PROCESSO : 000675/2011
ORIGEM : Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco
ASSUNTO : 0016 – Contrato de Prestação de Serviços
INTERESSADOS : Ricardo José Roriz Silva Cruz - Prefeito
: Roserval Pinheiro da Silva - Contratado
ÁREA OFICIANTE : 1ª Coordenadoria de Controle e Inspeção
PROCURADOR : Luís Alberto Meneses – Parecer nº 330/2017
RELATORA : Cons.ª Susana Maria Fontes Azevedo Freitas

DECISÃO nº: 31.818 SEGUNDA CÂMARA

EMENTA: Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco. Inexigibilidade de Licitação. Contrato de prestação de serviços. Contratação de banda para as festividades alusivas à Padroeira da cidade. Princípio da Segurança Jurídica. Falha formal. Legalidade do Contrato. Regularidade com ressalva da Despesa. Decisão Unânime.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, decidem os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, em sua composição Cameral, sob a Presidência da Conselheira Presidente **Maria Angélica Guimarães Marinho**, por unanimidade dos votos, pela **LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO E REGULARIDADE COM RESSALVA DA DESPESA**, relativa ao Contrato de Prestação de Serviços nº 52/2009, da Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco, de responsabilidade de **Ricardo José Roriz Silva Cruz**, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Aracaju, 28 de março de 2018.

Susana Maria Fontes Azevedo Freitas

Relatora

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

RELATÓRIO

Tratam os autos de procedimento licitatório na modalidade Inexigibilidade de Licitação nº 13/2009, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco, representada pelo então Prefeito **Ricardo José Roriz Silva Cruz** e a empresa **ROSERVAL PINHEIRO DA SILVA** (COR E BRILHO), objetivando a contratação de bandas para as festividades alusivas à padroeira da cidade, no período de 12 a 27 de julho de 2009, no valor global de R$ 116.000,00 (cento e dezesseis mil reais).

Em Informação Preliminar nº 42/2011 (fls. 43/46), a 1ª CCI concluiu pela irregularidade da contratação, com base na excepcional modalidade de inexigibilidade, uma vez que a empresa contratada não é empresária exclusiva das bandas destacadas, e ainda pela ausência de comprovantes da realização da despesa.

Devidamente notificado (Notificação nº 303/2011, fl. 53), o interessado apresentou suas alegações de defesa (fls. 56/62), acompanhado de documentos (63/108), rebatendo as irregularidades apontadas, bem como requereu o julgamento pela legalidade e regularidade da despesa oriunda da Contratação.

Em Informação Complementar n°181/2016 (fls. 123/126), a Coordenadoria Técnica analisou a defesa e opinou pela irregularidade da contratação direta por inexigibilidade, ante a ausência de contrato de exclusividade, com base no art. 25, inciso III e 26 da Lei Federal nº 8.666/93 e, também, pela ausência de comprovação de pagamento e/ou anulação no valor de R$ 4.640,00 (NE nº 649/2009), devendo ser aplicada multa administrativa, fulcrada no art. 60, inciso II da Lei Complementar nº 04/1990.

Instado a se manifestar, o *douto* Procurador **Luís Alberto Meneses**, por meio de Parecer nº 330/2017 (fl. 130), opinou pela ilegalidade da despesa e pela declaração da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas. E, considerando que a conduta do gestor configura-se, em tese, como ilícito, opinou pela representação ao Ministério Público Estadual.

É o relatório.

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

VOTO

Segundo a Coordenadoria Técnica, houve violação ao disposto no art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, quando da contratação de grupos musicais pela Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco.

Relatou a área técnica que a contratação de bandas se deu por Inexigibilidade de Licitação. Entretanto, diferentemente do exigido no dispositivo acima mencionado, a contratação ocorreu por intermédio de um "mero intermediário", e não por empresário exclusivo.

Neste ponto, passemos a discorrer sobre o contrato de exclusividade artística.

A exigência do **"**contrato de exclusividade artística" é necessária, pois, é através dele que se terá conhecimento acerca da remuneração cobrada, ou se o empresário em questão é mesmo exclusivo do artista/banda, bem como a atuação territorial pretendida.

Observa-se que tal contrato é uma exigência da Lei de Licitações, especificado em seu art. 25, inciso III, a qual é clara em sua redação ao afirmar que, para que haja contratação de profissional artístico, o trâmite deverá ser realizado diretamente com o seu **empresário exclusivo**.

> **Art. 25**. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição em especial.
> (...)
> **III** – Para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou **através de empresário exclusivo**, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (**grifo nosso**).

Analisando o arcabouço documental, tem-se que a contratação se deu através da empresa **ROSERVAL PINHEIRO DA SILVA** (COR E BRILHO), que atuou como representante das atrações: "JS e Bandas", "Adauto e Banda", "Cara de Cobra, "Zé Tramela", "H2O", "Gingado", "Cigano", "Seeway", e "Frei Zeca", conforme atestam as Declarações de Exclusividade (fls. 25, 30, 32, 37) e o Contrato de nº 52/2009 (fls. 15/18).

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

Impende destacar, neste contexto, que em nenhum momento a Área Técnica questionou a possibilidade de contratação de artista por inexigibilidade de licitação ou ainda a incidência de dano ao erário.

O cerne da questão é o fato de que a contratação se deu através de empresa interposta e não diretamente com o artista ou através de seu empresário exclusivo como requer a Lei de Licitações.

Analisando detidamente os documentos juntados aos autos, percebe-se, de plano, que o próprio teor da referida declaração apresentada, atesta, claramente, que a representação das bandas pela empresa **ROSERVAL PINHEIRO DA SILVA** (COR E BRILHO) se operou, especificamente, para uma única apresentação.

Evidentemente, a caracterização de "empresário exclusivo", para fins de contratação por inexigibilidade de licitação, não se dá quando o artista apresenta um documento credenciador ou autorizativo para a realização de um único show em data e hora específicas.

Incontroverso, portanto, que a exclusividade foi temporária e condicionada, não preenchendo os requisitos exigidos pela Lei Federal nº 8.666/93, no quesito da exclusividade.

A lei exige que a exclusividade seja permanente e duradoura. Algumas Cortes de Contas, inclusive, o TCU exige a apresentação do contrato de exclusividade devidamente registrado[1].

Neste passo, vale asseverar que a expressão "empresário exclusivo" adotada pelo legislador tem o sentido de empresário agenciador de artista que com ele mantém um vínculo duradouro e permanente, e não uma relação temporária ou precária, firmada para um único e determinado evento.

Em relação ao tema, o TCU assim se manifestou:

> Acórdão TCU 233/2005: "Cabe ressaltar de acordo com o artigo Inexigibilidade de Licitação, de Érico de Arruda Lins, o termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Aquele gerencia o negócio de artistas determinados, numa relação

[1] Acordão TCU 98/2008 – plenário.

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

> contratual duradoura. O último intermedia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera".

Ressalto que é de praxe dos Tribunais diferenciarem o empresário exclusivo do mero intermediário, a exemplo do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

> Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. **Distinção entre empresário e intermediário.** "(...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos**.** A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, **a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, inciso III da Lei de Licitações**. (...) **a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas aprazadas, específicas, eventuais.** (...)". (grifei)
> **(TCE-MG - Denúncia n°. 749058. Sessão do dia 09/10/2008)**

Simetricamente, exponho também a Decisão do Tribunal Regional Federal, no qual adentra nesta mesma linha de pensamento e diferencia empresário exclusivo de intermediário.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO IMPROBO. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA FESTIVAL CULTURAL POR MEIO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25, III, DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
> **(TRF - 3 - AI: 25817 SP 0025817-27.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 25/07/2013, SEXTA TURMA).**

Entretanto, impõe registrar que esta Corte, até a data em que o ato foi empreendido pelo gestor, idos de 2009, não havia se debruçado sobre a

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por [illegible]
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

caracterização da figura do “empresário exclusivo”, acolhendo as “Cartas de Exclusividade” apresentadas pelos gestores em idêntica situação.

Sobre casos nesta roupagem, inclusive, existem precedentes desta Corte de Contas, como, por exemplo, o julgamento do Processo TC nº 1133/2014, Decisão TC nº 19.180 – Pleno, em outubro de 2015, de relatoria do eminente Conselheiro Clóvis Barbosa de Melo, o qual foi acolhido pelo Ministério Público Especial e aprovado por unanimidade pela Regularidade com Ressalva.

No referido voto**,** o Conselheiro **Carlos Alberto Sobral de Souza** em sessão plenária, com vistas dos autos destacou:

> **“… não fora vislumbrado sobre preço, dano ao erário, ausência de serviço prestado, então não há alcance a ser sancionado ...”**

Nessa toada, o Procurador-Geral **João Augusto dos Anjos Bandeira de Mello,** na discussão do Processo TC nº 001961/2015, referiu-se a tal questão como irregularidade formal.

A meu sentir, seria uma iniquidade, bem como uma distorção jurisprudencial, punir um gestor que realizou esse tipo de contratação, especialmente se levarmos em consideração que **esta Casa somente normatizou a matéria no ano de 2016, através da Resolução TC nº 298/2016, a qual entrou em vigor na data de sua publicação, em 16 de setembro de 2016.**

No tocante ao processamento da despesa, a Informação Técnica arguiu a ausência de pagamento e/ou anulação no valor de R$ 4.640,00 (NE nº 649/2009), fato não sanado pela defesa.

Ocorre que, em consulta ao SISAP/Auditor, restou constatado que em Dezembro de 2011 o referido valor foi efetivamente pago. Assim, em razão da defesa não ter juntado aos autos documento probante, cabível seria a aplicação de multa. No entanto, ante o decurso do tempo; ou seja, mais de 09 anos da realização da despesa, esta sanção já se encontra prescrita, cabendo apenas a esta Corte de Contas aplicar a Ressalva.

Ante toda a fundamentação apresentada, que passa a integrar o dispositivo como se nele estivesse transcrito, **VOTO pela LEGALIDADE DO**

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

CONTRATO e REGULARIDADE com RESSALVA DA DESPESA, sem APLICAÇÃO de MULTA, ante à prescrição, sob responsabilidade de **Ricardo José Roriz Silva Cruz.**

Determino, que o atual e os futuros gestores responsáveis pela Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco, quando da contratação artística por inexigibilidade, realizem o Contrato diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, conforme preceitua a Resolução TC nº 298/2016.

É como voto.

Isto posto, e

Considerando a documentação que instrui o processo;

Considerando a análise e pronunciamentos da CCI oficiante;

Considerando a manifestação nos termos do Parecer de nº 330/2017, do *Parquet* Especial;

Considerando o relatório e voto da Conselheira Relatora;

Considerando o que mais consta dos autos.

DECIDE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, em Sessão Ordinária da Segunda Câmara, realizada no dia 28 de março de 2018, por unanimidade de votos, **pela LEGALIDADE DO CONTRATO E REGULARIDADE COM RESSALVA DA DESPESA,** sob responsabilidade de **Ricardo José Roriz Silva Cruz.**

Determino que o atual e os futuros gestores responsáveis pela Prefeitura Municipal de Santana do São Francisco, quando da contratação artística por inexigibilidade, realizem o Contrato diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, conforme preceitua a Resolução TC nº 298/2016.

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46

Participaram do Julgamento os Conselheiros: **Maria Angélica Guimarães Marinho** (Presidente), **Susana Maria Fontes Azevedo Freitas** (Relatora), e **Carlos Pinna de Assis,** com a presença do Procurador do Ministério Público Especial de Contas **José Sérgio Monte Alegre.**

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, Aracaju, em **09 de maio de 2018.**

PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE.

MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES MARINHO
Presidente

SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS
Relatora

Fui presente:

Procurador do Ministério Público Especial de Contas

Arquivo assinado digitalmente por EDUARDO SANTOS ROLEMBERG CÔRTES:71960325515 em 18/07/2018 10:11:40
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 18/07/2018 11:33:36
Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 18/07/2018 12:54:46