

PARECER JURÍDICO

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO Nº 1402.01/2023-INEX. ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE E LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, BEM COMO, DA MINUTA CONTRATUAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS PELA NORMA. VIABILIDADE JURÍDICA.

I – RELATÓRIO

Trata-se de despacho proferido pelo Presidente da Comissão de Licitação do Município de Acaraú, Estado do Ceará, Sr. Paulo Costa Santos, nomeado através da Portaria nº 0407.03/2022, pertinente a análise sobre a possibilidade e legalidade do **PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO Nº 1402.01/2023-INEX**, cujo objeto é **CONTRATAÇÃO DA APRESENTAÇÃO ARTÍSTICA MUSICAL FORRÓ REAL PARA AS FESTIVIDADES CULTURAIS TRADICIONAIS NA LOCALIDADE DE BARRINHA NO MUNICÍPIO DE ACARAÚ/CE, A REALIZAR-SE NO DIA 19 DE MARÇO**, com o fim de emitirmos o competente Parecer Jurídico.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

In casu, inicialmente, deve-se observar a transição da novel Lei de Licitações, que prevê a possibilidade de ainda ser aplicada as normas da Lei Federal nº 8.666/93, conforme disposição expressa do art. 193, inc. II, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Consta do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e suas posteriores alterações, obrigatoriamente, as minutas dos Editais de

Licitação, bem como, as dos contratos, acordos, convênio ou ajustes, devem ser previamente examinados e aprovados por crivo jurídico da Administração, que ora faz-se representar por esta Procuradoria.

Como se sabe, de acordo com o art. 3º da Lei de Licitações, os processos de licitação destinam-se a garantir o princípio constitucional da isonomia.

Sabe-se também, que o procedimento licitatório deve ter curso e julgamento com estrita observância aos princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, previstos na própria lei de licitações e no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Dito isto, examinando o presente caso, verifica-se que o procedimento licitatório *sub oculi* pretende processar-se-á sob a modalidade **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, devendo por isto respeitar o disposto na Lei de Licitações e Contrato Administrativos.

Ex vi dos dispositivos constitucionais (CF/88, art. 37, inc. XXI) e infraconstitucional (Lei Federal nº 8.666/93, art. 2º), a Administração Pública, em regra, deve escolher seus contratados mediante prévio certame licitatório, contudo o legislador ressalvou hipóteses em que a seleção de contratados pode prescindir da licitação, as **exceções são classicamente denominadas de "dispensa" e "inexigibilidade"**, e a maioria das hipóteses legais estão afixadas nos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666/93, respectivamente.

Noutra banda, quando a Lei prevê hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade) é porque admite que por vezes a realização do certame não levará à melhor contratação pela Administração Pública ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto não serve ao eficaz atendimento do Interesse Público naquela hipótese específica.

A abordagem da matéria, terá, necessariamente, por pano de fundo a natureza excepcional das contratações de fornecimento, obra ou serviço, pelo Ente público, *sem* prévia seleção licitatória.

No sentido dessa excepcionalidade, a doutrina constitucional pátria é copiosa e uníssona. Por isso mesmo, é assimilável quando explicitamente assenta-se que essas situações excepcionais que afastam a obrigatoriedade do procedimento licitatório estão contempladas na Lei de Licitações, conforme prefalado.

Enfim, da análise dos autos ora apreciados, constata-se que o procedimento licitatório está em consonância com normas da Lei Federal nº 8.666/93, alterada e consolidada, especialmente às contidas no bojo do art. 25, inc. III, mormente quanto a contratação de profissional, do setor artístico, consagrado pela crítica especializada e pela opinião pública, atendendo, ademais, as condições no art. 26 da Lei de Licitações, conforme se demonstra através do Despacho de Requisição, do Despacho de Autorização e da Justificativa apresentada pelo Ordenador de Despesas, que expõe e delimita a razão para escolha e contratação, além do preço.

Coevo, também, a disponibilidade orçamentária e financeira de que a despesa decorrente do Processo Licitatório tem adequação com a Lei Federal nº 8.666/93, está incluída no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, e preenche os requisitos exigidos de acordo com art. 14, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93 e ao disposto nos art. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000.

De igual forma, verifica-se que a minuta do contrato a ser firmado com o contratado encontra-se em consonância com o art. 55 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, contendo em seu bojo as cláusulas necessárias para regular validade e execução do contrato.

Urge assentar, nesse caso específico de contratação de profissionais, entendemos que poderá haver pagamento antecipado do valor ajustado antes da efetiva prestação, com cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante a fixação de multa pelo descumprimento correlato.

Como se sabe, a regra da impossibilidade de antecipação do pagamento pela Administração Pública encontra amparo nas disposições contidas nos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/1964. Na contramão, segundo decisões de alguns Tribunais de Contas Pátrios, conforme será

tratado abaixo, existem algumas situações que encontram amparo para a antecipação de pagamento do objeto ou serviços.

Nesse sentido, a Resolução nº 15/2013 – TCE/TO, oriunda da Consulta nº 4009/2012 – Contratação de Serviços Artísticos, sob a lavra do Conselheiro Relator José Wagner Praxedes, assim decidiu:

EMENTA: I - CONSULTA. LEGITIMIDADE. RESPOSTA EM TESE. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ARTISTAS. A CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS REGIONAIS OU LOCAIS PODE SER EFETUADA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO COM BASE NO ARTIGO 25, III DA LEI FEDERAL 8.666/93, DESDE QUE SEJA CONSAGRADO PELA CRÍTICA REGIONAL OU LOCAL OU AINDA PELA OPINIÃO PÚBLICA, DEVENDO SER UTILIZADO COMO COMPROVAÇÃO, DESEMPENHOS ANTERIORES, MATÉRIAS JORNALISTAS, FOTOS DE SHOWS, VÍDEOS, INFORMATIVOS, ETC. II - CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS. JUSTIFICATIVA DO PREÇO. NA HIPÓTESE DO ARTISTA NÃO POSSUIR NOTAS FISCAIS OU RECIBOS DE APRESENTAÇÕES ANTERIORES A JUSTIFICATIVA PARA CONTRATAÇÃO DIRETA PODE SER ACOMPANHADA DE OUTROS DOCUMENTOS, TAIS COMO CONTRATOS, DECLARAÇÕES DE CONTRATANTES ANTERIORES, PROCESSOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ENFIM, QUALQUER DOCUMENTO QUE COMPROVE O VALOR COBRADO E SIRVA DE PARÂMETRO PARA ATESTAR QUE O PREÇO É COMPATÍVEL COM O MERCADO. **III - CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. EM REGRA, NÃO PODE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ANTECIPAR O PAGAMENTO DE SERVIÇO, DE PARCELA DE OBRA OU POR AQUISIÇÃO DE BENS, UMA VEZ QUE NÃO PODE CORRER EM RISCO DE NÃO VER CUMPRIDA A OBRIGAÇÃO POR PARTE DO CONTRATADO, JÁ LHE TENDO REPASSADA QUANTIA REFERENTE AO PAGAMENTO, TODAVIA, EXISTEM ALGUMAS SITUAÇÕES QUE ENCONTRAM AMPARO PARA A ANTECIPAÇÃO DE PARTE DO PAGAMENTO DO OBJETO OU SERVIÇOS, POIS AS COMPRAS, NA MEDIDA DO POSSÍVEL PODEM SUBMETER ÀS CONDIÇÕES DE AQUISIÇÃO E PAGAMENTO SEMELHANTE AS DO SETOR PRIVADO (ART. 15, INCISO III, DA LEI Nº 8.666/93), DESDE QUE CONSTE NO EDITAL, AS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO E PREVISÃO DE COMPENSAÇÕES**

FINANCEIRAS E PENALIZAÇÕES, POR EVENTUAIS ATRASOS OU A NÃO PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS (ART. 40, INCISO XIV, ALÍNEA "D" DA LEI 8.666/93). CONTRATAÇÃO DIRETA. PRODUTOS ARTESANAIS. EM SENDO PRODUTO ARTESANAL GÊNERO DO QUAL DERIVAM VÁRIAS ESPÉCIES, A CONTRATAÇÃO DIRETA DEVE SER VISTA COM RESERVAS E, SENDO A LICITAÇÃO A REGRA, HÁ QUE SE OBSERVAR SE O PRODUTO ARTESANAL SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO ELENCADAS NO ARTIGO 25 E INCISOS DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. **(NEGRITEI).**

Como narra a sobredita jurisprudência, em regra, não pode a Administração Pública antecipar o pagamento de serviço, de parcela de obra ou por aquisição de bens, uma vez que não pode correr em risco de não ver cumprida a obrigação por parte do contratado, já lhe tendo repassada quantia referente ao pagamento.

Como exceção, existem algumas situações que encontram amparo para a antecipação de parte do pagamento do objeto ou serviços, pois as compras, na medida do possível podem submeter às condições de aquisição e pagamento semelhante as do setor privado (art. 15, inc. III, da Lei Federal nº 8.666/93), desde que conste no edital, as condições de pagamento e previsão de compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos ou a não prestação dos serviços (art. 40, inciso XIV, alínea d da Lei 8.666/93).

Em assim sendo, se extrai que a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração, ocasião em que deve ficar demonstrada a existência de interesse público, obedecidos os critérios e exceções expressamente previstos pela legislação que disciplina a matéria, a saber: **existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e as indispensáveis cautelas e garantias, mencionadas nos supracitados artigos.**

É salutar esclarecer, que em casos de contratação direta, onde se busca adotar o princípio da economicidade, é uma exigência cotidiana do mercado artísticos nacional, a antecipação de partes dos valores da

contratação antes da realização show, com o fim de demonstrar efetividade da contratação.

Nessa toada, a questão aqui analisada igualmente foi enfrentada pelo TCE/MG, na Consulta nº 788.114, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, na Sessão Plenária de 01/07/2009, conforme trecho a seguir transcrito:

[...]

Este município tem uma dúvida no que tange à forma de pagamento de shows artísticos locais, regionais, nacionais e estruturas como palco, sonorização e iluminação, etc. Ao realizarmos eventos culturais especificamente as festividades tradicionais realizadas nos meses de julho e dezembro, contratamos uma produtora de eventos culturais para execução dos mesmos.

Porém a referida produtora nos exige uma primeira parcela antecipada à realização do evento devido às exigências das bandas, uma segunda parcela no primeiro dia do evento e última parcela no final do mesmo. Conforme caput do artigo elencado somente ocorre a liquidação quando da execução das atividades contratadas.

Diante do exposto e das dificuldades que este município encontra para esse tipo de contratação, solicitamos desse Egrégio Tribunal uma posição se há alguma legalidade de que na confecção de contrato com produtora artística, esta municipalidade possa estar efetuando estes tipos de pagamento antecipados, devido às exigências das bandas musicais.

[...]

Desta feita, não há impedimento legal a vedar a realização de despesa com o adiantamento pretendido, devendo a municipalidade, porém, por medida de cautela, estabelecer no instrumento contratual cláusula que assegure a prestação efetiva do serviço, mediante, também, a fixação de multa pelo descumprimento correlato.

No mais, considerando a abordagem de outros aspectos pertinentes ao objeto da consulta, ratifico o parecer elucidativo emitido pela douta Auditoria, por meio do Dr. Hamilton Coelho, a saber:

"No mérito, tenho que a antecipação de parcela do pagamento é possível, desde que redunde em desconto no valor a ser despendido pela Administração, esteja prevista no instrumento

convocatório, e no termo de contrato e seja acompanhada de prestação de garantia pelo contratado”.

[...]

Porém, a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração.

Sustentando que se trata de exceção à regra geral de efetuar o pagamento após a respectiva liquidação, inscrita no art. 62 da Lei n.º 4.320/64, o citado professor explica que o fundamento de tais normas é a aferição objetiva e precisa do montante a ser despendido:

"No Brasil, quando se impugnam os pagamentos antecipados, usualmente se invocam os arts. 62 e 63 da Lei n.º 4.320/64. Tais dispositivos não disciplinam, no entanto, o tema específico, eis que sua finalidade reside em submeter o pagamento a um controle documental adequado.

É verdade que o art. 63, § 2º, inc. III, da Lei nº 4.320/64 determina que a liquidação da despesa 'por fornecimentos feitos ou serviços prestados' deverá ter por base a comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

Mas a exigência refere-se, obviamente, aos pagamentos devidos em virtude da execução da prestação. O dispositivo não dispõe sobre a situação em que o pagamento seja devido em decorrência de previsão contratual autorizadora de pagamento antecipado. Em última análise, os referidos arts. 62 e 63 visam a exigir que o fundamento normativo e contratual para a realização de pagamento seja apurado objetivamente.”

[...]

Assim, pode-se concluir com segurança que a antecipação de parte do pagamento é possível, desde que prevista no instrumento convocatório, no termo de contrato e que, nos termos do art. 40, XIV, d, da Lei Nacional de Licitações e Contratos, redunde em economia ao erário.

Além disso, a fim de contingenciar os riscos a que se expõe a Administração, o pagamento antecipado

deverá fazer-se acompanhar de prestação de garantia por parte do contratado.

[...]

Registre-se que os processos de "consulta" demonstram o entendimento do Tribunal acerca do assunto. Assim, o entendimento dessa Corte de Contas consubstanciado na Consulta nº 788.114, acima transcrita, **é no sentido da possibilidade de antecipação do pagamento no caso da contratação direta de shows artísticos, desde que preenchidas determinadas condições.** [...]

Destarte, diante do exposto, as jurisprudências dos tribunais Pátrios asseguram a possibilidade de pagamento de parte do cachê do artista antes da apresentação. Nessa sorte, deve obrigatoriamente constar no contrato firmado cláusula específica prevendo as condições e pagamento antecipado e, com as necessárias cautelas assecuratórias de cumprimento das obrigações, responsabilidades e todos os termos da contratação.

III – CONCLUSÃO

Portanto, estando tudo de conformidade com a legislação acima mencionada, **OPINO PELA VIABILIDADE JURÍDICA do PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO Nº 1402.01/2023 - INEX**, condicionado as recomendações acima, seguimentos legais, conferência de documentos, transparência e publicação de todos os atos procedimentais.

Alerta-se pela regra prevista nos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/1964, cabendo a discricionariedade da administração quanto ao pagamento antecipado face a jurisprudência dos Egrégios Tribunais preferidos, bem como, para a necessidade de comunicação ao ordenador de despesas responsável no prazo legal para posterior ratificação e publicação que se fizerem necessárias.

Francisco Wesley da Paconcelos Silveira
Procurador Geral
do Município de Acaraú

Impende salientar que o hodierno Parecer Jurídico não possui força vinculante, conforme entendimento exarado pelo STF, que de forma específica já expôs a sua posição a respeito¹.

Este é o Parecer, S.M.J.

Acaraú/CE, 15 de fevereiro de 2023.

FCO. WESLEY DE V. SILVEIRA
PORT. Nº 02/2021
PROCURADOR GERAL
MUNICÍPIO DE ACARAÚ/CE

Francisco Wesley da Vasconcelos Silveira
Procurador Geral
do Município de Acaraú

¹ "O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei. Na oportunidade do julgamento, porquanto envolvido na espécie simples parecer, ou seja, ato opinativo que poderia ser, ou não, considerado pelo administrador." (Mandado de Segurança nº 24.584-1 - Distrito Federal - Relator: Min. Marco Aurélio de Mello - STF.) *Sem grifo no original.*