



Processo nº: TC-777/001/13.
Contratante: Prefeitura Municipal de Brejo Alegre.
Contratada: Menezes & Menezes Produção Musical Ltda.
Objeto: Contratação de show com a banda Jafferson, para comemoração do aniversário da cidade, no dia 31.12.2012.
Matéria em exame: Inexigibilidade de licitação 02/2012;
Contrato 135/12.

Trata-se da análise da Inexigibilidade de licitação nº 02/2012 (fls. 39) e do Contrato nº 135/12, assinado em 20/12/2012 (fls. 40/43), celebrado entre Prefeitura Municipal de Brejo Alegre e Menezes & Menezes Produção Musical Ltda., cujo objeto é a contratação de show com a banda Jafferson, para comemoração do aniversário da cidade no dia 31.12.2012.

A mesma Prefeitura contratou, também por inexigibilidade de licitação, outras bandas para tocarem nos dias 29.12.2012 (por R\$.8.000,00, TC-778/001/13) e 30.12.2012 (Banda Fonte Luminosa, por R\$.14.300,00, TC-658/001/13).

A diligente Fiscalização deste Tribunal de Contas, após detida análise, concluiu pela irregularidade da matéria (fls. 64/71):

“- Item 9 – Apesar de tratar-se de serviço plenamente licitável, não foi providenciado o devido procedimento licitatório, tampouco o procedimento de justificação necessário no caso de inexigibilidade de licitação, contrariando a ordem constitucional (art. 37, XXI), como a legal, em especial os arts. 2º, 25, inciso III, e 26 da Lei 8.666/93;

- Item 30 – Pagamento realizado antes do recebimento dos serviços, em discordância com os arts. 62 e 63 da LF nº 4.320/64.”

Notificado, o responsável pela contratação (sr. Pedro de Paula Castilho – ex-Prefeito do Município de Brejo Alegre) apresentou alegações e documentos que entendeu pertinentes (fls. 78/86, docs. fls. 87/102).

O e. Conselheiro Relator do feito, a fim de que restasse afastada qualquer alegação de cerceamento de defesa, assinou prazo à Prefeitura, nos termos do inciso XIII, do art. 2º, da LCE nº 709/93, para a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, ou oferecimento de justificativas acerca das dúvidas suscitadas, ficando, ainda, os responsáveis supracitados notificados para acompanhar o feito (fls. 106/107).

O responsável pela contratação (sr. Pedro de Paula Castilho, ex-Prefeito), veio novamente aos autos e fez juntar aos autos peça de defesa e documentação pertinente (fls. 111/120, docs. fls. 121/141). Em apertada síntese, alega o cumprimento



dos requisitos legais, lastreando-se a contratação na inviabilidade de competição sob o amparo do que dispõe o inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, vez que a singularidade da expressão artística residiria na própria natureza do serviço. Afirma a notoriedade da banda para a realização do show de aniversário da cidade, em conformidade com o disposto nos artigos 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei nº 8.666/93. Assevera que o sr. Marcio da Silva Neves é sócio-proprietário da “Banda Jafferson”, o que lhe atribui a condição de representante exclusivo da contratada (fls. 121). Afirma que foram apresentados todos os documentos legais de habilitação. Quanto aos gastos com hospedagem e alimentação, afirma que tais despesas não estariam inclusas na proposta de preço e nem no contrato firmado entre as partes. A cidade de Brejo Alegre, segundo alega, não possui hotéis e nem restaurantes, razão pela qual os integrantes da banda contratada teriam sido acomodados em unidade de ensino (CMEI Maria Angélica dos Santos) e que a alimentação dos artistas e equipe foi feita com gêneros alimentícios adquiridos pela Prefeitura e sua cocção foi feita por funcionários da escola (fls. 131/137). Quanto ao pagamento, foi efetivamente realizado em 31/12/13 (fls. 138/140).

Vêm os autos com vista ao Ministério Público de Contas para sua atuação como fiscal da lei.

É o relatório.

Contratação de shows. Requisitos para contratação direta por inexigibilidade. Necessidade de justificativa da escolha do artista. Contratação com o próprio artista ou através de empresário exclusivo. Conceito de empresário exclusivo. Análise da compatibilidade do preço. Jurisprudência TCU e TCE/SP.

A Lei de Licitações tolera, em seu art. 25, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico.

Nos ensinamentos de JACOBY, esta norma de exceção ao dever de licitar embute três requisitos específicos:

- a) que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;*
- b) que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo;*
- c) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”* (JACOBY Fernandes, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação, 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 638)

Além dos mencionados requisitos específicos, deve o administrador atentar aos requisitos gerais trazidos no art. 26 da mesma lei, *in verbis*:



Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, que os agentes públicos restrinjam ou frustrem, de forma indevida, o caráter competitivo das licitações.

De início, considerando-se que a contratação de artistas não é atividade típica do Estado, trata-se de ajuste a ser celebrado em caráter excepcional, devendo restar demonstrado de forma inequívoca o interesse público na contratação.

Não se pode olvidar que todo processo administrativo deve ser devidamente motivado, bem como indicada a expressa finalidade pública a ser atendida, de modo a evitar desvios de finalidades, e eventual promoção pessoal de agentes políticos.

Tratando-se de contratação direta, é preciso que a Administração bem fundamente sua motivação, não apenas sobre a necessidade do objeto do contrato, como as **razões da escolha** para se contratar **determinado** artista apontando as razões do seu convencimento.¹

Deve-se demonstrar a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública, elemento que se distingue da mera qualificação profissional do artista.

Além disso, o processo de inexigibilidade deve ser instruído não apenas com a razão da escolha do artista, mas também com a **justificativa do preço** (cachê), de modo a atender aos princípios da economicidade e da moralidade, evitando, ademais, distorções nos preços usualmente praticados.

¹ Caso contrário, em havendo atendimento do interesse público por uma manifestação artística qualquer, a Administração poderá, a depender das particularidades concretas, ou licitar a contratação (normalmente, via convite, ante o valor despendido), ou contratar diretamente por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inc. II da Lei nº 8.666/93.

Caso deseje promover uma competição entre artistas para seleção do melhor desempenho (como, por exemplo, a escolha de uma composição para o hino da cidade) deverá recorrer à modalidade licitatória do concurso (art. 22, § 4º da Lei de Licitações), estipulando um prêmio para a melhor obra.



O histórico das apresentações do artista, levando-se em conta o porte do evento, revela-se elemento essencial para a justificativa do preço, pois, de posse dessa informação, pode (e deve) a Administração Pública proceder à comparação com o valor a ser praticado na contratação que intenta efetuar.

Nesse sentido, de efetuar comparação com os preços já praticados pelo próprio selecionado em contratações similares, já decidiu o Tribunal de Contas da União², sendo também o entendimento adotado na esfera federal pela Advocacia Geral da União na Orientação Normativa 17/2009.³

Em relação a **com quem o contrato deve ser assinado**, conforme ensina JACOBY, *“a contratação ou é feita diretamente com o artista ou com o seu empresário exclusivo, como tal entendendo-se o profissional ou agência que intermedeia, com caráter de exclusividade, o trabalho de determinado artista. Numa analogia, é o fornecedor exclusivo daquela mão de obra.”* (idem, *ibidem*, p. 640).

A contratação direta é para o artista. No caso do empresário, sua intermediação é aceita, desde que seja comprovado se tratar do empresário exclusivo.

Por empresário exclusivo deve-se entender a figura do representante ou agente, ou seja, aquele que se obriga a, autonomamente, de forma habitual e não eventual, promover, mediante retribuição, a realização de certos negócios, por conta do representado.

A Administração Pública, ao contratar artista com intermediação de empresário exclusivo, deve exigir o contrato de exclusividade artística. É por meio dele que a Administração Pública tomará conhecimento acerca da remuneração cobrada pelo empresário, se o mesmo é exclusivo do artista e se atua em seu âmbito territorial, bem como se o contrato é vigente.

Sobre a forma de demonstração da exclusividade do empresário, a despeito da respeitosa opinião de JACOBY, o Tribunal de Contas da União já

² “Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para eventos do mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93” (Tribunal de Contas da União, Acórdão 819/2005 – Plenário) (grifos do MPC/SP)

³ Orientação Normativa/AGU nº 17, de 01.04.2009 (DOU de 07.04.2009, S. 1, p. 14) - *“É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”*. REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.



pacificou entendimento sobre o tema: na contratação direta de artistas consagrados, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. Diga-se, ademais, que o contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade (neste sentido, confirmam-se os Acórdãos TCU 642/2014 – 1ª Câmara, 3826/2013 - 1ª Câmara e 96/2008 – Plenário).

O Tribunal de Contas de São Paulo há tempos já recria a “exclusividade de um dia”, como se vê do julgamento TC-31402/026/02:

*“Com efeito, o inciso III do artigo 25 da Lei nº 8666/93 possibilita a contratação sem licitação de profissional do setor artístico; porém, há formalizar **diretamente ou por empresário exclusivo**.*

*Denota-se que L. Márcio Produções Artísticas não empresariava com exclusividade os artistas que realizaram as apresentações. Esta situação é mais evidente nos autos do TC-16342/026/06, **onde o efetivo representante do grupo musical declarou que a empresa contratada detinha exclusividade tão somente na data da realização do show**. Ademais, nos autos dos TC-s 16342 e 16341 (este, relativamente ao cantor Leandro Lehart) as cartas de exclusividade foram emitidas há poucos dias dos eventos, permitindo aferir ausente qualquer vínculo anterior entre artista e promotor.*

Nas circunstâncias - em que a contratada correspondeu a mera agenciadora - resta insatisfeita a exigência da Lei.

Há levar em conta, ainda, a lição de Joel de Menezes Niebuhr⁴, no sentido de que “a proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestante a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais à custa dos artistas”. Esclarece o autor, mais à frente, que “o empresário não exclusivo paga ao artista o valor por ele estipulado e, com isso, vê-se livre para acertar com o Poder Público o preço que quiser cobrar, o que lhe faculta estabelecer a sua remuneração em valores bastante elevados, até bem acima do que ganha o artista” e, por fim, ressalta que “em obséquio à economicidade e à moralidade administrativa”, contratos dessa natureza devem ser celebrados diretamente com o artista.” (trecho do voto do relator, TCE/SP, 1ª Câmara, TC 31402/026/02, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 26.06.07, v.u. – decisão mantida em sede de Recurso Ordinário pelo Pleno, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 05.11.08, v.u.) (destaques do MPC/SP)

Veja-se, mais recentemente, o TC-1693/009/10:

“A Prefeitura Municipal de Votorantim contratou serviços artísticos por ocasião da 92ª Festa Junina de Votorantim, ancorando-se no artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, dispositivo que possibilita a contratação, sem licitação, de profissional do setor artístico diretamente ou por empresário exclusivo.

Ocorre que, não restou evidenciado nos presentes autos a comprovação da exclusividade na representação dos artistas pelas empresas contratadas.

*As empresas contratadas não empresariavam com exclusividade os artistas que realizaram as apresentações. **A documentação acostada aos autos remete à exclusividade, tão somente, para a data na qual estava previsto o espetáculo.***

A situação restou evidente com a confissão, pela Origem, de que: “o próprio empresário exclusivo do artista declarou que a empresa JM Ramos Eventos – ME detém

⁴ NIEBUHR, Joel Menezes de. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública* São Paulo: Dialética, 2003. Página 204.



exclusividade sob o show do artista em questão, contratado para a apresentação de show na 92ª Festa Junina de Votorantim”.

A UR-09 anotou que tais documentos não identificam adequadamente seus subscritores e as suas relações jurídicas com os profissionais do setor artístico, objeto das contratações.

Sobre o tema, ATJ pontuou: “Com efeito, verifica-se que se trata na verdade de declaração emitida, esta sim, por empresa que representa o artista, na qual informa que a contratada detém exclusividade do artista para aquela determinada data, o que está longe de ser documento que ateste que se trata de ‘empresário exclusivo’ como exige a norma excepcional”

Assim, as contratações deveriam ser formalizadas diretamente com o profissional ou com o empresário exclusivo, uma vez que as contratadas, no caso, ou figuraram como produtoras de eventos (JM Ramos Eventos) ou sequer continham previsão, no estatuto social, sobre agenciamento de artista (Associação Cria Brasil de Assessoria), restando insatisfeita a imposição legal, contida no inciso III, do artigo 25 da Lei nº 8666/93.” (trecho do voto do relator, TCE/SP, 1ª Câmara, TC 1693/009/10, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 02.07.13, v.u..) (destaques do MPC/SP)

No mesmo sentido, também as seguintes decisões:

TCE/SP, 1ª Câmara, TC 1990/002/08, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 04.12.12, v.u. - decisão mantida em sede de Recurso Ordinário pelo Pleno, Rel. Cons. Antonio Roque Citadini, j. 30.04.14, v.u.;

TCE/SP, 2ª Câmara, TC 37/013/13, Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo, j. 25.03.2014, v.u.;

TCE/SP, 1ª Câmara, TC 23641/026/09, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, j. 07.12.10, v.u.;

TCE/SP, juízo singular, TC 1989/002/08, Cons. Fúlvio Julião Biazzi, j. 17.12.11;

Por fim, a título de reflexão, oportuno mencionar as determinações feitas pelo Tribunal de Contas de Pernambuco em auditoria especial formalizada com o objetivo de analisar irregularidades na contratação de artistas para atuarem em eventos patrocinados pela Fundação do Patrimônio Histórico do Estado de Pernambuco (FUNDARPE), após constatação de níveis epidêmicos de fraudes neste tipo de contratação:

“Determinar que o Governo do Estado, através de seus órgãos e entidades, bem como as Prefeituras Municipais do Estado, procedam da seguinte forma, no intuito de evitar que acontecimentos semelhantes se repitam no futuro:

1. Quando da Prestação de Contas a ser efetuada pelas empresas contratadas para realização de eventos artísticos, apresentação dos seguintes documentos:

a) Fotos e filmagem, devendo haver evidência clara de que se relacionam com os artistas e os eventos mencionados. Deve também ser arquivada em local apropriado e disponibilizada para os diversos controles a mídia originária que armazenou a informação (ex: cartão de memória).

b) Cópia do jornal, panfleto, banner, cartazes, ou outro instrumento que comprove a divulgação dos eventos.

c) Documento da Polícia Militar, Polícia Civil e/ou Corpo de Bombeiros atestando a realização dos eventos.

d) Planilha detalhada da composição de custos unitários e quantitativos dos diversos serviços relacionados aos eventos, destacando especialmente:

d.1 - locação de palco ou de recintos destinados à execução do objeto, tais como: auditórios, salas de espetáculos, centro de convenções, salões e congêneres;

d.2 - locação de tenda, som, iluminação, banheiros químicos, estandes e arquibancadas;

d.3 - contratação de serviços de segurança, limpeza e recepção;

d.4 - locação de grupo gerador de energia, vídeo e imagem (telão e/ou projetor)

d.5 - pagamento de cachês de artistas e bandas;



- d.6 - outros gastos não relacionados acima.
- e) Notas Fiscais emitidas pelas empresas contratadas referentes aos serviços prestados de cada contrato.
- f) Demonstração da existência de endereços das sedes das empresas contratadas, constantes dos cadastros da Receita Federal e da Junta Comercial.
2. Em todos os processos de contratação direta de artista, independentemente do valor, devem constar:
- Justificativa de preço (inciso III, artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), com a comprovação através de documentação, relativa a shows anteriores com características semelhantes, que evidencie que o valor a ser pago ao artista seja aquilo que recebe regularmente ao longo do exercício ou em um evento específico.
 - Documentação que comprove a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, quando for o caso (inciso III, artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93).
 - Justificativa da escolha do artista (inciso II, artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), demonstrando sua identificação com o evento, bem como a razoabilidade do valor e o interesse público envolvidos.
 - Documento que indique a exclusividade da representação por empresário do artista, (inciso II, artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93), acompanhado do respectivo Contrato entre o empresário e o artista, que comporte, no mínimo, cláusulas de duração contratual, de abrangência territorial da representação e do seu percentual.
 - Comprovantes da regularidade das produtoras junto ao INSS (Parágrafo 3o, artigo 195 da CF/88) e ao FGTS (artigo 27, "a", da Lei nº 8.036/90 e artigo 2o da Lei nº 9.012/95).
 - Ato constitutivo (ou equivalente) das produtoras na junta comercial respectiva e comprovação de que estão em sua situação ativa, anexadas cópias das cédulas de identidade e do cadastro de pessoa física (CPF) dos sócios das empresas, bem como dos músicos contratados.
 - Cópia da publicação no Diário Oficial do Estado do extrato dessas contratações, devendo, no mínimo, conter o valor pago, a identificação do artista/banda e do seu empresário exclusivo, caso haja (caput do artigo 26 da Lei de Licitações).
 - Nota de empenho diferenciando o valor referente ao cachê do artista e o valor recebido pelo empresário, quando for o caso.
 - Ordens bancárias distintas emitidas em favor do empresário e do artista contratado, quando for o caso.
3. Em caso de contratação de artistas que não possuam a consagração definida no inciso III do artigo 25 da Lei de Licitações (condição imprescindível para se contratar diretamente), os órgãos públicos poderão fazê-la mediante seleção pública com critérios definidos em Edital (princípio da isonomia), sem prejuízo das exigências referidas acima, quando aplicáveis.
4. Em todos os casos de contratação, independentemente de haver, ou não, processo licitatório, deve constar:
- Documentos comuns ao processamento da despesa pública, tais como edital de licitação, dispensa ou inexigibilidade, quando possível, atas da comissão de licitação, publicação no Diário Oficial, propostas de preços e documentos de habilitação das licitantes e empresa vencedora, contrato administrativo, empenho, liquidação e pagamento.
 - Atesto da realização do evento por servidor efetivo do órgão (artigo 67 da Lei Federal nº 8.666/93).
- 5-Realizar processos licitatórios para contratação de serviços que não se relacionem diretamente com o artista, tais como: som, iluminação, banheiros químicos, estandes, arquibancadas, segurança, limpeza e recepção, entre outros." (TCE/PE, 1ª Câmara, Processo nº. 09066884-6 [Acórdão 363/11], Rel. Cons. João Carneiro Campos, j. 09.09.2011, v.u.)

No caso em exame nos autos, a Prefeitura Municipal de Brejo Alegre contratou diretamente, por inexigibilidade de licitação calcada no art. 25, inc. III da Lei de Licitações, por sua suposta exclusividade, a empresa Menezes & Menezes Produção Musical Ltda. para apresentação da banda Jafferson, para comemoração do aniversário da cidade, a ser realizado no dia 31.12.2012.

Ainda que com certo subjetivismo, claramente inerente a esta espécie de análise, o gestor apresentou as suas razões da escolha por tal banda, "de grande



prestígio no cenário artístico regional” (fls. 36, 03/08 e 88/101), e houve por bem apresentar justificativas para o preço acordado, sendo inclusive o menor entre cotação com bandas de porte e atuação semelhantes [“banda show”] (fls. 09/10 e 37).

Todavia, a empresa com quem firmado o contrato não é representante exclusiva da banda, vez que o documento acostado às fls. 121 corresponde à “declaração de exclusividade” **apenas** para o dia 31 de dezembro de 2012.

Como explanado, o Tribunal de Contas de São Paulo há tempos recrimina a dita “exclusividade de um dia”.

Também macula a contratação em exame o fato de a liquidação e o atesto tenham ocorrido antes de realizados os serviços. Ainda que com que breve antecedência, há violação às normas gerais de direito financeiro impostas pela Lei Federal 4.320/64.

É preciso lembrar que a liquidação da despesa não é mera formalidade, mas ato destinado a avaliar se as cláusulas contratuais foram cumpridas, gerando, assim, a obrigação de pagamento para a Administração (Acórdão TCU 2131/2014 - 1ª Câmara).

Ante todo o exposto, opina o Ministério Público de Contas, como fiscal da lei, pela IRREGULARIDADE da matéria *sub examine*, com base no art. 33, inc. III, alínea ‘b’ (infração a norma legal ou regulamentar) da LCE 709/93, pelos seguintes motivos:

- contratação de artista por inexigibilidade de licitação sem que o ajuste fosse firmado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo (ofensa ao art. 25, inc.III da Lei de Licitações);
- liquidação e atesto realizados antes de realizados os serviços (ofensa aos arts. 62 e 63 da Lei Federal 4.320/64).

É o parecer.

São Paulo, 09 de junho de 2014.

RAFAEL NEUBERN DEMARCHI COSTA
Procurador do Ministério Público de Contas

/LMR