

ASSOCIAÇÃO CARUARENSE DE ENSINO SUPERIOR- ASCES
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

CRISTIANO JOSÉ BARBOSA

**CONTRATAÇÕES DE PROFISSIONAIS ARTISTAS E/OU BANDAS
PELA ESFERA PÚBLICA MEDIANTE INEXIGIBILIDADE: UM
ESTUDO SOBRE AS IRREGULARIDADES E SEUS
DESDOBRAMENTOS**

CARUARU

2015

ASSOCIAÇÃO CARUARENSE DE ENSINO SUPERIOR- ASCES
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

CRISTIANO JOSÉ BARBOSA

**CONTRATAÇÕES DE PROFISSIONAIS ARTISTAS E/OU BANDAS
PELA ESFERA PÚBLICA MEDIANTE INEXIGIBILIDADE: UM
ESTUDO SOBRE AS IRREGULARIDADES E SEUS
DESDOBRAMENTOS**

Elaboração da monografia, sendo esta atividade o instrumento para conclusão da graduação do Curso de Direito, sob a orientação da Professora Msc Roberta Cruz da Silva.

CARUARU

2015

“O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista esperançoso”.

Ariano Suassuna

Aos meus inesquecíveis e amáveis pais: Sr. Otácio Augusto Barbosa (*in memória*) e a Sra. Alzira Pereira Lucena Barbosa (*in memória*), os quais me puseram neste mundo e me adotaram como filho se doando completamente, com bons exemplos, muito trabalho, com um amor tão sublime, dedicação exclusiva para minha criação e de meus irmãos, além da perseverança, integridade, bondade de acreditar que tudo daria certo na vida. Tudo é muito pouco para agradecer-los, mas este pouco dedico e reconheço a vocês. Minha eterna gratidão e muita saudade.

Aos meus irmãos, em destaque a Carlinhos (*in memória*) e Adriana (*in memória*) pela convivência que tivemos, compartilhando alegrias e tristezas, mas que partiram tão cedo desta vida, deixando muita saudade e lembranças eternas.

A minha avó paterna Francisca de Holanda Cavalcanti Barbosa (*in memória*), mulher guerreira, forte, determinada, exemplo de vida que sempre nos orgulhou e que sempre foi referência para família.

A minha mulher Ana Janaína, companheira, solidária a minha luta, sempre comigo em todos os momentos de minha vida: bons e ruins, sendo a prova de solidez da nossa união, do nosso casamento.

As minhas queridas filhas Clarissa e Laura, sendo elas um propósito, uma força para minha luta.

A todos vocês, meu muito obrigado, minha imensa gratidão

AGRADECIMENTOS

Como cristão que sou a Deus agradeço por ter mim conduzido e permitido a conclusão deste curso, sendo um plus na minha vida profissional.

Sempre grato a minha família, a todos que relatei na dedicatória, em especial a minha mãe, meu pai e minha irmã Maria José, que tanto valorizaram educação/formação, além de Ana Janaína, minha mulher, pelo fato de partilharmos todo esse tempo juntos, às vezes com dificuldade pelo fato de estarmos distantes um do outro, pela sua preocupação com as viagens, pelo tempo demandado nos finais de semana para estudos e outros.

A Professora Mse Roberta Cruz por ter aceitado me orientar, ocorrendo tantos percalços comigo neste período, dificultando e retardando o trabalho, mas que foi superado com a finalização desta monografia.

A Rostand de Souza Lira, Inspetor da Inspetoria Regional de Palmares (IRPA) do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), bem como aos antecessores Sueli e Alandeives pela tolerância e apoio nesse período, bem como, ao colega de equipe de trabalho Josemário.

E também aos colegas da sala de aula, Pedro, Marcela, Hailton, Marcos, Álvaro, Jurandir e Hélio, entre outros.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, emanando pensamentos e energia positiva para que tudo dê certo na minha vida.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo evidenciar contratações de profissionais artistas e/ou bandas realizadas pelas esferas que envolvem a Administração Pública, em destaque pelas prefeituras, mediante processo de inexigibilidade, com fulcro no art.25, inciso III da Lei nº 8.666/93. Esta contratação faz parte do rol das despesas empenhadas, liquidadas e pagas dos municípios da jurisdição da Inspeção Regional de Palmares (IRPA), núcleo regional do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), da qual faço parte da fiscalização de auditoria de contas, tendo este, sido um dos motivos que me despertou à tratar sobre este tema, não descartando a frequência que acontece e os altos valores envolvidos. O início faz-se uma abordagem com base na doutrina sobre o processo histórico de normatização do procedimento licitatório no Brasil, sendo evoluído com a sistematização das leis que tratam do assunto, culminando no marco regulatório que foi a edição da Lei nº 8.666/93, registrando que a abordagem relacionou a sua composição com ampliação de procedimentos e regras, caracterização de crimes e penas, além da vinculação dos seus princípios com os constitucionais e os administrativos. Prosseguiu-se com a demonstração de situações práticas vivenciadas no TCE-PE, com entendimento e posicionamento dos seus julgados, através de suas decisões, além da doutrina e das deliberações proferidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre esta contratação, com súmula e acórdãos. Mas é fato que não se deixou de observar os efeitos de descumprimento da legislação confrontando com as situações práticas detectadas em amostras nas prestações de contas de alguns municípios de Pernambuco, ora focadas neste trabalho. Também se observou a tônica das sanções previstas na lei de licitações: sanções administrativas; crimes e penas e improbidade administrativa aos participantes do processo ora agentes administrativos, gestor, licitante, terceiro por sua ação comissiva ou omissiva e antijurídica. Notadamente, todo este arcabouço aqui exposto tem o propósito de trazer à tona a dicotomia: de um lado a ordenação da licitação, com ênfase no art.25, inciso III, que disciplina a contratação do profissional artista e/ou banda e do outro as contratações efetuadas na prática pelo Poder Público, sendo desrespeitosa a norma, acontecendo alheio ao consenso da sociedade.

Palavras chave: Contratação. Licitação. Inexigibilidade. Artista.

ABSTRACT

This paper intends to discuss hiring professional artists and / or bands performed by the spheres involving the Government, highlighted by municipalities in through the waiver process , with the fulcrum in art.25 , subsection III of Law No. 8,666 / 93 . This contract is part of the list of committed , settled and paid the jurisdiction of the municipalities of the Regional Inspectorate of Palmares (IRPA) , regional center of the Court of the State of Pernambuco (PE - TBI) costs , of which I am part of the auditor oversight all, the latter having been one of the reasons that sparked me to treat on this subject , not discarding the frequency that happens and the high values involved . The beginning is an approach based on the doctrine of the historical process of standardization of the bidding process in Brazil , being evolved with the systematization of laws dealing with the subject , culminating in the regulatory framework that has been the enactment of Law No. 8.666 / 93 , noting that the approach related to its composition with expansion of procedures and rules , characterization of crimes and punishments , and the linking of his principles with constitutional and administrative . It then goes on to demonstrate in practical situations experienced ECA -PE , with understanding and positioning of its decisions , through their decisions , beyond doctrine and decisions issued by the Court of Audit (TCU) on this contract , with summary and judgments . But the fact is that not fail to observe the effects of breach of legislation confronting the practical situations detected in samples in the accountability of some municipalities of Pernambuco , now focused in this work . Also the tone of penalties in bidding law was observed : administrative sanctions ; crimes and penalties and administrative misconduct to be partaker of the process now administrative agents , managers , bidder third for his wrongful act or default and action. Notably , this entire framework here presented aims to bring to light the dichotomy : on one hand the sort of bidding , with emphasis on Art.25 , paragraph III , which governs the hiring of a professional artist and / or band and the other the hires made in practice by the Government, the norm being disrespectful , oblivious to the going consensus of society .

Keywords : Hiring . Bidding . Unenforceability . Artist.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: BREVE HISTÓRICO E PRINCÍPIOS FUNDANTES	12
1.1 COMO FOI O INÍCIO DA NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	12
1.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A LICITAÇÃO PÚBLICA.....	14
1.2.1 Princípios Constitucionais	15
1.2.2 Princípios contidos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93).....	18
CAPÍTULO 2 - CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO MEDIANTE INEXIGIBILIDADE: UMA ANÁLISE DOS CONTRATOS NOS MUNICÍPIOS DA MATA SUL-PE.....	25
2.1 CONTRATAÇÃO DIRETA	25
2.1.1 Inexigibilidade do procedimento licitatório	29
2.2 CONTRATAÇÃO DIRETA DE QUALQUER SETOR ARTÍSTICO	32
CAPÍTULO 3 - EVIDÊNCIAS DE IRREGULARIDADES ENCONTRADAS EM PROCESSOS DE INEXIGIBILIDADES PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS.....	45
3.1 IRREGULARIDADES OBSERVADAS NAS CONTRATAÇÕES DIRETA DOS ARTISTAS	45
3.2 CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS E/OU BANDA SEM DEMONSTRAÇÃO DA RESPECTIVA CONSAGRAÇÃO	49
3.2.1 Amplitude geográfica da consagração.....	51
3.3 INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA ESCOLHA DOS EXECUTANTES	52
3.4 INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O PREÇO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS	54
3.5 AUSÊNCIA DA INSCRIÇÃO DE ARTISTAS E EMPRESÁRIO EM ÓRGÃO OFICIAL	56
3.6 BURLA AO REQUISITO DE CONTRATAÇÃO POR EMPRESÁRIO EXCLUSIVO	58
3.7 PAGAMENTO POR INTERMEDIÇÃO IRREGULAR	65
3.8 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	71
3.9 CRIMES E PENAS APLICÁVEIS	77
3.10 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

Este trabalho trata-se de uma análise sobre as irregularidades e os desdobramentos das contratações diretas de profissionais artistas e/ou bandas, através de processos licitatórios de inexigibilidades, com fulcro no art.25, inciso III da Lei nº 8.666/1993, na esfera pública, destacando os contratos confeccionados com as prefeituras.

Ressalte-se o processo evolutivo da licitação no Brasil, quando foi introduzido no arcabouço legal da Administração Central, pelo Decreto nº 2.926/1862, o qual regulamentava as “arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas”, sendo o início do disciplinamento jurídico das relações do privado para o público para contratação de obras, serviços e alienações. Posteriormente, houve criação de novas leis e decretos referindo-se ao assunto, mas foi com a Constituição de 1988, no seu art.37, inciso XXI, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e fazer uso, como princípio e regra geral, da Licitação para selecionar aquele a quem contratará obras, serviços, compras e alienações, daí advindo a Lei de Licitações nº 8.666/93.

Registra-se da insegurança que houve na aplicação da citada lei, pois ela estabeleceu normas gerais de licitações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, inclusive concedeu competências ao DF e Municípios para legislar sobre normas específicas, sendo o seu foco maior licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, de publicidade, compras e locações filiando-se diretamente além do art.37, Inciso XXI, da Constituição Federal/88 e também ao seu art.22, Inciso XXVII. Mas com a alteração deste último pelo art.1º da Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, que não mais assegurava de forma plena a extensão da aplicabilidade aos Estados, DF e Municípios, ficando restrita a União à competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre contratações administrativas e licitações, gerando assim, a polêmica quanto a sua aplicação. Entretanto, o remédio veio com o art.24 da Constituição Federal de 1988, não se afigurando mais como interpretação correta a aplicação restrita a União e também o próprio art.22, inciso XXVII, da C.F./88 que se restabeleceu do entendimento anterior.

Também, compreende a abordagem dos princípios constitucionais, aqueles contidos no *caput* do art.37 da C.F./88, os quais disciplinam “o dever ser” na Administração Pública, incluindo-se, neste caso, todos os procedimentos licitatórios, inclusive o art.25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, sendo eles: Legalidade, Moralidade, Eficiência, Publicidade e Impessoalidade. Salaria outros princípios não relacionados no rol do supracitado dispositivo

constitucional, mas que integra a base principiológica regida pela C.F./88, estando consagrado no art.37, incisos XXI, são eles: da igualdade entre os licitantes e da obrigatoriedade de licitar. E, ainda, sobre os princípios não se pode deixar de tratar, de explicitar os que a própria lei de licitação traz no seu art.3º, entre eles: competitividade, isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, adjudicação compulsória, ampla defesa, autotutela, presunção de legitimidade e da motivação, encerrando o ciclo do 1º capítulo.

No 2º capítulo faz-se uma evidenciação de contratos de profissionais do setor artístico, mediante inexigibilidade, realizados por prefeituras da Mata Sul, de Pernambuco. Inicia-se com abordagem da contratação direta disposta na Lei nº 8.666/93, com os arts. 17 e 24 que disciplinam as contratações dispensadas e dispensáveis, respectivamente, com foco no art.25 e seus incisos, os quais se referem às situações inexigíveis, destacando-se o inciso III, objeto deste trabalho. Ora, observa-se que pelo fato dos incisos do art.25 possibilitar a contratação direta, faz-se necessário o procedimento licitatório, além da obrigatoriedade de seguir os próprios ditames do art.25 e seus incisos e do art.26, para contratação, com objetivo de assegurar o cumprimento da lei. Neste contexto, encontra-se jurisprudência de alguns tribunais, bem como entendimento de alguns doutrinadores tratando do assunto, especificamente, de como a Administração Pública deve proceder nas circunstâncias de contratação direta, principalmente por inexigibilidade.

Verificou-se, no exercício 2011, que prefeituras da Mata Sul de Pernambuco, realizam contratos com profissionais artistas e/ou bandas, com valores comprometendo 90% do total da arrecadação dos impostos próprio: IPTU e ISQN e das transferências de ITBI e IRRF, havendo registro de casos ultrapassaram este percentual. Em outras situações comprometem com esses contratos gastos de 20% do total correspondente com a saúde, além de não atentarem ao Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e, tampouco a Lei Orçamentária anual (LOA), sendo tais evidências extraídas do Portal do Cidadão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE)¹.

Com o 3º capítulo, registra-se as evidências de descumprimento dos requisitos exigidos nas contratações direta por inexigibilidade força do art.25, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Nota-se que nos arts.25, Inciso III e 26 dispõem de várias exigências e, ao se analisar relatórios de processos de prestação de contas de algumas prefeituras verificou-se:

¹ Disponível no endereço: < [http:// cidadão.tce.pe.gov.br/portalcidadão](http://cidadão.tce.pe.gov.br/portalcidadão)>.

1-contratação de artistas e/ou bandas sem demonstração da respectiva consagração. Este quesito é expresso no próprio art.25, Inciso III da referida lei de licitações. A doutrina, também referenda como exigência para as tais contratações, conforme se vê no desdobramento deste capítulo. Existe, ainda, jurisprudência de diversos tribunais tratando deste assunto como uma premissa para este tipo de contrato, portanto, se faz necessário, mas não houve no contexto analisado.

2- Amplitude geográfica da consagração. A doutrina faz referência a este aspecto, de modo que, admite a notoriedade local, regional ou nacional, obedecendo aos limites: se for convite, dentro do limite do convite; acontecendo o mesmo com a tomada de preços e concorrência, respectivamente.

3-Inexistência de justificativa para escolha dos executantes. Observa-se que quesito está amparado no art.26, parágrafo único, Inciso II da Lei nº 8.666/93 dispositivo este que se pauta no Princípio da Isonomia, que possibilita a Administração realizar o negócio mais vantajoso, adotando postura impessoal e objetiva com a justificativa da escolha do executante.

4-Inexistência de justificativa para o preço dos serviços contratados. Este também se encontra no disposto no art.26, parágrafo único, Inciso III, da Lei nº 8.666/93. Assemelha-se ao anterior, sendo necessário a Administração justificar o preço do serviço contratado para atestar se o valor está dentro do valor de mercado, além de que foi vantajosa.

5-Ausência da inscrição de artistas e empresário em órgão oficial. O art.25, Inciso III, da Lei nº 8.666/93, reporta-se como requisito imprescindível para contratação direta, no que pese o artista ser profissional. Também corrobora com o tema a Lei Federal nº 6.533/1978, além da Lei nº 3.857/60, o Decreto Federal nº 82.385/1978, Doutrina e Jurisprudência de diversos tribunais abordando sobre o assunto.

6-Burla ao requisito de contratação por empresário exclusivo. Além do requisito da consagração do artista, é necessária a exclusividade da representação do empresário, conforme enquadra o art.25, Inciso III da Lei nº 8.666/93. A comprovação deverá ser feita mediante carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha tal condição com indicação do contrato social ou estatuto registrado nos órgãos competentes.

7-Pagamento por intermediação irregular. Constatou-se que o empresário que se qualifica como exclusivo não acosta documentação hábil da exclusividade, da existência de um liame de agenciamento exclusivo entre o artista profissional e ele, apesar de que pode alegar o preenchimento dos requisitos do art.104 do Código Civil de 2002 e o art.60 da Lei nº 8.666/93, porém não atenderam ao pressuposto fático e a antieconomicidade, portanto, o que de fato pode-se concluir é que nos casos analisados trata-se de meros intermediadores entre os

verdadeiros empresários exclusivos e a Administração Pública. Há de se informar que o preceito legal que estabelece tal exigência é o art.25, inciso III, da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, termina-se de pormenorizar os meandros contidos no art.25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que permite a inexigibilidade para contratação direta, embora tenha sido evidenciado o não cumprimento por parte do Poder Público, destacando-se a esfera municipal.

Também consta no item 3.9 o rol das sanções administrativas que os arts.81 a 88 da Lei nº 8.666/93 fixa. O destaque é para o art.82, que mais especifica de forma genérica o assunto. É de se dizer que a abrangência é tanto das condutas dos particulares quanto dos agentes da Administração Pública. Dentre as sanções aplicáveis podem-se elencar as seguintes: multas, impedimentos de praticar determinados atos, interdição de estabelecimento, rescisão de contrato.

No item 3.10 do 3º capítulo, contextualizam-se os crimes e penas aplicáveis por condutas praticadas por particulares, licitantes ou contratantes e/ou agente públicos que contrariam a Lei. Há de se ressaltar que a lei atribui sanções que também acompanham o crime e, para este é estabelecido a pena. A Lei nº 8.666/93, em seus arts.89 e 98, tipifica 10 (dez) crimes específicos vinculados aos procedimentos licitatórios, ora praticados pelo agente público (servidor), particular e/ou os dois, existindo, dessa forma, conluio.

Este capítulo finaliza com a exposição da caracterização da improbidade administrativa, iniciando com uma abordagem do seu conceito, continuando com a evidenciação da Lei nº 8.429/1992, a qual faz toda regulação da improbidade administrativa. Trata dos atos de improbidade administrativa, da legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação entre outros detalhes esmiuçado no item 3.11.

CAPÍTULO 1

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: BREVE HISTÓRICO E PRINCÍPIOS FUNDANTES

1.1 COMO FOI O INÍCIO DA NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Fazendo-se um breve histórico do Processo Licitatório no Brasil, verifica-se o apanhado de Jessé Torres Pereira Júnior², o qual dispõe que, a licitação foi introduzida no positivismo normativo da Administração Central pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as “[...] arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas”. Posteriormente, a lei orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou as regras a serem observadas no processo das “concorrências”, e as leis nºs 3.232, de 05 de janeiro de 1917, 3.454, de 06 de janeiro de 1918, 3.991, de 05 de janeiro de 1920, e decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922, que também trataram do assunto. Tendo ainda, se ocupado do tema o Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, o qual organizou o Código de Contabilidade Pública da União. A Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, especificamente no seu art. 70, traz o seguinte: “a aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão reguladas em lei, respeitando o princípio da concorrência.” Mas a licitação recebeu sistematização de abrangência nacional pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu a reforma administrativa federal, sendo estendidas as disposições do referido decreto, concernentes à licitação, às Administrações dos Estados e Municípios.

Continuando com a abordagem de Jesse Torres, na década de 1970, passou a figurar na Súmula do Tribunal de Contas da União, cujo verbete 158 assentava que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aqueles com personalidade jurídica de direito privado, “devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelegável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública³.”

No ano de 1986, adveio o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, atualizado em 1987, reunindo em seus noventa artigos, normas gerais e especiais, as primeiras

² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed.rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 01 - 05.

³ *Idem, ibidem.*

cogentes para toda a Administração Pública brasileira, e as incidentes sobre a Administração federal⁴.

Houve grande salto na evolução normativa com o advento da Constituição Federal de 1988, que no seu art. 37, inciso XXI, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública e fazer uso, como princípio e regra geral, da licitação para selecionar aquele a quem contratará obras, serviços, compras e alienações. Mas o ciclo completou-se quando foi editada a Lei de Licitações nº 8.666/93, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 126 artigos. Desde as diretrizes traçadas pela Constituição Federal e de molde a exigir sua prática na “administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.” Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública brasileira poderá, hoje, contratar comprar, realizar obra, prestar serviço, alienar ou locar sem prévia licitação, sob pena de violar os Princípios contidos expressamente em seu art.37, *caput*, sendo eles: da igualdade, da eficiência, da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, e outros previstos no art. 5º, que são: devido processo legal, prevalência do interesse público, indisponibilidade e continuidade⁵.

Compartilham, também, nas licitações, outros princípios do bojo da Administração Pública que são: autotutela, competitividade, definição prévia do objeto, vinculação ao ato convocatório, padronização, sigilo das propostas, julgamento objetivo, adjudicação à proposta mais vantajosa, os quais serão pormenorizados no próximo tópico⁶.

A Lei nº 8.666/93 manteve, em linhas gerais, a estrutura do Decreto-Lei nº 2.300/86, seja na ordenação das matérias ou no tratamento dado aos principais institutos das licitações e contratações públicas, mas suas alterações aperfeiçoaram de modo que:

- a) ampliou a aplicação das normas gerais à Administração dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das entidades vinculadas;
- b) melhor caracteriza o dever geral de licitar e as hipóteses que o excepciona;
- c) traçou definições objetivas sobre figuras que passaram a ocupar posição de relevo na conceituação legal;
- d) vinculou a Administração a regras mais exigentes para a elaboração de editais e o julgamento de propostas;
- e) criou procedimentos especiais para processamento de determinados tipos e regimes de licitação;
- f) assegurou o direito à ampla defesa em caso de desfazimento do processo licitatório por revogação ou anulação⁷.

⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed.rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 01 - 05.

⁵ *Idem, ibidem.*

⁶ *Idem, ibidem.*

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. Dialética: São Paulo, 2010, p. 251.

Portanto, evidencia-se o conceito de licitação prelecionado por Marçal Justen filho que:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos⁸.

O processo licitatório também descortinou para atualidade como instrumento da “terceirização” dos serviços públicos; a viabilidade do sistema de registro de preços em economia inflacionária; o estabelecimento de ritos especiais para certos procedimentos licitatórios; a discriminação de critérios específicos de julgamento segundo o regime de execução do objeto; a licitação como ensejo para o exercício do controle de economicidade pelos Tribunais de Contas; e a criminalização, como tipos penais, de condutas de agentes públicos, que nunca passaram de ilícitos administrativos na condução do processo licitatório.⁹

Portanto, nesta monografia faz-se essa introdução com esse levantamento histórico do processo licitatório, culminado nos moldes da licitação efetuada nas esferas da União, Distrito Federal, Estados e Municípios nos dias atuais, mas observando que o foco desta amostra será uma das formas de contratação direta, prevista no art.25, inciso III, da Lei de Licitações nº 8.666/93, cujo desdobramento será adiante.

1.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A LICITAÇÃO PÚBLICA

Conforme já foi informado no item 1.1, no ano de 1993, foi editado a Lei nº 8.666/93, estabelecendo normas gerais de licitações no âmbito dos Poderes da União, ressalta-se que as Licitações Públicas, também são regidas por princípios, sendo alguns relacionados no art.3º da Lei nº 8.666/93, que devem ser observados, além de correlatos, destacando dentre eles: isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo.

Faz-se necessário informar que apesar da Lei nº 8.666/93, veicular em seu art. 1º, normas gerais (concedendo competência aos estados, DF e Municípios para legislar sobre normas específicas) sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, filiando-se diretamente ao disposto do art. 22,

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. Dialética: São Paulo, 2010, p. 251.

⁹ *Idem, ibidem*.

inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988. Este artigo foi alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 19/1998, ficando com a seguinte redação:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII-normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.173, § 1º, III;

Notadamente, mudou a redação original do art. 22, Inciso XXVII, não assegurando mais, de forma plena, a aplicação do referido artigo extensivo aos estados, DF e Municípios, ficando restrito a União a competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre contratações administrativas e licitações. A solução veio com art. 24 da C.F./88, não se afigurando mais como interpretação correta a aplicação restrita a União. Também no próprio art. 22 Inc. XXVII, da C.F/88, uma vez não produzir, rigorosamente, maiores efeitos ou inovações na sistemática geral e respalda a aplicação do art. 1º da Lei nº 8.666/93, uma vez que a União dispõe de competência para editar normas gerais. Portanto, com este entendimento consolidou-se a aplicação da Lei nº 8.666/93, aceitando-se o seu art. 1º, como destinação e norma geral e os princípios constitucionais e os correlatos, com base no seu art. 3º.

De acordo com Jose Afonso da Silva¹⁰ a palavra princípio é equivocada. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. Salientando que *normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

1.2.1 Princípios Constitucionais

São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Relevam a sua importância capital no contexto da constituição e observam que os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas¹¹.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

¹¹ *Idem, ibidem*, pp. 93- 94.

a) Princípio da Legalidade

Este princípio está disposto no *caput* do art. 37 da C.F./88 e, estabelece o império da lei, conforme discorre o Prof. Paulo Diniz¹². Somente poderá ser feito o que a lei autoriza. Esta submissão não é apenas às regras do direito positivo que foram emanados do processo legislativo. Alcança, também, as próprias regras e normas editadas pela Administração, desde que estas se dirijam ao fim de proteger e assegurar o interesse público.

b) Princípio da Moralidade

Este princípio foi elevado à categoria de norma constitucional na C.F./88, art.37, *caput*. De acordo com Paulo Diniz¹³ não basta que o agente público se atenha ao irrestrito cumprimento da Lei. É necessário que sua ação contenha um conteúdo moral e ético. A moralidade tem a função de limitar a atividade do gestor da coisa pública. Exige-se, com base nos postulados, que a forma de atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficácia dos fins a que se destinam, isto é, alcancem o bem comum. É necessário que o administrador da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. O cumprimento da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão.

c) Princípio da Eficiência

Disposto no *caput* do art. 37 da C.F./88 e, seguindo a conceituação do Prof. Paulo Diniz¹⁴, diz respeito à qualidade do serviço prestado. O Estado, ao exigir qualidade na realização de seus serviços, obras e ou fornecimento de bens, assumiu a responsabilidade de também *prestar* serviços com qualidade. No que se refere às contratações impõe ao gestor da coisa a obrigação de utilização de procedimentos mais adequados para se obter uma avaliação das aquisições e contratações.

d) Princípio da Publicidade

Há que se distinguir atos de publicidade que dão eficiência ao ato e os mera divulgação. O Prof. Paulo Diniz¹⁵ expõe que não haverá licitação sigilosa. Esta publicação

¹² DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Aspectos Tributários da Contratação de Pessoa Física. Lei nº 8.666/93-Licitações e Contratos.** Disponível em <<http://www.prof.paulodinizcursos.pro.br/docs/moisaco-artigo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ *Idem, ibidem.*

abrange desde a divulgação do aviso de abertura, até o conhecimento do edital e de todos os seus anexos. O art. 21 da Lei nº 8.666/93, regulamenta a publicidade das peças do processo licitatório, no qual são indicados os prazos mínimos para ocorrer cada uma das modalidades de licitação. A propósito convém lembrar que a contagem dos prazos estabelecida na Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considera-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Só se inciam e vencem os prazos em dias de expediente no órgão ou na entidade é o que estabelece o art.110, desta Lei.

e) Princípio da Impessoalidade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶ dispõe que este princípio aparece na licitação intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

f) Princípio da Igualdade entre os Licitantes

Este princípio veda cláusulas discriminatórias ou de julgamentos facciosos que desigualam os iguais ou os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público certo a determinados candidatos. Constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, complementa Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷. Está expresso no art.37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

g) Princípio da Obrigatoriedade

Este princípio encontra-se disposto no art. 37, Inciso XXI da Constituição Federal, o qual estabelece obrigatoriedade da Administração Pública de contratar mediante processo de licitação pública as obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação¹⁸.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011, p.365.

¹⁷ *Idem, idem.*

¹⁸ *Idem, idem.*

1.2.2 Princípios contidos na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93)

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, segundo Maria Sylvia Zanlla Di Pietro¹⁹. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público²⁰.

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração.²¹

Constam expressamente no art. 3º da Lei nº 8.666/93, princípios que já fora relacionados no subitem anterior, por serem constitucionais e outros que serão nos subitens, a seguir, entre eles estão: da probidade administrativa; da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. Outros princípios previstos não expressamente no referido artigo, mas que podem ser mencionados, em especial o da adjudicação compulsória, o da competitividade, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, estando eles amplamente consagrados no direito brasileiro.

a) Princípio da Competitividade

Encontra-se implicitamente previsto no § 1º, inciso I, do art.3º da Lei nº 8.666/93, decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter.

b) Princípio da Isonomia

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro²², objetiva garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão em sua relação com a administração pública. Em nenhuma das funções estatais, a legislativa, a executiva e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de ferir o seu conteúdo político-ideológico. O tratamento isonômico significa ausência de privilégios,

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011, p.360.

²⁰ *Idem, ibidem*.

²¹ *Idem, ibidem*

²² *Idem, ibidem*, pp. 361- 364.

ausência de favoritismo. Todos devem ter o mesmo tratamento. Na expressão constitucional “todos são iguais perante a lei, sem de qualquer natureza.” No que se refere à licitação há que entender que a igualdade aqui dita, há de ser a igualdade entre os licitantes do mesmo ramo objeto da licitação. Pode ser previsto no § 1º, inciso II, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93. Há ainda outra aplicação do princípio da isonomia, quando se veda aos agentes públicos “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art.3º da Lei nº 8.248/91²³.

A primeira exceção, prevista no inciso I, diz respeito aos §§ 5º a 12 do art.3º da Lei nº 8.666/93, que agasalham a possibilidade de ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras ou se destinem à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos. Os referidos parágrafos estabelecem as exigências para que se outorgue a margem de preferência; com isto, é possível inferir que a inobservância dos critérios legais implicará infringência ao princípio da isonomia²⁴.

O § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 assegura, em igualdade de condições como critério de desempate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I-produzidos no País; II – produzidos ou prestado por empresas brasileiras; III- produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisas e no desenvolvimento de tecnologia no País”.

É importante ressaltar que a Lei Complementar nº 123/2006, veio criar mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte, mediante art. 44, considerando como empate, para esse fim, “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada” (§ 1º do art. 44); esse índice é de 5% no caso do pregão (§ 2º do art. 44). Ocorrendo esse empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I); se houver empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas (art. 45, inciso III). Esse tratamento favorecido, diferenciado e

²³ BRASIL. Lei nº 8.666/93. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: ago. 2014.

²⁴ A Lei nº 12.349/10 introduziu os incisos XVII, XVIII e XIX no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 para definir, respectivamente, o que sejam “produtos manufaturados nacionais”, “serviços nacionais” e “sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos”.

simplificado nas contratações públicas de bens, serviços e obras, foi regulamentado nº 6.204/2007²⁵.

O mesmo benefício previsto na L.C. nº 123 foi estendido às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art.3º da referida lei complementar, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados. O limite referido corresponde ao da receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Outra exceção regra da isonomia, prevista na parte final do § 1º, incisos I e II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666, é a que se refere às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para dar preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: “I-bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II- bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art.3 da Lei nº 8.248/91, com redação dada pela Lei nº 10.176/2001)”.

Além das exceções ao princípio da isonomia previstas no já referido artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a Lei Complementar nº 123/06, criou outras exceções em favor das microempresas e empresas de pequeno porte (estendidas também às cooperativas pela Lei nº 11.488/07), a saber:

- a) exigência de comprovação de regularidade fiscal somente para efeito de assinatura do contrato, com possibilidade de correção de irregularidades(art.42);
- b) preferência em caso de desempate, nos termos já assinalados;
- c) possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial quando forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não pagos em até 30 dias contados da data de liquidação; tais cédulas têm a natureza de título de crédito (art.46);
- d) possibilidade de desfrutarem de tratamento diferenciado e simplificado nas contratações públicas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente(art.47); esses privilégios podem consistir em: abertura de licitação destinada exclusivamente à participação dessas empresas, nas contratações cujo valor seja de até 80.000,00; exigência de que a subcontratação recaia sobre empresas dessa natureza, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% do total licitado; possibilidade de estabelecer cota de até 25% do objeto para contratação dessas empresas, em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível (art.48). Em consonância com o art.49, não pode ser dispensado esse tratamento diferenciado quando: não for expressamente previsto no instrumento convocatório; não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, em condições de cumprirem as exigências do instrumento convocatório; não for vantajoso para administração pública ou representar prejuízo

²⁵ BRASIL. Lei nº 8.666/93. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: ago. 2014.

ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; quando a licitação for dispensável ou inexigível.

As exceções mencionadas não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que art.5º da Constituição Federal somente assegura igualdade entre brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais. Além disso, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal. O primeiro inclui entre os princípios gerais da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”; o segundo determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”; por outras palavras trata-se de tratar desigualmente os desiguais.

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revelam em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93; no art.30, § 5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no art.42, referente às concorrências de âmbito internacional, em que se procura estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”: pelo § 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto á operação final de venda”; e pelo § 6º “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”; o art.90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastam, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentem idoneidade técnica ou financeira.

c) Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório²⁶

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento licitatório. Além de mencionado no art.3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no art.41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o art.43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificado das propostas se façam de acordo com critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art.43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados(art.48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlado estarão os princípios da licitação, aum especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

d) Princípio do Julgamento Objetivo²⁷

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no art.45, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de

²⁶ DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Aspectos Tributários da Contratação de Pessoa Física. Lei nº 8.666/93- Licitações e Contratos**. Disponível em <<http://www.prof.paulodinizcursos.pro.br/docs/moisaco-artigo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

²⁷ *Idem*.

licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e o maior lance ou oferta. Esses critérios não são aplicados para o concurso e para o pregão.

e) Princípio da Adjudicação Compulsória

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior. O direito do vencedor limita-se a adjudicação, ou seja, á atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa.

A expressão adjudicação compulsória é equivocada, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não corre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo a adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento.

f) Princípio da Ampla Defesa²⁸

Encontra-se reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se o acórdão do STF, publicado na RTJ 105/162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação como procedimento administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (RDA 166/117). O art.5º, inciso LV, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com meios e recursos a ele

²⁸ DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Aspectos Tributários da Contratação de Pessoa Física. Lei nº 8.666/93-Licitações e Contratos.** Disponível em <<http://www.prof.paulodinizcursos.pro.br/docs/moisaco-artigo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio.

O art.87 da Lei nº 8.666/93 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

g) Princípios da Autotutela²⁹

Princípio que permite à Administração Pública a revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade (invalidação), seja por motivos de conveniência e oportunidade.

h) Princípio da Presunção de Legitimidade³⁰

Princípio pelo qual os atos administrativos se revestem de uma presunção relativa (*júris tantum*) de que são praticados legitimamente (de acordo com o Direito). Tal presunção é relativa, podendo ser contrariada por prova em contrário.

i) Princípio da Motivação³¹

Princípio que obriga a Administração a explicar o fundamento normativo de sua decisão, permitindo ao administrado avaliar a decisão administrativa, para conforma-se ou insurgir-se perante o Poder Judiciário. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. A indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão é critério obrigatório no processo administrativo.

²⁹ DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Aspectos Tributários da Contratação de Pessoa Física. Lei nº 8.666/93-Licitações e Contratos.** Disponível em <<http://www.prof.paulodinizcursos.pro.br/docs/moisaco-artigo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

³⁰ *Idem, ibidem.*

³¹ *Idem, ibidem.*

CAPÍTULO 2

CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO MEDIANTE INEXIGIBILIDADE: UMA ANÁLISE DOS CONTRATOS NOS MUNICÍPIOS DA MATA SUL-PE

2.1 CONTRATAÇÃO DIRETA

Diante das nuances constantes na Lei nº 8.666/93, destaca-se a exceção à regra de licitar com a contratação direta e suas diferenciações. Os arts. 17 e 24, tratam de licitações que englobam as dispensadas e dispensáveis, respectivamente, dependendo do caso concreto e nas situações permitidas nos referidos dispositivos da lei. Enquanto o art. 25 e seus incisos referem-se as que são inexigíveis, ou seja, que não se pode exigir, quantificadas em 03 (três) hipóteses, sem excluir outras, destacando-se a terceira (inciso III), objeto desta monografia. Observa-se que nestas hipóteses não há possibilidade de competição: o ente contrata diretamente.

O fato de não haver competição é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um procedimento licitatório. Na verdade dispõe Marçal Justen Filho³², os casos de inexigibilidade trata-se de um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. Ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como a verificação da necessidade e conveniência da contratação, a disponibilidade de recursos). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

Como se tem insistido, a contratação direta não consiste em oportunidade concedida pela Lei para o agente público realizar contratações inadequadas ou prejudiciais. O agente tem de buscar a melhor licitação possível, nas circunstâncias. Muitas vezes, essas circunstâncias tornam inviável produzir o melhor contrato possível. Ou seja, as dificuldades que conduzem à contratação direta poderão desencadear seleção de proposta que se verifica, posteriormente, como não sendo a mais vantajosa.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p.387.

Marçal Juste Filho exemplifica com relação à inexigibilidade:

Será viciada a contratação quando a Administração concluiu existir um único fornecedor porque não realizou as pesquisas necessárias acerca da situação. Existem diversos fornecedores em condição de satisfazer a necessidade estatal. No entanto, o agente público negligencia o exame do mercado e não obtém as informações acerca dessa pluralidade de potenciais fornecedores. Sua conclusão acerca da inviabilidade de competição derivou da negligência em recorrer às fontes disponíveis de informação técnica.

[...]

Portanto, se a melhor contratação não vier a ser realizada, a única escusa admissível será a impossibilidade de ter atingido contratação melhor, em vista das circunstâncias do caso concreto³³

O TCU, por intermédio da Súmula nº 255/2010, dispõe o seguinte:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

O TCE em seus julgados têm se posicionado firmemente em favor do cumprimento *stricto sensu* da Lei nº 8.666/93, especificamente, nas contratações diretas, quanto às dispensas e inexigibilidades, conforme expressam algumas decisões, entre elas destaca-se:

DECISÃO T.C. Nº 2120/10

CONSIDERANDO as despesas totais com pessoal no percentual de 60,72%, descumprindo o limite estabelecido pelo artigo 20, inciso III, “a”, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que determina ao Poder Executivo Municipal a aplicação máxima de 54% da Receita Corrente Líquida com pessoal;

CONSIDERANDO o não recolhimento/repasso das contribuições previdenciárias ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS e ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS no prazo legal, ocasionando o parcelamento *a posteriori* dos valores devidos e a incidência de encargos financeiros;

CONSIDERANDO a contratação direta de artistas e bandas sem a participação de representantes exclusivos, contrariando o artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93 e os Princípios da Economicidade e da Impessoalidade;

CONSIDERANDO o julgamento pela irregularidade do Relatório de Gestão Fiscal (Processo TC nº 0760119-0 – Relator Conselheiro Marcos Loreto), em apenso, impondo penalidade pecuniária ao Prefeito, Sr. Antônio Carlos Guerra Barreto, no valor de R\$ 10.483,20.

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, incisos II, combinados com o artigo 75 da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso III, da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco),

Decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 28 de setembro de 2010,

Julgar IRREGULARES as contas do Ordenador de Despesas e Prefeito do Município de Lagoa do Carro, Sr. Antônio Carlos Guerra Barreto, relativas ao exercício financeiro de 2007.

Outrossim, deixar de aplicar penalidade pecuniária ao Sr. Antônio Carlos Guerra Barreto tendo em vista a preclusão do prazo para a sua imposição³⁴.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 387.

De acordo com o que foi visto, conclui-se que apesar da Lei Licitações autorizar a contratação direta, sabe-se que deve seguir um rito para que se faça, devendo atentar o limite de discricionariedade do gestor, adoção do procedimento simplificado para se chegar à contratação, nas hipóteses em que licitação formal não for adotada, bem como que não seja arbitrário ou desvinculados de fundamento objetivo. Além de observa que a contratação deve está em consonância aos princípios que regem a licitação.

Nota-se, ainda, que o posicionamento tanto do TCU, quanto do TCE-PE, sempre é no sentido do cumprimento do que dispõe a Lei de Licitações, conforme foi evidenciado acima. Ou seja, que seja adotada as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória de exclusividade, bem como que a contratação direta de artistas e bandas sem a participação de representantes exclusivo, contraria o art.25 da Lei nº 8.666/93 e os Princípios da Economicidade e da Impessoalidade.

Marçal Justen Filho ainda dispõe o seguinte:

[...] por isso tudo, não seria absurdo afirmar que a contratação direta deve ser aplicada como uma modalidade anômala de licitação. Explica-se a afirmativa. Não se confunde a contratação direta com os casos de concorrência, tomada de preços etc. Mas a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para Administração. Esse procedimento envolve autonomia variável para a Administração, mas que versa apenas sobre as providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos de contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular contratado e o preço adotado. Em termos práticos, esse procedimento prévio destina-se a dois objetivos principais. Por um lado, trata-se de apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos para contratação direta (dispensa e inexigibilidade). Por outro, busca-se selecionar a melhor proposta possível, com observância (na medida do possível) do princípio da isonomia. Se a Administração pode escolher o particular, isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Deverá evidenciar que, nas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Logo, deverão existir dados concretos acerca das condições de mercado, da capacitação do particular escolhido³⁵.

O TCU asseverou o seguinte:

O processo administrativo pelo qual a Administração Pública- sem escolher uma das modalidades de licitação prevista no art.22 da Lei nº 8.666/93- realiza pesquisa de preço no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.” (Acórdão nº 100/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer).

³⁴ PERNAMUCO. **Decisão T.C. nº 2120/09**. Disponível em <http://www.tce.pe.gov.br/busca_textual>. Acesso em: 22 set. 2011.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p .296.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes também salientou que “o princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com outros princípios do mundo jurídico”³⁶

Dando continuidade ao tema, também descreveu que:

[...] em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda, para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei nº 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um destes ³⁷.

Jacoby Fernandes também destaca o fato de existir no contexto “a ausência de discussão sobre essas hipóteses e a falta de compromisso eficaz com o interesse público têm levado esses institutos a sérias deformações e a confusão que ocorre entre as diversas hipóteses”.

Dispõe Ronny Charles³⁸ que, apesar da realização de contratos administrativos pela Administração Pública exigir, em regra, a obediência ao certame licitatório (princípio da obrigatoriedade já explicitado no item 1.2), o legislador ressalvou hipóteses em que o gestor pode prescindir da seleção formal prevista neste Estatuto. Salienta-se que as hipóteses de não licitar estão ressalvadas e encontram fundamento no próprio Texto Constitucional, uma vez que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a obrigatoriedade do procedimento de licitação para os contratos feitos pela Administração, já inicia seu texto resguardando “ressalvados os casos especificados na legislação.” Entende-se, dessa, forma, que a lei prevê hipóteses de contratação direta (dispensa e inexigibilidade), uma vez que nem sempre a realização do certame levará à melhor contratação pela Administração Pública ou que, pelo menos, a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo Estatuto não serve ao eficaz atendimento do interesse público numa determinada hipótese específica, conforme acentuou Ronny Charles.

Faz-se necessário, portanto, ressaltar que nas contratações diretas não se obedece aos procedimentos relativos às modalidades licitatórias, mas se deve obediência aos princípios do Direito Administrativo, exigindo-se a realização de procedimento formal, com a finalidade de justificar a escolha de tal contratação e delineamento de seus parâmetros e objetivos. Portanto,

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 169-170.

³⁷ *Idem, ibidem*.

³⁸ CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 4 ed. Bahia: JusPODVIM, 2011. p.129.

nas contratações diretas exige-se requisitos nas formalizações dos contratos, tendo como fulcro para tal o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93. Paulo Neves de Carvalho citado por Jaboby Fernandes acentuou que “[...] o ato administrativo deve revestir-se de motivos sérios, exatos e lícitos sem os quais o próprio ato ruirá pela Base.”³⁹ A Lei nº 9.784/99, reitera, em seu art. 50, inciso I, a necessidade de motivar os atos de dispensa e inexigibilidade, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos. Complementando com os dispositivos referidos anteriormente, a formalização documental deve atentar aos seguintes procedimentos:

- 1.abertura de processo administrativo próprio, contendo os elementos necessários à demonstração da hipótese incidente (arts.24 e 25);
- 2.documentação relativa aos atos praticados pela autoridade competente (art.26 e arts.15,16 e 17 da LC nº 101/00)
- 3.parecer jurídico prévio (inciso VI do art.38, art.42 da Lei nº 9.784/99);
- 4.pesquisa de mercado (art.10,V, da Lei nº 8.429/92; arts.25, § 2º, e 43, IV, da Lei nº 8.666/93; art.47, parágrafo único, I, da LC nº 101/00)
- 5.projeto básico em caso de obras e serviços de engenharia (art.7º);
- 6.atto de ratificação(art.26), sendo que o extrato da publicação deve ser juntado *a posteriori* ;
- 7.comprovação de regularidade fiscal junto ao FGTS e à Seguridade Social, se for o caso (Leis n ºs 8.036/90, 8.212/92, 9.012/95 e 9.032/95, arts.2º e 4º; vide ainda L.C. nº 123/06,art.42);
- 8.termo de contrato, incluindo a respectiva proposta (art.54,§ 2º) na hipótese de ser obrigatória a avença (art.62) e garantia do cumprimento do art.13, § 3º, no caso específico (art.61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93);
- 9.prévio registro do respectivo contrato no SIASG, ou nos sistemas próprios, devendo ser efetuada a transferência eletrônica de dados (nos termos sucessivos das LDOs da União) com consulta ao CADIN (art.6º da Lei nº 10.522/02);
- 10.empenho prévio(art.60 da Lei nº 4.320/64).⁴⁰

Conforme se verifica, licitar é a regra, mas pode o gestor realizar a contratação direta, caso a situação se afigure em situação de dispensável, dispensa ou inegibilidade, devendo o gestor ter cautela redobrada, pois na Lei nº 8666/93, no seu art.89 tipifica como crime na esfera penal: dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2.1.1 Inexigibilidade do procedimento licitatório

Houve o contexto do item 2.1, tendo como premissa a admissibilidade da contratação direta e o entendimento de doutrinadores e jurisprudência de alguns tribunais, ressalva-se a possibilidade da contratação direta, mas prescindindo do cumprimento de requisitos contidos no

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed.Belo Horizonte: Fórum,2011. pp. 169-170.

⁴⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratações**. 12 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2011, PP.353-354.

art.26 da mesma lei. Registra-se que inexigibilidade do procedimento licitatório é uma das exceções previstas na Lei nº 8.666/93, no art.25, por meio do qual pode se realizar a contratação direta, inviabilizando assim, o procedimento da competição, mas obedecendo e atentando aos incisos e parágrafos dispostos na lei, especificamente, no próprio art.25 e art.26, os quais serão descritos a seguir, sob pena de se quebrar o parâmetro interpretativo capaz de permitir, ao aplicador do direito, a correta compreensão do que intentou o legislador diante do caso concreto:

Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I- para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda pelas entidades equivalentes;

II- para contratação de serviços técnicos enumerados no art.13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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.

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º. Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Insta ressaltar que, apesar de inviabilizar a competição, exige-se o rigor do dispositivo quanto à necessidade de formalização da pesquisa de preços, nas contratações diretas por inexigibilidade. Dessa forma, a Administração Pública resguarda-se, demonstrando que o preço contratado foi consoante com os valores praticados no mercado, podendo evitar a responsabilidade solidária.

O TCU determinou a certo órgão que, quando da aplicação de recursos federais, não realizasse contratação, por meio da inexigibilidade licitatória, sem a devida formalização de pesquisa de preços, de modo a afastar suspeita quanto à existência de superfaturamento. (TCU-Acórdão nº 2.766/2008-Plenário)

EMENTA: CRIMINAL. RESP.CRIME COMETIDO POR PREFEITO.COMPETENCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CONTRAÇÃO DE ADVOGADO E DE EMPRESA DE AUDITORIA PELO MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I- A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada, o que ocorreu

in casu. II- Não prevalece o acórdão que rejeita a denúncia sem demonstrar o cumprimento dos requisitos legais pela Administração Pública para contratação sem licitação, limitando-se a fazer considerações acerca de sua possibilidade. III- Deve ser cassado o acórdão recorrido para que outro seja proferido, com a devida fundamentação, se for o caso da inviabilidade de competição nas contratações efetuadas pela Administração Pública quando da contratação dos serviços. IV- Recurso conhecido e provido, nos termos do Relator. (STJ- REsp 704108/MG- Relator: Ministro GILSON DIPP (1111) – Órgão Julgador: Quinta Turma- Publicação: DJ 16.05.2005 p.402).

Continuando, Jessé Torres Pereira Júnior aborda o tema iniciando com o conceito, mas também traz aspectos relevantes da inexigibilidade:

[...]

o conceito de inexigibilidade de licitação cinde os interpretes em duas respeitáveis correntes:

a) a lei descreve hipóteses ilustrativas e admite que de outras, não previstas, possa decorrer a inviabilidade de competição, de forma a configurar a inexigibilidade; mas as hipóteses relacionadas na lei, pelo só fato de constarem na lei, caracterizam a inexigibilidade sempre que ocorrerem independentemente de, no caso concreto, a competição for inviável; sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não viável a competição;

b) a lei descreve hipóteses que, além de ilustrativas, somente caracterizam a inexigibilidade, se no caso concreto, a competição for inviável; sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se, ou não disputa.

As inspetorias e procuradorias que funcionam junto aos Tribunais de Contas têm, em sua maioria, perfilhado o segundo entendimento, que também temos esposado, por três fundamentos principais:

1º _a competitividade é da essência da licitação (art. 3º, § 1, I), seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição;

2º _ao revés do que se inferiria da primeira vertente interpretativa as hipóteses formuladas na lei não geram presunção *juris et de jure*, porque estão submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que afirma, além de qualquer dúvida razoável, que a licitação é exigível “ quando houver inviabilidade de competição”; por conseguinte, havendo viabilidade de competição, é exigível a licitação, impondo-se à autoridade verificar, mesmo em face das hipóteses descritas nos incisos, se competição, nas circunstâncias do caso concreto, é ou não viável ; não sendo, não haverá o que licitar; sendo, deve licitar; logo a inexigibilidade presumida nas hipóteses da lei admite prova factual em contrário quanto à viabilidade da competição, daí ser *juris tantum*:

3º _ as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o caput do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça do artigo deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável⁴¹.

Conforme se verifica, a lei de licitação permite a inexigibilidade, mas não traz uma regulamentação definição absoluta, cabendo a doutrina e os órgãos de controle externo, entre eles: Tribunal de Contas da União (TCU); Tribunal de Contas do Estado (TCE);

⁴¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 341-342.

Controladoria Geral da União (CGU), mediante suas decisões, bem como o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal apreciarem por meio de julgamento se está em consonância com o Direito.

2.2 CONTRATAÇÃO DIRETA DE QUALQUER SETOR ARTÍSTICO

Descreve Marçal Justen⁴² Filho que a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objeto de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudenciais, sem que se tenham atingido soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns definidos, que podem auxiliar a compreensão do art.25. Todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de viabilidade de competição⁴³.

1) “*Inviabilidade de competição*” como situação anômala

A expressão “inviabilidade de competição” indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

2) “*inviabilidade de competição*” como uma decorrência

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

3) “*Inviabilidade como caso de “dupla crise” da licitação*”

As considerações acima permitem configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção de resultado pretendido. A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto.

Verifica-se, entretanto, que a Lei de Licitações permite que a Administração Pública contrate sem que haja competição entre os entes, ficando na discricionariedade do gestor a autorização de contratar nas hipóteses do art.25, destacando o inciso III, objeto desta análise.

Entretanto, observa-se diante das 03(três) situações de inviabilidade de competição descritas acima que: na primeira, uma situação anômala, ou seja, se a regra é licitar com a finalidade de escolher a proposta mais vantajosa, com essa não se atinge esse fim, uma vez que não se fazem presentes os requisitos objetivos; na segunda, discute-se que não só é uma causa da inviabilidade, reúne-se as diferentes causas com as diversas hipóteses de ausências

⁴²JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 356.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010,pp. 356-357.

de requisitos imprescindíveis a licitação; e a terceira apesar da lei estabelecer parâmetros para se contratar sem competição, dentro dessa normativa não se pode buscar a melhor proposta, até se poderia imaginar possível algum tipo de seleção entre potenciais contratados, como talvez um concurso, mais isso somente seria praticável se a estruturação do procedimento fosse outra⁴⁴.

Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade frustraria o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria proposta inadequadas a satisfazer dito interesse.

Prosseguindo, Marçal Justen Filho⁴⁵, “[...] é difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais”.

Após verificar as várias situações que não se podem viabilizar a competição, conclui-se que se pode enquadrar em dois grupos, tendo por critério a sua natureza. A primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado, não havendo maiores discussões sobre esta hipótese neste trabalho, uma vez por se tratar, por exemplo, dos casos do inciso II do art.25. Mas, a segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado que o caso do inciso III do art.25.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridades quanto à profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas⁴⁶.

Pode-se considerar como base para exemplificar esta segunda hipótese a ausência de objetividade na seleção do objeto, pois a situação se caracteriza, como regra, pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. Existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, pp. 356-357.

⁴⁵ *Idem, ibidem.*, p. 356.

⁴⁶ *Idem, ibidem.*

Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido⁴⁷.

Apesar de já ter sido informado anteriormente, o art. 25, inciso III da Lei de nº 8.666/93 é o cerne que envolve este trabalho, pois é nele que se encontra a forma anômala de licitação que autoriza a Administração Pública de contratar com terceiros sem competição. Apesar da inviabilidade de competição estabelecida na Lei de Licitações e, nele conter o rol de causas de inexigibilidade, faz-se necessário atentar a requisitos para se contratar pela forma do dispositivo acima mencionado.

Nesta categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas⁴⁸.

Continuando Marçal Justen Filho⁴⁹ destaca a ausência de objetividade na seleção do objeto, pois a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis.

Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores artísticos. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor.

Sobre o aspecto da inviabilidade de competição Marçal Justen Filho⁵⁰ ressalta a peculiaridade da necessidade a ser satisfeita. De acordo com o que já foi abordado com relação a inviabilidade de competição, pode-se constatar que é consequência derivada de características existentes na realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente. É necessário destacar, no entanto, a inter-relação entre essa realidade extranormativa e o interesse estatal a ser atendido.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 358.

⁴⁸ *Idem, ibidem*.

⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 359.

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.

Sobre o assunto Marçal Justen Filho⁵¹ entende que:

Como regra, não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. O desenvolvimento de atividades dessa natureza compete à iniciativa privada, ainda que ao Estado incumba fomentar as diversas manifestações nesse campo. No entanto, há hipóteses em que o Estado assume o encargo direto de promover eventos artísticos, casos em que deverá realizar a contratação dos profissionais correspondentes

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei nº 8.666/93. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para melhor obra.

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor pra atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

Se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. O limite de liberdade da Administração é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer. Assim, não se admite que uma festa popular envolva a contratação direta de um cantor lírico, pois as preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de uma ópera. A recíproca é verdadeira.

Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude

Em síntese, a interpretação extraída do art. 25 revela a atribuição de uma margem de discricionariedade para Administração Pública realizar determinadas contratações. Ora, competências discricionárias são da essência da atividade administrativa se sua configuração não envolve o comprometimento da segurança jurídica. É evidente que discricionariedade não se pode confundir com arbitrariedade. A discricionariedade consiste numa autonomia de escolha exercitada sob a égide da Lei e nos limites do Direito. Isso significa que a discricionariedade não pode traduzir um exercício prepotente de competências. Não autoriza a

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 379.

faculdade de escolher ao bel-prazer, por liberalidade ou para satisfação de interesses secundários ou reprováveis⁵².

Por isso, a atribuição de autonomia para escolha do particular a ser contratado não pode traduzir-se em ato imotivado ou derivar de escolhas arbitrárias. Ou seja, discricionariedade não autoriza atos de prepotência. Ao contrário, significa uma margem de autonomia de vontade a que se identifica como exercício de função. A autonomia de vontade a que se alude não se confunde com o fenômeno identificado, no âmbito do direito, pela mesma denominação. Não é a vontade do príncipe, do proprietário privado, do *dominus*. É a vontade do exercente da função pública, encarregado de realizar o bem comum⁵³.

Justamente por ser vontade *sob* o Direito, admite limitações e controles, de acordo com os instrumentos jurídicos tradicionalmente desenvolvidos para controle da atuação administrativa (desvio de finalidade, abuso de poder etc.)⁵⁴

A inviabilidade de competição envolve a impossibilidade de obter a melhor proposta através de uma licitação. Mas isso não equivale a liberar o administrador a realizar qualquer escolha. Logo, serão inválidas as escolhas fundadas no puro e simples subjetivismo do administrador, o que configurará arbítrio incompatível com a ordem jurídica. O administrador tem o dever de avaliar todas as alternativas disponíveis e escolher aquela que se afigurar como a melhor. Isso significa a adoção de certos critérios relacionados com o atingimento do fim de interesse coletivo.⁵⁵

Portanto, a decisão acerca do particular a ser contratado refletirá uma avaliação das necessidades públicas, das características da prestação a ser realizada, da identidade e das condições propostas pelo particular. Essa avaliação deverá fazer-se segundo o critério de razoabilidade, ainda quando as peculiaridades do caso concreto impeçam a formulação de juízo dotado de certeza científica⁵⁶.

Faz-se necessário lembrar que a licitação orienta-se não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a promover a realização do princípio da isonomia. Por ocasião da licitação, a escolha de um certo particular para contratar com a Administração deve justificar-se nas vantagens por ele oferecidas, que revelam objetivamente como a melhor alternativa. Logo, a escolha de um certo particular para contratar com a Administração não importará um benefício indevido ou reprovável.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010, pp. 380-384.

⁵³ *Idem, ibidem.*

⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

Com relação ao abuso na contratação direta⁵⁷, verifica-se deve ter-se em vista que a autorização para contratação direta não importa liberação para a Administração realizar contratações desastrosas, não vantajosas ou inadequadas. A Administração tem o dever de buscar, sempre, a maior vantagem para realização dos interesses protegidos pelo Direito. Esse dever não é afastado nos casos de inviabilidade de competição.

É evidente que a Lei de Licitações, mediante o supracitado artigo e inciso permite a contratação direta de profissional de qualquer setor artístico para realização de eventos, mas se faz necessário observar outros ditames que estão expressos na lei de licitações, tais como: justificativa de preço; necessidade pública, obediência as formalidades exigidas no processo.

O que vem se constatando é que, não ocorre o fomento de atividades relacionadas ao interesse público, e sim, interesses privados, ignorando o limite do poder de discricionariedade e os princípios basilares da Administração Pública, contidos na Constituição Federal de 1988, destacando o da Moralidade, Economicidade e Legalidade.

Dispõe o art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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.

Com relação a esse tópico é imprescindível contextualizar o que traz Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A União, Estados, o Distrito Federal e Municípios tem obrigações em relação ao incentivo dos valores artísticos, como consta nas prescrições contidas nos arts.23, incisos III e IV, e 216 da Constituição Federal.

É o próprio texto constitucional, contudo, que estabelece diferentes níveis de prioridade em relação às ações do governo, art.227 da CF/88, não se encontrando aquela obrigação no nível de prioridade. Se há um fundo de verdade no adágio consagrado popularmente de que o povo necessita de pão e circo, também é verdade que o primeiro deve preceder ao segundo, no sentido de que as necessidades básicas merecem prioridade.⁵⁸

Vislumbra-se no texto acima que é pertinente ao gestor analisar no momento de contratar profissional de qualquer setor artístico a situação do município com relação às necessidades básicas e estruturais dispostas no art. 227 da C.F./88, entre elas: as boas condições de saúde, saneamento básico, alimentação, educação, e outras. Tal requisito se faz necessário priorizar o cumprimento do referido dispositivo constitucional, favorecendo uma

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.385.

⁵⁸ *Idem*, *ibidem*.p.385.p.637.

melhor condição de vida ao povo, não tendo sentido promover festas, às vezes contratando com artistas que nada tem haver com a identidade do povo ou do lugar, que nada contribui com exemplo ou com a boa formação ideológica, com custo elevadíssimo, muito embora satisfaça o item lazer, ficando no relativismo o cumprimento desse item.

Continua Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A forma mais adequada de incentivar o desenvolvimento artístico não é por meio de contratação direta, mas promovendo concursos e premiando-se os melhores. Nesse sentido, o aproveitamento da sociedade será muito mais amplo pela diversidade dos talentos artísticos oferecidos e, principalmente, pela revelação de novos valores.

Pode a Administração necessitar promover a contratação direta, hipótese restrita, ditada pelo interesse público.

Nesse caso, não deve ser olvidado que a individualidade da produção artística acarreta, em regra, a inviabilidade de competição. É justamente a ausência de parâmetros que assegura a criatividade humana⁵⁹.

Percebe-se que não é recomendável a simples contratação direta com artistas para promoção de festas sem comprovada finalidade pública. Sabe-se que as festas nos moldes que estão sendo realizadas, às vezes servem para promoção dos gestores com fins político-eleitoreiro, em situação de desrespeito aos preceitos legais, quando dever-se-ia atentar ao que esta prescrito na normativa e doutrina a fim atingir interesses públicos e coletivos.⁶⁰

Existem requisitos, no mínimo, 03(três) para a regularidade da contratação direta, além da comprovada inviabilidade de competição:

- 1) que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;
- 2) que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo;
- 3) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública⁶¹;

Evidencia-se que a contratação do profissional artista, exclui-se a possibilidade da contratação direta os artistas amadores; só os profissionais, definidos pelos parâmetros existentes em atividade, podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

A Lei Federal nº 6.533/1978, dispõe sobre o exercício das profissões de Artistas e de Técnico em Espetáculos de Diversões, regulamentada pelo Decreto Federal nº 82.385/1978.

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I – Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública;

II – Técnico em Espetáculos de Diversões, o profissional que, mesmo em caráter auxiliar, participa, individualmente ou em grupo, de atividade profissional ligada diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções.

⁵⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 638.

⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

Parágrafo único – As denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões constarão do regulamento desta lei.

Art. 3º - Aplicam-se as disposições desta lei às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo anterior, para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias.

Parágrafo único – Aplicam-se, igualmente, as disposições desta Lei às pessoas físicas ou jurídicas que agenciem colocação de mão-de-obra de profissionais definidos no artigo anterior.

Art. 4º - As pessoas físicas ou jurídicas de que trata o artigo anterior deverão ser previamente inscritas no Ministério do Trabalho.

Art. 5º - Não se incluem no disposto nesta Lei os Técnicos em Espetáculos de Diversões que prestam serviços a empresa de radiodifusão.

Art. 6º - O exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional.

Assim, para a adequada e correta caracterização do objeto do contrato, é necessário que o artista a ser contratado seja um profissional com inscrição na Delegacia Regional do Trabalho, na forma dos arts. 2º, 3º, 4º e 6º da Lei Federal nº. 6.533/1978.

A Lei Federal nº. 6.533/78 nos artigos 3º e 4º, já descritos acima, e o artigo 5º do Decreto nº. 82.385/78 estabelecem requisitos a serem preenchidos para a contratação a ser considerada regular.

Decreto nº 82.385/1978

Art. 5º - Aplicam-se, igualmente, as disposições da Lei Federal nº. 6.533, de 24 de maio de 1978, às pessoas físicas ou jurídicas que agenciem colocação de mão-de-obra de Artistas e Técnico em Espetáculo de Diversões.

Parágrafo único – Somente as empresas organizadas e registradas no Ministério do Trabalho, nos termos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, poderão agenciar colocação de mão-de-obra de Artista e de Técnico em espetáculos de Diversões.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, assim entende:

A intervenção do empresário só se justificará se preexistir vínculo contratual que subordine a contratação do artista à participação dele.

Esse agenciador deve estar registrado no órgão do Ministério do Trabalho respectivo, mas não há nenhuma exigência sobre o meio de demonstrar a exclusividade, sendo aceita normalmente a declaração feita pelo próprio artista de que determinada pessoa é seu agente exclusivo, ou a exibição do contrato mantido entre o artista e o agente, que contenha essa cláusula⁶².

O TCU também dispôs sobre a matéria no Acórdão n.º 822/2005

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 contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993.

⁶² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.640.

Ainda a respeito da mesma matéria, o TCU arguiu em seu Acórdão n.º 819/2005 Plenário que: “Nas dispensas ou inexigibilidade de licitação, faça constar nos autos as necessárias justificativas da despesa, atendendo a exigência constante no artigo 26, caput, da Lei 8.666/1993”.

O TCE se pronunciou sobre a matéria em exame, em sua Decisão T.C. N.º 0542/07:

Quanto ao item 8, verifica-se que a Administração contratou de forma direta com empresários de profissionais do setor artístico, tendo atingido o montante de R\$ 276.500,00 (duzentos e setenta e seis mil e quinhentos reais), mediante o instrumento da inexigibilidade de licitação, em detrimento da instauração de processo regular de licitação, não atentando para o disposto na Decisão TC n.º 229/97, bem como ferindo o princípio da eficiência na administração pública, disposto no art. 37 da Constituição Federal.

A Lei n.º 8.429/92 tipifica a conduta em seu disposto artigo 10, inciso XI.

Artigo 10 – constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

I – (...)

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

2.3 CONTRATAÇÕES DE DIRETA DE PROFISSIONAL DE QUALQUER SETOR ARTÍSTICO PARA REALIZAÇÕES DE EVENTOS NAS PREFEITURAS DA MATA SUL DE PE

Verifica-se que houve em todos os Municípios da Mata Sul do Estado de Pernambuco a contratação de profissionais artistas e/ou bandas, através de inexigibilidade com fundamento no art.25, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, dispositivo este que concede a autorização para tal, mas pouco regulamenta as situações em se pode efetuar. Existem municípios que comprometem 90%, às vezes até mais, dos impostos próprios: IPTU, IRRF, ITBI e ISQN, com essas contratações. Evidenciam-se, ainda, gastos de ordem 20% com esses eventos do total que correspondente ao gasto com a saúde. Além de não atentarem ao Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO), e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Portanto é inadmissível que municípios se utilizem de vultosas verbas com a promoção de eventos efêmeros, com insignificante contribuição ao bem-estar social, o que constitui irreversível desperdício de dinheiro público, em afronta aos Princípios da Administração Pública, consolidados no artigo 37, “caput” da Constituição Federal, em especial os da Moralidade, Impessoalidade e Eficiência.

Pormenorizando essas contratações com casos concretos estabelecendo quais seriam o retorno social desses contratos ou não, segue quadro, no qual demonstra as contratações em alguns municípios da Mata Sul, sendo as informações obtidas no Portal do Cidadão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco⁶³.

No endereço acima, verifica-se a disponibilidade de informações sobre as inexigibilidades de algumas prefeituras da Região da Mata Sul de Pernambuco com contratação de profissionais artistas para realização de eventos.

Nota-se que o referido portal não foi devidamente alimentado pelas prefeituras, infringindo, dessa forma, em irregularidade apontada pelo TCE-PE, não podendo mensurar os valores aproximados do que foi contratado.

Entretanto, abaixo do quadro encontram-se outros dados, os quais foram obtidos pela publicação das inexigibilidades, cujo objeto foi contratação de profissional artista e, são mais aproximados do valor real.

⁶³ PERNAMUCO. **Portal do Cidadão**. Acesso pelo endereço <http://cidadao.tce.pe.gov.br/portalcidadao>.

Tabela 1 – Inexigibilidades realizadas por prefeituras da Mata Sul de Pernambuco no exercício 2011⁶⁴

Ano Licit.	UG	Modalidade	Nº Modalidade	Classificação do Objeto	Estágio	Valor Estimado
2011	Prefeitura Municipal de Gameleira	Inexigibilidade	2011/0001	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	205.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Gameleira	Inexigibilidade	2011/0002	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	238.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Gameleira	Inexigibilidade	2011/0003	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	182.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0001	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	420.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0003	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	145.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0004	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	15.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0005	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	505.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0006	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	32.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0009	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	40.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0010	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	385.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0011	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	38.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0012	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Instaurado	0,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0013	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	35.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2011/0014	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	20.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0001	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	177.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0002	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	302.000,00

⁶⁴ PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Portal do Cidadão. **Inexigibilidades realizadas por prefeitura da Mata Sul de Pernambuco no exercício. 2011.** Disponível em: <<http://cidadao.tce.pe.gov.br/ortalcidadao/>>. Acesso em: maio 2012.

Ano Licit.	UG	Modalidade	Nº Modalidade	Classificação do Objeto	Estágio	Valor Estimado
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0003	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	117.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0004	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	60.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0005	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	60.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0007	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	22.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0008	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	240.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0009	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	265.500,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0010	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	205.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0011	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	25.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0014	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	50.000,00
2012	Prefeitura Municipal de Sirinhaém	Inexigibilidade	2012/0012	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Adjudicado / Homologado / Ratificado	35.000,00
2011	Prefeitura Municipal de Cortês	Pregão Presencial	2011/0009	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Instaurado	0,00
2012	Prefeitura Municipal dos Palmares	Pregão Presencial	2012/0005	SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E FESTIVIDADES	Processo Instaurado	0,00
					Total	3.818.500,00

No dia 06/01/2012, foi publicado no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, a inexigibilidade nº 05/2011, com objeto: contratação de empresas que representam profissionais artistas, no valor total de R\$ 220.000,00, ressaltando que foi apenas uma de muitas que foram realizadas no exercício 2012 e, que será discrepante com o valor informado no quadro no Portal do Cidadão.⁶⁵

⁶⁵ PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Portal do Cidadão. **Inexigibilidades realizadas por prefeitura da Mata Sul de Pernambuco no exercício**. 2011. Disponível em: <<http://cidadao.tce.pe.gov.br/ortalcidadao/>>. Acesso em: maio 2012.

CAPÍTULO 3

EVIDÊNCIAS DE IRREGULARIDADES ENCONTRADAS EM PROCESSOS DE INEXIGIBILIDADES PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS

3.1 IRREGULARIDADES OBSERVADAS NAS CONTRATAÇÕES DIRETA DOS ARTISTAS

Apesar de já ter sido abordado no item anterior 2.3, de forma geral, verifica-se que as contratações direta dos artistas, utilizando o art.25, Inciso III, da Lei n° 8666/93 é ampla, pelo fato de todas as esferas utilizarem (federal, estadual e municipal) e frequente, pois tornou-se comum realizar com essas contratações de shows artísticos, destacadamente, por prefeituras.

A seguir, encontra-se uma relação de processos formalizados pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), com documentos enviados pelas prefeituras, mediante relação de exigência disposta em resolução do órgão que compõem as Prestações de Contas Anuais, através das quais o referido órgão de controle externo aprecia e emite parecer prévio com julgamento opinando pela rejeição, regularidade, ou regularidade com ressalvas das contas, até 2009⁶⁶.

A partir de 2010, houve a divisão de contas de governo e contas de gestão, sendo a irregularidade das contratações dos artistas apontadas no Relatório de Auditoria de Contas de Gestão⁶⁷.

Tabela 2 – Processos com evidências em contratações com artistas mediante inexigibilidade

Processo TCE N°	Prefeitura	Exercício	Julgamento do TCE-PE
1202614-1	Carpina	2011	Rejeição (Irregular)
0710013-9	Itamaracá	2006	Rejeição (Irregular)
0810036-6	Itamaracá	2007	Rejeição
0910033-7	Itapissuma	2008	Rejeição
1070089-4	Custódia	2009	Regular com ressalva
1002380-0	Itapissuma	2009	Regular com ressalva

⁶⁶ PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Instrumento de cidadania. **Processos**. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?cprc=1202614&digito=1&ITHcprc=12026141&Submit=Ok>. Acesso em: 25 ago. 2014.

⁶⁷ *Idem*.

Observa-se que, constam nos processos referidos acima Relatório de Auditoria⁶⁸ com as contratações de artistas e/ou bandas, mediante inexigibilidade, com fulcro no art.25, III, da Lei nº 8.666/93, como um dos itens de irregularidade, notadamente, na amostra 04(quatro) foram julgados, com parecer opinando pela rejeição, não inobstante em outros foram julgados Regular com ressalva. É bem verdade que em todos os processos, constasse como irregularidade, a contratação de artistas e/ou banda, não sendo o único e decisivo item para convencimento do julgamento, depende da contextualização, do dimensionamento da equipe na apuração no trabalho de auditoria e o posicionamento dos julgadores com relação aos itens, mas é fato que o dispêndio com este tipo de contratação está sendo mais evidenciadas nas auditorias atuais em razão dos altos valores envolvidos e da costumeira prática de fazê-la, tanto no Estado como nas prefeituras.

Analisando-se os contratos, nota-se a existência de descumprimento da legislação com distorções que culminam em fraude ao erário, tendo como consequência o enriquecimento sem causa do gestor e a empresa contratada, sendo a sociedade ludibriada perdendo com esta prática.

Além disso, a própria Lei de Licitações estabeleceu a seguinte exigência no tocante a inexigibilidades:

Art. 26.

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

[...]

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

O gestor não apenas deve comprovar a inviabilidade de competição, situação excepcional que autorizaria a contratação direta, mas também deve tornar manifesta a razão do preço pago ao empresário. Contudo, em virtude do Princípio da Publicidade, tal exigência não seria atendida apenas com o valor global da contratação, visto que a justificativa seria em relação ao artista que pode apresentar flutuações sazonais no seu cachê. Portanto, deveria haver o detalhamento do valor pago a cada artista e/ou banda distinto do valor pago ao empresário para haver a transparência necessária, permitindo a avaliação do liame no aspecto de sua economicidade.

⁶⁸ PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Instrumento de cidadania. **Processos**. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?cprc=1202614&digito=1&ITHcprc=12026141&Submit=Ok>. Acesso em: 25 ago. 2014

De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁶⁹ que na contratação direta o preço de mercado seja razoavelmente uniforme. A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a vantagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da Lei.

Além disso, mesmo em relação à escolha de artistas e/ou bandas em que há aspecto subjetivo relevante, devem ser manifestos pelo gestor a razão da escolha do executante, especialmente quanto à questão da consagração e exclusividade. A explicitação desse aspecto não é uma faculdade e sim obrigatoriedade a ser observada pelo gestor para ser avaliado o processo de escolha, fatos que não acontecem nos certames.

Também se faz necessário salientar quanto ao objeto⁷⁰, pois a lei refere-se à contratação do profissional artista, excluindo da possibilidade da contratação direta os artistas amadores; só os profissionais definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo. O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão de obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularização da contratação.

Sobre o assunto, parece útil salientar a classificação das obrigações adotadas pelo Direito Civil no Código de Direito Civil Lei n. 10.406/2002, comentado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷¹, em três grupos: obrigações de dar, fazer, e não fazer, para situar com maior precisão o objeto da contratação de que se cuida no art. 25, Inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Sendo assim, a contratação de um artista, considerada como inviabilizadora da competição, constitui típica obrigação de fazer, *intuitu personae*, isto é, que só pode ser realizada diretamente pelo contratado. Nesse sentido, são úteis as disposições do Código Civil que estabelecem que incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só importa, ou só por exequível⁷².

Aliás, seria absolutamente irregular o fato da subcontratação, pois, se a obrigação não é *intuitu personae*, haverá viabilidade de competição e a licitação será exigível⁷³.

⁶⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 541.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, p.638-640.

⁷¹ *Idem, ibidem*.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 541

⁷³ *Idem, ibidem*,

Admissível apenas a subcontratação parcial, nitidamente acessória, como seria o caso do acompanhamento instrumental feita por um cantor, diretamente por ele⁷⁴.

Outro dispositivo que pode ser aplicado, por analogia, é o que dispõe que, em se tratando de obrigação personalíssima, se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos. Do mesmo modo, incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

A limitação dessa margem, nada obstante, pode ser obtida pelo confronto entre o interesse público e a natureza da contratação. Ilustra-se: enquanto para comemorar o aniversário da cidade seria admissível a contratação de show de sua orquestra sinfônica, a mesma contratação seria irregular para comemorar o aniversário de um governador ou o de uma pequena repartição. Há certo limite oriundo de uma valoração de ordem moral, mas nem por isso incontrastável no âmbito do Direito.

Esse dever de submeter os atos administrativos ao crivo dos princípios que norteiam a ação da Administração Pública, insculpidos no art.37 da Constituição Federal de 1988, é permanente para os agentes públicos e órgãos de controle, e a Lei de Licitações determina que as circunstâncias e justificativas devam ser elaboradas previamente à prática do ato, ensejando, portanto, que sempre será possível aferir a realização do interesse público.

Deve ser observado ainda que, em se tratando de contrato de trabalho, mantido entre o artista e determinada empresa, a cláusula de exclusividade não é absoluta em virtude de expressa disposição legal a respeito.

Nesse caso, a exclusividade deve ser aceita no modo relativo que a lei impõe quando se tratar de contrato de trabalho.

Releva obtemperar que a Administração poderá exigir, como condição de parte do pagamento, a demonstração do cumprimento das obrigações contratuais e legais entre o agente e o artista, porque a lei impõe que o tomador do serviço é solidariamente responsável pelo cumprimento dessas obrigações.

Essa cautela só é recomendável quando se trata de contratos de duração um pouco prolongada ou quando os servidores da Administração percebem, pelas circunstâncias, que há divergência entre o empresário e o artista e que, adimplindo o pagamento com aquele, este não terá o seu crédito satisfeito.

⁷⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 541.

Diante da imposição pela lei da cláusula de solidariedade, é legítimo a Administração Pública proceder a essa exigência para melhor resguardar o interesse público, entretanto, nesse diapasão encontram-se nos subitens subsequentes a demonstração de que nos processos de inexigibilidades não foram devidamente instrumentado e caracterizado, conforme exige a Lei nº 8.666/93, especificamente, os arts. 25, Inciso III, e 26⁷⁵.

3.2 CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS E/OU BANDA SEM DEMONSTRAÇÃO DA RESPECTIVA CONSAGRAÇÃO⁷⁶

Observou-se nos processos de inexigibilidades, memorandos, confeccionados, geralmente, pelo pela Secretaria de Cultura, dirigidos ao Prefeito, solicitando autorização para contratações de bandas e/ou artistas para os eventos culturais e artísticos, com o objetivo de promover as festividades municipais, com preços exequíveis de acordo com os praticados no mercado. Esses memorandos são instruídos com as justificativas de cumprimento ao calendário cultural, indicando os artistas e bandas da programação, além de salientar que a escolha do artista que deverá se apresentar neste ou naquele evento é fundamentada não apenas em critérios objetivos, como a possibilidade financeiro-orçamentária do contratante, mas também em critérios subjetivos de identificação dos interesses públicos, os quais balizaram a seleção ora justificada, que os artistas e banda indicados são reconhecidos e consagrados pela opinião pública local, fator que, de igual modo, enseja a contratação direta

De acordo com o termo de justificativa assinado pelo próprio Secretário não há dúvidas quanto à ciência da gestão acerca do elemento consagração para que a inexigibilidade fosse possível. A inexigibilidade é a contratação que prescinde da prévia licitação porque esta se tornou inviável e, neste caso, ela exige a concorrência tanto da singularidade do artista em virtude da sua consagração e a existência de empresário exclusivo.

Entretanto, a consagração do artista precede a exclusividade porque a ausência de singularidade do artista tornaria a licitação procedimento viável, desautorizando a contratação

⁷⁵ BRASIL. Conselheiro Dirceu Rodolfo De Melo Júnior. Extrato da Decisão Monocrática de nº 6367/2013. **Processo TC Nº 1204856-2**. Pensão. Interessado (s): Manoel Luiz Nunes. Julgador singular: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Ato Submetido a Registro: Portaria nº 027/2012 do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Sertânia -IPSESE, retificada pela Portaria nº 036/2013, com vigência a partir de 16/05/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58592995/tce-pe-03-09-2013-pg-3>>. Acesso em: ago. 2014.

⁷⁶ PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>.

direta mesmo se o artista e/ou banda tivesse empresário dotado de poder de mandato exclusivo.

A consagração não deve ser apenas afirmada, mas comprovada em virtude do fato de que a fé pública não pode ser oposta ao controle externo, pois esta é o pressuposto da veracidade e legalidade dos atos administrativos. Assim, aplicando o Art. 333 do CPC, cabe ao gestor apresentar provas de sua afirmação. Nos procedimentos arrolados não há qualquer documento que comprovasse a consagração dos artistas e/ou bandas.

Conforme ensina Ronny Charles Lopes Torres.

(...) o pressuposto para que o profissional do setor artístico seja contratado, através de inexigibilidade licitatória, é a inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado, bem como o fato de ser pouco provável que um artista, consagrado pela opinião pública, submeta-se a um certame para sua contratação. (...). Tal inviabilidade não deve ser reflexo da espécie de profissional envolvido (artista), mas de uma impossibilidade de que se possa realizar uma aferição objetiva, para seleção dentro dessa espécie de contratação, dada a subjetividade natural ao gosto pelas artes.⁷⁷

O que não se pode é admitir que sejam feitas contratações de artistas sem consagração relevante, sob o falso pálio de permissão dada pelo inciso III, do caput, do art. 25, pelo simples fato de serem profissionais do setor artístico.

Portanto, a consagração é elemento objetivo na contratação direta de artistas, pois mesmo sendo eivada de dinâmica específica tanto no espaço quanto no tempo que pode oferecer certo obstáculo para aferição, ela pode ser comprovada por qualquer meio lícito, segundo o Art. 5º, Inciso LVI, da Carta Magna.

Assim, descreve Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

(...) o terceiro requisito apresentado pelo inciso III do art.25, diz respeito ao fato de que o pretense contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Essa exigência corresponde à notória especialização do inciso anterior e, embora apresente certo limite discricionário, não permite arbitrariedades.

A justificativa da escolha deve apontar as razões do convencimento do agente público, registrando-se, no processo de contratação, os motivos que o levaram à contratação direta.⁷⁸

Sendo assim, conclui-se que se faz necessário a apresentação de documentos capazes de caracterizar em a consagração dos artistas pela crítica especializada ou pela opinião pública, tais como relação de discos gravados/vendidos, prêmios recebidos, aparições na mídia, participação em eventos de monta, presença de público em shows, contratações anteriores e reiteradas junto à mesma Prefeitura, entre outras. Esse entendimento também foi exposto nos seguintes julgados:

⁷⁷ TORRES Ronny Charles Lopes. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador, Juspodivm, 2009, p. 141.

⁷⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 641

Recurso de Reconsideração. Consagração diante da crítica e do público. “(...) entendo que a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos tem fundamento na subjetividade que lhes é imanente e que reside no especialista. A arte não é ciência que objetivamente segue métodos, mas é criatividade expressa na subjetividade do artista. Assim, mesmo havendo outros artistas capazes e habilitados para a realização de eventos da mesma natureza, pode-se ter inexigibilidade de licitação em razão da singularidade da expressão artística. Contudo, a meu sentir, torna-se imprescindível cumprir o requisito de objetividade disposto na Lei de Licitação, para tal contratação, isto é, o artista contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Ressalto que não é necessária a consagração pela crítica e pelo público, concomitantemente: um ou outro é suficiente. A meu ver, a consagração pela crítica especializada corresponde à aceitação, por especialistas conhecidos, da capacidade e do refinamento do trabalho avaliado. Quanto à consagração da opinião pública, entendo que este requisito baseia-se na sedimentação de uma reputação perante o público local.⁷⁹

O Tribunal de Contas do Distrito Federal decidiu que, quanto à inexigibilidade prevista no art. 25, III, da Lei federal n.º 8.666, de 1993 (contratação de profissionais artísticos), é necessária a apresentação do *curriculum vitae*, acompanhado de documentos (recorte de revistas, jornais, etc.) que atestem a consagração pela crítica e opinião pública.⁸⁰

Verifica-se que como a contratação começa do ato do Secretário, o qual é essencial para a formalização da inexigibilidade, ele assume implicitamente o risco de assegurar sem provas a consagração dos artistas, sua responsabilidade quanto ao ato irregular é manifesta.

A comissão de licitação responde solidariamente pelos seus atos, segundo o Art. 51, § 3º, da Lei de Licitações, pois cabe a comissão solicitar os comprovantes da consagração dos artistas e/ou banda e não acatar sem qualquer ressalva a afirmação do Secretário. Portanto, sendo omissa quanto a esta questão corrobora a suposta consagração, contribuindo para ocorrência da irregularidade e o Prefeito por autorizar e homologar todos os atos da licitação.

As contratações possuem valores relevantes, o que por si já mereceria uma análise mais acurada da parte do gestor quando da homologação. Esses fatos atestam o liame causal entre o dano e suas condutas, tornando-os solidários com fulcro no Art. 942 do CC.

3.2.1 Amplitude geográfica da consagração

Além da demonstração da consagração do artista, verifica-se a amplitude geográfica da consagração. Com relação a este quesito Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁸¹, questiona: “Haverá inexigibilidade de licitação se o profissional for consagrado apenas pela opinião

⁷⁹ BRASIL. TCDF. Processo n.º 3211/95. Decisão n.º 14881/95. Recurso de Reconsideração TCE/MG. Rel. Conselheira. Adriene Andrade. Sessão do dia 22/05/2007.

⁸⁰ Processo TCU n.º 6.029/1995, Decisão n.º 6.968/1996. In: MONTEIRO. Andréa Cláudia. **Contratação De Serviços Artísticos: Parâmetros para a Atuação do Controle Externo.** Revista TCE-PE. Disponível em: <https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/viewFile/33/24>. Acesso em: ago. 2014.

⁸¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação.** 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 643.

pública de uma cidade? Ou de um Estado? Ou é necessário que tenha sido consagrado nacionalmente?”

O tema tem alguma relação com a amplitude da notoriedade, referida no item anterior, mas, no presente caso, autores como Diógenes Gasparini, Carlos Motta e Mariense Escobar só aludem, segundo o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁸² à conveniência de aceitar a notoriedade local, regional ou nacional, se o contrato estiver dentro do limite do convite, no âmbito do limite de tomada de preços, ou dentro do limite de concorrência, respectivamente.

Assim, como exposto, parece que a amplitude geográfica da consagração não deve levar em conta propriamente a modalidade da licitação, mas o universo dos possíveis licitantes, estabelecido a partir do âmbito alcançado com divulgação do ato convocatório, nos termos do art.21 da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, para convite, que só precisa ser afixado no local da licitação, a consagração pode restringir-se ao âmbito local, da cidade ou município licitante; no caso de editais que são publicados apenas em jornal local ou Diário Oficial do Estado, a consagração pode ser regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional este será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração pela crítica especializada ou opinião pública

3.3 INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA ESCOLHA DOS EXECUTANTES⁸³

Conforme já foi exposto, não apenas o Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações deve ser observado, visto que o art. 26 da corrente Lei também impõe exigências específicas para dispensas e inexigibilidades, sendo a justificativa para escolha do executante a ser aqui tratada.

A licitação é a forma objetiva e impessoal definida pela legislação para que o Poder Público possa obter a proposta mais vantajosa, entendimento este corroborado pelo seguinte julgado.

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior

⁸² *Idem, ibidem.*

⁸³ PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>.

número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração... (ADI 2716, Relator(a))⁸⁴:

A inexigibilidade é uma situação excepcional em que a competição não oferece ao gestor a possibilidade de se obter a proposta mais vantajosa, autorizando a contratação direta. Entretanto, a Legislação exigiu do gestor que, mesmo na contratação direta, adotasse postura impessoal e objetiva tanto na comprovação da ocorrência da situação excepcional quanto em aspectos que norteassem a contratação, destacando-se a justificativa da escolha do executante.

A consagração de artistas de forma assemelhada à notória especialização não implica que exista apenas um artista e/ou banda que possa atender ao interesse público, pois deve haver vários nessa condição. A consagração apenas informa que o artista possui aceitação ou pela crítica ou pelo público que possam assegurar o alcance da finalidade pretendida, no caso, o êxito do evento promovido pelo Poder Público. Na contratação de serviço técnico, o vínculo de confiança existente entre o gestor e o executante justificaria a contratação.

Contudo, o mesmo não pode ser aplicado quanto à contratação de artista, pois o vínculo de confiança é irrelevante e o que importa é a capacidade de atrair o interesse público para o evento. Como há diversos artistas consagrados, aspectos como disponibilidade, preço e identificação com o evento promovido tornam-se relevantes. Se há dois artistas igualmente consagrados, qualquer um dos dois poderia ser contratado, o que tornaria o elemento objetivo preço decisivo se eles fossem assemelhados nos demais.

Nas inexigibilidades não é explicitado se os empresários ofereceram os artistas ou foram consultados pela prefeitura, aspecto este relevante para discussão da exclusividade, mas irrelevante para a questão da escolha. Além disso, cabe ao gestor não apenas ofertar as razões e sim as detalhar para permitir avaliação da parte do controle externo, resguardando a necessária transparência.

Verificou-se em processos, apenas a menção a consagração que não é razão hábil para a escolha dos artistas e/ou bandas, pois há outros na mesma condição, restando a conclusão de que o ato de escolha foi desprovido da necessária motivação, comprovando o desatendimento do Art. 26, Parágrafo Único, Inciso II, da Lei de Licitações

⁸⁴ BRASIL. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00226 RTJ VOL-00204-03 PP-01114.

3.4 INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O PREÇO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS

De forma assemelhada à razão de escolha do executante, cabe à gestão explicitar a justificativa para o preço dos serviços contratados não apenas para verificar se o valor contratado está dentro dos valores praticados pelo mercado, mas também para atestar se a alternativa mais vantajosa foi realmente adotada pela Administração, conforme julgado a seguir posto.

Licitação. Necessidade de justificativa do preço em qualquer contratação da Administração Pública. “(...) a justificativa de preço, comprovando-se os preços de mercado, é exigência de caráter essencial para legitimação das contratações diretas. Através dela, pode-se refrear a coligação maliciosa de qualquer interessado no intento de superfaturar o valor da contratação. Nessa direção, ensina Marçal Justen Filho, *in litteris*: ‘A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. A regra não se vincula precipuamente à contratação direta – afinal, não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública efetive contratação por valor dearrazoado. Ainda quando exista uma licitação, deve-se verificar se a proposta classificada, em primeiro lugar, apresenta valor compatível com a realização dos interesses protegidos pelo Direito. Proposta de valor excessivo deverá ser desclassificada (Lei n.º 8.666/93, art. 48). Mas a questão adquire outros contornos em contratações diretas, em virtude da ausência de oportunidade para fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados. Diante da ausência da competição, amplia-se o risco de elevação dos valores contratuais’⁸⁵.

Portanto, não constitui mera faculdade e sim obrigação da parte da Administração apresentar a justificativa do preço para que uma análise técnica corrobore o valor praticado entre os contraentes. Por outro lado, essa justificativa envolve o detalhamento dos valores a serem pagos ao artista e ao empresário, visto que efetivamente os dois serão remunerados e pode haver situação em que o preço pago ao artista seja compatível, mas o ganho do empresário ou produtora seja excessivo. Caso haja mais de um artista e/ou banda envolvidos, o valor de cada um deles deve ser explicitado. Nos procedimentos são explicitados os valores pagos por banda e/ou artista, contudo, esses valores envolvem também o ganho do empresário sem distingui-lo, além de que não há qualquer esclarecimento da razão desses valores perante aqueles praticados pelo mercado.

Portanto, verificou-se que em tais processos de inexigibilidade não há documentação que comprove que o valor pago pelas Prefeituras, por uma determinada apresentação, é o

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 295. (Licitação TCE/MG n.º 695862. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 30/10/2007).

realmente cabível no exercício ou em períodos específicos. Como alerta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes Filho⁸⁶

(...) justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado, mas, sim, demonstrar documentalmente que o valor contratado é compatível com o do mercado, que é o preço justo, o preço certo, que uma avaliação técnica encontraria.

A validade da contratação é condicionada à razoabilidade do preço desembolsado pela Administração Pública, devendo ser verificada com base nas atividades pretéritas e futuras do particular contratado, especialmente nas contratações diretas, em que a disputa entre interessados não concorreu para a estipulação do valor contratual.

Desse modo, para que as contratações diretas em comento fossem válidas, deveria o agente público responsável justificar a escolha dos artistas contratados, bem como instruir o processo de contratação direta com documentos comprobatórios de que as condições econômicas da contratação são similares às normalmente adotadas pelos artistas em suas apresentações.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁸⁷:

Instrua os processos de contratação direta segundo os procedimentos estabelecidos no artigo 26, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, de modo que sejam devidamente formalizados os elementos requeridos pelos incisos I a III desse dispositivo por meio de expedientes específicos e devidamente destacados no processo, caracterizando a motivação do administrador para a prática dos atos e juntando-se justificativa de preços que demonstre, item a item, a adequação dos preços àqueles praticados no mercado local, assim como parecer jurídico conclusivo que opine inclusive sobre a adequação dos preços unitários propostos pela entidade selecionada. (Acórdão 690/2005 Segunda Câmara).

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 evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 819/2005 Plenário).

A Administração Pública não pode realizar gastos sem demonstrar sua vantagem econômica. Configura-se, assim, uma irregularidade a não comprovação documental, nos processos licitatórios ou de inexigibilidade, de que o valor pago aos artistas condiz com o valor de mercado, havendo inobservância do art. 26, Parágrafo Único, Inciso III, da Lei de Licitações.

⁸⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 646.

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Licitações e Contratos. 3 ed. **Contratação Direta**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf>. Acesso em: jul. 2014.

3.5 AUSÊNCIA DA INSCRIÇÃO DE ARTISTAS E EMPRESÁRIO EM ÓRGÃO OFICIAL

Conforme abordagem no item 2.3 da Lei nº. 6.533/1978, em que trata da inscrição do artista e empresário em órgão oficial, complementa-se a questão com Lei nº. 3.857/60. O texto do Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações, um dos requisitos para que seja feita a contratação direta é que o artista seja profissional, o que vedaria a utilização desse procedimento para contratar grupos ou artistas amadores, os quais não exigem retribuição pecuniária para prestarem seus serviços e sim oportunidade para a sua manifestação cultural.

Quanto ao músico profissional, definido na forma da Lei nº. 3.857/60 (dispõe sobre a regulamentação profissão de músico, e dá outras providências) é definido o seguinte:

Art. 29. Os músicos profissionais para os efeitos desta lei, classificam-se em:

(...)

d) instrumentais de todos os gêneros e especialidades;

e) cantores de todos os gêneros e especialidades;

(...)

Art. 61. Para os fins desta lei, não será feita nenhuma distinção entre o trabalho do músico e do artista músico a que se refere o Decreto número 5.492, de 16 de julho de 1928, e seu Regulamento, desde que este profissional preste serviço efetivo ou transitório a empregador, sob a dependência deste e mediante qualquer forma de remuneração ou salário, inclusive "cachê" pago com continuidade.

Os dispositivos acima postos claramente incluem cantores e músicos instrumentais como músicos profissionais, contudo, o art. 61 faz menção ao artista músico. Então, há duas classes distintas de músicos. Os músicos profissionais são aqueles que prestam serviço eventualmente ou não a um empregador, estando sob as normas da Lei nº. 3.857/60 e subsidiariamente, à CLT. Quando o artista músico equipara-se ao profissional quando se submete às condições do art. 61, ou seja, um trabalho subordinado, ou seja, em que ele deve se limitar à orientação do empregador, não tendo liberdade artística quanto à execução da obra musical.

Contudo, quando não há subordinação na relação de trabalho do artista músico, a Lei nº. 3.857/60 não se aplica totalmente. Quanto a isso a Lei nº. 6.533/1978 (dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências) e Decreto nº. 82.385/1978 (regulamenta a Lei nº. 6.533/1978) disciplinam a profissão de artista nos seguintes termos:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública;

II - Técnico em Espetáculos de Diversões, o profissional que, mesmo em caráter auxiliar, participa, individualmente ou em grupo, de atividade profissional ligada

diretamente à elaboração, registro, apresentação ou conservação de programas, espetáculos e produções.

Parágrafo único - As denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões constarão do regulamento desta lei.

Art. 3º - Aplicam-se as disposições desta lei às pessoas físicas ou jurídicas que tiverem a seu serviço os profissionais definidos no artigo anterior, para realização de espetáculos, programas, produções ou mensagens publicitárias.

Parágrafo único - Aplicam-se, igualmente, as disposições desta Lei às pessoas físicas ou jurídicas que agenciem colocação de mão-de-obra de profissionais definidos no artigo anterior.

Art. 4º - As pessoas físicas ou jurídicas de que trata o artigo anterior deverão ser previamente inscritas no Ministério do Trabalho.

Art. 5º - Não se incluem no disposto nesta Lei os Técnicos em Espetáculos de Diversões que prestam serviços a empresa de radiodifusão.

Art. 6º - O exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional.

Art. 7º - Para registro do Artista ou do Técnico em Espetáculos de Diversões, é necessário a apresentação de:

I - diploma de curso superior de Diretor de Teatro, Coreógrafo, Professor de Arte Dramática, ou outros cursos semelhantes, reconhecidos na forma da Lei;⁸⁸.

Fica manifesto que o termo artista se refere aos profissionais do teatro, televisão e cinema que executam obras para divulgação ou exibição pública, o que, em tese, não poderia disciplinar os serviços prestados pelo artista músico, contudo, a doutrina prega que há aplicação supletiva da Lei nº. 6.533/78.⁸⁹

Essa aplicação supletiva não é despropositada, visto que, tanto o artista músico quanto o artista não prestam meros serviços, mas participam da confecção de uma obra, tendo a proteção a seus direitos como uso da imagem e até autorais se for o caso.

Da análise dos artigos transcritos acima, verifica-se que o profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho (DRT), o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra. Portanto, para verificar o cumprimento do requisito estabelecido pelo artigo 25, inciso III da Lei nº. 8666/93, deve-se observar se o artista a ser contratado enquadra-se na descrição do artigo 2º da Lei nº. 6.533/1978.

Outro requisito a ser verificado é se o profissional está devidamente inscrito no Ministério do Trabalho. No caso em análise, em nenhum dos processos acima listados foi apresentado qualquer documento por parte dos artistas contratados, comprovando seus registros no Ministério do Trabalho.

⁸⁸ **BRASIL.** LEI Nº 6.533. Lei Nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências. Disponível em: <<http://ar.art.br/index.php/186-docs-importantes/legislacao/151-lei-n-6-533>>. Acesso em: ago, 2014.

⁸⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo.** São Paulo: LTR, 1998, p. 231.

Na verdade, reputou-se irregular obstacular o livre exercício da profissão de músico em virtude de ser um dos aspectos da liberdade da manifestação artística consagrada na Carta Magna. A exigência de inscrição na DRT tem o propósito de resguardar os direitos dos músicos profissionais, visto que o Poder Público poderia verificar a evolução do liame de trabalho e as condições nele definidas, permitindo a intervenção necessária para prevenir contra possíveis irregularidades, o que não impediria que o profissional músico fosse exigir a tutela jurisdicional.

Portanto, essa exigência tem a função de proteger o direito dos artistas e deve ser observado pelo ente contratante sem que a lei lhe proporcione qualquer discricionariedade quanto a esse aspecto. Essa exigência deveria ser observada pela comissão de licitação, à qual não cabe apenas reunir a documentação e sim verificar se as exigências legais foram atendidas, o que não foi o caso em que não há qualquer prova nas inexigibilidades de que tanto os artistas quanto os empresários estavam inscritos na DRT, segundo o decreto 82.385/1978 Decreto Federal.

Como já foi dito anteriormente, o Art. 51, § 3º, da Lei de Licitações solidariamente responsabiliza os membros da comissão por seus atos omissivos e comissivos, sendo a omissão quanto à exigência dessa comprovação o nexo entre a sua conduta e a irregularidade existente.

3.6 BURLA AO REQUISITO DE CONTRATAÇÃO POR EMPRESÁRIO EXCLUSIVO⁹⁰

Como foi dito anteriormente, o elemento precedente na questão da contratação direta de artista e/ou banda era a consagração dele, contudo, a contratação direta dependeria de outro requisito: a exclusividade de representação. Este aspecto é determinante para que a inexigibilidade seja procedente, visto que a consagração do artista não significaria unicidade e sim que o artista como tantos outros gozaria de prestígio junto à crítica ou ao público a tal ponto que garantiria a necessária visibilidade para o evento promovido e, por conseguinte, a finalidade almejada pelo Poder Público.

O vínculo de exclusividade deverá ser devidamente comprovado através de carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha condição para representar banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, conforme indicação em contrato social ou estatuto registrado nos órgãos competentes, de sorte que as meras declarações de

⁹⁰ PERNAMBUCO. Tribunal de Contas de Pernambuco. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0

exclusividade acostadas aos processos de inexigibilidade, ainda que com firma reconhecida, não legitimam a condição dos signatários respectivos, uma vez que não foram instruídas, como devido, com os respectivos contratos sociais ou estatutos, de sorte que não quedou comprovada a condição daqueles signatários para representar as bandas.

O contrato de agenciamento de artista é espécie do gênero do contrato de intermediação e foi disciplinado pelo Código Civil (CC) nos seguintes termos.

Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.

Art. 711. Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

Art. 712. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.

Art. 713. Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.

Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.⁹¹

Essencialmente, o contrato de agenciamento consiste na assunção contínua de uma das partes, o agente, da obrigação de promover o interesse da outra parte, o proponente. Essa intermediação envolve a realização de negócio jurídico dentro da área de vigência do liame e até a autorização para a celebração de contratos junto a terceiros. Em contraprestação a seus serviços, o agente será remunerado em função dos negócios por ele intermediados, isto é, o agenciamento é um liame de resultados e não de mera prestação de serviços.

Um aspecto importante dessa forma contratual é que ela pode prescindir de termo contratual por escrito, contudo, ao se adotar a forma verbal, torna-se presumida a exclusividade, a vigência indeterminada do liame, a remuneração do agente em razão dos negócios concluídos em sua zona de atuação com a correspondente assunção da parte dele das despesas com a agência. O contrato de agenciamento de serviços artísticos é precipuamente disciplinado por esses dispositivos do Código Civil, não cabendo a aplicação da Lei Federal nº 4.886/65, a Lei da Representação Comercial, visto que esta tem como objeto a intermediação de negócios mercantis enquanto o agenciamento de artistas, a intermediação de negócios cíveis.

⁹¹ BRASIL. Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=667>>. Acesso em: jul. 2014.

Diante do arcabouço jurídico que disciplinaria e, por conseguinte, definiria a pessoa do agente ou, como é mencionado na Lei de Licitações, o empresário exclusivo, a questão relevante seria a prova da exclusividade. Como foi dito antes, o contrato de agenciamento pode ser por escrito ou verbal e a adoção desta forma torna presumida diversas condições contratuais, especialmente a presunção de exclusividade na área de atuação do agente.

Quanto à questão da prova, o TCU decidiu que haja termo contratual no qual sejam precisas e explícitas as condições em que o liame é executado, especialmente quando houver celebração de contrato de prestação de serviços artísticos junto ao Poder Público, segundo julgado posto a seguir.

Quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:
 - deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento; Acórdão TCU Nº 96/2008 – Plenário⁹².

Em outras palavras, a Decisão do TCU não apenas destacou escrituração do contrato, mas também negou a validade de contratos de exclusividade vigentes para determinadas datas ou restritos à localidade do evento. Esse entendimento do TCU não é desprovido de lógica, visto que a representação é contrato não eventual, sendo tais contratos restritos um mero de repasse do artista para outro empresário, o que apenas oneraria o vínculo porque haveria dois empresários a serem remunerados. Além disso, o empresário contratado não seria o representante exclusivo e sim um mero intermediador, tornando irregular tal liame.

Por outro lado, essa posição do TCU deve ser vista com certa flexibilidade, visto que a exclusividade pode ser comprovada por outra forma aceita pelo direito, conforme julgado do TJPE transcrito a seguir.

Apelação Cível TJPE nº 0035003-0
 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS.
 (...)
 5. A impossibilidade de competição, em sede de contratação de artistas por intermédio de produtora, não depende necessariamente, em qualquer hipótese, da pré-existência de contrato de exclusividade entre a produtora e o artista.

De forma alguma o TJPE determinou que a exclusividade não devesse ser objeto de prova, mas apenas negou que o contrato prévio de exclusividade seja a única prova viável. Assim, todas as formas de provas aceitas pelo direito são cabíveis para testificar a

⁹² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação de profissional** - repasse de recursos. Disponível em: <<http://jacoby.pro.br/novo/noticia.php?id=1866>>. Acesso em: jul. 2014.

exclusividade, provas como contratos celebrados com outros entes que provariam a existência de um vínculo não eventual, por exemplo, poderia comprovar tal exclusividade. Contudo, de acordo com Decisão do STF, quando do julgamento do MS20335-DF, “cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das Leis e regulamentos, na aplicação do dinheiro público”.⁹³

Portanto, a decisão do TJPE não exime o gestor de comprovar a exclusividade, mas determina que o contrato prévio não é a única forma, visto que o agenciamento pode prescindir da forma escrita. Assim, o empresário deve oferecer outras formas de que o liame é contínuo como outros contratos celebrados em nome dos agenciados junto a outros entes, comprovantes de pagamentos aos artistas e/ou bandas, entre outros.

Quanto à prova do negócio jurídico, O Código Processual Cível dispôs o seguinte: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Em vista disso, o seguinte rol previsto no Código Civil é de caráter enume/rativo.

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
I - confissão;
II - documento;
III - testemunha;
IV - presunção;
V - perícia.

Como o gestor tem o ônus da prova acerca da regularidade de seus atos e ele deve comprovar no corpo da inexigibilidade a concorrência dos elementos fáticos que atestariam a inviabilidade de competição, cabe ser acostado aos autos elementos que provariam a existência de relação de intermediação exclusiva da parte do empresário. O que resume a prova da exclusividade ao meio documental. Quanto a isso, o Código Civil dispôs do art. 215 ao art. 221 (Anexo).

Os dispositivos do Código Civil apresentam as formas documentais mais pertinentes para comprovar o liame de exclusividade, no caso, instrumento público ou particular, certidões, traslados e declarações. No caso em questão, a ausência de instrumento público ou particular prévio torna a alternativa mais viável a declaração consubstanciada por meio de cartas ou declarações de exclusividade, não impedindo a comprovação por outros meios.

⁹³ BRASIL. STF - Mandado De Segurança : **MS 20335 DF**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14688788/mandado-de-seguranca-ms-20335-df>>. Acesso em: jul. 2014.

Declarações tanto podem ser dispositivas quanto enunciativas. Declaração dispositiva é aquela relativa à própria essência do negócio jurídico enquanto a enunciativa pode guardar alguma pertinência com o negócio, em maior ou menor grau. Declarações enunciativas não podem ser utilizadas, visto que os artistas e/ou bandas não iriam declarar a existência do liame de agenciamento, mas elemento relacionado a ele. As declarações dispositivas é que podem ser utilizadas, visto que a essência delas é a declaração da existência do próprio liame e seus aspectos fundamentais⁹⁴.

Assim, as cartas ou declarações de exclusividade constituem declarações dispositivas que devem manifestar a existência de liame de agenciamento, a identificação do agente e a data de início do liame verbal, visto que tal declaração apenas seria cabível apenas no caso do contrato verbal. Caso exista contrato escriturado prévio, este é que deve ser apresentado, salvo justificativa pertinente do empresário⁹⁵.

Como o liame seria verbal, a exclusividade e a vigência indeterminada seriam presumidas, apenas negados se existisse termo contratual, o que tornaria desprovida de valor probante a declaração. Portanto, declarações ou cartas de exclusividade possuem o seu valor probante prejudicado quando definem determinado prazo ou local de vigência, visto que a vigência é indeterminada tanto em relação ao espaço quanto ao tempo, salvo estipulação contrária em contrato por escrito.

Outro aspecto relevante é a questão do reconhecimento de firma. Esta consiste na confirmação da parte do Tabelião de autenticidade de assinatura aposta por pessoa física em documento, tornando presumida a ciência do teor do documento e de sua aceitação da parte daquele que apôs sua assinatura. Em vista disso, este assume o ônus dos efeitos do reconhecimento, extinção, modificação ou criação de obrigação porventura decorrente do documento que tanto pode ser instrumento particular quanto declaração⁹⁶.

As declarações dispositivas em que o artista e/ou banda reconhecem a existência de liame de agenciamento, em virtude do Art. 221 do CC, prescindem do reconhecimento de firma para vincular as partes mencionadas nessas declarações. Contudo, para ter efeito perante terceiros como o Poder Público contratante e ao controle externo, esse mesmo dispositivo

⁹⁴ BRASIL. Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Extrato da Decisão Monocrática de Nº 6367/2013 **Processo TC Nº 1204856-2**. Pensão Interessado (s): Manoel Luiz Nunes. Julgador Singular: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Ato Submetido a Registro: Portaria nº 027/2012 do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Sertânia -IPSESE, retificada pela Portaria nº 036/2013, com vigência a partir de 16/05/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58592995/tce-pe-03-09-2013-pg-3>>. Acesso em: jul. 2014

⁹⁵ *Idem, ibidem.*

⁹⁶ *Idem, ibidem.*

exige que seja feita por meio de instrumento público, isto é, aquele lavrado pelo Tabelião em livro próprio e goza de fé pública. O mesmo se aplica a contratos de agenciamento.

Caso sejam apresentados contratos de agenciamento na forma de escritura particular, a mesma exigência do Art. 221 do CC recai sobre ele, isto é, faz-se necessário ser feita por meio de escritura pública para ter efeito perante terceiros. Por outro lado, como o reconhecimento de firma é feito por Tabelião por força do Art. 7º, Inciso IV, da Lei Federal nº 8.935/94, goza de fé pública o reconhecimento de que as assinaturas realmente são das pessoas que as apuseram no documento. Assim, documentos com reconhecimento de firma poderiam dispensar a utilização de instrumento público.

Outro ponto a se destacar que as cartas de exclusividade, declarações ou contratos de bandas devem ser acompanhados de algum documento que ateste o poder de representação do proponente nos documentos, entendimento este manifesto no seguinte julgado.

O vínculo de exclusividade deverá ser devidamente comprovado através de carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha condição para representar banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, conforme indicação em contrato social ou estatuto registrado nos órgãos competentes, de sorte que as meras declarações de exclusividade acostadas aos processos de inexigibilidade, ainda que com firma reconhecida, não legitimam a condição dos signatários respectivos, uma vez que não foram instruídas, como devido, com os respectivos contratos sociais ou estatutos, de sorte que não quedou comprovada a condição daqueles signatários para representar as bandas⁹⁷.

Acaso a exclusividade não seja comprovada, o empresário seria um mero agenciador que teria obtido tal direito por meio de cessão para ter a exclusividade sobre os serviços artísticos para local, dia e hora definidos. A cessão de direito não torna o agenciador empresário exclusivo nos termos da Lei de Licitações, o que impediria a contratação direta⁹⁸.

Esse impedimento não é mera formalidade. A cessão é onerosa e, por conseguinte, o agenciador irá ter que não apenas remunerar o artista e/ou banda, mas também o seu empresário exclusivo. Portanto, haveria um ônus financeiro a maior que negaria a tal contratação a condição de proposta mais vantajosa, especialmente pelo fato de que há outros artistas consagrados que poderiam atender igualmente a finalidade pública e por meio do empresário exclusivo deles⁹⁹.

Outro aspecto relevante é que o agenciador poderia cobrar um valor pelo serviço artístico bem acima do valor habitual, pois o artista apenas receberia o seu valor contratual e o seu empresário exclusivo, a sua quota nessa remuneração. Estes não teriam nenhum prejuízo,

⁹⁷ TERMO DE OCORRÊNCIA TCM/BA nº 93.016/09, de relatoria do conselheiro José Alfredo Rocha Dias.

⁹⁸ *Idem, ibidem.*

⁹⁹ *Idem, ibidem.*

pois já teriam o seu ganho e o agenciador estaria livre para impor o seu preço, entendimento este que Joel de Menezes Neibuhr manifesta¹⁰⁰

Já 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. Assim sendo, por obséquio à economicidade e à moralidade administrativa, que se celebre o contrato diretamente com o artista.

As informações anteriormente postas atestam que não foi acostado pelo Poder Público nenhum documento hábil para comprovar a exclusividade nos supostos liames de agenciamento, sendo configurada a mera intermediação em que a Administração ficou prejudicada, pois acabou por pagar preço superior ao normal, visto que o intermediador acresceu o seu ganho ao valor que ele deveria retribuir ao empresário realmente exclusivo dos artistas e/ou bandas.

Observa-se que algumas bandas simplesmente apresentaram mais de um empresário supostamente exclusivo ao longo do exercício. Uma banda foi representada por três empresários em inexigibilidades diversa, outra também por dois empresários em processos distintos. Esses fatos atestam que os empresários não são exclusivos, apesar de contratos assinados quando das inexigibilidades¹⁰¹.

É inequívoco que os processos de inexigibilidade em questão não continham nenhuma prova hábil da existência do liame de agenciamento fundado em termo contratual ou simplesmente em acordo verbal, ficando caracterizado que os empresários contratados eram meros agenciadores ou intermediários que indevidamente procuraram assumir a figura prevista no Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações.

Por outro lado, as irregularidades anteriormente descritas são manifestas, o que prejudica qualquer argumento de desconhecimento dos fatos ou que os aspectos eram por demais técnicos, o que justificaria erro de julgamento da parte dos agentes envolvidos.

O art. 38 da Lei de Licitações dispõe o seguinte:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Como já foi dito anteriormente, o Art. 51, § 3º, da Lei de Licitações solidariamente responsabiliza os membros da comissão por seus atos omissivos e comissivos, sendo a

¹⁰⁰ NEIBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 327 e 328.

¹⁰¹ *Idem, ibidem.*

omissão quanto à exigência da comprovação dos requisitos postos no Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações, o nexo entre a sua conduta e a irregularidade existente.

Dessa forma, em razão das irregularidades manifestas, não pode a autoridade homologadora simplesmente alegar desconhecimento da matéria tanto pelo valor relevante do serviço quanto pelas exigências descabidas que constavam do edital. Assim, por força do Art. 49 da Lei de Licitações, o prefeito também responde solidariamente com os demais.

3.7 PAGAMENTO POR INTERMEDIACÃO IRREGULAR¹⁰²

Como foi mencionado no item anterior, o liame existente entre o empresário exclusivo e o artista profissional é o instituto do agenciamento em que o primeiro se obriga a promover e realizar negócios jurídicos em nome do segundo e, conforme o trato estabelecido, até poderia celebrar contratos. Em virtude disso, ao empresário ou, segundo nomenclatura do Código Civil, o agenciador teria direito a um ganho sobre a remuneração obtida pelo artista profissional¹⁰³.

Esse ganho qualifica o liame como um contrato de resultado e não de prestação de serviço. Caso o termo contratual e apenas ele não estipule cláusula em contrário, cabe ao agente os custos pela promoção dos interesses do artista, o qual é designado proponente, o que incluiria até os gastos feitos para a apresentação do artista nas condições do contrato de prestação de serviços celebrado pelo agente.

A análise das inexigibilidades revelou que não foi acostado na documentação nenhuma prova hábil da exclusividade, da existência de um liame de agenciamento exclusivo entre o artista profissional e os empresários que celebraram contratos de prestação de serviços junto a Prefeitura. Podem alegar que os contratos atendiam às exigências postas no Código Civil em seu Art. 104: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Os contratos foram celebrados de acordo com as exigências legais atendendo ao Art. 60, Parágrafo Único, da Lei de Licitações. As partes estavam aptas para contrair obrigações e direitos e a prestação de serviços artísticos era um objeto lícito¹⁰⁴.

Portanto, a questão não estava no contrato em si, mas em dois aspectos: a ausência de pressuposto fático e a antieconomicidade. Em relação ao primeiro, o ato administrativo de contratar diretamente o empresário estava fundado no pressuposto fático de que ele era o

¹⁰² PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0

¹⁰³ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁴ *Idem, ibidem.*

empresário exclusivo e, portanto, o único que poderia representar o interesse do artista profissional. Como foi visto, os empresários contratados não eram exclusivos, mas meros intermediadores entre os verdadeiros empresários exclusivos e o Estado¹⁰⁵.

Pode-se alegar que houve falhas na comprovação, mas não restava nenhuma outra solução para o problema. Tal entendimento é equivocada, visto que a condição de exclusivo tornaria presumido que tal empresário era o único meio para se obter os préstimos do artista profissional, segundo julgado posto a seguir.

Ao redigir o inciso III, art. 25 da Lei de Licitações, quis o legislador assegurar que a contratação direta com atrações artísticas musicais obrigatoriamente seja feita por estas ou através de empresário exclusivo, evitando-se, assim, a intermediação de terceiros. Para extrairmos o entendimento pleno da norma, mister se faz buscar o conceito de empresário exclusivo. Sobre a matéria, o festejado publicista Jorge Ulisses Jacoby define, in litteris:

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 fornecimento exclusivo daquela mão-de-obra.

Segundo o nosso entendimento, a figura do empresário descrita na norma não se confunde com intermediário, posto que aquele tem, para com o artista, relação contratual de cunho permanente, cabendo-lhe o gerenciamento dos negócios e carreira do profissional por ele representado, enquanto este guarda vínculo pontual e fugaz.

Desta feita, está translúcido que a empresa Marcus Produções Ltda. – ME não dispõe da exclusividade vindicada no diploma e, por conseguinte, sua contratação por inexigibilidade não encontra agasalho no ordenamento jurídico, sendo, portanto, irregular.¹⁰⁶

Essa presunção conferia vantagem relevante para tal agenciador e deveria ser objeto de prova inequívoca nos autos da inexigibilidade, o que não foi satisfeito pela Administração quando da formalização da inexigibilidade. Com a ausência de comprovação do pressuposto fático, no caso, a existência de liame de exclusividade, resta nulo de pleno direito os contratos celebrados entre a Prefeitura e os agenciadores.

Quanto à questão dos efeitos dessa nulidade, cabe destacar as palavras de José dos Santos Carvalho Filho¹⁰⁷.

Sendo assim, a decretação da invalidade de um ato administrativo vai alcançar o momento mesmo de sua edição.

Isso significa o desfazimento de todas as relações jurídicas que se originaram do ato inválido, com o que as partes que nelas figuraram hão de retornar ao *status quo ante*. Para evitar a violação do direito de terceiros, que de nenhuma forma contribuam para a invalidação do ato, resguardam-se tais direitos da esfera de incidência do desfazimento, desde que, é claro, se tenham conduzido de boa-fé¹⁰⁸.

¹⁰⁵ PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério Público do Rio Grande do Norte. MPRN. Processo TCE/PB nº 09351/08 – 1ª Câmara. Disponível em: <www.mprn.mp.br/portal/inicio/patrimonio-publico/...de.../file>. Acesso em: 22 ago. 2014.

¹⁰⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 13 ed. 2005, p. 128 e 129.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*.

A questão da nulidade é mencionada não por causa da possibilidade de invalidar o ato, visto que ele se extinguiu naturalmente com a execução do objeto do termo contratual. Entretanto, ela é relevante para desanuviar a questão dos responsáveis. Salvo prova em contrário, tanto o artista profissional quanto o seu empresário exclusivo agiram de boa fé. O primeiro executou contrato celebrado pelo agenciador eventual em razão de cessão promovida pelo seu agenciador exclusivo. Quanto a este, em razão da natureza do negócio de agenciamento, apenas realizou negócio jurídico sob a autorização implícita do artista, visto que este cumpriu o objeto do contrato feito junto à Prefeitura.

Em razão da boa fé presumida dessas duas partes, resta apenas a responsabilidade do agenciador eventual, o empresário supostamente exclusivo que se utilizou dessa condição desprovida de provas para obter ganho econômico junto ao Poder Público. Quanto a esse ganho, deve-se tratar do segundo aspecto: antieconomicidade. Quanto a isto, cabe destacar posição do TCU.

Conforme já me manifestei em outras oportunidades, como por exemplo no recente Acórdão no 146/2007 – 1ª Câmara:

(...) licitação é o procedimento administrativo mediante o qual os órgãos públicos e entidades selecionam a proposta mais vantajosa para a avença de seu interesse. Nesse contexto, surge um princípio basilar ao Direito Administrativo, qual seja, o da indispensabilidade da licitação para se adquirir, alienar ou locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, que tem assento constitucional (art. 37, inciso XXI, da Carta Política) e infraconstitucional - art. 2º da Lei nº 8.666/1993 (...).

Essa demanda decorre de princípios também insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros elencados pela doutrina para a licitação. É dizer: a regra estatuída na Constituição Federal é a da obrigatoriedade de licitar, já as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de certame devem ser interpretadas como exceções.¹⁰⁹

A licitação procura obter a proposta mais vantajosa não apenas em termos financeiros, mas também em termos técnicos. Portanto, o gestor deve providenciar a instauração de certame com a definição dos elementos objetivos que nortearão o julgamento, contudo, há casos em que a competição é inviável, especialmente quanto a subjetividade impede que haja julgamento como no caso de profissionais de notória especialização e de artistas consagrados.

A condição deles não é de unicidade e sim de singularidade, visto que há diversos artistas ou profissionais que gozam dessa condição singular. Portanto, a inviabilidade de competição não é devido a existência de apenas um, mas a ausência de critérios que permitam o julgamento objetivo. Assim, a Administração, no caso dos artistas profissionais, deve

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 798/2008 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/..%5Ctcu%5Cpdfs%5CAcordao7982008-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

escolher um dos artistas consagrados e procurar o seu agenciador exclusivo, sendo o ônus do Poder Público a remuneração dos artistas e a remuneração do agenciador, a qual deve incluir os gastos com divulgação, promoção e execução do objeto do contrato.

Ao celebrar contrato com mero agenciador, o Estado acaba por incluir ônus excessivo porque o empresário é um mero intermediador e caberia à Administração procurar o empresário exclusivo. Caso o agenciador eventual tenha realmente contratado a data do evento, o que não foi o caso das empresas aqui envolvidas, a Administração não pode contratar com aquele artista e como há outros consagrados que tão bem atenderiam a finalidade, deveria o gestor procurar os empresários exclusivos deles.

Ao realizar negócio jurídico com o agenciador eventual, o gestor promoveu ato não apenas ilegal, pois desatendeu o dispositivo da Lei de Licitações, mas também cometeu ato antieconômico, pois pagou preço maior para ter os préstimos do artista daquele que ele pagaria se tivesse feito o liame com o agenciador realmente exclusivo. Portanto, com fulcro no Art. 70 *caput*, e Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o gestor realizou ato antieconômico e desprovido de eficiência.

Quanto esses princípios, o gestor não obteve o produto, no caso, a realização do evento com o menor comprometimento de recursos, mas pagou preço superior àquele que pagaria caso tivesse realmente feito liame com empresário exclusivo. Assim, é inequívoco que houve dano ao erário, mas a questão se limitaria a definir uma base para estimar adequadamente o prejuízo.

Um dos princípios que regem a pessoa jurídica é a distinção do seu patrimônio daquele pertencente aos seus associados, o que restringe ao patrimônio da entidade o ônus decorrente das obrigações por ela assumidas, salvo quanto à parte do capital não integralizado pelos associados. Esse princípio constitui suporte primordial para o empreendedorismo, pois o empresário pode assumir o risco da atividade econômica sem ameaçar o seu patrimônio.

Essa prerrogativa não é injusta em relação a terceiros, visto que o contrato social, demonstrações e livros contábeis tornam pública não apenas as condições que regem a gestão dos negócios, mas também o capital social e a situação patrimonial da entidade, viabilizando a necessária transparência para que haja maior credibilidade do ente. Contudo, essa prerrogativa pode ensejar abusos da pessoa jurídica em detrimento de terceiros para favorecer os associados. Em virtude disso, o Código prescreveu que a distinção da personalidade da pessoa jurídica poderia ser desconsiderada a fim de alcançar os associados e seu respectivo patrimônio que deram causa ao ilícito.

Diante da natureza irregular da despesa, cabe definir os possíveis responsáveis. Quanto à questão da pessoa do ordenador de despesas, o Decreto Lei nº 200/67 dispôs o seguinte:

Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

§ 2º O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.

Esse diploma afirma que a responsabilidade pelos atos do qual resultem emissão de empenho e autorização de pagamento será do ordenador, o qual define como a autoridade que possui a competência para exarar os atos mencionados. A única hipótese de exclusão da imputabilidade seria a prova da parte do ordenador de que houve exorbitância das funções da parte de agente subordinado, o que não foi o caso. O Código de Administração Financeira do seguiu a mesma linha, ao determinar que:

Art. 199. Os bens públicos serão confiados à guarda e conservação de agentes responsáveis, mediante termo, conferido e achado certo pelo responsável.

Art. 200. Para efeito do disposto no "caput" do artigo anterior, são considerados responsáveis por dinheiro, valores ou outros bens públicos:

I - o ordenador de despesas;

A responsabilidade do Secretário de Cultura e Desportos em municípios e a comissão permanente de licitação são relevantes para que os agenciadores irregulares fossem contratados.

Portanto, o Secretário e a comissão foram as autoridades que consideraram interesse público tal gasto e que a função dessa autoridade seria, segundo a Lei nº 2.270/1998, Art. 16, “promover e incrementar as atividades de incentivo a cultura em todas as suas formas e manifestações; apoiar a cultura popular”. Como foi exposto antes, em virtude do Princípio da Eficiência, caberia ao gestor procurar realizar a finalidade, organizar e promover o calendário de eventos, com o menor dispêndio possível, tarefa para a qual falhou ao celebrar negócio com agenciador distinto do exclusivo¹¹⁰.

Contudo, a responsabilidade não se limita à pessoa do secretário e comissão. Como foi visto anteriormente, o prefeito é o Chefe do Poder Executivo e na pessoa dele estão

¹¹⁰ PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>.

concentradas as funções desse órgão, as quais são delegadas para os seus auxiliares tanto por Decreto, nos casos em que a Lei Orgânica menciona, ou por Lei¹¹¹.

No caso em questão, o Prefeito além de ordenador de despesa, participou ativamente e foi decisivo para que ela ocorresse. Foi ele que autorizou expressamente a realização de tal gasto por meio da instauração das inexigibilidades quanto homologou e adjudicou.

Assim, ele não pode alegar desconhecimento em virtude da complexidade da máquina pública, especialmente quanto a eventos que demandaram quase meio milhão de reais do erário. Como já foi dito anteriormente, o Art. 51, § 3º, da Lei de Licitações solidariamente responsabiliza os membros da comissão por seus atos omissivos e comissivos, sendo a omissão quanto à exigência da comprovação dos requisitos postos no Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações, onexo entre a sua conduta e a irregularidade existente¹¹².

Portanto, há um liame causal entre a conduta dos agentes e o dano promovido ao erário, tornando-os autores desse ato irregular. Como a solidariedade, segundo o Art. 265 do CC não pode ser presumida, a solidariedade em questão decorre do seguinte dispositivo do corrente Código¹¹³.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Face à explanação acima feita, o gasto com o pagamento indevido a agenciadores distintos dos exclusivos constitui despesa sem finalidade pública em virtude da inobservância dos princípios da legalidade, eficiência e economicidade consagrados nos Arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Carta Magna, além do Art. 25, Inciso III, da Lei de Licitações.

Quanto às empresas em questão, não cabe imputar-lhes ônus de ressarcimento, visto que elas adimpliram o contrato, isto é, salvo prova em contrário, as apresentações ocorreram e elas fizeram jus ao pagamento acordado. A questão é que os agentes públicos e políticos envolvidos não realizaram o fim pretendido com o menor dispêndio porque desconsideraram as determinações legais por meio de conduta comissiva ou omissiva e, em vista disso, o ônus recai sobre eles.

O Tribunal de Contas de Pernambuco assim se pronunciou sobre a matéria em exame, em sua Decisão T.C. Nº 0542/07 (notas taquigráficas):

¹¹¹ PERNAMBUCO. **Tribunal de Contas de Pernambuco**. Item desenvolvido a partir da interpretação do Processo n. 1104514-0. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>.

¹¹² *Idem, ibidem*.

¹¹³ *Idem, ibidem*.

Quanto ao item 8, verifica-se que a Administração contratou de forma direta com empresários de profissionais do setor artístico, tendo atingido o montante de R\$ 276.500,00 (duzentos e setenta e seis mil e quinhentos reais), mediante o instrumento da inexigibilidade de licitação, em detrimento da instauração de processo regular de licitação, não atentando para o disposto na Decisão TC nº 229/97, bem como ferindo o princípio da eficiência na administração pública, disposto no art. 37 da Constituição Federal.

Decidiu o Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 26 de fevereiro de 1997, responder ao consulente nos seguintes termos:

Nos termos do artigo 25, inciso III, da Lei Federal Nº 8.666/93 (Lei das Licitações) é inexigível a abertura de processo licitatório para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

II. O processo de inexigibilidade será fundamentado, obrigatoriamente (artigo 26, parágrafo Único), com as razões da escolha do executante e a justificativa do preço, e será instaurado pela Comissão de Licitações, a qual comunicará à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para a eficácia da inexigibilidade¹¹⁴.

Conforme se evidenciou que as contratações dos artistas não cumprem o que a legislação exige, ou seja, não é diretamente com o artista, tampouco através do empresário exclusivo.

3.8 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Os arts. 81 a 88 da Lei nº 8.666/93 tratam das sanções administrativas, destacando-se dentre eles, o art. 82 da Lei nº 8.666/93, pela sua abrangência tanto nas condutas dos particulares, quanto dos agentes da Administração Pública. O disposto do artigo segue *in verbis*:

Art.82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

De acordo com Marçal Justen Filho¹¹⁵, faz o seguinte comentário: “O agente administrativo que infringir seus deveres legais, por ação ou omissão, o prejuízo aos interesses fundamentais e a frustração da tutela à licitação deverá ser punido. Sujeitar-se-á responsabilização civil, penal e administrativa”.

A regra não introduz novidade e sua utilidade reside em tornar explícito e definido um princípio inerente ao direito público.

¹¹⁴ PERNAMBUCO. **Decisão T.C. Nº 229/97**. Relator: Conselheiro Antônio Corrêa De Oliveira Processo T.C. Nº 9605049-4 – Consulta Formulada por Oséas Moraes, Deputado Estadual.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. Dialética: São Paulo, 2010, pp. 876-877.

O Tribunal de Contas da União (TCU) dispõe o seguinte em seus julgamentos sobre o assunto:

Não se cogita, atualmente, da possibilidade de apenação por esta Corte, sem que se vislumbre a existência de culpa do responsável. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva.

Quanto aos gestores públicos, devem estar presentes os seguintes elementos, para que se possa apená-los:

- a) ação comissiva ou omissiva e antijurídica;
- b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade);
- c) nexos de causalidade entre ação e a ilicitude verificada; e
- d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente¹¹⁶.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 87, incisos III e IV, prevê duas sanções administrativas conhecidas como “suspensão” e “declaração de inidoneidade”, existindo outra sanção conhecida como “impedimento de licitar e contratar”, prevista no art. 7º da Lei nº 10.520/02. Registra-se que este dispositivo regula as licitações na modalidade Pregão, não sendo o caso, portanto, a prática da modalidade em apreço, sendo o motivo de não se estender na discussão deste tópico¹¹⁷.

A sanção prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93, conhecida como “declaração de inidoneidade”, visa impedir que o particular contrate com toda a Administração Pública quando o contratado descumprir total ou parcialmente o contrato ou se praticar alguma conduta prevista no art. 88 da Lei nº 8666/93. Porém, não é incomum nos depararmos com alguma decisão em que o próprio TCU aplica a “declaração de inidoneidade” em face do particular. Ocorre que, apesar de receberem a mesma denominação, se tratam de sanções distintas¹¹⁸.

A declaração de inidoneidade, por sua vez, constitui punição mais severa do que a suspensão. Conforme se infere da leitura do dispositivo legal, a inidoneidade é sanção que não possui limitação temporal e perdura enquanto permanecerem os motivos pelos quais foi aplicada. Além disso, somente poderá ser revista depois de realizada a reabilitação do particular perante o próprio órgão/ente administrativo sancionador, desde que transcorridos 2 anos da aplicação da sanção, bem como após o ressarcimento da Administração pelos prejuízos sofridos por conta da conduta ilícita perpetrada¹¹⁹.

A suspensão ao direito de licitar, instituída no Art. 87, III da Lei de Licitações, é uma penalidade imposta pela Administração contratante, após regular processo administrativo

¹¹⁶ BRASIL. **Acórdão nº 2.006/2006**, Plenário, rel.Min.Benjamin Zymler.

¹¹⁷ DE VITA, Pedro Henrique Braz. **Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas**. 21 maio, 2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 27 ago. 2014

¹¹⁸ *Idem, ibidem.*

¹¹⁹ *Idem, ibidem.*

de apuração, ao particular que deixa de cumprir total ou parcialmente contrato administrativo de forma imotivada, cuja duração é de no máximo 2 anos¹²⁰.

É sabido que o art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, tipifica uma série de condutas genericamente submetendo-as ao impedimento de licitar e contratar. De acordo com esse dispositivo, o particular que, dentre outras, “[...] deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida”, poderá ser penalizado pela administração contratante.

Existem penalidades que afastam o direito dos particulares de participar de licitações e de celebrar contratos com a Administração Pública. A rigor, essas sanções são aplicadas com base no art. 87, III e IV, da Lei de Licitações e no art. 7º da Lei nº 10.520/02¹²¹.

Contudo, existem outros dispositivos que fundamentam a aplicação de sanções dessa espécie, dentre outras o caso da proibição de participar de licitação e de contratar com o Poder Público em decorrência de condenação por doação em favor de partidos políticos acima do limite legal (art. 81, § 3º, da Lei nº 9.504/97)¹²².

Os principais problemas que envolvem a suspensão e a declaração de inidoneidade dizem respeito à sua abrangência e aos seus efeitos perante a Administração Pública. Em virtude disso, tanto a doutrina quanto a jurisprudência possuem interpretação divergente a respeito do assunto.

De acordo com Carlos Ari Sunfeld¹²³:

O silêncio da Lei quanto à abrangência das sanções contida no Art. 87, III da Lei de Licitações deve levar à interpretação de que a suspensão do direito de licitar recai apenas em relação ao órgão administrativo que aplicou a sanção. Assinala o doutrinador: O fato de uma empresa sofrer a aplicação da sanção prevista no art. 87, inc. III (suspensão temporária da participação em licitações e contratações), só inviabiliza sua contratação pelo mesmo órgão ou pessoa jurídica que a puniu.

Quanto à declaração de inidoneidade explica Carlos Ari Sunfeld¹²⁴ que o impedimento de licitar subsiste “em relação à esfera administrativa de quem tenha realizado o processo administrativo e aplicado a sanção, em respeito ao princípio da estrita legalidade em matéria sancionadora”. O autor continua¹²⁵:

¹²⁰ DE VITA, Pedro Henrique Braz. **Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas**. 21 maio, 2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 27 ago. 2014

¹²¹ *Idem, ibidem*.

¹²² *Idem, ibidem*.

¹²³ SUNDFELD, Carlos Ari. **A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações**. Web Zênite. Doutrina -240/169/mar/2008

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 117

¹²⁵ *Idem, ibidem*.

A tendência inicial do intérprete, raciocinando por padrões meramente lógicos, é a de, constatando ser a inidoneidade um dado subjetivo, que acompanha a empresa onde ela for, sustentar o caráter genérico das sanções de que se cuida. Deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais. Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. **Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo o qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção.** (grifo nosso)

Também aduz Toshio Mukai¹²⁶ sobre o tema:

A sanção prevista no inc. III valerá para o âmbito do órgão que a decretar e será justificada, regra geral, nos casos em que o infrator prejudicar o procedimento licitatório ou a execução do contrato por fatos de gravidade relativa. Já aquela (sanção) prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, **abrangendo a entidade política que a aplicou**, e será justificada se o infrator age com dolo ou se a infração é de natureza grave, dentro do procedimento licitatório ou na execução do contrato" (grifo nosso).

Por outro lado, aponta Marçal Justen Filho¹²⁷ que a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, bem como a sanção relativa à suspensão do direito de licitar, implica na perda do direito de participar em certames licitatórios promovidos por qualquer órgão da Administração Pública. Segundo o autor:

O que se pode inferir, da sistemática legal, é que a declaração de inidoneidade é mais grave do que a suspensão temporária do direito de licitar – logo, pressupõe-se que aquela é reservada para infrações dotadas de maior reprovabilidade do que esta. Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo Administração, enquanto o inc. IV contém Administração Pública. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso¹²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça corroborou o entendimento esposado por Marçal Justen Filho¹²⁹, e decidiu que:

Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. (...) A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de

¹²⁶ MUKAI, Toshio. **Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12ed. São Paulo. Dialética. 2008, p. 821-822

¹²⁸ *Idem, ibidem*

¹²⁹ *Idem, ibidem*.

governo¹³⁰. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição.¹³¹

O Tribunal de Contas da União possui entendimento misto quanto ao tema. Em relação à suspensão do direito de licitar a jurisprudência majoritária do TCU assenta na ideia de que ela se restringe apenas ao órgão/ente administrativo que aplica a sanção. Assinala o TCU:

Se é defensável que alguém considerado inidôneo em determinada esfera administrativa não o seja em outra, muito mais razoável é admitir-se que a suspensão temporária do direito de licitar seja válida apenas no âmbito do órgão ou entidade que aplicou a penalidade, não apenas por raciocínio lógico, mas principalmente em atenção ao princípio da legalidade, que deve nortear toda a atividade da Administração Pública.¹³²

A Corte de Contas, no entanto, possui entendimento diverso no que pertine a abrangência da declaração de inidoneidade. Segundo o TCU os efeitos desta sanção se estendem por toda a Administração Pública. Nessa linha:

4.10.5. Já a penalidade do inciso IV do art. 87, segundo jurisprudência do TCU, impede o fornecedor de participar de licitações e de ser contratado por toda a Administração Pública, englobando, nos termos do inciso XI do art. 6º da mesma lei, a ‘administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas’¹³³.

Ocorre que, atualmente, o TCU parece convergir para o entendimento de que a suspensão do direito de licitar, assim como a declaração de inidoneidade, abrange toda a Administração Pública. É o que se extrai do voto revisor do supracitado acórdão:

¹³⁰ DE VITA, Pedro Henrique Braz. **Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas**. 21 maio, 2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 27 ago. 2014

¹³¹ REsp 550.553-RJ, Rel. Min. Hermann Benjamin, DJ 03.11.2009 In: ANNUNZIATO Eduardo Sprada . **Efeitos da Suspensão e da Declaração de Inidoneidade perante a Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/efeitos-da-suspensao-e-da-declaracao-de-inidoneidade-perante-a-administracao-publica/#.VGpC4PnF-So>>. Acesso em: 28 ago. 2014

¹³² TCU, Decisão nº 352/1998, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin, DOU de 22.06.1998 In: ANNUNZIATO Eduardo Sprada .*Op. cit.*

¹³³ CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. A abrangência da declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV, da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3457, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23262>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

Há, portanto, que se interpretar os dispositivos legais estendendo a força da punição a toda a Administração, e não restringindo as sanções aos órgãos ou entes que as aplicarem. De outra maneira, permitir-se-ia que uma empresa, que já se comportara de maneira inadequada, outrora pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando esta suspensão desprovida de sentido. Por essas razões, entendo que esta Corte deva rever seu posicionamento anterior, para considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista nos incisos III da Lei 8.666/93.¹³⁴

Dos posicionamentos manifestados acima, tem-se que a interpretação sobre o vocábulo “Administração Pública” fixado pelo Art. 87 IV da Lei nº 8.666/1993 é muito controversa. Doutrinadores como Carlos Ari Sundfeld¹³⁵ e Toshio Mukai¹³⁶, entendem que o conceito legal fixado no Art. 6º da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado restritivamente e, por isso, a declaração de inidoneidade abrange, quando muito, a esfera de governo a qual pertencente o órgão/ente sancionador.

Em contrapartida, Marçal Justen Filho¹³⁷, o STJ e até mesmo agora o próprio TCU explicam que tanto a suspensão quanto a declaração de inidoneidade tem de ser interpretadas de modo amplo, de maneira a restringir a participação do sancionado de participar de qualquer certame realizado pela Administração Pública em caráter geral.

Não há, portanto, um entendimento pacificado acerca do tema. Qualquer decisão, seja para um lado seja para outro, irá gerar discussão. Contudo, ao que parece, a jurisprudência, principalmente do STJ e do TCU, caminha no sentido de entender que a suspensão e a declaração de inidoneidade devem abranger todas as esferas da Administração Pública, e não somente o órgão/ente sancionador no caso da primeira, ou a esfera administrativa da pessoa jurídica do órgão/ente que aplica a sanção no caso da segunda.

Diferentemente da questão relativa à abrangência administrativa da sanções de suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade tanto a jurisprudência quanto a doutrina convergem o entendimento de que os efeitos dessas penalidade são futuros, isto é *ex nunc*.

¹³⁴ TCU, Acórdão nº 2.218/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. José Múcio, DOU de 19.04.2011. In: ANNUNZIATO Eduardo Sprada . **Efeitos da Suspensão e da Declaração de Inidoneidade perante a Administração Pública**. Disponível em: < <http://www.zenite.blog.br/efeitos-da-suspensao-e-da-declaracao-de-inidoneidade-perante-a-administracao-publica/#.VGpC4PnF-So>>. Acesso em: 28 ago. 2014

¹³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações**. Web Zênite. Doutrina -240/169/mar/2008

¹³⁶ MUKAI, Toshio. **Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed., São Paulo: Dialética. 2008, p. 821-822

De acordo com o STJ e com o TCU, a declaração de inidoneidade possui efeitos futuros. Logo, não afeta os contratos em vigor eventualmente celebrados entre o particular sancionado e outros órgãos/entes administrativos de qualquer esfera de governo.

Isso porque a irregularidade existente em um contrato administrativo, que deu origem a sanção, não significa que em outros acordos existam irregularidades, apesar de demonstrar fortes indícios para tanto. Além disso, nesse caso a sanção administrativa não pode prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito sob pena de violação ao Art. 37, XXXVI da Constituição da República e ao princípio da segurança jurídica.

Frise-se que a imediata rescisão dos contratos administrativos em vigor em vista da declaração de inidoneidade, poderia causar enorme prejuízo não só ao Erário, mas ao interesse público, na medida em que muitas obrigações contratuais de relevante interesse social (como obras públicas, por exemplo) seriam interrompidas, exigindo a realização de novos certames licitatórios e dispêndio de recursos públicos.

Em suma, as sanções administrativas são punições (multas, impedimento de praticar determinados atos, interdição de estabelecimento, rescisão de contrato, entre outras) contidas na lei de licitações, nos artigos referidos acima, aos que descumprem uma norma de caráter administrativo que tem por função o resguardo do interesse público, atingindo o particular e o agente da Administração Pública e, somente depois de cumprida essa etapa é que se pode verificar a necessidade ou não de realização de ato administrativo sancionador.

3.9 CRIMES E PENAS APLICÁVEIS

Conforme foi evidenciado no item anterior, que a Lei nº 8.666/93, dispõe das sanções administrativas, neste item tratar-se-á dos Crimes e das Penas também previstas na referida para punir condutas praticadas por particular, licitante ou contratante e/ou agente público contrário à Lei. Há artigos na lei que atribuem “sanções” que também acompanha o crime e, para este é estabelecido a pena, sendo assim, uma mais drástica, mais justa de intervenção do Estado na liberdade daqueles que praticaram atos infringindo a Lei.

A Lei nº 8.666/93, tipifica 10(dez) crimes específicos vinculados aos procedimentos licitatórios, contidos nos seus arts. 89 a 98, que podem ser praticados pelo agente público (servidor) e particular e/ou os dois, existência de conluio.

Ressalte-se que, embora a Lei de Licitação, em razão do princípio da especialidade (pelo qual a regra mais específica afasta a mais genérica), atraia os crimes inerentes aos procedimentos licitatórios, às vezes condutas do servidor, particular que por vezes não

caracterizam crime licitatório podem fazer incidir crimes gerais do Código Penal e, na parte da Lei que adentra da esfera penal (criminal), arts.100 a 108, de modo que não se encontra mais na seara administrativo e procedimento internos, mas sim de condutas passíveis de instauração de inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência, que fornecerão subsidio para Ação Penal movida pelo Ministério Público, conforme previsão dos artigos referidos anteriormente da Lei de Licitações, além da Lei dos Juizados Especiais Criminais e o CPP diante do Poder Judiciário.

Marçal Justen Filho¹³⁸, dispõe que:

È sempre problemático produzir análise acerca de questões penais, quando se parte do âmbito de outros ramos do Direito. A ausência de conhecimentos próprios do Direito Penal dificulta a compreensão e explicitação das regras. De todo o modo, é imperiosa essa conjugação de estudos, para evitar que o sancionamento penal desvincule-se do referencial que lhe dá legitimidade: trata-se de assegurar que a seja resposta a condutas de extrema reprovabilidade.

A interpretação das regras penais da Lei nº 8.666 tem de vincular-se não apenas à construção dos tipos legais e dos diversos elementos do crime. Assim, torna-se necessário examinar os dados que evidenciam a reprovabilidade da conduta e que são o único fundamento que autoriza a punição. Não se pode admitir que os crimes da Lei de Licitações se relacionem apenas a dados materiais, a fenômenos externos, a padrões objetivos de conduta. A punição penal depende da existência de conduta gravemente infringente aos valores consagrados pela sociedade.

Marçal Justen Filho¹³⁹, complementa que os crimes tipificados da Lei de Licitação não admitem modalidades culposas. Na quase totalidade dos casos, é necessária a configuração daquele “dolo específico” a que aludia a doutrina tradicional. A tutela penal dirige-se a reprimir as condutas dolosas. Assim se impõe inclusive por força da regra do parágrafo único do art. 18 do Código Penal (CP), o qual estabelece que, “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

Mais ainda, a repressão penal volta-se contra as condutas em que o agente atuou visando a obter especificamente o resultado reprovável. Não é suficiente o mero resultado danoso, aliás, o dano nem sempre é necessário para configurar-se punibilidade. A tentativa é severamente reprimida.

Assim, a caracterização do crime depende de que a conduta seja exteriorização de um “elemento subjetivo” específico. Somente se pune o agente que deixou de observar a formalidade porque buscava o resultado reprovável (lesar a Administração Pública ou fraudar o princípio da isonomia). Se o agente descumpriu alguma formalidade por culpa em sentido

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed., São Paulo: Dialética. 2008. p. 899.

¹³⁹ *Idem, ibidem*. p. 900.

estrito, estará sujeito a responsabilização administrativa, mas não terá cometido um crime. Apenas em algumas casos é que surge a possibilidade de o dolo genérico bastar para configuração do crime.

Também por isso, o concurso de agentes apresenta peculiar relevância. O particular que cooperar para concretização do injusto será assujeitado à repressão penal. Porém, essa colaboração será penalmente relevante se concorrer a presença do chamado tradicionalmente “dolo específico”.

No art. 89, destaca-se a existência de dois crimes diversos previstos no corpo deste artigo. No *caput*, o crime é exclusivo do agente estatal, dotados de competência deliberativa para determinar dispensa ou inexigibilidade de certame, tratando-se do 1º crime.

Quanto ao segundo crime, está previsto no parágrafo primeiro do art. 89, nota-se que pressupõe a configuração do crime principal do *caput*, mas com ele não se confunde, sendo delito autônomo. Este crime pode ser cometido por qualquer pessoa que influa na decisão da autoridade e venha a se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade indevida.

Registra-se que pode haver 2(dois) elementos no crime: O tipo objetivo (conduta proibida), consiste em “dispensar” ou “inexigir” a licitação fora dos casos autorizados em lei (arts. 24, 25 e 17, Ie II da Lei de Licitações), seja ignorando as hipóteses legislativas ou simulando a presença de requisitos autorizadores quando estes, em verdade, não existem. Exige-se, para a configuração do crime, o efetivo prejuízo ao erário; se, no fim das contas, a contratação direta indevida acabar por beneficiar a Administração, não há que se falar em crime. Já o elemento subjetivo envolve, o dolo específico, que é a vontade consciente e dirigida para o fim de lesar a Administração Pública, não se punindo o mero erro, o equívoco, a inaptidão ou a negligência.¹⁴⁰

Existe em cada artigo as composições dos elementos do crime: objetivo e subjetivo, conforme foi demonstrado anteriormente, além do sujeito ativo, que no caso do art. 89 existem duas situações: do *caput* é o agente integrante da Administração Pública, estando sujeito à sanção penal todos os servidores a quem incubir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta. Assim, será punível não apenas a autoridade responsável pela contratação, inclusive o assessor jurídico que emitiu parecer favorável à contratação direta. Do parágrafo único do art. 89 é qualquer pessoa física que, não sendo o agente estatal titular da competência para deliberar sobre a não adoção da licitação numa hipótese em que era necessária, tenha concorrido para consumação da contratação direta indevida ou daí tenha extraído benefício.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed., São Paulo: Dialética. 2008, p. 900.

3.10 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo o Dicionário Jurídico¹⁴¹, improbidade é falta de probidade, mau caráter, desonestidade .

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴² tratam dos conceitos de Improbidade Administrativa e os Atos de Improbidade.

(...) a improbidade não está superposta à moralidade, tratando-se de um conceito mais amplo que abarca não só componentes morais com também os demais princípios regentes da atividade estatal, o que não deixa de estar em harmonia com suas raízes etimológicas. Justifica-se, pois, sob a epígrafe do agente público de boa qualidade somente podem estar aqueles que atuem em harmonia com as normas a que estão sujeitos, o que alcança as regras e os princípios.

(...) Os atos de improbidade administrativa encontram-se descritos em três seções que compõem o capítulo II da Lei nº 8429/1992; estando aglutinados em três grupos distintos, conforme o ato importe em enriquecimento ilícito (art. 9º), cause prejuízo ao erário (art.10) ou tão somente atente contra princípios da administração pública (art. 11).

Em síntese pode-se afirmar que Improbidade administrativa é o ato ilegal ou contrário às regras e aos princípios da Administração Pública, destacando-se dentre os quais, o da moralidade pública, cometido por agente público, durante o exercício de função pública ou decorrente desta.

A improbidade administrativa é regulada no Brasil pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, publicada no Diário Oficial da União no dia 03 de junho de 1992. No seu art.1º, informa que a lei se aplica não só a órgãos e entidades governamentais como também a todas as entidades que recebam verbas públicas correspondentes a mais de 50 por cento de seu patrimônio ou renda. Aplica-se também a entidades que recebem menos de 50 por cento, mas nesse caso somente na extensão dos danos para o patrimônio público. Considera-se agente público qualquer um que mantenha vínculo direto ou indireto com o poder público, o que dá à lei extraordinário alcance, atingindo mesmo empresas privadas e pessoas que tenham contribuído para a prática do crime, ainda aquele que exerce transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função¹⁴³.

Os atos de improbidade administrativa são divididos em três categorias com suas respectivas penas, sem excluir outras penas civis, administrativas e penais:

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Dicionário Jurídico on-line**. Disponível em: <<http://www.stf.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=dicionariojuridico>>. Acesso em: ago. 2014.

¹⁴² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. Lumen Júris, 2011. p. 125- 279.

¹⁴³ *Idem, ibidem*.

1- Enriquecimento ilícito (art. 9º) - trata-se de obter aumento do patrimônio pessoal às custas de crimes contra os cofres públicos.

Pena: perda de bens obtidos ilicitamente, ressarcimento dos danos materiais, perda da função pública, 8 a 10 anos de suspensão de direitos políticos, multa até o triplo do aumento patrimonial e proibição de contratar com o poder público por dez anos.

2- Danos que causam danos, lesão ao erário (art. 10) - aqui houve uma diminuição do patrimônio público por conta do ato criminoso.

Pena: perda de bens obtidos ilicitamente, ressarcimento dos danos materiais, perda da função pública, 5 a 8 anos de suspensão de direitos políticos, multa até o dobro do dano patrimonial e proibição de contratar com o poder público por cinco anos.

3- Atos contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - aqui não há ganho ou perda de patrimônio, mas o ato é desonesto e imoral, como por exemplo fraudar um concurso público.

Pena: ressarcimento dos eventuais danos materiais, perda da função pública, 3 a 5 anos de suspensão de direitos políticos, multa até cem vezes a remuneração recebida e proibição de contratar com o poder público por três anos.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁴⁴, enfatizam sobre atos administrativos a seguinte colocação:

Que toda atividade administrativa, qualquer que seja ela, pressupõe a existência de uma norma jurídica que autorize e deve ter por finalidade a consecução do interesse público, o que conduz a plano secundário a vontade do administrador e eleva a impessoalidade da *voluntas legis* a um estamento superior.

Os autores reforçam¹⁴⁵, o tópico é fechado nos seguintes termos:

O agente haverá de utilizar os poderes concedidos pela lei na medida em que a situação o exigir e na extensão necessária ao aperfeiçoamento do ato e à consecução do interesse público, tendo o administrado o direito subjetivo de exigir o cumprimento desse dever jurídico, restando ao Poder Judiciário a possibilidade de exame dos atos dissonantes do sistema.

No art.17 da Lei nº 8429/92, trata da legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação principal ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar, no rito ordinário. Ainda, existindo 12 parágrafos, os quais complementam as situações para promoção e nuances da ação. Observa-se, também que o Ministério Público (MP) poderá intervir no processo como parte, sendo então, o fiscal da lei, sob pena de nulidade, conforme os ditames do parágrafo 4º do artigo em comento.

¹⁴⁴ ALVES, Garcia e Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 6 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 359

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. p. 360

Apesar dos arts.25, Inciso III, c/c o 26 da Lei nº 8.666/93, exigir e disciplinar como deve ser o processo de inexigibilidade para contratação direta de artistas e/ ou bandas, verifica-se que não há efetividade no seu cumprimento, conforme foi demonstrado na monta de processos da tabela 2, fls. 32, que foram julgados pelo Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE –PE) e que foi comprovado que as contratações do artista e/ou banda, sem a demonstração da consagração, fls.41, sem parâmetros para amplitude geográfica da consagração, fls.41, inexistência de justificativa para escolha dos executantes, fls. 44, inexistência de justificativa para o preço dos serviços contratados, fls.46, ausência da inscrição do artista e empresário em órgão oficial, fls.48, burla ao requisito de contratação por empresário exclusivo, fls.52 e pagamento por intermédio irregular, fls.60. Ou seja, total descumprimento da norma jurídica, do dever ser, fato que enseja o conluio da gestão e as empresas de fachadas que promovem os artistas de seus interesses para os negócios escusos mancomunados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade deste trabalho foi evidenciar a frequência e o procedimento desvirtuado com as contratações de bandas pelas esferas municipal, estadual e federal utilizando o art.25. Inciso III da Lei nº 8.666/93.

Destacou-se neste quesito o âmbito municipal com avalanches de contratações com bandas utilizando vultosas quantias do orçamento, geralmente com empresas que se dizem representantes, mas que na realidade nada representam os artistas e servem, somente, como subterfúgios para desvio de recursos do erário em benefício de outrem.

Demonstrou-se um histórico básico do início da licitação no primeiro capítulo, para situar da necessidade e importância que se deu o processo licitatório na Administração Pública. Em seguida advindo à fase já idealizada do processo licitatório, com princípios norteadores e formalidades exigidas pela Lei nº 8666/93.

No segundo capítulo, evidenciam-se em si os artigos da Lei nº 8.666/1993, que trata da forma diferenciada de licitação que a lei assegura, entre elas destaca-se o art.25, inciso III, em que não há possibilidade de competição, com a exposição de entendimentos de doutrinadores, tais como Marçal Justen Filho, Ronny Charles, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; Carlos Pinto Coelho da Mota e Maria Sylvia Zanella di Pietro, e o posicionamento de tribunais com as repercussões de casos concretos. Em seguida, veio o apontamento de circunstâncias com 02 (duas) tabelas, estando na primeira uma lista prefeituras da Mata Sul de Pernambuco, com algumas de suas inexigibilidades e alguns processos de prestações de contas de prefeituras formalizados pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), do qual esta amostra se utilizou de boa parte dos casos como fonte de pesquisa: processos, pronunciamentos mediante decisões e acórdãos.

Observou-se que a legislação dispõe de exigências na contratação direta, vez que não há competição, sendo asseverado pelo entendimento de vários doutrinadores, conforme foi exposto neste trabalho monográfico, além de que os julgamentos dos tribunais têm sido no sentido de seu cumprimento, mas na prática, no caso concreto das contratações efetuadas pelo Poder Público, destacando-se a esfera municipal não cumprem com o mínimo do que os ditames do art.25, inciso III, da Lei nº 8666/93 exige.

As evidências deste descumprimento verificam-se no terceiro capítulo, o qual se baseou em alguns quesitos no conteúdo do Processo de Prestação de Contas TC nº 1104514-0, Prefeitura Municipal de Igarassu, exercício 2010, julgado irregular.

Registra-se, em princípio, as contratações de artistas e/ou banda sem a demonstração da respectiva consagração, ou seja, nos processos de inexigibilidades, geralmente constam memorandos, confeccionados pelo Secretário de Cultura, dirigido ao Prefeito, que entre tantas recomendações para que realizada a contratação indica que os artistas e banda são reconhecidos e consagrados pela opinião pública local. Neste caso, a consagração do artista precede a exclusividade, fato que não deve ser apenas afirmado, mas comprovado, conforme prevê o art.333 do Código Processos Civil (CPC), quando informa que cabe ao gestor apresentar provas, as quais não foram encontradas nos procedimentos arrolados nesta análise.

Também existe uma tese defendida, principalmente, por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sobre a amplitude geográfica da consagração do artista. Notadamente, este deve ter uma notoriedade de consagração vinculada a opinião pública de uma cidade, estado ou nacionalmente, situação esta que foi questionada nos processos verificados.

Conforme dispõe o art.25, inciso III, além do art.26 da Lei nº 8.666/93, os dispositivos referidos exigem que o gestor, mesmo sendo na contratação direta, adote uma postura de impessoalidade e objetividade na contratação, justificando a escolha do executante. Como há diversos artistas consagrados, aspectos como disponibilidade, preço e identificação com o evento promovido tornam-se relevantes. Se há dois artistas igualmente consagrados, qualquer um dos dois poderia ser contratado, o que tornaria o elemento objetivo preço decisivo se eles fossem assemelhados nos demais. Portanto, o ato da escolha do artista e/ou banda foi desprovido da necessária motivação constante nos supracitados artigos.

Tampouco existe a justificativa para o preço dos serviços contratados de forma assemelhada à razão de escolha do executante. Deve a gestão justificar o preço dos serviços contratados: se o valor está dentro dos valores praticados pelo mercado, mas também para atestar se a alternativa foi a mais vantajosa para a Administração Pública, constituindo não uma mera faculdade e sim uma obrigação de sua parte.

Outra exigência que se faz é a inscrição do artista e empresário em órgão oficial, pois também é requisito da contratação direta que o artista seja profissional, o que vedaria a utilização desse procedimento para contratar grupos ou artistas amadores, os quais não exigem retribuição pecuniária para prestarem seus serviços e sim oportunidades para a sua manifestação cultural. A Lei Federal nº 3.857/1960, dispõe sobre a regulamentação da profissão de músico e outras providências. Os músicos profissionais são aqueles que prestam serviço eventualmente ou não a um empregador, estando sob as normas da citada anteriormente e subsidiariamente à CLT. Salienta-se que, quando não há subordinação da relação de trabalho do artista músico, a Lei Federal nº 3.857/1960 não se aplica totalmente,

neste caso, houve a edição da Lei Federal nº 6.533/1978, com aplicação supletiva aos casos, com o Decreto nº 82.385/1978 que a regulamentou e disciplinou a profissão de artista. Portanto, faz necessária a inscrição do artista em órgão oficial, fato que não foi comprovado nas análises realizadas.

A consagração do artista é o elemento precedente na contratação direta de artista e/ou banda, conforme foi visto no item 3.2, porém existe outro requisito: a exclusividade de representação. Este aspecto é determinante para que a inexigibilidade seja procedente, visto que a consagração do artista não significa unicidade e sim que o artista como tanto outros goze de prestígio junto a crítica ou ao público a tal ponto que garante a necessária visibilidade para o evento promovido e, por conseguinte, a finalidade almejada pelo Poder Público. O vínculo da exclusividade deverá ser devidamente comprovado através de carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha condição para representar a banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, conforme indicação em contrato social ou estatuto registrado nos órgãos competentes, sendo estes, portanto, os requisitos que se faz necessário se reconhecer a exclusividade e não, as declarações de exclusividade acostadas aos processos de inexigibilidade, com firma reconhecida, sem legitimar a condição dos signatários respectivos, uma vez que não foram instruídos, como devido.

Ademais o pagamento é feito por intermediação irregular, ou seja, se paga ao empresário que se diz ou se apresenta exclusivo, mas não é. O tal empresário não demonstra e nem apensa à prova hábil da exclusividade, da existência de um liame de agenciamento exclusivo entre o artista profissional e os ditos empresários que celebram contratos de prestação de serviços junto a Prefeitura. Às vezes é empresário do artista em determinado município e, em outro município próximo não mais representa o mesmo artista.

Enfim, conforme se pontuou acima, as contratações diretas existem, são fáticas as evidências encontradas, mediante processo de inexigibilidade, sem o devido cumprimento das formalidades, as são requisitos imprescindíveis prescrita nos ditames do art.25, Inciso III, da Lei nº 8.666/93.

No trabalho, também se apontou as sanções administrativas indicadas no art.81 a 88 da Lei nº 8.666/93, com destaque ao art. 82 pelo fato da sua abrangência tanto nas condutas dos particulares quanto dos agentes da Administração Pública. Demonstrou-se o entendimento da doutrina sobre o tema e o posicionamento do Tribunal de Contas da União, manifestado através de Decisão e Acórdãos, além da abordagem de outros artigos da lei que tratam de outras sanções, podendo ser aplicado nas inexigibilidades em desconformidade aos preceitos legais.

Também consta o tópico dos crimes e das penas previstas na própria lei de licitações que podem ser aplicáveis ao licitante ou contratantes e aos agentes públicos para punir condutas praticadas contrárias à lei. Há 10 (dez) crimes específicos vinculados aos procedimentos licitatórios, contidos nos arts.89 a 98. Também dispendo do entendimento da doutrina, com outras abrangências sobre o tema, havendo a possibilidade de aplicação juntamente com sanções administrativas.

Por fim, faz-se um esboço sobre a improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992, norma esta que dispõe sobre o ato ilegal ou contrario as regras e aos princípios da Administração Pública, cometido por agente público, durante o exercício de função pública ou decorrente desta. Verificam-se, ainda, os registros de doutrinadores com relação ao assunto. Na contextualização observa-se outras características da improbidade nos arts.9º, 10 e 11 da respectiva lei, além da legitimidade do Ministério Público ajuizar a ação principal ou pela pessoa jurídica interessada, entre outros aspectos do ajuizamento, sendo uma força coercitiva contra desmandos praticados nas formas apresentadas.

Conclui-se, portanto, que além de mostrar um esboço do início e os desdobramentos que teve a licitação na esfera pública, chegando-se ao art.25, inciso III da Lei nº 8.666/93, demonstrando como deve ser as contratações diretas usando este dispositivo, mas confrontando como é feita na prática pela Administração Pública, principalmente, por prefeituras, sendo oportuno dar ciência aos entes que contratam as tais bandas e/ou artista por inexigibilidades que poderiam contribuir para lisura do processo, pois na contratação, além de exigir os itens elencados no Acórdão TCE-PE nº 363/2011, poder-se-ia exigir a inscrição do artista na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), apesar do Supremo Tribunal Federal (STF) ter se manifestado, através do Recurso Extraordinário (RE) 795467, de que não é uma condição *sine qua non* para o músico, mas seria uma forma de licitude e transparência de rastreamento dos valores cobrados e recebidos pelos músicos, desvinculando-se do empresário exclusivo. Outra situação seria a exigência do instrumento da Nota Contratual, regulada pela Portaria nº 3347/1986 do Ministério do Trabalho, do empresário com o artista, sendo este utilizado por apresentação, permitindo 10(dez) apresentações, vedado a utilização desta forma contratual pelas mesmas partes nos 05 (cinco) dias subsequentes ao término de uma temporada cultural e, por fim, o contrato de trabalho do músico com empresário, o qual comprovaria o vínculo ou não entre os dois: músico e empresário, conforme foi abordado no item 3.6, viabilizando a fiscalização por órgãos de controle externo, como o notório Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE), bem como a atuação do Ministério Público de Pernambuco (MPPE).

REFERÊNCIAS

ALVES, Garcia e Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 6 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

ANNUNZIATO Eduardo Sprada . **Efeitos da Suspensão e da Declaração de Inidoneidade perante a Administração Pública**. Disponível em: < <http://www.zenite.blog.br/efeitos-da-suspensao-e-da-declaracao-de-inidoneidade-perante-a-administracao-publica/#.VGpC4PnF-So>>. Acesso em: 28 ago. 2014

BRASIL. A Lei nº 12.349/10 introduziu os incisos XVII, XVIII e XIX no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 para definir, respectivamente, o que sejam “produtos manufaturados nacionais”, “serviços nacionais” e “sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos”.

_____. Acórdão nº 2.006/2006, Plenário, rel.Min.Benjamin Zymler.

_____. Conselheiro Dirceu Rodolfo De Melo Júnior. Extrato da Decisão Monocrática de nº 6367/2013. **Processo TC Nº 1204856-2**. Pensão. Interessado (s): Manoel Luiz Nunes. Julgador singular: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Ato Submetido A Registro: Portaria nº 027/2012 do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Sertânia -IPSESE, retificada pela Portaria nº 036/2013, com vigência a partir de 16/05/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58592995/tce-pe-03-09-2013-pg-3>>. Acesso em: ago. 2014.

_____. Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Extrato da Decisão Monocrática de Nº **6367/2013**

_____. **Decisão T.C. Nº 2120/09**. Disponível em <<http://www.tce.pe.gov.br/busca-textual>>.Acesso em 22 set. 2011.

_____. **DECISÃO T.C. Nº 229/97**. Relator: Conselheiro Antônio Corrêa De Oliveira Processo T.C. Nº 9605049-4 – Consulta Formulada por Oséas Moraes, Deputado Estadual.

_____. Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=667>>. Acesso em: jul. 2014.

_____. LEI Nº 6.533. Lei Nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências. Disponível em: <<http://ar.art.br/index.php/186-docs-importantes/legislacao/151-lei-n-6-533>>. Acesso em: ago, 2014.

_____. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007, DJe-041 Divulg 06-03-2008 Public 07-03-2008 Ement Vol-02310-01 PP-00226 RTJ VOL-00204-03 PP-01114.

_____. Ministério Público do Rio Grande do Norte. MPRN. Processo TCE/PB nº 09351/08 – 1ª Câmara. Disponível em: <www.mprn.mp.br/portal/inicio/patrimonio-publico/...de.../file>. Acesso em: 22 ago. 2014.

_____. **Processo TC N° 1104514-0**. Disponível em: <www.tce.pe.gov.br>.

_____. **Processo TC N° 1204856-2**. Pensão Interessado (s): Manoel Luiz Nunes. Julgador Singular: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Ato Submetido a Registro: Portaria nº 027/2012 do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Sertânia -IPSESE, retificada pela Portaria nº 036/2013, com vigência a partir de 16/05/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/58592995/tce-pe-03-09-2013-pg-3>>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Processo TCU n.º 6.029/1995, Decisão n.º 6.968/1996. In: MONTEIRO. Andréa Cláudia. **Contratação De Serviços Artísticos**: Parâmetros para a Atuação do Controle Externo. Revista TCE-PE. Disponível em: <https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/viewFile/33/24>. Acesso em: ago. 2014.

_____. STF - Mandado de Segurança : **MS 20335 DF**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14688788/mandado-de-seguranca-ms-20335-df>>. Acesso em: jul. 2014.

_____. TCDF. Processo nº 3211/95. **Decisão nº 14881/95**. Recurso de Reconsideração TCE/MG. Rel. Conselheira. Adriene Andrade. Sessão do dia 22/05/2007.

_____. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão 798/2008 Primeira Câmara** (Voto do Ministro Relator). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/..%5Ctcu%5CPDFs%5CAcordao7982008-TCU-Plen%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Licitações e Contratos. 3 ed. **Contratação Direta**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/19%20Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta.pdf>. Acesso em: jul. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 352/1998**, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin, DOU de 22.06.1998

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 13 ed. 2005.

CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. A abrangência da declaração de inidoneidade prevista no art. 87, IV, da Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3457, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23262>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 4 ed. Bahia: Jus PODVM. 2011.

DE VITA, Pedro Henrique Braz. **Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas.** 21 maio, 2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 27 ago. 2014

DE VITA, Pedro Henrique Braz. **Aplicação de sanções entre órgãos e entidades da Administração, no âmbito das contratações públicas.** 21 maio, 2012. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/aplicacao-de-sancoes-entre-orgaos-e-entidades-da-administracao-no-ambito-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em: 27 ago. 2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Aspectos Tributários da Contratação de Pessoa Física. Lei nº 8.666/93- Licitações e Contratos.** Disponível em <<http://www.prof.paulodinizcursos.pro.br/docs/moisaco-artigo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

FERNANDES Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem Licitação.** 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Contratação de profissional** - repasse de recursos. Disponível em: <<http://jacoby.pro.br/novo/noticia.php?id=1866>>. Acesso em: jul. 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 6. ed. Lumen Júris, 2011

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 12 ed. São Paulo: Dialética. 2008..

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 295. (Licitação TCE/MG n.º 695862. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 30/10/2007).

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 14 ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratações.** 12 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2011, PP.353-354.

MUKAI, Toshio. **Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.** 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

NEIBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed.rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009,

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Instrumento de cidadania. **Processos**. Disponível em:

<http://www.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?cprc=1202614&digito=1&ITHcprc=12026141&Submit=Ok>. Acesso em: 25 ago. 2014.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: LTR, 1998.

ROESLER, Átila Da Rold. Dispensa e inexigibilidade de licitação: uma visão geral - Página 4/4. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1970, 22 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11996>>. Acesso em: 22 set. 2014 .

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações**. Web Zênite. Doutrina -240/169/mar/2008

SUNDFELD, Carlos Ari. **A abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações**. Web Zênite. Doutrina -240/169/mar/2008

TERMO DE OCORRÊNCIA TCM/BA nº 93.016/09, de relatoria do conselheiro José Alfredo Rocha Dias.

TORRES Ronny Charles Lopes. **Lei de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador, Juspodivm, 2009.

ANEXO A

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 635023 ED/DF** - Distrito Federal. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 13/12/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXIG%C3%8ANCIA+NA+INSCRI%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: jul. 2014.

Quanto a essas exigências, os gestores têm oposto a seguinte Decisão do STF.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - CONSELHO PROFISSIONAL - ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL - EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO PARA EFEITO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ARTÍSTICA - INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (CF, ART. 5º, IX) E DE OFÍCIO OU PROFISSÃO (CF, ART. 5º, XIII) - SIGNIFICADO E ALCANCE DESSAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS - ARTE E CULTURA, QUE REPRESENTAM EXPRESSÕES FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE HUMANA E QUE CONSTITUEM DOMÍNIOS INTERDITADOS À INTERVENÇÃO, SEMPRE PERIGOSA E NOCIVA, DO ESTADO - A QUESTÃO DA LIBERDADE PROFISSIONAL E A REGULAÇÃO NORMATIVA DE SEU EXERCÍCIO - PARÂMETROS QUE DEVEM CONFORMAR A AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO NO PLANO DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL: (a) NECESSIDADE DE GRAU ELEVADO DE CONHECIMENTO TÉCNICO OU CIENTÍFICO PARA O DESEMPENHO DA PROFISSÃO E (b) EXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL OU DE DANO EFETIVO COMO OCORRÊNCIAS QUE PODEM RESULTAR DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE CONSOLIDARAM DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1891 - LIMITES À AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO, NOTADAMENTE QUANDO IMPÕE RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS OU LIBERDADES OU, AINDA, NOS CASOS EM QUE A LEGISLAÇÃO SE MOSTRA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA LEGAL DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL E DE PAGAMENTO DE ANUIDADE, PARA EFEITO DE ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO MÚSICO - RECURSO IMPROVIDO¹⁴⁶.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 635023 ED/DF** - Distrito Federal. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 13/12/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=EXIG%C3%8ANCIA+NA+INSCRI%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: jul. 2014.

ANEXO B

A consagração não inviabilizaria a competição, o que exige a concorrência da existência do empresário exclusivo e, portanto, torna-se relevante deter-se quanto à conceituação da figura do empresário exclusivo, segundo julgado posto a seguir.

Denúncia. Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. Distinção entre empresário e intermediário. “O Órgão Técnico (...) propugna (...) 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. Cabe ressaltar trecho (...) do artigo ‘Inexigibilidade de Licitação’, de Ércio de Arruda Lins: ‘Veja que o termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Aquele gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O último intermedeia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera’. Dessa forma, nota-se que a inviabilidade de licitação ocorre quando o artista é contratado diretamente ou através de um EMPRESÁRIO EXCLUSIVO, o que não se confunde com um contratante intermediário. (...) Em caso semelhante, a Conselheira Doris Coutinho do Tribunal de Contas do Tocantins assim se manifestou: ‘(...) a empresa contratada pelo responsável funcionou na presente contratação direta como intermediária, já que, como resta provado nos autos, a ‘exclusividade’ declarada nos documentos se deu somente nos dias definidos para a apresentação no carnaval de Palmas, o que com certeza não reflete a vontade do legislador, quando exigiu na norma a exclusividade para fundamentar a inexigibilidade’. (...) Como bem anota a Coordenadoria de Área de Exame de Instrumento Convocatório de Licitação- CAIC /DAC, 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. Como assinala Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: ‘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’ (...).¹⁴⁷

¹⁴⁷ DÚVIDAS MAIS FREQUENTES – Aspectos Controvertidos das Hipóteses de Dispensa e Inexigibilidade Denúncia TCE/MG n.º 749058. Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 09/10/2008. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/alei8666eotcemg/PDF/PERGUNTAS%20FREQUENTES%20Aspectos%20controvertidos%20das%20hip%C2%B0teses%20de%20dispensa%20e%20inexigibilidade%20OK.pdf>>. Acesso em: jul. 2014.

ANEXO C

Código Civil dispôs do art. 215 ao art. 221.

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

(...)

Art. 216. Farão a mesma prova que os originais as certidões textuais de qualquer peça judicial, do protocolo das audiências, ou de outro qualquer livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele, ou sob a sua vigilância, e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão consertados.

Art. 217. Terão a mesma força probante os traslados e as certidões, extraídos por tabelião ou oficial de registro, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas.

Art. 218. Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato.

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

(...)

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

ANEXO D

O Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE) julgou o processo TC nº 0906684-6, da FUNDARPE, e emitiu o **Acórdão TCE-PE Nº 363/2011**, que determinou procedimentos para que seja adotado pelas prefeituras, quando contratarem com eventos dessa natureza:

1-Quando da Prestação de Contas a ser efetuada pelas empresas contratadas para realização de eventos artísticos, apresentação dos seguintes documentos (comprovação material):

- 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:

- a) 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.
- b) 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).

c) 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.

d) 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.

e) 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).

f) 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.

g) 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).

h) Nota de empenho diferenciando o valor referente ao cachê do artista e o valor recebido pelo empresário, quando for o caso.

i) 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:

a) 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.

b) 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.