PROCESSO : 000674/2011
ORIGEM : Prefeitura Municipal de Santana de São Francisco
ASSUNTO : 0016 – Contrato de Prestação de Serviços
INTERESSADOS : Ricardo José Roriz Silva Cruz
ADVOGADO : Não há
ÁREA OFICIANTE : 1ª Coordenadoria de Controle e Inspeção
PROCURADOR : Luis Alberto Meneses - Parecer Nº 204/2017
RELATORA : Cons.ª Susana Maria Fontes Azevedo Freitas

DECISÃO nº 29.365 PRIMEIRA CÂMARA

EMENTA: Prefeitura Municipal de Santana de São Francisco. Inexigibilidade de Licitação. Contrato de prestação de serviços. Contratação de banda para as festividades. Legalidade do Contrato. Regularidade da Despesa. Determinação. 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 **Susana Maria Fontes Azevedo Freitas**, por unanimidade dos votos, pela **LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO, REGULARIDADE DA DESPESA, COM DETERMINAÇÃO** do Contrato de Prestação de Serviços, da Prefeitura Municipal de Santana de São Francisco, de responsabilidade de Ricardo José Roriz Silva Cruz, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Aracaju, 31 de outubro de 2017.

Susana Maria Fontes Azevedo Freitas
Relatora

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

RELATÓRIO

Tratam os autos do procedimento licitatório na modalidade Inexigibilidade nº 06/2009, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Santana de São Francisco, representado pelo então prefeito Ricardo José Roriz Silva Cruz e a Empresa Alberto Gomes Canuto (Forrozão H20), objetivando a contratação de bandas para a festa de Bom Jesus dos Navegantes, dia 15, 16, 17 e 18 de janeiro de 2009, com o valor de R$ 91.000,00 (noventa e um mil reais).

Em Informação preliminar nº 41/2011 (fls. 40/43), a 1ª CCI concluiu que a contratação foi irregular, com base na excepcional modalidade de inexigibilidade, uma vez que a empresa não é empresária exclusiva das bandas contratadas, e que as cartas de exclusividades são direcionadas apenas para a venda de shows únicos a serem realizados nas datas especificas; bem como, ausência dos comprovantes de realização da despesa.

Devidamente notificado (Notificação nº 301/2011, fl. 50), o interessado apresentou suas alegações de defesa (fls. 53/59), rebatendo as irregularidades apontadas; bem como, requerendo o julgamento pela regularidade, momento em que fez a juntada de documentos (fls. 60/98).

Em Informação Complementar n° 93/2016 (fls. 96/99), a Coordenadoria técnica analisou a defesa e concluiu que foi sanada a irregularidade referente à comprovação da despesa, todavia, opinou pela irregularidade da contratação direta por inexigibilidade, pela ausência de contrato de exclusividade, com base no art. 25, inciso III e 26 da Lei 8666/93 e aplicação de multa, 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 204/2017 (fls. 112/113), opinou pela Ilegalidade da despesa, sem prejuízo da aplicação de multa cominada no art. 60, inciso II da Lei Complementar Estatual mº 04/90, bem como a representação ao Ministério Público Estadual.

É o Relatório.

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

VOTO

Inicialmente, esclareço que os autos foram autuados como Contrato de Obras e Serviços (0013), quando deveria ser autuado como Contrato de Prestação de Serviços (0016), já que o objeto do contrato analisado refere-se a contratação de bandas.

Desta forma, em nome do princípio da Economia Processual, suscito como preliminar a reautuação do feito para 0016 – Contrato de Prestação de Serviços, sem prejuízo de todos os atos processuais já consumados.

Ultrapassada análise inicial acerca do enquadramento processual a ser procedido, passo a análise meritória do caso.

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

Relatou a área técnica que a contratação da banda 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.

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.
> (...)

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

> **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 Alberto Gomes Canuto (Forrozão H20), que atuou como representante das atrações “Grupo Papo Sério”, “Banda Nairê”, “Grupo Forte Desejo”, “Banda Pikeventos e Produções – Gil Melândia e Banda Formiguinha”, conforme atestam as Declarações de Exclusividade (fls. 31, 32, 33, 34 e 35) e o Contrato de nº 07/2009 (fls. 21/24).

Impende destacar, neste contexto, que em nenhum momento a Área Técnica questionou a possibilidade de contratação de 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 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 da banda pela empresa Alberto Gomes Canuto (Forrozão H20), 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 da exclusividade exigida pela Lei Federal nº 8.666/93.

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

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 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 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, 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)**

[1] Acordão TCU 98/2008 – plenário.

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:16
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

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 ÍMPROBO. 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, 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 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 Bandeira de Mello, na discussão do Processo nº 001961/2015, referiu-se a tal questão como irregularidade formal.

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

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.

Ante toda a fundamentação apresentada, que passa a integrar o dispositivo como se nele estivesse transcrita, VOTO pela LEGALIDADE DO CONTRATO, REGULARIDADE DA DESPESA, COM DETERMINAÇÃO do Contrato de Prestação de Serviços, sob responsabilidade de Ricardo José Roriz Silva Cruz, determinando que o atual e os futuros responsáveis pela Prefeitura Municipal de Santana de 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.

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 204/2017, 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 Primeira Câmara, realizada no dia 31 de outubro de 2017, por unanimidade de votos, **pela LEGALIDADE DO CONTRATO, REGULARIDADE DA DESPESA, do Contrato de**

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por ANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12

Prestação de Serviços, sob responsabilidade de Ricardo José Roriz Silva Cruz, COM DETERMINAÇÃO de que o atual e os futuros responsáveis pela Prefeitura Municipal de Santana de São Francisco, quando da contratação artística por inexigibilidade, realizem o Contrato diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo, conforme preceitua a Resolução nº TC 298/2016.

Participaram do julgamento os Conselheiros: **Susana Maria Fontes Azevedo Freitas** – Presidente e Relatora, **Carlos Alberto Sobral de Souza** e do Conselheiro Substituto **Francisco Evanildo de Carvalho**, com a presença do Procurador **Luís Alberto Meneses.**

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE, Aracaju, em **06 de março de 2018.**

PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE.

CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA
Presidente

SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS
Relatora

Fui presente:

Procurador do Ministério Público Especial de Contas

Arquivo assinado digitalmente por CARLOS ALBERTO SOBRAL DE SOUZA:03405010578 em 05/03/2018 11:12:10
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 06/03/2018 08:09:15
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 06/03/2018 08:45:12