PROCESSO : TC 001104/2011
ORIGEM : Prefeitura Municipal de São Francisco
ASSUNTO : 016 – Contrato de Prestação de Serviços
INTERESSADO : Ailton Nascimento
ADVOGADO : Não há
ÁREA OFICIANTE : 1ª Coordenadoria de Controle e Inspeção
PROCURADOR : Eduardo Santos Rolemberg Côrtes - Parecer nº 286/2018
RELATORA : Conselheira Susana Maria Fontes Azevedo Freitas

DECISÃO TC Nº 32.129 SEGUNDA CÂMARA

EMENTA: Contrato de Prestação de Serviços. Prefeitura Municipal de São Francisco. Contratação de Bandas Artísticas. Inexigibilidade de Licitação. Pela Regularidade com Ressalva do Contrato. Determinação. Pelo Reconhecimento da Prescrição da Pretensão Punitiva. 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 Senhora Conselheira **Maria Angélica Guimarães Marinho**, por unanimidade dos votos, pela **REGULARIDADE COM RESSALVA** do Contrato de Prestação de Serviços da Prefeitura Municipal de São Francisco/SE, de responsabilidade de Ailton Nascimento**, sem aplicação de multa ante a prescrição punitiva, e DETERMINAÇÃO**, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Aracaju, 29 de agosto de 2018.

Susana Maria Fontes Azevedo Freitas
Conselheira Relatora

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

RELATÓRIO

Tratam os autos do Contrato nº 08/2009, oriundo da Inexigibilidade de licitação nº 05/2009, celebrado entre a Prefeitura Municipal de São Francisco, representada pelo então Prefeito **Ailton Nascimento** e a Empresa **DMS Produtora, Publicidade & Eventos Ltda.**, objetivando a contratação de bandas para as Festividades de "**SANTOS REIS"** no referido Município, no período de 10 a 11 de janeiro de 2009, com o valor global de R$ 112.000,00 (cento e doze mil reais).

Em Informação Preliminar nº 046/2011 (fls. 60/62), a 1ª CCI concluiu pela irregularidade da contratação, face à **ausência do pedido dos serviços, da autorização da portaria de licitação – CPL, da justificativa da CPL, do parecer jurídico, da proposta orçamentária, das pesquisas de preços e ainda com base na excepcional modalidade de inexigibilidade,** uma vez que a empresa contratada não é empresária exclusiva das bandas destacadas.

Expedido Mandado de Citação nº 495/2011 (fl. 69), o interessado apresentou suas alegações de defesa (fls. 72/77), momento em que fez a juntada de documentos (fls. 79/154), suscitou a desconsideração das falhas apontadas e, por fim, requereu o julgamento pela legalidade e regularidade do Contrato em análise.

Em nova Informação Complementar n° 08/2018 (fls. 188/195), a Coordenadoria Técnica concluiu que não foram sanadas todas as falhas, remanescendo as seguintes:

1-Contratação direta de bandas por inexigibilidade de licitação de nº 05/2009, através de empresa, sem exclusividade, contrariando o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93;

2-Ausência de justificativa da necessidade da contratação dos serviços;

3-Autorização para contratação;

4-Ausência do Ato de designação da Comissão de Licitação;

5-Ausência da justificativa da CPL, para contratação;

6-Ausência da pesquisa de preços para contratação.

Por fim, sugeriu que fosse julgado irregular o processo de Inexigibilidade de Licitação nº 05/2009 e consequentemente do Contrato nº 08/2009, com aplicação das sanções previstas no artigo 89 da Lei nº 8.666/93 e aplicação de multa com

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

fundamento no inciso II do artigo 60 da Lei Complementar nº 04/1990.

Instado a se manifestar, o *douto* Procurador Eduardo Santos Rolemberg Côrtes, em Parecer de n° 286/2018 (fls. 199/201), opinou pelo **Arquivamento** do referido processo, tendo em vista o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do artigo 69 da Lei Orgânica do TCE/SE, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional-disciplinar no âmbito da Corregedoria.

É o relatório.

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

VOTO

Como dito, versam os autos sobre contratação de bandas musicais para as festividades de **"SANTOS REIS",** celebrada entre a empresa DMS Produtora, Publicidade e Eventos Ltda. e a Prefeitura Municipal de São Francisco, sob a responsabilidade de **Ailton Nascimento**.

Aduziu a Coordenadoria Técnica que houve violação ao disposto no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, quando da contratação de bandas musicais pela referida Prefeitura.

Relatou, ainda, que a contratação das bandas se deu por Inexigibilidade de Licitação, entretanto, diferentemente do exigido no dispositivo acima mencionado, a contratação se deu por intermédio de um "mero intermediário", e não por empresário exclusivo, ferindo, portanto, os princípios da Legalidade, da Impessoalidade e da Razoabilidade.

Assim, passo 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, especificada em seu artigo 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. (**grifei**).

Analisando o arcabouço documental, tem-se que a contratação se deu através da empresa DMS Produtora, Publicidade e Eventos Ltda., que atuou como representante das Bandas: "Calcinha Preta", "Seeway", "Forró Brasil", "Swing Art

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

Mania” e “Os Playboys” conforme atestam as Declarações de Exclusividade (fls. 112, 115, 117, 118, 119, 120, 122 e 124) e o Contrato de nº 008/2009 (fls. 02/06).

Cabe destacar que em nenhum momento a Área Técnica questionou a possibilidade de contratação do artista por inexigibilidade de licitação, tampouco fez inferências no sentido de que a banda contratada não seria consagrada pela crítica.

O cerne da questão é o fato de que a contratação se deu através de empresa intermediária que comercializou o show artístico, objeto do contato 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, percebo, de plano, que o próprio teor das referidas declarações apresentadas, atestam, claramente, que a representação das bandas pela empresa DMS Produtora, Publicidade e Eventos Ltda., foi específica, para uma única apresentação.

Evidentemente, a caracterização de “empresário exclusivo”, para fins de contratação por inexigibilidade de licitação não se dá quando o artista/banda apresenta um documento credenciador ou autorizativo para a realização de um único show em data e hora específica e, sim, de empresário agenciador que com ele mantém um vínculo duradouro e permanente, e não uma relação temporária ou precária, firmada para um único e determinado evento.

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].

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 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:

[1] Acordão TCU 98/2008 – plenário.

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

> 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, 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, nos idos de 2009, não havia se debruçado sobre a 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 001133/2014, Decisão TC nº 19180 – Pleno, em outubro de 2015, de relatoria do eminente

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

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 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 nº 298/2016, a qual entrou em vigor na data de sua publicação em 16 de setembro.**

Em relação às falhas remanescentes, quais sejam: **ausência do pedido dos serviços, justificativa, autorização e** a **portaria da CPL**; entendo, que a argumentação defensiva apresentada pelo ex-gestor não descaracteriza as falhas, como registrado pela CCI, mesmo se tratando de falhas de menor potencial ofensivo não sendo graves o suficiente para irregularizar o contrato em análise.

Assim, cumpre ressaltar a legislação aplicada à época, Lei Complementar nº 04/90, no seu artigo 36, vejamos:

> Art. 36. O Plenário ou as Câmaras julgarão as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.
> (...)
> §2º As contas são regulares com ressalva, **quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta que não seja de natureza grave e que não represente injustificado dano ao erário.** (**grifei**)

Destarte, constato que as falhas remanescentes são de natureza formal, pois não denotam situações ensejadoras de dano ao erário ou malversação da coisa pública, pois, inexiste qualquer indício da prática de ilícito.

No mais, não se olvida que houve, no caso em testilha, a fustigação da penalidade pecuniária da Casa, nos moldes previstos no artigo 69, §1º, inciso III, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, (Lei Complementar nº

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

205/2011), vigente à época, que assim versa:

> Art. 69. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado nos feitos de qualquer natureza a seu cargo.
> §1º A prescrição deve ser decretada de ofício, ou mediante provocação de qualquer interessado, considerando-se a data inicial para a contagem do prazo:
> (...)
> III – da ocorrência do fato, nos demais casos.
> (**grifei**)

No caso dos autos, verifico que o contrato fora celebrado em 07 de janeiro de 2009, sendo protocolado nesta Casa em 17 de maio de 2010, e a notificação válida ocorreu no dia 20 de setembro de 2011. Neste momento foi interrompida a prescrição, conforme determina o §3º, do artigo 69, da Lei Orgânica deste Tribunal, iniciando novamente a contagem do prazo prescricional. Porém passados mais de 07 (sete) anos desde a última notificação válida do responsável, sem qualquer manifestação, é imperioso o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Desta feita, razoável e cabível se mostra acompanhar parcialmente o posicionamento do representante do Ministério Público de Contas, pois resta clara a ocorrência da prescrição, razão pela qual não há viabilidade jurídica **para aplicação de penalidade pecuniária,** porém não o arquivamento dos autos.

Além disso, impõe registrar que não foi respeitado o princípio constitucional da Duração Razoável do Processo (Artigo 5º, inciso LXXIII da CF), pois não se pode negar que inexiste razoabilidade em um caso sem maiores complexidades se arrastar por tantos anos, sem que nenhuma decisão fosse proferida nos autos, além de subjugar o Princípio da Segurança Jurídica (Artigo 5º, inciso XXXVI da CF).

No entanto, vale destacar que esta Relatora não foi a responsável pelo atraso no julgamento do feito, tendo em vista que só tomou posse no cargo de Conselheira deste Tribunal no ano de 2014.

Ante toda a fundamentação apresentada, que passa a integrar o dispositivo como se nele estivesse transcrita, escorada no princípio da Segurança Jurídica, **VOTO pela REGULARIDADE COM RESSALVA do Contrato n° 05/2009,** celebrado entre empresa **DMS Produtora, Publicidade e Eventos Ltda. e a Prefeitura**

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

Municipal de São Francisco/SE, sob a responsabilidade **Ailton Nascimento,** sem aplicação de multa ante o **reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva,** conforme artigo 36, §2º, da Lei Complementar nº 04/90 c/c artigo 109, §2º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, vigente à época dos fatos.

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

Em tempo, atendendo ao pleito ministerial, determino o encaminhamento de cópia da presente decisão a Excelentíssima Corregedora desta Corte, Conselheira Maria Angélica Guimarães Marinho, para fins de apuração de responsabilidade funcional-disciplinar do servidor que deu causa a prescrição da pretensão punitiva.

Pela LEGALIDADE COM RESSALVA DO CONTRATO, sem multa ante a prescrição e DETERMINAÇÃO, é como voto.

Isto posto, e

Considerando a documentação que instrui o processo;

Considerando a análise e pronunciamento da CCI oficiante;

Considerando a manifestação nos termos do Parecer de nº 286/2018, do *Parquet* de Contas;

Considerando o relatório e voto da Conselheira Relatora;

Considerando o que mais consta dos autos,

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 08:47:54

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 **29 de agosto de 2018**, por unanimidade de votos, **pela REGULARIDADE COM RESSALVA DO CONTRATO, sob responsabilidade de Ailton Nascimento,** sem aplicação de multa ante o **reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva,** conforme artigo 36, §2º, da Lei Complementar nº 04/90 c/c artigo 109, §2º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, vigente à época dos fatos.

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

Em tempo, atendendo ao pleito ministerial, determino o encaminhamento de cópia da presente decisão a Excelentíssima Corregedora desta Corte, Conselheira Maria Angélica Guimarães Marinho, para fins de apuração de responsabilidade funcional-disciplinar do servidor que deu causa a prescrição da pretensão punitiva.

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 **Eduardo Santos Rolemberg Côrtes.**

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, Aracaju, em **03 de outubro de 2018.**

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 09:47:54

PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE.

CARLOS PINNA DE ASSIS
Conselheiro Presidente em exercício

SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS
Conselheira Relatora

Fui presente:
Procurador do Ministério Público Especial de Contas

Arquivo assinado digitalmente por LUIS ALBERTO MENESES:27623416553 em 02/10/2018 13:19:25
Arquivo assinado digitalmente por CARLOS PINNA DE ASSIS:06101038572 em 03/10/2018 08:12:56
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 04/10/2018 09:47:54