PROCESSO : 001097/2011
ORIGEM : Prefeitura Municipal de São Francisco
ASSUNTO : 0016 – Contrato de Prestação de Serviços
INTERESSADO : Ailton Nascimento
ADVOGADO : Não há
ÁREA OFICIANTE : 1ª Coordenadoria de Controle e Inspeção
PROCURADOR : Luís Alberto Meneses - Parecer nº 055/2018
RELATORA : Conselheira Susana Maria Fontes Azevedo Freitas

DECISÃO TC nº 31.871 SEGUNDA CÂMARA

EMENTA: Prefeitura Municipal de São Francisco. Inexigibilidade de Licitação. Contrato de prestação de serviços. Contratação de banda para as festividades. Legalidade do Contrato. Regularidade 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 **Maria Angélica Guimarães Marinho**, por unanimidade dos votos, pela **LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO E REGULARIDADE DA DESPESA COM DETERMINAÇÃO** do Contrato de Prestação de Serviços, da Prefeitura Municipal de São Francisco, de responsabilidade de Ailton Nascimento, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Aracaju, 16 de maio de 2018.

Susana Maria Fontes Azevedo Freitas
Conselheira Relatora

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

RELATÓRIO

Tratam os autos do procedimento licitatório na modalidade Inexigibilidade nº 10/2009, celebrado entre a Prefeitura Municipal de São Francisco, representada pelo então prefeito Ailton Nascimento e a Empresa L.R. Locação e Serviços Ltda. - ME, objetivando a contratação de bandas para a festa do padroeiro São Braz do povoado Nascença, nos dias 7 e 8 de março de 2009, com o valor de R$ 13.700,00 (treze mil e setecentos reais).

Em Informação preliminar nº 44/2011 (fls. 41/43), a 1ª CCI concluiu que houve algumas irregularidades.

Devidamente notificado (Notificação nº 445/2011, fl. 50), o interessado apresentou suas alegações de defesa (fls. 53/58), rebatendo as irregularidades apontadas, bem como, requerendo o julgamento pela regularidade, momento em que fez a juntada de documentos (fls. 60/125).

Em Informação Complementar n° 02/2018 (fls. 133/134), a Coordenadoria técnica analisou a defesa e concluiu pela Regularidade do Contrato de prestação de serviços.

Instado a se manifestar, o *douto* Procurador **Luís Alberto Meneses**, por meio de Parecer nº 55/2018 (fls. 137/138), opinou pela Ilegalidade da despesa, e pela declaração da prescrição da pretensão punitiva.

É o relatório.

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

VOTO

Segundo a Coordenadoria Técnica, o Contrato de Prestação de Serviços encontra-se Regular, conforme art. 36, §1º da Lei Complementar nº 04/1990; c/c art. 109, §1º do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Todavia, o *Parquet* de Contas discorda da Equipe Técnica, e frisa que a contratação direta por inviabilidade de competição foi desnaturada, pois 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, 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 L.R. Locação e Serviços Ltda. - ME, que atuou como representante das atrações "Banda Jorge & Augusto", "Vô di Xote", "Os Playboys" e "Garotos de Motel", conforme atestam as Declarações de Exclusividade (fls. 70/73) e o Contrato de nº 042/2009 (fls. 02/06).

Impende destacar, neste contexto, que em nenhum momento o *Parquet* de Contas questionou a possibilidade de contratação de artista por inexigibilidade de

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

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 L.R. Locações e Serviços Ltda. - ME, 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 nº 8.666/93.

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".

[1] Acordão TCU 98/2008 – plenário.

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

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)

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 ART. 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.

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

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 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 Sobra 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.

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.**

Ante toda a fundamentação apresentada, que passa a integrar o dispositivo como se nele estivesse transcrita, VOTO pela LEGALIDADE DO CONTRATO E REGULARIDADE DA DESPESA, sob responsabilidade de Ailton Nascimento.

Determino que, o atual e os futuros responsáveis pela Prefeitura Municipal 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 298/2016.

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 055/2018, do *Parquet* de Contas;

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59

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 **16 de maio de 2018**, por unanimidade de votos, **pela LEGALIDADE DO CONTRATO E REGULARIDADE DA DESPESA, sob responsabilidade de Ailton Nascimento.**

Determino que, o atual e os futuros responsáveis pela Prefeitura Municipal 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 TCE nº 298/2016.

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 douto Procurador do Ministério Público Especial de Contas **Luís Alberto Meneses.**

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

PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE.

Maria Angélica Guimarães Marinho
Presidente

Susana Maria Fontes Azevedo Freitas
Conselheira Relatora

Fui presente**:**

Procurador do Ministério Público Especial de Contas

Arquivo assinado digitalmente por MARIA ANGELICA GUIMARAES MARINHO:11660732549 em 11/06/2018 12:09:31
Arquivo assinado digitalmente por SUSANA MARIA FONTES AZEVEDO FREITAS:29429307568 em 11/06/2018 12:34:06
Arquivo assinado digitalmente por JOSÉ SÉRGIO MONTE ALEGRE:03845117591 em 12/06/2018 09:43:59