.1.11005.01.1** ao **DA-Codage**.

São Paulo, 25 de abril de 2024.

*[documento assinado digitalmente]*

**OMAR HONG KOH**

Procurador Geral Adjunto Substituto