



PGE

PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARÁ

Procuradoria
Consultiva

Nota Técnica n. 000018/2024
Processo n. 2024.02.014531 / 2024/281952
Procedência FCP - FUNDAÇÃO CULTURAL DO ESTADO DO PARÁ
Interessados FCP - Fundação Cultural do Estado do Pará
Procuradora Mônica Martins Toscano Simões

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
CONTRATAÇÃO DIRETA DE
PROFISSIONAL DO SETOR
ARTÍSTICO. ART. 74, II, DA LEI Nº
14.133/2021. CONSIDERAÇÕES
SOBRE A SUBSTITUIÇÃO DO
INSTRUMENTO DE CONTRATO. ART.
95 DA LEI Nº 14.133/2021.

1 RELATÓRIO

Cuida-se de consulta submetida a esta PGE pela Ilma. Sra. Coordenadora do Procuradoria Jurídica da Fundação Cultural do Pará (FCP), Procuradora do Estado Adriana Lima, a propósito de “demanda massificada” relativa à contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, de artistas indicados por emenda ou demanda parlamentar, bem como por demandas governamentais (fls. 2-3-SAJ).

Das informações fornecidas pela consulente, é de se destacar o seguinte:

- a) a demanda de contratação por inexigibilidade é repetitiva, tratada com caráter de urgência, com instrução e modelo de parecer já padronizados e com pouca complexidade de análise;
- b) em virtude do volume e especificidade da demanda, a FCP organiza os processos de contratação por projeto (e não por artista);



PGE

Procuradoria
Consultiva

c) de outubro a dezembro de 2023, foram elaborados e assinados 229 pareceres no setor, mas 75% desses pareceres foram relativos à demanda repetitiva em questão.

Para melhor compreensão do contexto em que encartada a consulta, foi remetida cópia de um dos processos repetitivos, instruído com base na Lei nº 14.133/2021, inclusive com parecer jurídico (Processo nº2024/25167 – fls. 3-301-SAJ).

Em 13/03/2024, foi realizada, nesta PGE, reunião entre representantes da FCP (gestor e Dr. Ygor Kahwage) e desta PGE (PGAA e CPCON). Nessa mesma data, a Ilma. Sra. Procuradora-Chefe da PCON se dirigiu à Exma. Sra. PGAA para pontuar o seguinte:

1. Trata-se de solicitação encaminhada pelo NUCADIN/FCP, que pugna pela elaboração de Parecer Referencial sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de shows artísticos, diretamente ou por meio de agente exclusivo, considerando a demanda volumosa direcionada diariamente ao jurídico da entidade e a repetição de questões pontuais como: a. cabimento da inexigibilidade pela regra do art. 74, II e §2º da Lei n. 14/133/2021 e regulamentação local; b. procedimento aplicável à espécie e documentos dispensáveis na fase preparatória (especialmente ETP, Análise de Risco e Orçamento Estimado); c. execução do objeto/projetos mediante emendas parlamentares; e d. obrigatoriedade ou não da formalização e publicação de contrato, e não mera nota de empenho, à luz dos incisos I e II do art. 95 da NLLC.
2. Destaco que a inexigibilidade para a contratação de artistas, mediante o pagamento de cachê, diretamente ou por interposto empresário, já foi abordada no Parecer Referencial n. 1/2023-PGE, de modo que não vislumbro a necessidade de elaboração de novo referencial sobre a matéria, sem prejuízo da análise detalhada da consulta formulada por meio de parecer padrão. (negritos acrescentados)

À fl. 319-SAJ, a Exma. Sra. PGAA concordou não se tratar de Parecer Referencial e determinou a distribuição da consulta, para análise em caráter de



PGE

Procuradoria
Consultiva

urgência, o que passo a fazer.

2 ANÁLISE JURÍDICA

A presente consulta envolve inúmeros processos de contratação direta de profissional do setor artístico empreendidas pela FCP. A hipótese está assim prevista na Lei nº 14.133/2021:

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;

§ 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.¹

Cumpre, em caráter preliminar, tecer algumas considerações sobre aspectos relacionados à consulta.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que tais contratações se devem, segundo informou a consultante, a emendas parlamentares, demandas parlamentares ou demandas governamentais. Vale dizer: à FCP são apresentadas, para providências cabíveis, as contratações determinadas por emendas parlamentares, bem como pretendidas por parlamentares ou mesmo pelo Governo, inclusive com indicação das produtoras/profissionais do setor artístico a serem contratados. Nesse contexto, importa efetuar alguns esclarecimentos com relação às emendas parlamentares, demandas

¹ De pronto se esclarece que a presente análise não se debruçará sobre casos concretos, não lhe competindo averiguar o preenchimento concreto de requisitos legais à hipótese de contratação direta em tela.



parlamentares ou demandas governamentais:

- EMENDAS PARLAMENTARES: a programação da emenda parlamentar pode identificar projetos a serem atendidos na área cultural (art. 166-A, II, da CF²), abrindo margem a que a Administração realize a contratação direta, via inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico (art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021).³

- DEMANDAS PARLAMENTARES: para executar as políticas públicas de sua competência, os órgãos e entidades dispõem de recursos a si atribuídos pelas leis orçamentárias, conforme proposta elaborada pelo Poder Executivo ou por meio de emendas parlamentares individuais; se se tratar apenas de demandas parlamentares, a serem executados com orçamento do próprio Tesouro Estadual - sem nenhuma relação com emendas parlamentares individuais -, não há qualquer vinculação jurídica dos órgãos e entidades com projetos eventualmente indicados pelos parlamentares, isto é, aos órgãos e entidades não se reconhece qualquer dever de contemplar tais projetos, conforme já exposto em despacho constante do Processo nº 2023.02.010874.⁴

- DEMANDAS GOVERNAMENTAIS: trata-se de demandas do próprio Governo, a serem atendidas nos termos da lei, observada a disponibilidade orçamentária.

Ademais, rememora-se que aos órgãos e entidades da Administração Estadual cumpre, em matéria de inexigibilidade de licitação, observar as diretrizes constantes do Parecer Referencial nº 00001/2023, bem como o passo-

² "Art. 166-A. As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 105, de 2019)

.....
II - transferência com finalidade definida." [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 105, de 2019\)](#)

³ Analisando as emendas parlamentares no contexto das parcerias com organizações da sociedade civil (OSC), a Nota Técnica n. 000024/2023, desta PGE, observou que, em razão de previsão específica na Lei nº 13.019/2014 (art. 29), é possível que a programação da emenda parlamentar inclusive identifique nominalmente a OSC parceira, afastando-se o chamamento público. No caso dos autos, a emenda parlamentar pode indicar apenas o projeto a ser atendido.

⁴ O esclarecimento se mostra oportuno e relevante considerando a referência, no Ofício nº 0059/2024-ASTEC-GS/SEPLAD, de 19 de janeiro de 2024, à "necessidade de cumprimento das demandas parlamentares federais no ano vigente" (fl. 11-SAJ).



PGE

Procuradoria
Consultiva

a-passo indicado na Lista de Conferência - Contratação Direta - Inexigibilidade de Licitação, ambos os instrumentos de autoria desta PGE e disponíveis no site oficial do órgão.

Por fim, ressalta-se que o Decreto estadual nº 2.939, de 10 de março de 2023⁵, traz a seguinte previsão acerca da fase preparatória da inexigibilidade de licitação:

Art. 3º A fase preparatória é responsabilidade de múltiplos agentes integrantes das unidades e instâncias de gestão envolvidas nos processos de contratação e se materializa por meio de processo administrativo, autuado por meio eletrônico, contendo obrigatoriamente as seguintes peças, ordenadas na sequência abaixo descrita:

.....
§ 3º A inexigibilidade de licitação poderá ser feita sem estudo técnico preliminar e análise de risco quando o orçamento estimado for de até 50% (cinquenta por cento) do valor do inciso II do caput do art. 75 da Lei Federal nº 14.133, de 2021. [\(Incluído pelo decreto nº 3.704, de 2024\)](#)

Art. 5º O agente de contratação atua no processo após o encerramento da fase preparatória, cabendo a este:

I - elaborar o parecer técnico que fundamenta a escolha do fornecedor, nos casos de inexigibilidade de licitação e nos processos de dispensa que não sejam processados pelo rito do [Decreto Estadual nº 2.787, de 2022](#); e

.....
§ 3º No caso de inexigibilidade de licitação, o parecer técnico a que se refere o inciso I do caput deste artigo, de acordo com os documentos e informações constantes nos atos anteriores do processo, deve analisar: [\(Incluído pelo decreto nº 3.704, de 2024\)](#)

I - a qualificação técnica do contratado; [\(Incluído pelo decreto nº 3.704, de 2024\)](#)

II - a caracterização da inviabilidade de competição; e [\(Incluído pelo decreto nº 3.704, de 2024\)](#)

III - o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 74 da Lei Federal nº 14.133, de 2021 [\(Incluído pelo decreto nº 3.704, de 2024\)](#)

⁵ Dispõe sobre a estruturação de processos de aquisição de bens e serviços de acordo com a [Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021](#), no âmbito da Administração Pública estadual direta, autárquica e fundacional, e revoga o [Decreto Estadual nº 1.504, de 26 de abril de 2021](#).



PGE

Procuradoria
Consultiva

Vale dizer: quando se tratar de inexigibilidade de baixo valor – assim entendida aquela cujo orçamento estimado não ultrapassa R\$-29.953,01 (vinte e nove mil, novecentos e cinquenta e três reais e um centavo)⁶ – resta dispensada a elaboração de estudo técnico preliminar (ETP) e de análise de risco.

Por essa razão, do Parecer Referencial nº 00001/2023 consta:

A Lei n. 14.133/2021 estabelece documentos específicos para a instrução dos processos de contratação direta, na sua fase preparatória, a saber:

1. documento de formalização de demanda;
2. e, se for o caso, estudo técnico preliminar;
3. Conforme o caso, também poderão ser exigidos termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
4. Atentar para a necessidade de análise de riscos.
5. pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
6. comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
7. estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei n. 14.133/2021;
8. Justificativa da razão da escolha do contratado;
9. Justificativa de preço e sua adequação, através da pesquisa de mercado;
10. demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
11. parecer jurídico, que demonstre o atendimento dos requisitos legais exigidos
12. autorização da autoridade competente.
13. publicidade do ato que autoriza a contratação direta. (negritos acrescidos)

A seu turno, a LISTA DE CONFERÊNCIA - CONTRATAÇÃO DIRETA -

⁶ Valor equivalente a 50% do valor do inciso II do caput do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021. Conforme o Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023, o valor referido no art. 75, II, atualizado, corresponde a R\$-59.906,02 (cinquenta e nove mil novecentos e seis reais e dois centavos).



PGE

Procuradoria
Consultiva

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, elaborada por esta PGE, assim dispõe:

1.1. Utilizar a Lista de Conferência da “Fase Preparatória – Licitação”. Devem ser utilizados os seguintes itens da Lista de Conferência da “Fase Preparatória – Licitação”: [a] Formalização da Demanda (itens 1.1 a 1.2); [b] Estudo Técnico Preliminar (itens 2.1 a 2.12); [c] Análise de Riscos (3.1. a 3.6); [d] Especificação do Objeto (4.1. a 4.3); [e] Orçamento Estimado (5.1 a 5.8); e [f] Verificação de Disponibilidade Orçamentária (6.1 a 6.2).

A inexigibilidade pode ser feita sem Estudo Técnico Preliminar e Análise de Risco, quando o orçamento estimado for de até 50% do valor do inciso II do caput do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Se não for possível elaborar o Orçamento Estimado de acordo com o art. 4º do Decreto Estadual nº 2.734/2022, o documento deve ser elaborado com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada. Neste caso, o Orçamento Estimado deve considerar as notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos e/ou privados, no período de até 1 ano anterior à data da contratação pela Administração.

2.1. Elaborar parecer técnico contendo a razão da escolha do contratado.

O parecer técnico deve [a] identificar de forma clara e fundamentada a caracterização da inviabilidade de competição; [b] ser elaborado com base nos documentos e informações constantes no processo; [c] analisar a qualificação técnica do futuro contratado; e [d] conter o enquadramento nas hipóteses previstas no art. 74 da Lei nº 14.133/2021. (negritos acrescidos)

Portanto, conclui-se que a FCP deve instruir os processos de inexigibilidade de licitação com todos os instrumentos indicados no Parecer Referencial nº 00001/2023, bem como na LISTA DE CONFERÊNCIA - CONTRATAÇÃO DIRETA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, afastada a elaboração de ETP e análise de riscos somente nas contratações cujo valor não ultrapassa R\$-29.953,01 (vinte e nove mil, novecentos e cinquenta e



PGE

Procuradoria
Consultiva

três reais e um centavo), conforme previsto no § 3º do art. 3º do Decreto estadual nº 2.939/2023.⁷

Fetos esses registros preliminares, cumpre voltar atenção ao cerne da presente consulta, qual seja, a regra da obrigatoriedade do instrumento de contrato e suas exceções, assim previstas na Lei nº 14.133/2021:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

A disposição legal em foco traz, em seu *caput*, a regra da obrigatoriedade do instrumento de contrato, apontando, em seus incisos, duas hipóteses que excepcionam a regra.

1) Dispensa de licitação em razão de valor (art. 95, I)

A primeira delas refere a dispensa de licitação em razão de valor, assim prevista na Lei nº 14.133/2021:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;⁸

⁷ Por muito oportuno, observa-se que do processo de contratação direta anexado à consulta, a título de exemplo, constam ETP (fls. 31-36-SAJ) e análise de risco (fl. 37-SAJ).

⁸ Valores atuais (a partir de 1º de janeiro de 2024), conforme Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023:

Art. 75, I: R\$ 119.812,02 (cento e dezenove mil oitocentos e doze reais e dois centavos)

Art. 75, II: R\$ 59.906,02 (cinquenta e nove mil novecentos e seis reais e dois centavos)

Para os contratos referidos na consulta em questão interessa o valor previsto no inciso II (serviços e compras).



PGE

Procuradoria
Consultiva

A discussão que se estabelece – e que interessa diretamente à presente consulta – consiste em saber se a disposição em tela abrangeria, para além de sua literalidade (dispensa em razão de valor), também hipóteses de inexigibilidade cujo valor não ultrapassa os da dispensa em razão do valor. Isto é: discute-se se a exceção legal comportaria interpretação extensiva.

De um lado, há quem sustente que a disposição deve restringir-se, efetivamente, à dispensa em função do valor, caso de Joel de Menezes Niebuhr:

A primeira hipótese, de acordo com o inciso I do caput do artigo 95, autoriza a substituição do instrumento de contrato nos casos em que a contratação decorre de dispensa de licitação em razão de valor, o que remete às hipóteses de dispensa dos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021. Ressalta-se que o determinante, para substituir o instrumento de contrato, não é o valor da contratação, porém, sim, o fundamento dela, a dispensa em razão do valor. Veja-se que é obrigatório o instrumento de contrato, mesmo com valores inferiores aos limites dos incisos I e II do artigo 75, se a contratação for fundamentada em qualquer outra razão que não a dispensa em razão dos valores. É o caso de contratação decorrente de licitação ou qualquer outra hipótese de contratação direta afora a dos incisos I e II do artigo 75, ainda que o valor do contrato seja irrisório.⁹

De outro, defende-se a aplicação extensiva da disposição a outras hipóteses, caso de Ricardo Alexandre Sampaio:

Com base em interpretação estritamente literal do disposto no inciso I do art. 95 da Lei nº 14.133/2021, seria possível concluir que o instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses de contratação por dispensa de licitação em razão de valor (art. 75, incisos I e II).

⁹ Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5ª edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 969.



PGE

Procuradoria
Consultiva

Isso levaria, então, a conclusão, de que se a contratação ocorrer por licitação ou com base em outras hipóteses de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação, ainda que com valores inferiores aos limites para a dispensa de licitação em razão do valor (art. 75, incisos I e II), não será possível promover a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil, pois o texto da lei faz remissão apenas às hipóteses de “dispensa de licitação em razão de valor”.

Para nós, essa conclusão não faz sentido algum. Ao invés disso, entendemos que a melhor interpretação da norma contida no art. 95, inciso I da Lei nº 14.133/2021, leva a compreensão de que em se tratando de contratação com valor inferior ao limite admitido para a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor (R\$ 100.000,00 – art. 75, incisos I; e R\$ 50.000,00 – art. 75, inciso II), independentemente do procedimento adotado para promover a seleção do contratado – licitação ou contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação, e ainda que a execução não ocorra de forma imediata e integral e da qual resultem obrigações futuras, será possível substituir o instrumento de contrato por outro instrumento hábil. Explica-se.

A definição da regra segundo a qual “O instrumento de contrato é obrigatório”, privilegia o caráter formal das relações contratuais que envolvem os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. Desse modo, ao adotar o instrumento de contrato para formalizar as relações contratuais, em tese, confere-se maior segurança à Administração contratante, na medida em que esse instrumento registra de forma detalhada as obrigações envolvidas no ajuste.

No entanto, o emprego dessa forma implica, naturalmente, em um nível maior de burocracia, o que, por consequência, impacta negativamente sobre a celeridade dos processos, além de onerar o custo dessas transações.

Considerando esse cenário, naqueles casos em que se verifique a ausência de complexidade técnica, a inexistência de riscos futuros para a Administração contratante e o baixo valor envolvido na contratação, o legislador entendeu ser possível flexibilizar a obrigatoriedade do uso do instrumento de contrato, admitindo que a relação contratual seja formalizada por outro instrumento hábil, mais simples.

Nesses termos, a opção legislativa denota que as hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 95 da Lei nº 14.133/2021 mitigam o caráter formal, privilegiando a celeridade e a economia processual.

Sob esse enfoque, fica claro que no inciso I do art. 95 o legislador considerou o caráter econômico da contratação como critério para dispensar a obrigatoriedade da formalização da relação contratual por instrumento de contrato. Significa dizer, sendo o valor do contrato reduzido, não se justifica impor a adoção de forma mais rigorosa para



PGE

Procuradoria
Consultiva

sua celebração.

Sob esse enfoque, ainda que o contrato tenha sido firmado por licitação; por dispensa de licitação, mas com base nas hipóteses previstas nos incisos III e seguintes do art. 75 da Lei nº 14.133/2021; ou por inexigibilidade de licitação, desde que o seu valor seja inferior aos limites admitidos para a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor (art. 75, incisos I e II), o caráter econômico da contratação justifica dispensar a obrigatoriedade de formalizar esse ajuste por instrumento de contrato. (negritos acrescidos)¹⁰

Também a Equipe Técnica Zênite entende pela interpretação extensiva da norma:

Com base na interpretação sistemática e finalística do art. 95 da Lei nº 14.133/2021, entendemos que apesar da literalidade do inciso I deste artigo, é juridicamente possível a substituição do termo de contrato por nota de empenho ou ordem de execução de serviço nas contratações, por exemplo, de capacitações/treinamentos por meio de inexigibilidade de licitação, desde que o valor da contratação fique abaixo do limite para a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor previsto art. 75, inciso II, desta lei.

(...)

Desse modo, ainda que o contrato tenha sido firmado por licitação, por dispensa de licitação com base nas hipóteses previstas nos incisos III e seguintes do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, ou por inexigibilidade de licitação, *desde que o seu valor seja inferior aos limites admitidos para a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor*(art. 75, incisos I e II da Lei nº 14.133/2021), *o caráter econômico da contratação se insere na previsão contida no inciso I do art. 95 da Lei nº 14.133/2021.* (negritos pertencentes ao original)¹¹

¹⁰ A substituição do instrumento de contrato na Lei nº 14.133/2021 (<https://zenite.blog.br/a-substituicao-do-instrumento-de-contrato-na-lei-no-14-133-2021/>)

¹¹ A Assessoria Jurídica do TJPA, no Parecer Jurídico nº 492/2023 – ASSJUR/SEAD, acompanhou esse entendimento da Consultoria Zênite.



PGE

Procuradoria
Consultiva

A AGU, por sua vez, adotou a linha de entendimento em foco:

[ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 21, DE 01 DE JUNHO DE 2022](#)

I - Nas contratações decorrentes da Lei nº 14.133/2021, independentemente do objeto, do prazo de vigência, do parcelamento do fornecimento, da existência ou não de obrigações futuras e da forma empregada para selecionar o contratado (processo licitatório, contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação), será possível substituir o instrumento de contrato por instrumentos mais simples sempre que o contrato possuir valor inferior aos limites para a dispensa de licitação em razão do valor (art. 75, incisos I e II);

II - Nas contratações decorrentes da Lei nº 14.133/2021, independentemente do valor, será possível substituir o instrumento de contrato por instrumentos mais simples sempre que o contrato consistir na compra de bens com entrega imediata e integral e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica. (negritos acrescidos)

O PARECER JURÍDICO REFERENCIAL Nº 03/2023 - PLCC/PGE/AP acompanhou a AGU e, ainda, complementou:

“Nessa hipótese o contratante deverá ter a cautela, contudo, de fazer constar todas as informações importantes quanto às especificações do objeto, as obrigações das partes, os prazos de cumprimento das obrigações, e outras informações relevantes à execução do objeto no Termo de Referência ou Projeto Básico elaborado, a fim de estabelecer os limites da contratação e garantir segurança jurídica à negociação.”

A seu turno, a PGE/SP, por meio de ORIENTAÇÕES CONSOLIDADAS, entende:

No caso de inexigibilidade de licitação com fundamento na NLLC, em que o valor da contratação seja inferior aos limites dos incisos I e II do caput do artigo 75, admite-se a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil, na forma do artigo 95?



Sim, nos termos do despacho da Sub-Cons que examinou o Parecer CJ/SAP nº 81/2024. Embora o inciso I do artigo 95 da NLLC se refira expressamente apenas à “dispensa de licitação em razão de valor”, é possível substituir o instrumento de contrato nas hipóteses de inexigibilidade em que o valor da contratação seja inferior aos limites dos incisos I e II do caput do artigo 75 da NLLC, considerando que a ratio incidente é a mesma: autorizar a substituição do instrumento de contrato por outro instrumento hábil em hipóteses de baixo valor econômico da contratação. (negritos acrescentados)

Por fim, segue o teor do Enunciado – Conselho da Justiça Federal 26/2023:

O instrumento de contrato poderá ser substituído por outro instrumento hábil na hipótese de contratação cujo valor não ultrapasse os limites estabelecidos para a dispensa de licitação (art. 75 da Lei n. 14.133/2021), inclusive nas inexigibilidades. (negritos acrescentados)

Portanto, parece possível afirmar a prevalência do entendimento que propugna pela interpretação extensiva do inciso I do art. 95, o qual alcançaria os casos de inexigibilidade de licitação cujo valor não ultrapassa os valores pertinentes à dispensa em razão do valor, nos quais estaria a FCP, então, autorizada, com boa margem de segurança, a afastar a regra do instrumento de contrato, substituindo-o por outro instrumento hábil.¹²

Desde logo convem alertar que, ainda que afastado o instrumento de contrato, a Administração deve zelar pela devida publicidade do ato que autoriza a contratação direta, conforme exige a Lei nº 14.133/2021.¹³

2) Compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e

¹² Não se conseguiu localizar entendimento das Cortes de Contas a respeito da questão, mas o entendimento encontra guarida no Poder Judiciário.

¹³ “Art. 72.”

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.”



PGE

Procuradoria
Consultiva

dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica (art. 95, II)

Já a segunda hipótese legal se volta a características do objeto contratado: compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica. A questão que se põe é saber se também aqui caberia interpretação extensiva da norma.

Trata-se de aspecto ainda muitíssimo pouco explorado, limitando-se as referências, em geral, à repetição da literalidade da norma, sem avanço mais aprofundado sobre o seu conteúdo¹⁴. Com efeito, foi localizada uma única abordagem mais detida, referida no PARECER JURÍDICO Nº 1614/2023-PGM/PEAA, exarado no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Goiânia:

Embora o inciso II do dispositivo supracitado se refira apenas à compra de bens, a doutrina indica que o texto legal admite interpretação ampliativa, com a possibilidade de substituição do instrumento de contrato por outros instrumentos hábeis também nas hipóteses de contratação de serviços de execução imediata. Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento de Ronny Charles Lopes de Torres [24]:

94.1 HIPÓTESES DE FACULTATIVIDADE DE USO DO INSTRUMENTO E INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA Como já dito, segundo o texto legal, a regra é adotar-se o instrumento contratual tradicional, excetuadas, apenas, as hipóteses de dispensa de licitação em razão de valor e as compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras (independentemente de seu valor). Com a devida venia, o texto parece não compreender o que é um contrato. A facultatividade de uso do instrumento contratual precisa ser compreendida em uma perspectiva mais funcional do que

¹⁴ O CHECKLIST PGE – CONTRATAÇÃO DIRETA - INEXIGIBILIDADE também se limita à repetição da dicção legal:

5.2. Minutar o contrato de acordo com o termo de referência ou projeto básico. O contrato é o documento que estabelece as regras de entrega do bem ou serviço e como se dará o seu pagamento em contrapartida.

O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas hipóteses de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, quando não resultarem obrigações futuras. (negritos acrescidos)



PGE

Procuradoria
Consultiva

formal. A função do instrumento contratual é regular obrigações, alocar riscos e criar incentivos para facilitar as trocas (contratações). Em trocas (contratações) simples, o instrumento contratual não se justifica, pois sua exigência, per se, já amplia custos transacionais que podem superar os benefícios da contratação. Por isso, não exigimos um instrumento contratual, confeccionado por especialista, repleto de cláusulas e comprometido pelas partes, para comprar um refrigerante em uma lanchonete, mas dificilmente aceitaríamos comprar um imóvel a um estranho, sem instrumento desta espécie. Atualmente, adquirimos diversos serviços, sem exigir instrumento contratual, pois diante da padronização e dos baixos riscos envolvidos, os custos transacionais de instrumentalização da contratação através de um instrumento tradicional (contrato assinado pelas partes) simplesmente foram expurgados da praxe dessas contratações. Assim também ocorre em diversas contratações pela internet, assim ocorre em pequenas prestações. Nesta feita, as hipóteses de facultatividade no uso do instrumento devem ser interpretadas de forma ampliativa, admitindo não apenas para compras que não resultem obrigações futuras, como também para serviços com características similares. Outrossim, é possível que as execuções decorrentes do procedimento auxiliar credenciamento, quando compatíveis com essas hipóteses, sejam prestadas mesmo sem elaboração de um instrumento contratual para cada execução, conforme, inclusive, já foi suscitado pela Advocacia Geral da União, no Parecer 003/2017/CNU/CGU/ AGU, ainda sob a égide da Lei no 8.666/93, ao se ponderar que as contratações, neste auxiliar, poderiam, em tese, ocorrer autonomamente a cada demanda pela seguindo a regra própria e, quando pertinente, adotando instrumentos aptos à substituição do contrato.

Percebe-se que a interpretação ampliativa proposta pelo citado autor está fundamentada na ideia de que a exigência de instrumento tradicional de contrato deve ocorrer apenas nas situações em que a complexidade do objeto e os riscos envolvidos na contratação assim recomendarem. Isso porque nas contratações simples, assim entendidas aquelas de baixo risco e complexidade, os custos adicionais com a formalização de instrumento contratual, via de regra, superam os benefícios a serem alcançados.

Ademais, em relação aos riscos da contratação, estes podem ser mitigados com a inserção de medidas preventivas e corretivas no próprio termo de referência da contratação, que deverá ser encaminhado ao futuro contratado para ciência e concordância.



PGE

Procuradoria
Consultiva

(negritos acrescidos)¹⁵

O autor mencionado – o Advogado da União Ronny Charles Lopes de Torres - é respeitado especialista em matéria de licitações públicas e contratos administrativos e seu entendimento, no particular aspecto em análise, é plenamente razoável, no sentido de que também o inciso II do art. 95 comportaria, em tese, interpretação extensiva, para alcançar “serviços de execução imediata”, que revistam características similares às “compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica”.

Para além dessa referência, é interessante atentar aos seguintes trechos do DESPACHO N. 051/2022/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU, de autoria do Advogado da União Fernando Ferreira Baltar Neto, a propósito do art. 95 da Lei nº 14.133/2021:

Realmente, de acordo com o artigo 95, embora o instrumento contratual seja obrigatório, será facultativo nas dispensas de licitação em razão de valor e, independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, que não resultem obrigações futuras (inclusive assistência técnica).

São hipóteses autônomas. Desta maneira, mesmo que a contratação envolva obrigações futuras, na hipótese em que ela esteja inserida entre os valores pertinentes às dispensas de pequeno valor, o instrumento contratual não será obrigatório.

Importante destacar que, mesmo nos casos em que o instrumento contratual é facultativo, pode o gestor optar pela sua utilização. Outrossim, optando pela não adoção do instrumento contratual, sua substituição por um dos instrumentos alternativos (como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço) é obrigatória.

Em síntese: nas hipóteses de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restem

¹⁵ Trecho constante da obra Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: Ed. Juspodivm, 15ª edição, 2024, p. 639.



PGE

Procuradoria
Consultiva

resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente do valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo; nas demais espécies de contratações, como obras, compras e serviços, o instrumento contratual torna-se obrigatório naquelas licitações ou contratações diretas que não compreendam dispensa em razão de valor.

(...)

De qualquer forma, a intenção do legislador foi tornar obrigatória a utilização do instrumento contratual nas contratações com valores mais relevantes, dispensando-a em contratações de menor valor e naquelas que, mesmo ultrapassando tal patamar, tornem o instrumento desnecessário, como ocorre nos casos de “compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica”.

Realmente, a função do instrumento contratual é regular obrigações, alocar riscos e criar incentivos para facilitar as trocas (contratações). Em trocas (contratações) simples ou de baixo valor, o instrumento contratual não se justifica, pois sua exigência, per se, já amplia custos transacionais que podem superar os benefícios da contratação. (negritos acrescidos)

De início o autor parece adepto de interpretação restritiva do inciso II do art. 95, o qual contemplaria apenas as compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos. Adiante, contudo, o autor parece admitir interpretação extensiva, de modo a afastar a obrigatoriedade do instrumento de contrato em contratações simples, que não justificariam os custos transacionais do instrumento de contrato, em raciocínio aproximado ao de Ronny Charles Lopes de Torres.

A despeito da plena razoabilidade do raciocínio, cumpre alertar que, diferentemente do que se dá com o inciso I do art. 95, não há, ainda, com relação ao inciso II, manifestação de qualquer dos órgãos de controle da Administração Pública, não sendo possível antever o que realmente



PGE

Procuradoria
Consultiva

entenderão a respeito, em especial as Cortes de Contas. Portanto, há risco jurídico no afastamento do instrumento de contrato, o que deve ser cuidadosamente sopesado pelo gestor.

Abram-se parênteses para esclarecer que, havendo substituição do instrumento de contrato, com base no art. 95, I ou II, as condições da contratação, no caso de contratação direta, deverão restar estabelecidas no termo de referência:

Na hipótese de substituição do instrumento de contrato, será aplicável, no que couber, o disposto no art. 92 da Lei 14.133/2021. O Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos em Serviços Públicos (MGI) e a Advocacia-Geral da União (AGU) orientam as organizações do Poder Executivo Federal a estabelecer as condições da contratação no edital ou, em caso de contratação direta, no termo de referência.¹⁶

Por fim, mesmo considerando que a consulta não se presta à análise de caso concreto e que a juntada de um processo de contratação direta se deu apenas para melhor contextualização da consulta (Processo nº 2024/25167 – fls. 4-301-SAJ), entende-se oportuno alertar que, ainda que o gestor se decida pela interpretação extensiva do art. 95, II, da Lei nº 14.133/2021 – assumindo o risco jurídico associado a essa decisão, conforme já salientado –, os documentos constantes do mencionado processo sugerem que não se trata de serviço de execução imediata, que possa ser equiparado a “compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica”, isto é, não se trata de contratação simples.

Nesse sentido, observa-se que a contratação em questão não envolve apenas o pagamento do cachê dos artistas, mas vai muito além disso, obrigando-se a contratada a disponibilizar local adequado para apresentação,

¹⁶ Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 5ª Edição, Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.



PGE

Procuradoria
Consultiva

com todas as normas de segurança, e muito mais. Veja-se o que a respeito consta do respectivo ETP (fl. 32-SAJ):

- a) segurança necessária para o bom desempenho da parte artística bem como dos equipamentos e instrumentos;
- b) Contratar pessoal capacitado para segurança, que garanta a integridade física dos componentes da CONTRATADA, bem como dos membros da equipe de produção no local onde será realizado o espetáculo.
- c) Providenciar por sua conta exclusiva e inteira responsabilidade, os alvarás de licença necessários, expedidos pelas repartições competentes, bem como aqueles exigidos pelas Associações de Direitos Autorais (ECAD), além de responsabilizar-se pela pré-produção, produção e pós-produção do evento.
- d) Fica sob a integral responsabilidade da CONTRATADA o fornecimento dos equipamentos de sonorização e iluminação, de acordo com as especificações apresentada na proposta, responsabilizando-se ainda, por seu transporte, montagem e desmontagem, além de eventual operação e demais itens previstos no rider técnico da banda.
- e) A CONTRATADA será responsável por toda e qualquer responsabilidade civil, penal e/ou administrativa relativa ao espetáculo perante as autoridades municipais, estaduais e federais, trabalhadores, funcionários, local de espaço de realização do mesmo, serviços de segurança, serviços médicos, contratados, prepostos, terceiros, dentre outros, sendo certo que a CONTRATADA, salvo em caso de dolo ou culpa destas e de seus prepostos e empregados.

Resta bastante nítido, pois, que os serviços contratados podem gerar uma série de desdobramentos para além do momento dos shows contratados, envolvendo situações relacionadas, em especial, a eventuais falhas na segurança, mas não apenas isso.

Portanto, tudo sugere que, nas contratações em questão, o instrumento de contrato é, sim, elemento indispensável à segurança da contratação.



PGE

Procuradoria
Consultiva

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da presente análise extraem-se as seguintes considerações finais:

a) a FCP deve instruir os processos de inexigibilidade de licitação com todos os instrumentos indicados no Parecer Referencial nº 00001/2023, bem como na LISTA DE CONFERÊNCIA - CONTRATAÇÃO DIRETA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, afastada a elaboração de ETP e análise de riscos somente nas contratações cujo valor não ultrapassa R\$-29.953,01 (vinte e nove mil, novecentos e cinquenta e três reais e um centavo), conforme previsto no § 3º do art. 3º do Decreto estadual nº 2.939/2023;

b) parece possível afirmar a prevalência de entendimento favorável à interpretação extensiva do inciso I do art. 95 da Lei nº 14.133/2021, que alcançaria também os casos de inexigibilidade de licitação cujo valor não ultrapassa os valores pertinentes à dispensa em razão do valor; nesses casos, estaria a FCP autorizada a afastar a regra do instrumento de contrato, substituindo-o por outro instrumento hábil, mantido o seu dever de zelar pela devida publicidade do ato que autoriza a contratação direta, conforme exige o parágrafo único do art. 72 da Lei nº 14.133/2021;

c) foi localizada respeitada doutrina que defende a interpretação extensiva também do inciso II do art. 95 da Lei nº 14.133/2021, para nele alcançar-se também serviços de execução imediata – equiparáveis às “compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica” –, mas, considerando que não há ainda, a esse específico respeito, manifestação de qualquer dos órgãos de controle da Administração Pública, há risco jurídico no afastamento do instrumento de contrato, o que deve ser cuidadosamente sopesado pelo gestor;

d) ainda que o gestor se decida pela interpretação extensiva do art. 95, II,



PGE

Procuradoria
Consultiva

da Lei nº 14.133/2021 – assumindo o risco jurídico derivado dessa decisão, conforme já salientado –, os documentos constantes do Processo nº 2024/25167 (fls. 4-301-SAJ) sugerem que não se trata de serviço de execução imediata, equiparável às “compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica”, apresentando-se o instrumento de contrato como elemento indispensável à segurança da contratação.

À consideração superior.

Belém, 19 de março de 2024.

(Assinado eletronicamente)

Mônica Martins Toscano Simões

Procuradora do Estado do Pará

Proposta de indexação:

Inexigibilidade de licitação. Contratação direta de profissional do setor artístico. Art. 74, II, da Lei nº 14.133/2021. Substituição do instrumento de contrato. Art. 95 da lei nº 14.133/2021. Interpretação extensiva. Emendas parlamentares. Demandas parlamentares. Demandas governamentais.



Processo nº 2024.02.014531 / 2024/281952

Interessado: FCP - Fundação Cultural do Estado do Pará

Assunto: Inexigibilidade de licitação

Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado,

Ratifico a Nota Técnica exarada pela Procuradora titular, examinando, em tese, a hipótese de contratação de profissional do setor artístico por meio de inexigibilidade de licitação e a (não)obrigatoriedade de formalização do instrumento contratual, à luz dos incisos I e I do art. 95 da Lei n. 14.133/2021.

Em 20 de março de 2024

assinado eletronicamente

Carla Nazaré Jorge Melém Souza
Procuradora-Chefe Consultiva



PGE

PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARÁ

Gabinete do
Procurador-Geral do Estado

Processo n. 2024.02.014531 / 2024/281952
Interessado FCP - Fundação Cultural do Estado do Pará
Assunto Inexigibilidade de licitação

Sra. Coordenadora da Procuradoria Jurídica da Fundação Cultural do Estado do Pará,

1. Trata-se de consulta formalizada por V. Sa. na qual expôs o cenário de contratações de profissionais do setor artístico por inexigibilidade, na forma da Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021, e solicitou a elaboração de Parecer Referencial com vistas à uniformização do entendimento jurídico e procedimentos a serem adotados no âmbito da Fundação Cultural do Estado do Pará (FCP).
2. Após reunião realizada nesta Procuradoria-Geral com representantes da FCP, a consulta foi delimitada ao esclarecimento dos seguintes pontos: [a] cabimento da inexigibilidade pela regra do art. 74, II e §2º da Lei Federal n. 14.133, de 2021 e regulamentação local; [b] procedimento aplicável à espécie e documentos dispensáveis na fase preparatória (especialmente estudo técnico preliminar, análise de risco e orçamento estimado); [c]. execução do objeto/projetos mediante emendas parlamentares; e [d] obrigatoriedade ou não da formalização e publicação de contrato, e não mera nota de empenho, à luz dos incisos I e II do art. 95 da Lei Federal n. 14.133, de 2021.
3. Regularmente distribuído o processo, foi exarada Nota Técnica pela Procuradora do Estado Mônica Martins Toscano, na qual registrou que: [a] a FCP deve instruir os processos de inexigibilidade de licitação com todos os instrumentos indicados no Parecer Referencial n. 1/2023, bem como na LISTA DE CONFERÊNCIA - CONTRATAÇÃO DIRETA - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, afastada a elaboração de ETP e análise de riscos somente nas contratações cujo valor não ultrapassa R\$-29.953,01 (vinte e nove mil, novecentos e cinquenta e três reais e um centavo), conforme previsto no § 3º do art. 3º do Decreto estadual nº 2.939/2023; [b] é possível afirmar a prevalência de en-

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO PARÁ | GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rua dos Tamoios, 1671, bairro Batista Campos, CEP n. 66.033-172, Belém-PA.

Página 1 de 2



PGE

Gabinete do
Procurador-Geral do Estado

tendimento favorável à interpretação extensiva do inciso I do art. 95 da Lei nº 14.133, de 2021, que alcançaria também os casos de inexigibilidade de licitação cujo valor não ultrapassa os valores pertinentes à dispensa em razão do valor, casos em que estaria a FCP autorizada a afastar a regra do instrumento de contrato, substituindo-o por outro instrumento hábil, mantido o seu dever de zelar pela devida publicidade do ato que autoriza a contratação direta, conforme exige o parágrafo único do art. 72 da Lei nº 14.133/2021; [c] foi localizada respeitada doutrina que defende a interpretação extensiva também do inciso II do art. 95 da Lei Federal n. 14.133, de 2021, para nele alcançar-se também serviços de execução imediata equiparáveis às "compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica", mas, considerando que não há ainda, a esse específico respeito, manifestação de qualquer dos órgãos de controle da Administração Pública, há risco jurídico no afastamento do instrumento de contrato, o que deve ser cuidadosamente sopesado pelo gestor; e [d] ainda que o gestor se decida pela interpretação extensiva do art. 95, II, da Lei nº 14.133/2021 assumindo o risco jurídico derivado dessa decisão, conforme já salientado, os documentos constantes do Processo n. 2024/25167 sugerem que não se trata de serviço de execução imediata, equiparável às "compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica", apresentando-se o instrumento de contrato como elemento indispensável à segurança da contratação.

4. A peça foi devidamente ratificada pela r. Chefia.
5. Aprovo a Nota Técnica n. 000018/2024.
6. Encaminho-lhe os autos para conhecimento e providências cabíveis.

Em 23 de março de 2024.

(assinado eletronicamente)

ADRIANA FRANCO BORGES GOUVEIA
Procuradora-Geral Adjunta Administrativa