DECISÃO SINGULAR DSG - G.RC - 5663/2015

PROCESSO TC/MS	: TC/4626/2013
PROTOCOLO	: 1408442
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE TERENOS/MS
RESPONSÁVEL	: CARLA CASTRO REZENDE DINIZ BRANDÃO
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO Nº 28/2013
RELATOR (A)	: RONALDO CHADID

Em exame o procedimento de inexigibilidade, a formalização e execução financeira do Contrato nº 28/2013, celebrado entre o Município de Terenos/MS e a empresa Heliton de Oliveira Fialho-ME, visando à contratação de show musical ao vivo a ser realizado pelas bandas: Robertinho Meneses, Blond do Axé e Marlon Marra, para realização do carnaval de 2013 - Carnaterenos, nos dias 8/2/2013, 9/2/2013, 10/2/2013, 11/2/2013 e 12/2/2013, das 22 às 4 hs, com duração de no mínimo 4 (quatro) horas, a ser realizado na Praça de Eventos de Vila Leandro Corrêa, no valor total de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

A equipe técnica, ao analisar a documentação encaminhada, sugeriu a intimação do Jurisdicionado para apresentar a comprovação do bloqueio de reserva orçamentária; justificativa para inexigibilidade; parecer técnico ou jurídico com o número de registro do conselho de classe; razões da escolha do fornecedor/executante; atestado de exclusividade; e justificativa do preço (Análise nº 3823/2013).

Em cumprimento ao despacho nº 8952/2014 foi emitido o ofício nº 8081/2013. Em resposta, a Ordenadora de Despesas apresentou os documentos juntados às folhas 55/64.

Procedendo à reanalise dos documentos que compõem os autos, a 5ª ICE constatou que o procedimento de inexigibilidade foi realizado em dissonância com as normas de Licitações e Contratações Públicas. Bem como, a formalização e execução financeira foram realizadas em consonância com as Leis 8.666/93 e 4.320/64.

O ilustre Representante do Ministério Público de Contas proferiu parecer opinando pela irregularidade e ilegalidade da inexigibilidade, da formali-

zação e execução financeira; pela aplicação de multa a Responsável; e pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados (Parecer nº 8930/2015).

É o relatório.

Passo às razões da decisão.

Trata o presente processo da contratação efetuada pelo Município de Terenos/MS cujo objeto é a contratação de show musical ao vivo para realização do carnaval de 2013 - Carnaterenos.

Analisando as peças que compõem os autos e amparado pelas informações técnicas prestadas pela 5ª ICE, observo que o Jurisdicionado não remeteu a este Tribunal de Contas toda documentação referente ao procedimento de inexigibilidade elencada na Instrução Normativa TCE/MS nº 35/11.

A equipe técnica constatou que não constava nos autos *a comprovação do bloqueio de reserva orçamentária; justificativa para inexigibilidade; parecer técnico ou jurídico com o número de registro do conselho de classe; razões da escolha do fornecedor/executante; atestado de exclusividade; e justificativa do preço*. Intimada, a Gestora encaminhou os documentos que estão colacionados às folhas 55/64, entretanto, não sanou as irregularidades acima apontadas.

Depois de acurado exame dos documentos que compõem o presente processo constatei que a equipe técnica se equivocou quanto à ausência de parecer jurídico, pois este se encontra acostado às folhas 37/40.

A regra geral é a exigência da licitação para toda a Administração Pública quanto à realização de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração, quando contratadas com terceiros.

A lei de licitações enumera, taxativamente, no art. 25 incisos I a III, da Lei 8.666/93, os casos de inviabilidade de competição. No caso em tela nos interessa a redação do inciso III, haja vista que o objeto do contrato é a apresentação de show musical:

> Art. 25. É a 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.

A contratação por inexigibilidade não pode ser feita sem a observância de rigoroso procedimento formal como condição de sua regularidade e eficácia.

Dentre os requisitos necessários para subsunção da contratação às hipóteses elencadas na lei se encontra na necessidade de se comprovar a exclusividade.

A forma de comprovação da exclusividade foi estabelecida pela lei como sendo através de atestado que pode ser emitido por órgão de registro do comércio local, bem como sindicatos, federações, *empresários*, confederações e entidades equivalentes, também pode ser comprovada através de contrato de exclusividade de distribuição, representação, licenciamento etc.

Na hipótese de contratação por inexigibilidade de profissional do setor artístico, a carta de exclusividade do empresário e demais documentos citados servem como elementos idôneos a amparar a contratação. É recomendável acostar aos autos, além da carta de exclusividade ou declaração firmada pelo artista, no sentido de ser o seu trabalho contratado exclusivamente por aquele empresário, cópia de outros contratos firmados pelo artista, a fim de que se possa inferir terem também sido realizados por intermédio do mesmo empresário.

Vale destacar o entendimento sedimentado do TCU, que se enquadra no caso em análise:

> [...] quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes:
> Deve ser apresentada cópia de 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 (Processo 003.233/2007-3. Acórdão 96/2008 - Plenário).

No presente caso o Ordenador de Despesas deixou de apresentar ao

atestado de exclusividade entre Heliton de Oliveira Fialho-ME e as Bandas Robertinho Meneses, Blond do Axé e Marlon Marra, descumprindo assim com um dos requisitos impostos pela Lei de Licitações e Contratações Pública.

Outro requisito para a modalidade adotada pela Gestora é a comprovação da disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros, pois é condição obrigatória para a realização de despesas.

O Art. 7º, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/93, dispõe que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma.

Do mesmo modo, o art. 38, do mesmo Instituto Legal, estabelece que 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.

Sobre a questão, inclusive, Marçal Justen Filho é categórico ao afirmar que:

> Qualquer contratação que importe dispêndio de recursos públicos depende da previsão de recursos orçamentários. Assim se impõe em decorrência do princípio constitucional de que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento, somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista1.

Corroborando com este entendimento cito o posicionamento da Corte Federal de Contas:

> Não se deve aqui minorar a importância das disposições legais sobre a correta previsão orçamentária dos recursos a amparar os procedimentos licitatórios, ao contrário, deve-se reconhecer sua imprescindibilidade, já que tais disposições são assecuratórias da boa gestão dos recursos públicos e especificam a conduta prudencial do gestor licitante, em conformidade com os princípios

[1] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 137.

> administrativos e jurídicos do planejamento, do controle, da eficiência e da segurança jurídica[2].

A exigência de indicação dos recursos orçamentários visa a evitar que contratos sejam celebrados sem que a Administração disponha, no seu orçamento, da previsão do montante necessário para realizar os respectivos pagamentos, portanto, podemos concluir que é obrigatória para o atendimento das despesas realizadas com o objeto licitado. No caso em exame, a Gestora deixou de cumprir o estabelecido na legislação acima citada, o que caracteriza grave infração à norma legal:

> A ausência de observação das formalidades inerentes à inexigibilidade de licitação, em desacordo com o art. 26 da Lei nº 8666/1993, caracteriza grave infração à norma legal, ensejando a irregularidade das contas dos responsáveis[3].

Note-se que o processo de inexigibilidade de licitação deverá ser instruído com os elementos contidos nos incisos previstos no art. 26, *parágrafo único*, da Lei nº 8.666/93.

Quanto à justificativa do preço, prevista no art. 26, *paragrafo único*, inciso III, da Lei nº 8.666/93, é importante ressaltar que ela deve evidenciar a razoabilidade dos preços contratados, demonstrando ser esse valor razoável, ou seja, adequado, compatível e proporcional ao custo do bem que se pretende adquirir. Tal comprovação se dará através de ampla pesquisa de preços praticados no mercado, de forma a demonstrar que o preço indicado é compatível com os preços apurados na pesquisa.

O TCU compartilha do mesmo entendimento, nos seguintes termos:

> Também importante é o entendimento pacífico de que a justificativa de preço é elemento essencial da contratação, posto que a sua validade depende da verificação da razoabilidade do preço ajustado, conforme prevê o inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. (…) a inviabilidade de competição não constitui óbice, por si, à verificação da razoabilidade do preço. Diversos são os parâmetros que poderão ser utilizados para se avaliar a adequação dos

[2] AC-11196-41/11-2ª Sessão: 22/11/11. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.
[3] Acórdão nº 2.560/2009 - Plenário

preços, mesmo quando se tratar de fornecedor exclusivo4.

Do exposto podemos entender que a justificativa de preço na inexigibilidade visa impedir que o contratado eleve o seu preço pelo simples fato de estar contratando com a Administração. A Ordenadora de Despesas não apresentou a justificativa de preços, mesmo após ser intimada para tal.

O art. 26, *caput*, parágrafo único e os respectivos incisos da Lei 8.666/93, deixa claro que a materialização da dispensa e da inexigibilidade da licitação depende de ato administrativo formal, isto é, obedecerá necessariamente a uma série de procedimentos previstos em lei.

A razão de escolha do contratado e a justificativa de preço, são outros elementos trazidos pelos incisos II e III do *parágrafo único* do artigo 26, são referenciados em diversas decisões do Tribunal de Contas da União, confirmando a "literalidade da norma":

> Cuide, nos casos de contratação direta, para que a situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação seja necessariamente justificada, conforme estabelece o art. 26 da Lei nº 8.666/1993, e observe o parágrafo único do mesmo dispositivo, apresentando a razão de escolha do executor do contrato e documentos que comprovem a compatibilidade do preço ajustado com os vigentes no mercado[5].

Há necessidade de se instruir pormenorizadamente o processo de escolha da contratação direita, a fim de atribuir ao ato a segurança jurídica perseguida pelo legislador, afastando assim os malefícios da responsabilização pessoal e da improbidade administrativa. Desta forma, por força do que dispõe o princípio da motivação, o agente público competente deverá indicar, de forma prévia ou contemporânea, as razões de fato e de direito que estão dando sustentação àquela pretensão administrativa.

Outro requisito a se preencher é a justificativa da necessidade de contratação. O administrador, na condição de órgão ao qual se imputa a vontade estatal, nada mais é do que depositário dos bens e interesses postos pela coletividade a sua administração, razão pela qual todo e qualquer ato administrativo por ele praticado há que ser suficientemente fundamentado, de forma a possibilitar o controle de sua atuação. Portanto, deverá a Administração

[4] TCU, Acórdão nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007.
[5] TCU. Processo nº TC-010.471/2009-1. 1ª Câmara. Relator: Ministro Marcos Bemquerer.

Pública apresentar "as razões de haver escolhido tal ou qual fornecedor ou executante".

No caso em tela, a Gestora infringiu os arts. 7º, § 2º, inciso III, 38 e 26, *parágrafo único*, incisos II e III, da Lei 8.666/93, ao deixar de apresentar a comprovação do bloqueio de reserva orçamentária; justificativa para inexigibilidade; razões da escolha do fornecedor/executante; atestado de exclusividade; e justificativa do preço, ensejando o julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório/1ª fase.

Em que pese às irregularidades na fase licitatória, pondero que consta nos autos toda documentação estabelecida no Anexo I, Capítulo III, item 1.2, subitem 1.2.1, *"b"*, itens 1 a 5, da Instrução Normativa TCE/MS nº 35/11, comprovando que o Contrato nº 28/2013 foi regularmente celebrado com a empresa Heliton de Oliveira Fialho-ME, estando presentes as cláusulas necessárias, previstas nos artigos 54, parágrafos 1º e 2º, 55, da Lei Nacional 8.666/93, e publicado nos termos do art. 61, *parágrafo único*, do mesmo instituto legal; que o Ordenador de Despesas comprovou que o objeto da contratação em análise foi prestado; que a despesa empenhada foi regularmente liquidada e paga, nos termos dos artigos 62 a 65 da Lei 4.320/64, conforme quadro demonstrativo abaixo, cuja vigência do contrato expirou em 5/3/2014; deixo de impugnar a despesa para que não ocorra o enriquecimento sem causa:

Valor do contrato	R$ 65.000,00
Valor empenhado	R$ 65.000,00
Despesa liquidada	R$ 65.000,00
Pagamento efetuado	R$ 65.000,00

Diante das fundamentações legais e fáticas que integram as razões do presente voto e da límpida transgressão às normas de Licitações e Contratações Públicas acima apontadas que se subsumem a multa prevista no art. 170, inciso I, do Regimento Interno desta Corte de contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13, e considerando a natureza das infrações, o conjunto de elementos de convencimento demonstrados, a proporcionalidade entre a sanção ora aplicada e o grau de reprovabilidade da conduta praticada pela Ordenadora de Despesas contra a normal legal, entendo que a multa ao final quantificada seja o suficiente para dar o efetivo tratamento isonômico a Gestora submetida à jurisdição desta Corte de Contas.

Mediante o exposto, acolho parcialmente o parecer ofertado pelo Ministério Público de Contas, **DECIDO**:

I - Pela **IRREGULARIDADE** do procedimento de inexigibilidade, pela infringência aos arts. 7º, § 2º, inciso III, 38 e 26, *parágrafo único*, incisos II e III, da Lei 8.666/93;

II - Pela **REGULARIDADE** da formalização do Contrato nº 28/2013, celebrado em consonância com as disposições da Lei 8.666/93, e regularidade contábil da execução financeira, por observância das disposições da Lei 4.320/64;

IV – Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** a Ordenadora de Despesas, Carla Castro Rezende Diniz Brandão, inscrita no CPF sob o nº 500.502.491-34, no valor correspondente a 100 (cem) UFERMS, pelas irregularidades constatadas no procedimento licitatório, prevista no art. 170, inciso I, do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13;

V – Pela **CONCESSÃO DO PRAZO** de 60 (sessenta) dias para o recolhimento da multa ao FUNTC, nos termos do art. 83[6] da Lei Complementar 160/2012, comprovando o pagamento nos autos no mesmo prazo, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do art. 77, parágrafo 4º da Constituição Estadual[7];

É a decisão.

Campo Grande/MS, 20 de agosto de 2015.

Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator

ASP

6 Art. 83. O valor da multa aplicada pelo Tribunal deve ser recolhido ao Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas (FUNTC), por meio de guia ou instrumento apropriado.
7 As decisões do Tribunal de que resultar imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.