FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JOÃO BATISTA ARAUJO

LEI FEDERAL 8.666/93, ART. 25, INCISO III: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O SETOR ARTÍSTICO MUSICAL

Aracaju

2014

JOÃO BATISTA ARAUJO

LEI FEDERAL 8.666/93, ART. 25, INCISO III: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O SETOR ARTÍSTICO MUSICAL

Monografia, apresentada a Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Dr. Pedro Durão

Aracaju

2014

JOÃO BATISTA ARAUJO

LEI FEDERAL 8.666/93, ART. 25, INCISO III: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O SETOR ARTÍSTICO MUSICAL

Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração de Negócios de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Pedro Durão

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

_____

Prof. Me. Agripino Alexandre Santos Filho

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

_____

Prof. Alessandro Buarque Couto

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

RESUMO

A Monografia de Conclusão de Curso de Direito, tem por objetivo demonstrar a variação de preços na contratação de artistas e bandas musicais nos Estados da Federação, onde os valores gastos com festas terão como consequência essencial além de outras, a falta de investimentos em saúde e educação, prioridades estabelecidas nos direitos sociais previstos no Art. 6 da Constituição Federal. Além disso, pretendemos quantificar os valores adjudicados a artistas e bandas musicais na Administração Pública; sugerir possíveis alterações a esta possibilidade de licitação, prevista no Art. 25, inciso III, da referida Lei; identificar quais Órgãos estão sujeito a esta possibilidade de licitação e quanto isto representa de dispêndio, a fim de sugerir formas de eliminar esta licitação direcionando aos interesses da iniciativa privada.

Palavras-chave: Eventos artísticos. Licitação. Administração pública.

ABSTRACT

A Monograph of Law Course, aims to demonstrate the variation of prices in hiring artists and musical bands in the States of the Federation, where spending on festivals values will primarily result among others, the lack of investment in health and education priorities in social rights under article 6 of the Constitution. In addition, we intend to quantify the amounts awarded to artists and musical bands in Public Administration; suggest possible changes to this possibility of bidding, provided for in Art. 25, paragraph III of that Act; identify which bodies are subject to this possibility of bidding and how much of this represents expenditure in order to suggest ways of eliminating this bidding directing the interests of private enterprise.

Keywords: Artistic events. Bidding. Public administration.

Dedico esta Monografia a meu Pai João Alberto de Araújo (*in memoriam*), homem plural, exemplo de caráter, humildade e conciliação, deixou em nosso coração suas últimas palavras: “**ninguém morre enquanto permanece vivo no coração de alguém”.**

A minha esposa Lia, filhas Laís e Ticiana, o meu afeto e disposição para seguir o destino, os meus agradecimentos pela paciência das horas subtraídas do convívio familiar, permitindo que nosso sonho se concretizasse.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, meu Pai, pois é ele quem me concedeu a força de iniciar esta caminhada e a energia para ir até o final.

Agradeço à minha família e amigos, os quais sempre estiveram torcendo por mim.

Meus especiais agradecimentos a minha esposa Lia pelas palavras de incentivo e força e pela paciência em meus momentos de preocupação com metas a serem atingidas.

Registro os meus sinceros e especiais agradecimentos ao meu orientador Dr. Pedro Durão, pela sua decisiva orientação, ao Mestre Vitor Condorelli, conselheiro permanente sobre o tema, e à Profa. Dra. Hortência de Abreu Gonçalves, por ter sido a paciente e prestativa bússola que norteou as normas e estilos no nosso labor.

E ainda no ambiente interno da nossa Faculdade, agradeço a gentileza e atenção de todos os funcionários da FANESE.

No ambiente externo quero ressaltar o meu afeto e gratidão à Dra. Lílian de Lins Wanderley, Professora dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Geografia da Universidade Federal de Sergipe que, por amizade, generosidade e apreço pelo trabalho acadêmico corrigiu, criticou e sugeriu com clareza e inteligência os textos por mim produzidos nessa minha importante trajetória de vida.

Por fim, agradecer a todos Orientadores, meus colegas do curso de direito, pelo convívio saudável que tivemos durante anos na relação discursiva e acadêmica.

Obrigado!

GO TOGETHER

É o próprio texto constitucional, contudo, que estabelece diferentes níveis de prioridade em relação às ações do governo, 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.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

LISTA DE ABREVIATURAS

AGU - Advocacia Geral da União

CF - Constituição Federal

CLT - Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB/88 - Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988

TCU - Tribunal de Contas da União

SIM/AM - Sistema de Informação Municipal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

MPC – Ministério Público de Contas

HRN – Hospital Regional Norte

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 11
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 15
2.1 Origens, Objeto e Conceito de Direito Administrativo..... 15
2.2 Princípios e Tendências do Direito Administrativo Brasileiro..... 17
2.2.1 Alargamento do Princípio da Legalidade..... 19
2.2.2 Democracia Participativa..... 19
2.2.3 Processualização do Direito Administrativo..... 20
2.2.4 Ampliação da Discricionariedade Administrativa..... 20
2.2.5 Crise na Noção de Serviço Público..... 21
2.2.6 Agencificação..... 22
2.2.7 Princípio da Subsidiariedade..... 22
2.2.8 Administração Pública Gerencial..... 22
2.2.9 Princípio da Supremacia do Interesse Público..... 23
2.2.10 Fuga do Direito Administrativo..... 23
3 LICITAÇÃO..... 25
3.1 Conceito, Finalidade e Objeto da Licitação..... 25
3.2 Princípios Vinculados..... 27
3.2.1 Igualdade..... 28
3.2.2 Legalidade..... 28
3.2.3 Impessoalidade..... 30
3.2.4 Moralidade e da Probidade..... 31
3.2.5 Publicidade..... 31
3.2.6 Vinculação ao Instrumento Convocatório..... 32
3.2.7 Julgamento Objetivo..... 32
3.2.8 Princípio da Adjudicação Compulsória..... 33
3.2.9 Princípio da Ampla Defesa..... 34
3.2.10 Princípio da Licitação Sustentável..... 35
3.3 Fases da Licitação..... 35
3.4 Contratação Direta sem Licitação: inexigibilidade..... 39
3.4.1 Métodos Procedimentais..... 39
4 UMBRAL TECNICO JURIDICO..... 44

4.1 Generalidades..... 44
4.2 Pressupostos Conceituais..... 45
4.3 Objeto Intrínseco..... 46
4.3.1 Parâmetros da Licitação Inexigível, Art.25, Inciso III..... 46
4.3.2 Valor Adjudicados aos Artistas e Bandas Musicais 53
4.3.3 Principiologia Aplicável..... 57
4.3.4 Responsabilidade e Pena por Ato de Infração..... 60
5 TANGENTES LEGAIS..... 62
5.1 Alteração Pontual Sugerida à Inexigibilidade..... 62
5.2 Valores Comparativos: Iniciativa Privado X Setor Público..... 63
5.3 Variações de Preços Contratados..... 64
6 EXAME TEMÁTICO JURIDICO DA MATÉRIA..... 67
6.1 Decisões do Supremo Tribunal: STF e STJ..... 67
6.2 Pareceres do Tribunal de Contas da União..... 67
6.3 Julgados Pertinentes..... 68
7 CONCLUSÃO..... 69
REFERÊNCIAS..... 71
ANEXO A - Decisões do Supremo Tribunal Federal..... 73
ANEXO B - Pareceres do Tribunal De Contas da União..... 76
ANEXO C - Julgados Pertinentes..... 87

1 INTRODUÇÂO

O uso da politica do “pão e circo” vem desde os primórdios de Roma, com o Imperador Otavio Augusto, no mistifório entre o público e o privado, que prevalece até o tempo presente. Qualquer semelhança entre as Repúblicas de Roma e do Brasil é meramente sofisma, embora haja semelhança entre Roma antiga e o mundo moderno.

Com o desenvolvimento das nações, após as guerras e revoluções, há historicamente um desenvolvimento administrativo, proporcionando ao direito tupiniquim assimilar ao longo dos anos, afluência do direito de outras nações, bem como avanços principiológicos que são fundamentos, base do ordenamento jurídico administrativo dos Estados, portanto devem ser utilizados pelos agentes públicos de forma razoável e proporcional.

A administração pública quando adquire bens ou serviços o faz através de um processo administrativo denominado licitação pública, e esta por sua vez adota o que determina a Lei Federal 8.666/93 que disciplina esta licitação pública e contratos administrativos[1].

De acordo com a Lei Federal 8.666/93, Art. 25, Inciso III, a Inexigibilidade de Licitação é uma possibilidade utilizada pelos setores da Administração Pública quando necessita contratar, sob a égide dos princípios, entre outros bens e serviços, um profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que talentoso e respaldado na crítica especializada, ou de elevada consagração popular na circunscrição geográfica regional ou nacional[2].

Embasado em vários princípios, que devem ser observados pelo agente público nos processos de licitação e contratação, com o proposito de máxima razoabilidade e proporcionalidade, cabe ressaltar os atributos essenciais e imperativos do processo de licitação e seu compromisso com a sociedade. Neste contexto e evitando-se incorrer em risco de se burlar esta mesma sociedade,

---

[1] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

[2] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. “**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”.

pergunta-se: É razoável que Governo e Prefeituras utilizem recursos públicos sem a devida cautela, em eventos culturais?

Esse tema envolve a aplicação de recursos públicos na área cultural em agravo ao valor social e sua aplicação no *feedback* das necessidades básicas que trará para sociedade, em lugar de shows e espetáculos enigmáticos, motiva um estudo específico que pretende contrarrazoar e complementar os já existentes sobre o tema.

Mais instigante nesse processo investigativo é o modo como ocorrem às variações nos valores contratados de um mesmo artista ou banda musical em diferentes Estados da Federação, chegando a alcançar níveis díspares da ordem de cem a trezentos por cento em relação aos valores praticados em espetáculos particulares. Implícita ou explicitamente, o tema estudado pretende esclarecer à sociedade a diferenciação dos interesses sociais e políticos de Governo, implícito na discricionariedade pública.

Sobre esse prisma, o presente estudo tem como objetivo geral comprovar que a contratação regional e nacional para o setor artístico musical ocorre à sombra de repulsa de segmentos da sociedade civil e jurídica e levanta possíveis variações de preços nos Estados da Federação.

Postulam-se alternativa possível, ou seja, tangentes legais para o redirecionamento desta possibilidade de licitação, embasada em modelos construtivos de sucesso da iniciativa privada, bem como, incentivos fiscais aos beneficiários primários de tais eventos.

Em termos dos procedimentos metodológicos da pesquisa, e considerando estar à utilização da técnica Investigatória associada aos objetivos estabelecidos neste estudo, foram realizados levantamentos em arquivos de órgãos públicos estaduais, municipais e TCU (Tribunal de Contas do Estado e da União), como também apontamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e de estantes virtuais da Web, com foco nas jurisprudências e repercussões da critica especializada.

Adotou-se nos levantamentos tanto os canais formais quanto os informais, mas sempre articulados aos fundamentos teóricos do objeto do estudo, daí a pesquisa ter-se baseado numa escolha criteriosa e sistemática visando à descrição, explicação e análise dos fatos.

Hodiernamente o tema é polêmico nos meios jurídicos e culturais não sendo o proposito deste estudo esgotar o assunto e sim inculcar debates regenerativos auspiciosos.

Em face da escassez de publicações doutrinárias, recorreu-se à pesquisa qualitativa na tentativa de explicar o resultado das informações obtidas através de entrevistas, levantamentos jurisprudenciais, para compreender os processos sociais e culturais aplicados ao objeto de estudo. Nesse contexto, considerou-se como fonte primária os dados produzidos nos levantamentos e aos quais foram aplicadas medidas estatísticas, e como fonte secundária as entrevistas com autoridades Estaduais e Federais devidamente identificadas. Além dos resultados obtidos na permanente e contemporânea etapa de leitura das fontes teóricas e documentais, no levantamento de pareceres, sentenças e decisões judiciais, na análise dos dados e das informações de caráter geral e específicos, nos parâmetros gerados ao longo deste estudo, nos capítulos a seguir descritos:

Inicialmente, faremos um relato sobre o desenvolvimento e os parâmetros que serão utilizados e onde pretendemos ombrear.

O primeiro capítulo denominado Administração Pública, abrange os aspectos de origem, objeto e conceito, sua evolução histórica administrativa e tendências atuais do direito administrativo brasileiro, calcados nos Princípios axiais.

O segundo traz a descrição detalhada da licitação pública e seus contornos legais conforme Lei Federal 8.666/93, tais como seu conceito, finalidade, objeto e princípios vinculados, a descrição das fases e procedimentos da licitação, focando na delimitação da Contratação Direta sem Licitação: Inexigibilidade.

No terceiro capítulo, recorreu-se ao objeto de estudo denominado Umbral Técnico Jurídico, abrangendo os aspectos conceituais doutrinários da licitação na modalidade prevista no Art.25, inciso III, valores adjudicados aos artistas e bandas musicais e principiologia específica aplicável.

No quarto capitulo, de forma pontual, sugerimos alteração a esta possibilidade de licitação, os valores praticados na iniciativa privada x setor público e sugestão construtiva no interesse Público redirecionando ao setor primário, com uso do Principio da Subsidiariedade, dirigido aos produtores de cervejas e bebidas não alcoólicas, mediante incentivos fiscais.

No quinto capítulo, denominado Exame Temático Jurídico, foram citadas decisões do STF, STJ, pareceres dos Tribunais de Conta do Estado e da União, como também aqueles julgados Pertinentes sobre o tema.

Pretende-se com esse estudo contribuir para o direito administrativo, o leitor poderá perceber o contorno doutrinário, a sugestão construtiva no redirecionamento a esta possibilidade de licitação, e elementos formais e legais no processo licitatório, como os requisitos evidenciados que torna o processo de inexigibilidade na contratação inválido, cabendo ao administrador público, impor sanções em razão da pratica de improbidade administrativa.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Origens, Objeto e Conceito de Direito Administrativo

O Direito Administrativo, como ramo autônomo, surgiu nos fins do século XVIII e início do século XIX, embora anteriormente existissem normas administrativas que auxiliavam o Estado precisamente onde existiam órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que havia eram normas esparsas que davam andamento e funcionamento à administração publica, à competência de seus órgãos tornando o Estado suficiente para prestar serviços ao povo.

Na Idade Média o Direito Administrativo não encontrou ambiente para o seu desenvolvimento, porque nas monarquias absolutas o poder pertencia ao soberano, sua vontade era a lei e todos obedeciam chamados servos ou vassalos (subordinação), o direito público nesta época se resume a um único preceito jurídico que estabelece um direito ilimitado, sobre princípios: “the king can do no wrong”.

Portanto, o rei não podia ser submetido aos Tribunais, seus atos estavam acima de qualquer norma, seus atos era a lei, daí que se formulou a ideia da teoria da irresponsabilidade do Estado, em benefícios dos direitos individuais.

> No entanto, apontam-se algumas obras de glosadores da Idade Média, principalmente dos séculos XIII e XIV, nas quais se encontra o germe dos atuais direitos constitucionais, administrativo e fiscal. Indica-se a obra de Andrea Bonello (1190 a 1275, d.C.),dedicada ao estudo dos três últimos livros do Código Justiniano, que tinham sido deixados de lado, porque dedicado a estruturas fiscais e administrativas de um império que já não existia. Outro texto sobre o qual trabalharam os juristas, na época, foi o Liber Constitutionis, publicado pelo parlamento de Melfi em 1231.No século XIV, a obra de Bartolo de Sassoferrato(1313-57) lança as bases da teoria do Estado Moderno (cf. Mario G.Losano,1979:55)[3].

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a formação do Direito Administrativo, como atividade autônoma aconteceu juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, já na fase do Estado Moderno, estruturado sobre o principio da legalidade (até mesmo os governantes se submetem a lei fundamental, a Constituição).

---

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**: São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

Consequentemente se afirma que o Direito Administrativo surge das revoluções que aniquilaram o velho regime absolutista da Idade Média.

Afirma-se que o Direito Administrativo é consequência da situação gerada pela Revolução Francesa, existindo apenas nos países que adotaram as teses por ela defendidas, o que dificulta a generalização de conceitos para além destes limites, porém o que é verdadeiro é que nem todos os países trilharam a mesma historia, houveram estruturações diferenciadas, consequentemente o Direito Administrativo teve desenvolvimentos e sistemas diferenciados.

Portanto, tem contribuições do direito francês, direito alemão e do direito italiano para sua formação como ramo autônomo. O primeiro que praticamente deu origem ao Direito Administrativo, formou a escola legalista ou exegética estruturada com base na interpretação de textos legais, levados aos Tribunais; o segundo influencia a elaboração cientifica e o terceiro segue um pouco de cada tendência, contribuindo todos para formação sistemática do Direito Administrativo Moderno.

Ao final do século XVIII os países são sacudidos pela efervescência da politica e da economia, motivados pelos grandes avanços científicos e o racionalismo filosófico causadores de novas perspectivas na área econômica e industrial.

O encorajamento para formação do Direito Administrativo nasceu das ideias de Montesquieu com a teoria da separação dos Poderes (L'Espirit des Lois,1748),aceita e acolhida pelos Estados de Direito. O absolutismo reinante na época não permitia o reconhecimento de direitos pelos súditos, em oposição às ordens dos soberanos, dominava a vontade onipotente e imperativa do Monarca, na expressão de Luís XIV: "L'État c´est moi".

Após a Revolução de 1789, implementação das ideias de Montesquieu, a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais propiciaram a independência aos órgãos de governo, surgindo à necessidade de julgamento dos atos Administrativos, que inicialmente ficou com o Parlamento, posteriormente viu-se a necessidade e conveniência de separação das atividades politicas das judiciais.

> O Direito Administrativo no Brasil não se atrasou cronologicamente das demais nações. Em 1851 foi criada essa cadeira (Dec. 608, de 16.8.1851) nos cursos jurídicos existentes, e já em 1857 era editada a primeira obra sistematizada-Elementos de Direito Administrativo

> Brasileiro-de Vicente Pereira Regoa, então professor da Academia de Direito do Recife[4].

Segundo Hely Lopes Meirelles, o Brasil adotou, desde a instauração de sua primeira República (1891), o sistema da Jurisdição Única, ou seja, o do controle administrativo pela justiça comum.

A implantação da República acontece sob a influência do Direito Público Norte-Americano motivado pela busca de um modelo ideal para nosso País.

As inovações introduzidas no direito administrativo acontecem após a Constituição de 1988, com o resgate dos princípios do Estado democrático de Direito, o neoliberalismo e a globalização puxada do sistema da common law e do direito europeu, inserindo consequentemente a Reforma do Estado sob a influência de princípios da ciência econômica e administrativa.

O objeto e conceito do Direito Administrativo segundo os doutrinadores:

> Para Hely Lopes Meirelles, a caracterização e a delimitação do objeto do Direito Administrativo estão nas atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado; José Cretella Júnior diz que o Direito Administrativo tem como objeto a administração, isto é, “os serviços públicos são o objeto do Direito Administrativo”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que ficou para o Direito Administrativo a atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, com exclusão das funções legislativas e jurisdicionais.
>
> Conceitualmente, Hely Lopes Meirelles diz: “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta (abstrata => legislação), direta e imediatamente (jurisdição => indireta e mediatamente) os fins desejados pelo Estado”.
>
> Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma no sentido objetivo e subjetivo: “Ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”[5].

Conceitos doutrinários, que firmam a operacionalização segundo os autores, estabelecendo de forma acadêmica os fins desejados pelo Estado.

2.2 Princípios e Tendências do Direito Administrativo Brasileiro

---

[4] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014. p.53.

[5] CARLOS, Eder Sabino. Direito Administrativo: conceito, fontes e princípios. 23/01/2012. **Central de favoritos**. Wordpress. Disponível em: < http://centraldefavoritos.wordpress.com/2012/01/23/direito-administrativo-conceito-fontes-e-principios/>. Acesso em: 20 out. 2014.

> Según el nuevo modelo económico,la globalizacion busca aglutinar núcleos de producción com el objeto de formar bloques-unidos por características culturales y económicas-,em los cuales los países membro estén em uma situación de igualdad tal que,todo lo que afecte a uno,tenga repercusiones em los demás[6].

Segundo Pedro Durão, há uma contradição entre criar vínculos entre nações para fomentar plena integração e competir com os demais blocos que estão na mesma situação. A Transformação para uma aldeia global viabiliza-se a partir do entendimento da situação interna dos países que são diferentes, sendo os convênios de cooperação, um instrumento de Direito Administrativo para viabilizar tais carências.

No Brasil muitos doutrinadores se empolgam com inovações impostas pela Comunidade Européia, sem, contudo verificar se estas novidades se adequam ao direito brasileiro.

Esta ala inovadora que compõe o bloco do Direito Administrativo econômico segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro mais econômica que administrativo é voltada mais para os interesses individuais da área econômica do que para os interesses da coletividade.

.

> A doutrina pretensamente inovadora é em verdade, retrógrada, porque prega a volta de princípios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social - a burguesia-, inexistindo a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela esta voltando à ideologia de fins do século XVIII, sem atentar para os malefícios que dela resultaram[7].

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro estas inovações que se busca trazer para o direito brasileiro estão em processo de reversão:

> a) a União Europeia já retrocedeu no que diz respeito ao conceito de serviço público, porque admite agora as chamadas obrigações de serviço público, imposta a empresas que pretensamente prestam atividade privada;
> b) a autonomia das agencias reguladoras já corre sérios riscos, seja porque não respeitada pelo Poder executivo, seja porque já se cogita de sua restrição por meio de alteração legislativa;
> c) a legalidade, ao mesmo tempo em que sofre ataques, é reforçada pela ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos,

[6] DURÃO, Pedro. **Transformaciones del derecho administrativo**. Buenos Aires: Libros & Bytes: .2008. p. 41.
[7] DI PIETRO. **Op.cit**., 2012, p. 28.

> com a redução da discricionariedade administrativa e do conceito de mérito;
> d) o princípio do interesse público, que vem sendo tão combatido, se reforça quando a todo o momento a sua apreciação é submetida ao Poder Judiciário;
> e) a tendência à terceirização em detrimento dos quadros de servidores também está revertendo, na esfera federal, em decorrência de ação civil pública promovida pelo Ministério Publico, que levou o governo Federal a firmar termo de ajustamento de conduta para criação de cargos nos próximos anos[8].

Portanto, as tendências do direito administrativo brasileiro são efetivamente para:

2.2.1 Alargamento do Principio da Legalidade

Com adoção dos princípios do Estado democrático de Direito, e transcendência de maior limitação à discricionariedade administrativa bem como ampliação do controle judicial, o princípio da legalidade estendeu-se para incorporar os atos do poder executivo, com força de lei ampliando o âmbito de abrangência administrativa, ou seja, administração só pode fazer o que a lei permite (vinculação positiva). Com a Constituição de 1988 surge esta ampliação deste principio bem como a participação do cidadão na gestão e na fiscalização da Administração Pública.

No Brasil de hoje, o princípio da legalidade traz como consequência a submissão ao Direito, pois são amarras constitucionais, para os atos administrativos nos âmbitos governamentais.

2.2.2 Democracia Participativa

Revigoramento da participação do cidadão no controle da Administração pública nos segmentos políticos, econômico, social e cultural previsto exemplificado no direito a informação (art. 5º, XXXIII[9]), o direito denunciar irregularidades ao

[8] DI PIETRO. **Op.cit**., 2012, p. 28.
[9] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à

Tribunal de Contas (art. 74, § 2º[10]), a gestão da seguridade social (art. 194, VII[11]), da saúde (art.198, III[12]), do ensino público (art. 206, VI[13]), e outras normas contidas na legislação ordinária, bem como a introdução do § 3º do artigo 37 da Constituição pela emenda 19/98[14], prevendo as formas de participação do usuário na administração direta e indireta.

2.2.3 Processualização do Direito Administrativo

Exigência constitucional do devido processo legal prevista no art. 5; a observância à proteção dos direitos individuais, a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade.

2.2.4 Ampliação da Discricionariedade Administrativa

Com a ideia da discricionariedade técnica, para reduzir o controle judicial sob os atos da Administração, a discricionariedade não permaneceu estática ao longo do tempo acompanha o conceito de legalidade, pois quanto mais se positiva (segue a lei escrita), reduz a discricionariedade administrativa.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se dizer que existem duas tendências opostas, sendo mais um paradoxo do direito administrativo:

---

segurança da sociedade e do Estado;". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.

[10] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 74.** Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.

[11] Ibid. "**Art. 194**. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...]VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)".

[12] Ibid. "**Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]III - participação da comunidade.

[13] Ibid. "**Art. 206.** O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;"

[14] Ibid. "**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998".

> a) de um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia de substituir a Administração burocrática pela administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes;
> b) de outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados "conservadores", calcada no direito positivo e na Constituição, que defende maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição[15].

Continuando diz que esta mesma dualidade é percebida com relação à discricionariedade técnica; a primeira corrente defende a impossibilidade de apreciação judicial, por ser tema técnico, ou seja, compete à Administração Pública definir; os da segunda corrente ao contrario enfatizam a possibilidade, em face da utilização dos peritos proporcionando uma solução única. Se entre as duas soluções não houver definição a consequência é apreciação da demanda pela via judicial.

2.2.5 Crise na Noção de Serviço Público

Há uma tendência da transformação do serviço publico do Estado em atividades privadas aberta à livre iniciativa e a livre concorrência, é o pensamento dominante em boa parte da doutrina, ou seja, crise na noção de serviço público.

Na realidade entendem-se que o Estado pressionado a cada dia por melhores serviços públicos necessita do apoio da iniciativa privada, trazendo com isso diminuição do rol de serviços públicos, especialmente os de natureza econômica, por influência do direito europeu.

No Brasil a doutrina é adepta ao neoliberalismo, entretanto a maior dificuldade é a Constituição que ordena expressamente a competência do Estado para gerir atividades, exemplificadas no artigo 21, XI e XII[16], atividades estas estratégicas para o País.

---

[15] DI PIETRO, **Op.Cit**. 2012, p. 31.

[16] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 21.** Compete à União: [...]XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos

Verifica-se no Brasil, uma privatização parcial, principalmente pelo uso da legislação ordinária ao arrepio da Constituição, do tipo: Telecomunicações, energia elétrica, correios, portos e recentemente aeroportos.

2.2.6 Agencificação

Simultaneamente ao processo de privatização das estatais ocorre a chamada agencificação, com a regulamentação das agencias reguladoras com natureza de autarquia de regime especial, com função beirando ao legislativo, poderes de decretar normas com força imperativa, influencia do sistema common law.

As agencias tem função quase judicial, porque são resolvidos conflitos entre prestadores de serviços a usuários e as decisões podem ser apreciadas de forma judicial. Importante destacar que esta delegação normativa partiu da construção da Corte Suprema do nosso País, não sendo novidade no direito brasileiro.

2.2.7 Princípio da Subsidiariedade

Este princípio leva em consideração o respeito aos direitos individuais, quando a iniciativa privada seja através de indivíduos e associações tem prioridade sobre a iniciativa estatal, consequentemente o Estado deve evitar exercer atividades que o particular tem condições de exercer, por iniciativa e com seus próprios recursos. Em outras palavras o Estado só deve exercer atividade econômica para subsidiar a iniciativa privada quando esta se configura deficiente, conforme preceitua o artigo 173, de nossa Constituição Federal[17].

2.2.8 Administração Pública Gerencial

---

cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.

[17] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 173**. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Substituição do controle formal pelo controle de resultado, autonomia administrativa, financeira e orçamentaria conforme previsto no artigo 37, § 8º[18], da Constituição, não sendo ainda implementado por falta de promulgação de lei. Ao nosso entendimento esta norma não se aplica por falta de efetividade e compromisso público.

2.2.9 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público está alicerçando praticamente todas as funções do Estado, abrangendo todos os ramos do direito público: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção.

A defesa do interesse público ajusta-se ao próprio objeto do Estado, defender o interesse da coletividade, do bem social, negar este princípio é contradizer a função do Estado.

A proteção do interesse público vem com o avanço do Estado Social, proteção dos vários interesses das camadas sociais, caracterizando-se pelo binômio autoridade/liberdade, presente em todos os institutos do direito administrativo. Esta conjunção origina o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que exige adequação entre os meios e os fins, visando o interesse público.

2.2.10 Fuga do Direito Administrativo

A ideia de derrogação do direito administrativo para o direito privado não tem como se concretizar face às normas e fundamentos constitucionais. Atualmente se nota tendências do direito administrativo caminhar para privatização do próprio regime jurídico no intuito de escapar às normas de licitação, contrato administrativo, concurso público e outras normas constitucionais.

---

[18] Ibid. "**Art. 37**. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal."

A Administração Pública jamais deixou de aplicar o direito privado em inúmeras hipóteses, no direito brasileiro são celebrados contratos de direito privado, cria-se empresas sujeitas ao regime das empresas privadas e contrata-se servidores sobre o regime da CLT.

Por isso mesmo, muito autores, desde longa data, falam na existência de um direito administrativo em sentido amplo, que abrange o regime jurídico de direito público e o direito privado a que se submete a Administração Pública; e em direito administrativo em sentido estrito, correspondente a um regime jurídico de direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum, com restrições e prerrogativas destinadas a, de um lado, garantir a autoridade do poder público, e de outro, respeitar os direitos dos cidadãos.

Finaliza Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por mais que se idealize a fuga do direito administrativo, ela nunca poderá ser integral, visto que, mesmo quando se socorre de institutos do direito privado, tais normas são parcialmente derrogadas pelo direito público[19].

[19] DI PIETRO, **Op.Cit.** 2012.

3 LICITAÇÃO

3.1 Conceitos, Finalidade e Objeto da Licitação

Uma das mais importantes atividades da Administração Pública é a licitação. É notório que o Estado não tem capacidade para individualmente conduzir todas as necessidades públicas, portanto, se faz necessário à importância das atividades da administração pública precisamente em seus procedimentos licitatórios, de acordo lei Federal 8.666/93.

> La licitación pública nos da la idea de una competencia en la cual los eferentes exhiben sus productos y servicios haciendo viable la aquisición por parte de la administración pública em respuesta al interés colectivo.En este contexto,se puede afirmar que la licitación es um procedimiento previo a la propria contratación que tiene como objetivo seleccionar la propuesta más convincente y ventajosa[20].

Certamente a proposta será, preferencialmente a de menor preço, a mais convincente e vantajosa para à administração pública, destaca Pedro Durão.

O artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso XXI, destaca a importância da licitação para Administração Pública, pois é através de suas entidades estatais e autárquicas que realiza obras e serviços, efetua compra e aliena bens[21].

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é um procedimento administrativo vinculado:

> Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade quando pretende adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação[22].

---

[20] DURÃO, Pedro. **Licitación Pública**: Parametros y supranacionalidade: Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.

[21] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 37** – [...]XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)".

[22] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

Hely Lopes Meirelles define licitação como sendo ”o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse” [23].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua como um procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre aos interessados a possibilidade de formularem propostas nas condições fixadas aos quais selecionará a mais conveniente para celebração de contrato[24].

Em resumo é um certame onde as entidades de governo promovem e abrem disputa entre os interessados encadeando relações de cunho material, escolhendo a proposta mais vantajosa à administração pública.

Dispõe o art.37 da CF:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
> [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações[25].

A licitação tem por finalidade alcançar as melhores condições para a Administração Pública, o objeto devera ser definido em edital ou no convite, com fins de que os interessados a participar tenham as regras do certame previamente definidas, sob pena da licitação ser anulada.

A finalidade da licitação converge para objeto, ou seja, descrição com todos os dados necessários ao entendimento do proponente tais como o anteprojeto e as respectivas especificações, no caso especificação de obra civil, é condição de legitimidade da licitação.

O objeto da licitação é, em regra, uno e indivisível, constituindo um para cada proposta. Mas as “obras, serviços e compras serão divididas em tantas parcelas

---

[23] MEIRELLES, **Op.Cit**. 2013, p. 297.
[24] DI PIETRO, **Op.Cit**. 2012, p. 368.
[25] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

quantas se comprovarem técnica e economicamente viável, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competividade, sem perda da economia de escala". (art. 23, §1º[26]); ou seja, o objeto será licitado em partes autônomas ou por itens, desde que física e tecnicamente essa divisão seja possível e o edital a admita expressamente, indicando as unidades ou quantidades em que se podem fracionar as ofertas.

No silêncio do edital o entendimento é da indivisibilidade, sendo as propostas parciais desclassificadas.

Resulta que o objeto da licitação converge sempre para o objeto do contrato, que pode ser uma obra civil, um serviço, uma compra ou concessão, uma alienação ou mesmo uma locação, assunto que não será tratado neste estudo.

3.2 Princípios Vinculados

Inicialmente há de se destacar a importância dos princípios, pois eles fortalecem nosso ordenamento jurídico, dando suporte à Administração Pública e garantindo à sociedade que a mesma fundamente suas decisões, com base constitucional, para validação de seus atos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios formativos que regem a licitação[27]. Observa-se que a própria licitação já se constitui um princípio que vincula a Administração Pública, ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, constituindo a restrição de liberdade administrativa na escolha do contratante, ou seja, o administrador terá que escolher a melhor proposta que atenda ao interesse público.

Dispõe o, art. 3º da Lei nº. 8.666/93:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa

[26] Ibid. "**Art. 23.** As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...]§ 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)".

[27] DI PIETRO, Opt. Cit. 2008.

> para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos[28].

Passamos agora a escabichar a fisionomia destes princípios incorporados a nossa Lei de licitações, analisando suas raízes constitucionais expressas ou explicitas.

Como citado anteriormente, o art. 37º, caput, indica alguns dos princípios, entretanto outros merecem igualmente serem consagrados face ao nosso Estado de Direito e avanços doutrinários.

Examinemo-los.

3.2.1 Igualdade

Constitui a base que norteia os processos licitatórios, haja vista, não apenas para permitir à Administração a melhor escolha entre os proponentes, mas assegurar o direito de igualdade a todos interessados na participação do certame com objetivos de contratação. Está expresso no art. 37, XXI, da Constituição, que estabelece a vedação em condições que impliquem em preferencia em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais, e na Lei 8.666/93 é expressamente indicado[29].

3.2.2 Legalidade

O princípio da legalidade surge como um freio aos abusos e autoritarismos, restringindo a atuação pública aos preceitos legais, resguardando diretos pessoais e coletivos, sendo inteiramente vinculado na Lei 8.666/93. O licitante que perceba

---

[28] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

[29] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 37** – [...]XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)".

alguma restrição ou inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o princípio da legalidade é o específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na formulação de comandos complementares à lei[30].

Desse modo, o princípio da legalidade implica na completa submissão da administração pública à lei posta. Consequentemente a atividade de todos os seus agentes, desde o Presidente da República até o menos graduado dos servidores, será de cumprir as disposições previstas no Direito pactuado.

Deveras, o principio da legalidade, como é obvio, tem, em cada país, o perfil que lhe haja atribuído o respectivo Direito Constitucional. Assim, em alguns será estrito, ao passo que em outros possuirá certa flexibilidade, da qual resulta, para a Administração, um campo de liberdade autônoma, que seria juridicamente inimaginável ante nossas Constituições.

No Brasil, o princípio da legalidade assenta-se no sistema constitucional, especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, imprimindo uma formatação estrita e rigorosa, não deixando espaços para interpretações que livrem os burladores da lei[31].

---

[30] MELLO, **Op.Cit.** 2010, p. 99-100.

[31] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). [...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;”

Mais do que direito público subjetivo, o principio da legalidade foi edificado com vistas ao interesse difuso, ou seja, por iniciativa do próprio cidadão. É a Lei 8.666/93 que viabiliza a participação popular com o uso dos art. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliando as formas de controle interno e externo e impondo sanções[32].

3.2.3 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988, art. 37, caput, é o clássico principio da finalidade, que impõe ao administrador público que só pratique o ato para fins legais. Por este princípio entende-se que o agente público deve excluir sua promoção pessoal ou administrativa sobre suas realizações, conforme preceitua o art. 37, § 1º da Constituição Federal[33].

E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastavél de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a nossa lei da ação popular

---

[32] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. "**Art. 4º** - Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. [...]
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113. [...]
Art. 101. Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência.
Parágrafo único. Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas.
Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.
§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo".

[33] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 37** – [...]§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

conceituou como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” do agente (Lei 4.717/65, art.2º, paragrafo único, “e”[34]).

Esse desvio de conduta dos agentes públicos, caso assim se configure, constitui-se forma de abuso de poder, vedada “a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (Lei 9.784/99, art. 2º, paragrafo único, III e XIII).

3.2.4 Moralidade e da Probidade

Este princípio exige que o Administrador Público tenha atitude licita, consoante com a moral, bons costumes, ou seja, haja com honestidade. Previsto nos artigos 37, *caput*, e 5º, LXXIII, da Constituição[35].

A Lei 8.666/93 faz referencia à moralidade e à probidade; a primeira vista na Constituição segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[36], ainda constitui um conceito vago, enquanto a segunda já tem contornos bem mais definidos no nosso direito, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º)[37].

3.2.5 Publicidade

Citado no art. 37, caput, da Constituição Federal é um dos princípios de maior relevância para Administração Pública, uma vez que seus atos deverão ser publicados, evitando-se qualquer tentativa de ilegitimidade na conduta dos agentes administrativos.

A publicidade é tanto maior quanto maior for à competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é mais ampla possível na concorrência, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior numero de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

---

[34] BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: [...] e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

[35] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “

[36] DI PIETRO, **Op.Ci**t. 2012.

[37] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “**Art. 37** – [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Na Lei 8.666/93 encontram-se vários artigos onde se prevê a aplicação deste principio entre os quais:

> a) art. 3º, § 3º, estabelece que a licitação não seja sigilosa, sendo pública e acessível;
> b) art. 4º estabelece qualquer cidadão pode acompanhar seu desenvolvimento;
> c) art. 15, § 2º, exige que os preços sejam publicados na imprensa oficial;
> d) art. 16 exige que seja publicada a relação de todas as compras feita pela Administração direta ou indireta, inclusive especificando os detalhes;
> e) art. 21 estabelece normas sobre publicação dos avisos e resumo edital;
> f) art. 34, § 1º, exige a ampla divulgação do registro cadastral dos interessados;
> g) art. 39 exige quando o valor estimado da licitação for superior o determinado montante, que o procedimento se inicie com audiência pública;
> h) art. 40, inciso VIII, exige que o edital conste indicação de local, horários e códigos de acesso meios comunicação longa distancia;
> i) art. 43, § 1º, exige abertura de envelopes em ato público;
> j) art. 53, § 4º, exige ampla divulgação edital do leilão[38].

3.2.6 Vinculação ao Instrumento Convocatório

É importante este princípio porque sua inobservância da causa à nulidade do procedimento, previsto no art. 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” [39].

Quando se publica o edital, as condições da licitação são apresentadas aos possíveis concorrentes ao certame e para um futuro contrato, caso seja homologada a melhor proposta. Não havendo respeito ao instrumento convocatório, os proponentes poderão ser desclassificados e suas propostas devolvidas, sem rompimento dos lacres.

3.2.7 Julgamento Objetivo

[38] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.
[39] **Ibid**. 1993.

Assegura que o julgamento das propostas há de ser feito com base nos critérios e normas fixados no edital, que constitui o instrumento convocatório. Acha-se mencionada no art. 44 da Lei 8.666/93, onde esclarece que “no julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei” [40]. O art. 45 da referida lei complementa *in verbis*:

> Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o 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[41].

Dessa forma, almeja-se com esses critérios impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

Este princípio é de grande relevância, uma vez que retira da comissão julgadora a discricionariedade na escolha do licitante que descumpra o instrumento convocatório, mesmo que a proposta tenha menor preço das demais proponentes.

3.2.8 Princípio da Adjudicação Compulsória

Significa segundo Hely Lopes Meirelles, que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor[42].

Dispõe o art. 50 da Lei 8.666/93 *in verbis*: “A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade” [43].

---

[40] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.
[41] **Ibid**. 1993.
[42] MEIRELLES, **Op.Cit**. 2014, p. 306.
[43] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

A compulsoriedade proíbe também que se abra nova licitação, enquanto ainda se mantém válida a anterior.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz a seguinte ressalva nestes termos:

> Em verdade, a expressão adjudicação compulsória é equívoca, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, 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 à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento[44].

Com a homologação e a adjudicação finaliza-se o procedimento licitatório, passando-se à fase de assinatura do contrato.

3.2.9 Princípio da Ampla Defesa

Na vigência da Constituição, o artigo 5º, inciso LV, cita ser indiscutível a observância desse princípio, como também o contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio[45]. Embora sem julgamento do mérito porque a defesa envolvia matéria de fato o acórdão do STF, publicado na RTJ 105/162, torna implícito o reconhecimento de defesa na licitação como processo administrativo.

Exige-se a observância da ampla defesa para aplicação no âmbito das licitações de acordo art. 87 da Lei 8.666/93, no caso das sanções administrativas[46].

---

[44] DI PIETRO, **Op. Cit**. 2012, p. 382.

[45] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 5º** - [...]LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;".

[46] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. "**Art. 87**. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. § 1o Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2o As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3o A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do

3.2.10 Princípio da Licitação Sustentável

O principio da sustentabilidade da licitação ou licitação sustentável é atual em face, de que é possível por meio de procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao explicar a importância do princípio da licitação sustentável, leciona:

> O primeiro passo nesse sentido talvez tenha sido dado pela lei n.6.938, de 31-8-1981, que dispõe sobre a Politica Nacional do Meio Ambiente.
> A lei nº 12.187, de 29-12-09, que institui a Politica Nacional sobre Mudanças do Clima, no artigo 6º, inciso XII, indicou como instrumento dessa Politica "as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre os quais o estabelecimento de critérios de preferencia nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos" [47].

Prosseguindo diz que o principio da licitação sustentável autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, porém, se harmonizam com o principio da isonomia.

3.3 Fases da Licitação

A Licitação constitui um procedimento uno, composto de etapas para fins de procedimento e organização.

O processo licitatório apresenta maior ou menor complexidade a depender da modalidade colocada em pratica, devendo ser iniciada com a instauração do processo administrativo e suas formalidades legais, para garantia de todos os participantes. Além das formalidades legais, inúmeros outras devem acompanhar o

---

Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação".

[47] DI PIETRO, **Op. Cit**. 2012, p. 384.

procedimento, entre eles o edital, as atas e relatórios, os atos administrativos, os recursos, as publicações entre outros conforme previsto no art. 38 da Lei 8.666/93 *in verbis*:

> 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:
> I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
> II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
> III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
> IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
> V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
> VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação dispensa ou inexigibilidade;
> VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
> VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
> IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
> X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
> XI - outros comprovantes de publicações;
> XII - demais documentos relativos à licitação[48].

As licitações, portanto, possuem duas fases: a interna e a externa.

A fase interna é aquela em que a promotora do certame pratica todos os atos antes da publicação do edital que efetiva a convocação dos interessados. A etapa externa é quando se publica o edital ou convites com a convocação dos interessados, contendo as condições de participação e disputa para que se dê o andamento do certame.

É assegurado o direito de o cidadão intervir no processo de licitação no que concerne à lisura do edital, sendo o cidadão parte legitima para impugnar, dentro do prazo estabelecido em lei, antes da abertura do edital, conforme previsto no art. 41, § 1º da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[48] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

> § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113[49].

De acordo com estabelecido nos procedimentos, a licitação devera ter sua existência previamente divulgada, para que sua validação tenha legitimidade, caso contrário, a mesma terá vicio de procedimento e o ato será anulado. A divulgação devera ser feita pela imprensa oficial, em jornal de grande circulação, conforme preceitua o art. 21 da referida lei[50].

Em data, horário e local previamente determinados, os licitantes deverão entregar os envelopes contendo suas propostas de preços e ou habilitação técnica, podendo ser presencial em audiência pública ou através de remessa por correio ou entrega via protocolo.

---

[49] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

[50] Ibid. "**Art. 21**. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 1o O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação. § 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será: I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 3o Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 4o Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inqüestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas'.

Concluído a fase de julgamento inicia-se a fase de habilitação dos proponentes segundo José dos Santos Carvalho Filho[51]:

> Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, alias, o alvo final da licitação.

Nesta fase são analisados os documentos concernentes à regularidade formal do proponente quanto: a)Habilitação Jurídica b)Qualificação Técnica c)Qualificação Econômico-Financeira d)Regularidade Fiscal

Encerrada a fase de Habilitação Jurídica e após analise dos documentos (regularidade formal), apenas passarão fase de abertura de proposta os proponentes habilitados. Nesta fase de conhecimento das propostas, que acontece através da abertura dos envelopes, a sessão será pública e com todos os interessados presentes. Durante este procedimento confrontam-se os preços, classificam-se as propostas e selecionam-se a melhor oferta, para o bem do interesse público.

Dando prosseguimento aos procedimentos, é dada ciência ao vencedor do certame e ocorre a homologação da licitação, ato pelo qual a autoridade competente, após analise de todos os atos procedimentais, proclama o vencedor. Da homologação é feita a adjudicação do proponente para assinatura do Contrato.

O art. 46 da Lei 8.666/93 estabelece todo o procedimento administrativo e normativo para a escolha das licitações de “melhor técnica”, que envolve inclusive uma negociação entre a Comissão de licitação e os proponentes classificados[52].

---

[51] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005. p. 215.

[52] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. “**Art. 46.** Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) § 1o Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar: I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das

3.4 Contratação Direta sem Licitação: Inexigibilidade

3.4.1 Métodos Procedimentais

Segundo Hely Lopes Meireles, a licitação pública "é um procedimento administrativo pelo qual é selecionada a proposta mais vantajosa para a administração pública" [53]. Além disso, o processo licitatório obedece a regras e atos onde são colocadas exigências que proporcionam a igualdade entre os licitantes. O processo licitatório visa à seleção da melhor proposta, igualmente como é feito na iniciativa privada, com a particularidade que no setor privado a proposta de menor preço, certamente proporciona a sobrevida do empresário no mercado. Já no setor público a escolha do contratado passa por certos procedimentos estabelecidos por normas constitucionais e administrativas.

A Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI, estabelece regras para pratica de tais procedimentos licitatórios e exceções, o que deverá ser por legislações especifica[54].

---

equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução; II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima; III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação; IV - as propostas de preços serão devolvidas intactas aos licitantes que não forem preliminarmente habilitados ou que não obtiverem a valorização mínima estabelecida para a proposta técnica. § 2o Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório: I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório; II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório. § 3o Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório. § 4º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)".

[53] MEIRELLES, **Op. Cit**. 2013, p. 297.

[54] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. "**Art. 37** – [...]XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições

A intenção do legislador foi de fixar normas para instrução dos contratos administrativos com empresas privadas ou terceirizadas, visando ao interesse público e à legalidade dos atos administrativos, retirando do Administrador Público a livre escolha movida pela discricionariedade sobre o estatuto da licitação, e evitando escolhas desarrazoadas e desonestas que fraudam o procedimento licitatório.

Assim sendo, o legislador legitimou a licitação como regra para contratação por parte da Administração Pública Direta ou Indireta, neste caso, tratando do contrato administrativo os casos de dispensa e inexigibilidade devem ser considerados como exceções de contratações, sendo estas pactuadas de formas diretas, desde que previstas em lei específica.

Na dispensa há competividade, porém por conveniência pública a legislação autoriza a contratação direta, já a inexigibilidade deriva da inviabilidade de competição matéria a ser adiante abordada.

Delimitado na Lei de Licitações como uma modalidade de contratação direta, a inexigibilidade, se aplica quando não há possibilidade de competição entre os proponentes. O próprio art. 25 da Lei menciona “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição” [55].

Por inexigibilidade entendem-se os casos em que a licitação não poderá ser aplicada, seja por haver um só ofertante para execução do contrato, seja porque

---

efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”.

[55] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. “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 a 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 serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

fazia em face de peculiaridades no objeto contratual requerido pela Administração Pública[56].

Para melhor elucidar a Inexigibilidade, faz-se necessária a conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que tece a diferença entre Inexigibilidade e Dispensa:

> A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável[57].

Verifica-se assim que a Inexigibilidade trata do reconhecimento da impossibilidade de competição entre os ofertantes, seja por existir um só fornecedor ou prestador de serviços, seja porque atenda o objeto contratual exigido pela Administração[58].

Diógenes Gasparini assim conceitua a inexigibilidade como:

> [...] é a qualidade do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em principio, esta obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem prévia licitação[59].

Consequentemente, mesmo que a Administração optasse pela licitação esta seria inviável, em face de ausência de proponentes, logo, se não há proponentes, não pode haver competição e nessas condições a licitação será inexigível.

O Tribunal de Contas da União, em seus acórdãos vem exigindo a importância da fundamentação da inviabilidade de competição para caracterização da Inexigibilidade conforme exigência legal.

Conforme instrução normativa do art. 25 da Lei 8.666/93, esta anomalia ocorre por existir apenas um fornecedor exclusivo para o objeto ou pela necessidade

---

[56] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.537

[57] DI PIETRO, **Op. Cit**. 2012, p. 388.

[58] BRASIL. Tribunal de Contas da União **Processo nº TC-003.190/2004-0. Acordão nº2096/2004**-Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinício Vilaça. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, Df, 5 jan.2005.

[59] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.453.

de contratar um serviço técnico especializado a ser executado por profissional de notória especialização ou, ainda para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela critica especializada ou pela opinião pública[60].

Dispõe o Art. 25, *in verbis*:

> 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 a 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 serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.
> Art. 26. As dispensas[61].

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são claramente apontadas, não se tratando de questão irrelevante, mas de alternativas distintas em seu próprio objeto e regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito anterior ao da dispensa, pois neste a competição é viável, a licitação poderia ser promovida. Em outras palavras, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa

[60] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.
[61] **Ibid**, 1993.

(expressão empregada por Marçal Justen Filho) enquanto a dispensa é uma criação legislativa.

Outras hipóteses de contratação direta por inexigibilidade podem ser admitidas, mesmo que não citadas nos itens do art. 25, porém o agente público devera analisar outros modos de competição antes do enquadramento sob análise, utilizando a discricionariedade, razoabilidade e o interesse público.

4 UMBRAL TÉCNICO JURÍDICO

4.1 Generalidades

No processo licitatório nem sempre é garantida uma contratação mais vantajosa para o Poder Público, havendo situações em que será inconveniente para o interesse público, ultrapassando os custos que dela poderá advir.

Cumpre aqui esclarecer que a contratação direta, ou seja, sem licitação, pode ser feita por dispensa ou por inexigibilidade, o que dependerá do caso concreto. Ambas as hipóteses estão “in verbis”, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666 de 1993, que dispõe a dispensa e a inexigibilidade de licitação[62].

Os valores adjudicados aos artistas e bandas musicais são motivo de diversas ações promovidas pelo Ministério Publico, através de promotores e do Poder Judiciário, obstaculizando estes eventos culturais, por serem desarrazoados quando analisados e comparados às necessidades básicas da população, e até mesmo frente confrontados com os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal[63].

Para melhor acurácia no tratamento desse tema, recorreu-se à pesquisa nos Tribunais, na imprensa escrita jornalísticas, nas estantes da Web documentos, documentos, para se construir o embasamento e comprovação material.

A crise do modelo de gestão pública traz o reexame material e formal das decisões calcadas em fundamentos e princípios, pois a ciência do direito não se resume a um sistema fechado de normas legais mais sim a um sistema aberto aonde os fatos e valores sociais vão emergindo, motivando o ativismo judicial, inclusive na esfera administrativa.

Observa-se que, na prática da decisão judicial, são introduzidos conceitos pertencentes à moralidade e razoabilidade mediante o uso da principiologia. Sendo assim, os princípios jurídicos, estão disponíveis e a estes o juiz pode recorrer como premissas fundamentadas, da justificação racional da decisão. Sua utilização para

---

[62] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

[63] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”.

embasar o processo de decisão judicial, remete à necessidade de uma escolha valorativa social, o que potencializa a tomada de decisão do Judiciário em defesa da sociedade.

4.2 Pressupostos Conceituais

A licitação é um procedimento administrativo, conforme estabelecido no inciso XXI do art. 37 da CRFB/88[64]. Diz-se do latim "*licitacione*", acusativo de "*licitacio*", ou seja, venda por lances, o vocábulo passou para o português com sentido de oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial.

> A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do principio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência especifica[65].

Analogamente, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um agente governamental exerce a prática de alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de exclusivo de bem público, segundo as condições previamente estipuladas por esta, convocando interessados para apresentarem suas propostas, a fim de que se conheça a mais vantajosa ou conveniente, em função de parâmetros que foram conhecidos e divulgados anteriormente[66].

Ao contrário dos particulares, que dispõe de ampla liberdade para adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras e ou serviços, a Administração Pública é obrigada por lei a adotar um procedimento preestabelecido, quando deseja contratar com terceiros. Licitação é, portanto um procedimento que os agentes públicos de governo devem promover, abrindo disputa entre os interessados, particularmente, nas relações econômicas e financeiras do interessado na escolha

---

[64] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.b r/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.
[65] JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 309.
[66] MELLO, **Op. Cit**. 2010, p. 526.

da proposta mais vantajosa para administração pública e que transmita segurança na realização do futuro contrato.

Compete à União, privativamente, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, seja na Administração Direta ou Indireta, nas fundações instituídas pelo poder público, nas diversas esferas de governo e nas empresas sob seu controle, inclusive para os Estados Municípios e Distrito Federal, conforme artigo 22, inciso XXVII da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº19/98[67].

A escolha do contratante, em regra, é feita através de licitações, pois é o meio considerado legal e que proporciona à administração pública a escolha da proposta mais vantajosa para o Estado, e se dá dentro dos critérios e princípios reguladores da Administração Pública.

4.3 Do Objeto Intrínseco

4.3.1 Parâmetros da Licitação Inexigível : Art.25, inciso III

Dispõe a Lei 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 **critica especializada** ou **opinião pública. (grifo nosso)**

Portanto, a justificativa da inexigibilidade na hipótese é sem duvida a inviabilidade de competição. Não há critérios objetivos para determinar a melhor proposta para a Administração Pública, por consequência, suporte fático para efetivação do procedimento licitatório.

Jorge Ulisses Jacob Fernandes afirma em seu texto: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tem obrigações em relação ao incentivo dos valores

---

[67] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.

artísticos, como consta nas prescrições contidas nos art. 23, inciso III e IV, e 216 da Constituição Federal de 1988" [68].

É o próprio texto constitucional que estabelece diferentes patamares de prioridade em relação ás ações de governo, não sendo claro aquela obrigação no nível de prioridade, embora o pão e circo fiquem implícitos, que as necessidades do primeiro devem preceder o segundo de forma lógica.

Segundo Jorge Ulisses Jacob Fernandes, o mais adequado é o incentivo ao desenvolvimento artístico, não sendo, entretanto, a contratação direta a melhor opção e sim, a promoção de concursos, premiando-se os melhores; ou seja, o aproveitamento para sociedade será muito mais amplo pela diversidade dos talentos artísticos expostos, inclusive com a revelação de novos valores[69].

Assim, pode a Administração promover a contratação direta, hipótese restrita, ditada pelo interesse público. Jorge Ulisses Jacob Fernandes sugere que "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 humana" [70].

Nesta hipótese em que a contratação não pode ser nos moldes do disposto no art. 7º, §2º, c/ o 9º da Lei 8.666/93, que se exige plenamente o detalhamento do objeto pretendido com a contratação dos serviços, a Administração poderá estabelecer parâmetros como, dia e hora, no caso de espetáculos artísticos, prazo, obrigações das partes no cumprimento e descumprimento das obrigações[71].

---

[68] FERNANDES. **Op. Cit**., 2014. p. 637.
[69] **Ibid**. 2014, p. 637.
[70] **Ibid**. 2014, p. 637.
[71] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. "**Art. 7º -** As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: [...]§ 2o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - 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; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso. [...]
Art. 9º - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. § 1o É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas

O Administrador público deve primar e zelar pelo cumprimento dos contratos e mesmos os mais expressivos artistas não devem estar à margem da Lei, devendo emitir recibos e notas fiscais, procedendo com as mesmas regras que os particulares adotam neste tipo de contratação, objetivo legal de cumprimento de contrato.

Os requisitos para objeto deste tipo de contratação além da inviabilidade têm:

a) que o objeto da contratação seja o serviço de uma artista profissional;

b) que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo;

c) que o contratado seja consagrado pela critica especializada ou pela opinião pública.

Assim, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art.26, também da Lei n.8666/93 *in verbis*:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
> III - justificativa do preço[72].

Desse modo, o processo de licitação não esta totalmente livre para escolha do contratado, deve passar por formalidades para aferição dos requisitos, os quais já foram devidamente justificados no corpo do processo em epigrafe.

Portanto, é imprescindível a publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, da justificativa da escolha do contratado e do preço a ser pago, cercando-se de

---

funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. § 2o O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. § 3o Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. § 4o O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação".

[72] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

dispositivos de exposição pública que inibem a efetivação de contratos que geram prejuízos ao erário, em razão de superfaturamentos.

As discussões doutrinárias, na interpretação destas hipóteses elencadas, sobretudo a trazida pelo inciso III, do art. 25, por tratar-se de termos jurídicos indeterminados que em tese, concedem ao administrador público certo (impreciso) margem de discricionariedade[73].

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua a discricionariedade administrativa como:

> [...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para situação vertente[74].

Assim, diante de termos jurídicos indeterminados existem discussões como dito anteriormente no meio doutrinário, destas expressões presente no texto legal, tem uma determinada fluidez, podendo por vezes haver uma intervenção do poder judiciário, visando o atendimento ao interesse público e aos princípios constitucionais, da razoabilidade e proporcionalidade.

O objeto refere-se à contratação do profissional artista, não o sendo a contratação nesta modalidade os artistas amadores, ou seja, artista nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, em local onde se realizam espetáculos de diversão publica. Este profissional devera estar inscrito na delegacia Regional do Trabalho, como também os agenciadores ligados ao artista, sendo este registro, indispensável para regularidade da contratação.

Das obrigações adotadas no Código Civil vigoram três grupos: obrigações de dar, fazer, e não fazer, situando-se o objeto da contratação em estudo no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93.

---

[73] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.
[74] MELLO, **Op. Cit**. 2010, p. 527.

> A contratação de um artista, considerada como inviabilizadora da competição, constitui típica obrigação de fazer, do tipo intuitu personae, isto é, que só pode ser realizada diretamente pelo contratado. Nesse sentido, são uteis, 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 impostas, ou só por ele exequível[75].

Seria irregular o fato da subcontratação, pois, se a obrigação não é "intuitu personae", haverá obrigatoriamente viabilidade de competição, sendo a licitação exigível. A subcontratação parcial, assim considerada por ser, feita para acompanhamento instrumental de um cantor, será admissível se feita pelo mesmo.

Conforme estabelece o Código Civil brasileiro, 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.

> Em alguns ramos artísticos, como é o caso da musica popular, os artistas se valem dos serviços do empresário, especialmente em face do volume de compromissos que assumem, pois, se lhes fosse atribuído de gerenciar os contratos, inevitavelmente descuraria da arte. Ressalte-se também, que existem outros setores artísticos que não utilizam os serviços de empresários, como os poetas, pintores, escultores, etc. Vale destacar novamente é que a lei autoriza que o contrato seja firmado diretamente com o artista ou através de seu empresário exclusivo[76].

Essa segunda exigência foi para afastar a ocorrência de fatos, que ocorriam em alguns Estados da Federação (Ceará, São Paulo, Bahia, Fortaleza) ou instituições públicas em que estas contratações verificam-se feitas por determinado empresário que monopoliza a intermediação destas contratações.[77]

Objetiva a lei afastar a participação destes agentes empresários que visa exclusivamente ganhar dinheiro à custa do artista, de seu nome, do seu trabalho, auferindo, portanto lucros expressivos de verbas públicas contrariando os princípios

---

[75] FERNANDES. **Op. Cit.**, 2014 p. 639.
[76] NIEBUR, Joel Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 203-204.
[77] FOLHA POLITICA. **Folha Politica.Org**. Disponível em :< www.folhapolitica.org/2013/09/artistas-dizem-que-receberam-menos-do.html>. Acesso em: 21 Out. 2014

administrativos. Imperioso que o administrador público exija comprovação da exclusividade do agente.

A terceira exigência estabelecida pelo inciso III do art. 25 refere-se à consagração pela critica especializada ou pela opinião publica. Essa exigência apresenta uma forte conotação discricionária do agente público, devendo ser comprovado os motivos que levaram à contratação.

Sobre o critério discricionário empregado pela Administração Pública na contratação de artistas, Marçal Justen Filho diz:

> Se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar escolhas 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 preferencias artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de opera. A reciproca é verdadeira[78].

A amplitude geográfica da consagração é outro ponto especial, para justificar a contratação. Pergunta-se qual a dimensão dessa amplitude geográfica? Haverá inexigibilidade se o profissional for consagrado apenas pela opinião publica de uma cidade? Ou de um Estado? Ou é necessária consagração nacional?

A amplitude geográfica da consagração segundo Jorge Ulisses Jacob Fernandes:

> Assim, como exposto anteriormente, parece que a amplitude geográfica da consagração não deve levar em conta propriamente a modalidade de licitação, mas o universo dos possíveis licitantes, estabelecido a partir do âmbito alcançado com a divulgação do ato convocatório, nos termos do art.21 da Lei 8.666/93.
> Nesse sentido, para convite, que só precisa ser afixada 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 consagração pode ser Regional; mas, quando se tratar de serviços que exijam publicação mais ampla ou nacional, esse será o âmbito em que se deverá avaliar a consagração, pela critica especializada ou opinião pública[79].

Constata-se que nos períodos de festejos populares o agente público se depara com os movimentos culturais regionais que pressionam o poder público para

[78] JUSTEN FILHO, **Op. Cit**., 2002, p.284.
[79] FERNANDES. **Op. Cit.**, 2014 p. 643-644.

a contratação de artistas locais, argumentando que é dever do Estado prestigiar e apoiar os talentos da terra. Visualiza-se nesse caso uma zona de risco para o gestor público, ao aplicar a esses artistas o mesmo critério de artistas consagrados. Há de se perguntar: o Administrador Público pode contratar mediante Inexigibilidade? Os valores contratados de artista regional tem a mesma proporcionalidade do artista nacional?

De fato, não há um conceito padrão sobre o que seria “consagração pela critica especializada”, embora se possa visualizar um consenso ao preenchimento do requisito legal quando contratado o cantor Caetano Veloso.

O tema é bastante discutível, já sendo enfrentado por alguns doutrinadores. Estaria o contratante reduzindo o nível de legalidade e prejudicando a Administração Pública quando contrata um artista local?

Verifica-se que o autor entende haver relação entre a consagração e o preço, ou seja, deve existir uma proporcionalidade entre o artista regional e o nacional, consequentemente os valores acompanham a consagração do artista, incontestável a ligação com legião fãs, dos artistas consagrados.

A administração Publica estaria pagando mal aos artistas locais? Estaria subordinada a consagração nacional ao numero de fãs do artista, mediante votação popular?

Portanto, havendo contratação de artistas que não preencham os requisitos legais, haverá transposição dos requisitos legais, cabendo o acionamento judicial. Caso a contratação seja de um artista que não preenche os requisitos estritos da lei cabe ao Administrador a analise, sobretudo da legitimidade da despesa, segundo os princípios da proporcionalidade, conforme abordaremos no item 4.3.3.

A Advocacia Geral da União já se pronunciou com uma instrução normativa nº 17, de 01 de Abril de 2009, *in verbis*:

> EMENTA A RAZOABILIDADE DO VALOR DAS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PODERÁ SER AFERIDA POR MEIO DA COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM OS PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ENTES PÚBLICOS E/OU PRIVADOS, OU OUTROS MEIOS IGUALMENTE IDÔNEOS.

Importante instrução normativa, que obriga a Transparência Pública em todas as informações orçamentarias públicas ao cidadão, sendo também objeto de

controle e comparativo das despesas publica estaduais e federais, objeto de fiscalização dos Tribunais de Contas.

4.3.2 Valores Adjudicados aos Artistas e Bandas Musicais

As ações de governo ainda são bastante tímidas no controle de avaliação das contratações de artistas tanto regionais como nacional, porém o preço deverá ser justificado pelo agente público responsável pelas contratações, na possibilidade de inexigibilidade de licitação.

A Lei de Responsabilidade Fiscal impõe que os mecanismos de divulgação das contas públicas, “Portal Transparência” sejam os mais transparentes possíveis, fundamentando-se nos princípios e atendimento a participação popular. Assim, a transparência, como princípio da gestão fiscal responsável, pressupõe a publicidade e a compreensibilidade da informação, portanto, a informação pública deve ser confiável, tempestiva e, principalmente acessível.

Atento a essas diretrizes, os órgãos de governo, através de suas estantes virtuais estão divulgando, facilitando o acesso a todas as informações das suas contas (Tabela 1, Gráfico 1, Tabela 2, Gráfico 2), sendo uma ferramenta confiável permitindo a fiscalização dos cidadãos brasileiros nos gastos, através dos links:

1)Governo Federal:

Controladoria Geral da União [80]

Tribunal de Contas da União [81]

Portal da Transparência do Governo Federal [82]

Secretaria do Tesouro Nacional [83]

2)Fazenda Estadual:

Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia [84]

Tribunal de Contas do estado da Bahia [85]

---

[80] BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Presidência da República. Disponível em: <www.cgu.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

[81] BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. **TCU**. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/TCU>. Acesso em: 20 out. 2014.

[82] BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Portal da Transparência. Governo. Disponível em: <www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014

[83] BRASIL. **Tesouro Nacional**. Disponível em: <www.tesouro.fazenda.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

[84] BRASIL. **Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia**. Disponível em: <www.sefaz.ba.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

3)Fazenda Municipal:

Prefeitura Municipal de Salvador[86]

Secretaria Municipal da Fazenda [87]

Tribunal de Contas dos Municípios [88]

Adotamos o Estado da Bahia, para pesquisa quantitativa e qualitativa de dados ao objeto específico estudado, comparativamente a outros Estados da Federação, aos quais não podemos acessar, por falta de divulgação das contas públicas, exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal.

> Apesar de ser um dos países mais avançados na legislação de transparência e na divulgação de dados de orçamentos públicos, o Brasil peca na qualidade das informações fornecidas. Segundo pesquisa divulgada pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc) e pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (Gpopai-USP), a dificuldade de apresentar os números de forma didática e de cumprir as exigências da lei comprometem a transparência do orçamento, tanto na esfera federal quanto em nível local.
>
> O levantamento pesquisou os sites de divulgação orçamentária das 27 capitais e duas páginas do governo federal: o Siga Brasil, elaborado pelo Senado, e o Portal da Transparência, da Controladoria-Geral da União (CGU). De acordo com o estudo, nenhuma página cumpriu os oito critérios de transparência estabelecidos internacionalmente.
>
> O único quesito respeitado por todos os sites foi a não discriminação dos dados, que permite o livre acesso às estatísticas. No entanto, embora qualquer cidadão possa entrar nas páginas, a pesquisadora Carmela Zigoni, do Inesc, diz que a informação é difícil de ser compreendida. “Até especialistas que entram nesses portais com frequência reclamam que os dados são difíceis de decodificar. Imagine o cidadão comum.”[89]

---

[85] BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado da Bahia. TCE**. Disponível em: <www.tce.ba.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

[86] BRASIL. **Portal Transparência** – Prefeitura Municipal de Salvador. Disponível em: <http://transparencia.sefaz.salvador.ba.go v.br/>. Acesso em: 20 out. 2014.

[87] BRASIL. **Secretaria Municipal da Fazenda**. Disponível em: <www.sefaz. salvador.ba.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

[88] BRASIL. **Tribunal de Contas dos Municípios**. Disponível em: <www.tcm.ba.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

[89] BRASIL. **EBC Agencia Brasil**.- Disponível em: <www.agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-07/sites-de-transparencia-orcamentaria-nao-cumprem-exigencias-revela-estudo>Acesso em 20 nov. 2014.

Assim, a delimitação comparativa com outros Estados da Federação fica prejudicada, em face de impossibilidade da coleta dos dados em contraposto aos coletados na Prefeitura de Salvador-Bahia, inclusive o estado de Sergipe.

Tabela 1- VALOR PAGO AOS ARTISTAS E BANDAS MUSICAIS-PRFEITURA

SALVADOR/2013

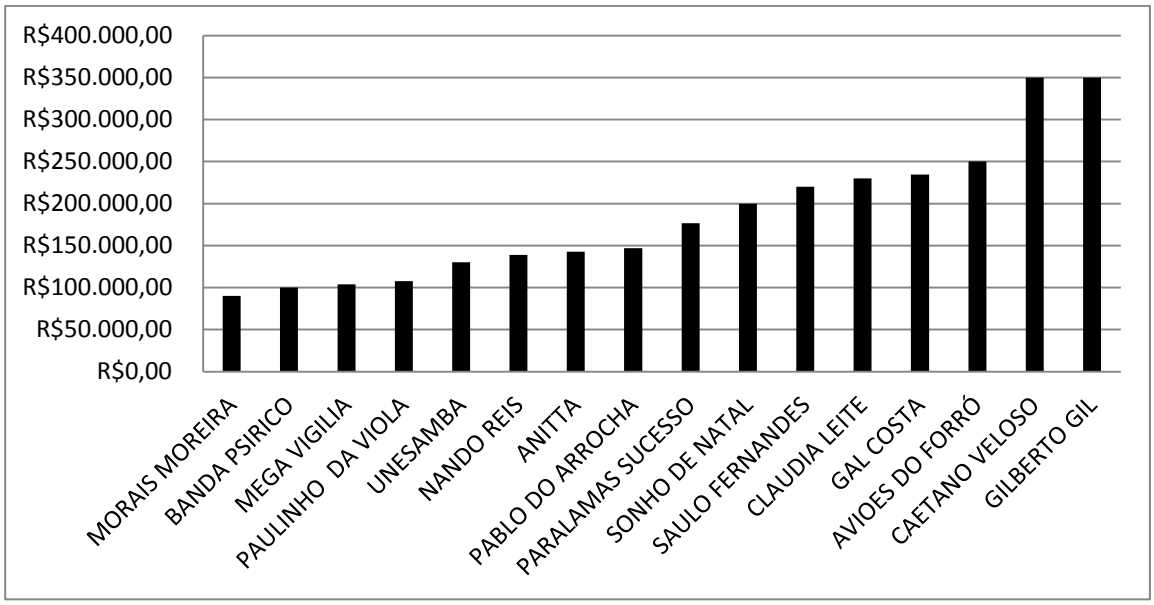
Unidade	Processo	Número	ARTISTA/BANDA	Valor (R$)	Data da Publicação
SALTUR	016/2013	002/2013	MORAIS MOREIRA	90.000	06/02/2013
SALTUR	045/2013	060/2013	BANDA PSIRICO	100.000	08/02/2013
SALTUR	070/2013	121/2013	PAULINHO DA VIOLA	107.540	20/11/2013
SALTUR	071/2013	124/2013	UNESAMBA	130.000	22/11/2013
SALTUR	074/2013	141/2013	SONHO DE NATAL	200.000	14/12/2013
SALTUR	075/2013	143/2013	ANITTA	142.720	21/12/2013
SALTUR	080/2013	148/2013	PARALAMAS SUCESSO	176.550	21/12/2013
SALTUR	076/2013	144/2013	AVIOES DO FORRÓ	250.000	21/12/2013
SALTUR	079/2013	147/2013	CAETANO VELOSO	350.000	21/12/2013
SALTUR	077/2013	145/2013	CLAUDIA LEITE	230.000	21/12/2013
SALTUR	078/2013	146/2013	NANDO REIS	138.743	21/12/2013
SALTUR	016/2013	149/2013	GILBERTO GIL	350.000	21/12/2013
SALTUR	156/2013	088/2013	GAL COSTA	234.667	27/12/2013
SALTUR	161/2013	093/2013	SAULO FERNANDES	220.000	27/12/2013
SALTUR	158/2013	090/2013	MEGA VIGILIA	104.000	27/12/2013
SALTUR	162/2013	094/2013	PABLO DO ARROCHA	146.900	27/12/2013

Fonte: Prefeitura Municipal de Salvador. Disponível em: <http://transparencia.sefaz.salvador.ba.gov.br/>.

Segundo a Agência Brasil, as paginas mais bem avaliadas foi as das prefeituras do Rio de Janeiro, de Joao Pessoa e de São Luís, com notas regulares o que evidencia a falta de cumprimento da Lei, de informar on-line ao cidadão.

De acordo com o levantamento que fizemos, nenhuma página esclarece de forma exigida em lei os dados acessíveis, algumas inclusive limita o critério de busca para 30(trinta) dias dificultando o acesso a informação. No caso das despesas; nenhum site divulga todos os campos exigidos pela legislação.

Gráfico 1 – Valores pagos aos artistas em 2013



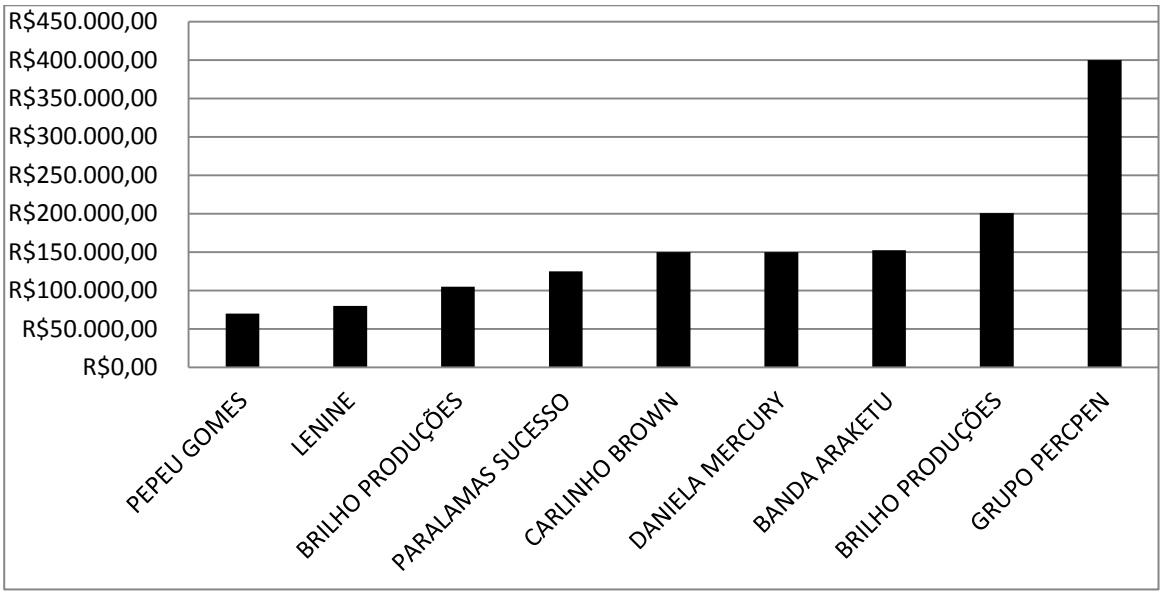
Fonte: Prefeitura Municipal de Salvador. Disponível em: <http://transparencia.sefaz.salvador.ba.gov.br/>.

Tabela 2 - VALOR PAGO AOS ARTISTAS E BANDAS MUSICAIS-PRFEITURA SALVADOR/2014

Unidade	Processo	Número	ARTISTA/BANDA	(Valor R$)	Data da Publicação
SALTUR	118/2014	083/2014	PEPEU GOMES	70.000	27/02/2014
SALTUR	253/2014	176/2014	LENINE	80.000	12/09/2014
SALTUR	144/2014	109/2014	BRILHO PRODUÇÕES	105.000	28/02/2014
SALTUR	229/2014	167/2014	PARALAMAS SUCESSO	125.000	28/08/2014
SALTUR	020/2014	003/2014	CARLINHO BROWN	150.000	30/01/2014
SALTUR	174/2014	129/2014	DANIELA MERCURY	150.000	25/04/2014
SALTUR	119/2014	084/2014	BANDA ARAKETU	152.400	27/02/2014
SALTUR	094/2014	059/2014	BRILHO PRODUÇÕES	201.000	27/02/2014
SALTUR	038/2014	007/2014	GRUPO PERCPEN	400.000	14/02/2014

Fonte: Prefeitura Municipal de Salvador. Disponível em: <http://transparencia.sefaz.salvador.ba.gov.br/>.

Gráfico 2 – Valores pagos aos artistas em 2014



Fonte: Prefeitura Municipal de Salvador. Disponível em: <http://transparencia.sefaz.salvador.ba.gov.br/>.

4.3.3 Principiologia Aplicável

A doutrina e a jurisprudência vêm permitindo um maior controle da discricionariedade do agente público diante das ofensas aos princípios constitucionais, aos órgãos e entes da administração direta e indireta, que devem se pautar no seguimento das normas e princípios.

O ordenamento jurídico brasileiro evidencia os princípios gerais do direito, na Constituição de 1988, no §2º, do art.5º, e outros para possibilitar a solução de casos não previstos, propiciando aos cidadãos segurança jurídica quanto aos seus direitos e deveres.

Assim, dispõe Odete Medauar sobre o quanto representa os princípios, na elaboração de normas e decisões:

> Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influencia que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça social e a paz

> social; sua função negativa significa a rejeição de valores e normas que os contrariam (Karl Larenz, Derecho justo, p.33) [90].

Portanto, este critério deve ser aplicado pelo interprete para se certificar, no exercício da função jurisdicional, o caráter da discricionariedade atende ao interesse público e aos princípios constitucionais, sobretudo da proporcionalidade e razoabilidade.

Especificamente, a doutrina e a jurisprudência tem utilizado um controle maior no uso da discricionariedade do administrador público, sobretudo diante as ofensas aos princípios citados.

A proporcionalidade tem sentido da coerência lógica quando das decisões para adequação entre os meios e os fins. Portanto devem ser analisados os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade parâmetros estes que atestam a lisura da conduta estatal.

Assim, deve-se ponderar se a contratação de artistas e bandas musicais para animação de festas populares é conveniente diante de restrições orçamentarias e o consequente e provável comprometimento em áreas prioritárias, a exemplo da saúde e educação?

O art.70 da Magna Carta autoriza aos órgãos de controle interno e externo a verificação de controle da legalidade, legitimidade e economicidade, que assim dispõe *in verbis*:

> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
> Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)[91].

---

[90] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012, p.134.

[91] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.b r/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 20 out. 2014.

Portanto, as instâncias de controle devem observar não apenas o princípio da legalidade, mas também o viés da legitimidade e economicidade.

Nos diversos Municípios do Brasil, tem-se constatado através de notas de empenho, gastos excessivos com a contratação de artistas para realização de suntuosos shows, em agravo aos direitos sociais, como educação e saúde, muitas das vezes em situação deploráveis, exigindo até intervenções do Ministério Público.

Segundo Odete Medauar, o ordenamento norte americano e o argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade, já os europeus, sobretudo alemão e francês, utilizam o princípio da proporcionalidade[92].

Parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade é esse o entendimento que prevalece na doutrina brasileira. Aplica-se aos atos administrativos para que as decisões sejam tomadas com equilíbrio avaliando-se a relação custo-benefício, inclusive levando-se em conta o custo social.

> No direito administrativo, um juízo de razoabilidade pode e deve, por exemplo, ser aplicado na analise e valoração dos fatos; na verificação da subsistência de determinados requisitos requeridos pela lei para o exercício de poder discricionário; na analise da correspondência da atuação administrativa ao espírito da lei, ou seja, à finalidade da lei na sindicabilidade da congruência da motivação, etc. Por isso é que, em diversos momentos, é possível invocar juízo de razoabilidade, sem, contudo, estar fazendo referência expressa ao específico princípio da razoabilidade reitor da atuação administrativa[93].

A eficiência administrativa surge da sedimentação da proporcionalidade e razoabilidade para aferir os atos administrativos especificamente nos casos de inexigibilidade de licitação é necessária para se visualizar a faixa positiva ou negativa sobre o conteúdo desses atos. Como exemplo, podemos citar que há um consenso positivo quanto ao preenchimento do requisito legal para o cantor Caetano Veloso, sem dúvida um cantor consagrado nacionalmente.

Assim, pelo manuseio de juízos de admissibilidade, nas diversas contingências, é possível detectar vícios de desarrazoabilidade, ou seja; contradição do ato, incoerência do objeto ou mesmo uso arbitrário da faculdade discricionária.

---

[92] MEDAUAR, **Op. Cit**. 2012.

[93] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

4.3.4 Responsabilidade e Pena por Ato de Infração

A responsabilidade por ato de infração esta previsto na Lei de licitações 8.666/93 com a finalidade de evitar as fraudes e disciplinar as licitações de forma geral, determinando as sanções a ser imposta à Administração Pública no descumprimento dos princípios da legalidade e normas preestabelecidas na referida lei.

O administrador público será punido se não observar os deveres legais ou propiciar, por ação ou omissão, o prejuízo ao interesse público e a licitação, respondendo civil, criminalmente e administrativamente, pelas devidas falhas que seu ato der causa.

Assim, a Lei de licitações estabelece no seu art. 82 e art. 83, *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.
> Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo[94].

No caso do agente administrativo fraudar a licitação, deixando de observar as formalidades legais, à modalidade inexigibilidade previsto no art. 89, *in verbis,* estabelece:

> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público[95].

---

[94] BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.
[95] **Ibid**. 1993.

Portanto, o ato discricionário do administrador público deve ser dirigido sempre no interesse publico e amparado pelos princípios legais, quando realiza o procedimento licitatório estabelecido na norma, evitando-se assim, conduta pessoal para obter vantagens de determinada pessoa ou empresa.

Consequentemente caso o agente público, não interprete e execute a lei de forma correta, incorre em crime tipificado penalmente, sendo penalizado com a perda do cargo público. Estes crimes são de ação publica incondicionada, a ajuizamento de o Ministério Público promover a ação, porém qualquer cidadão tem as prerrogativas, caso não seja ajuizada no prazo legal, passando se chamar ação penal subsidiaria da pública.

Tais medidas sancionadoras devem ser articuladas após a analise do fato e com as devidas ponderações, obedecendo aos critérios da ampla defesa e do contraditório elemento estes presentes na nossa Constituição Federal.

É preciso que a sociedade se organize, denuncie quando tenha conhecimento de fatos de enriquecimento ilícito, extorsões e demais conflitos de interesses, pois quem sofre é a sociedade na qualidade e na prestação dos serviços públicos, bem maior que deve ser protegido.

5 TANGENTES LEGAIS

5.1 Alteração Pontual Sugerida à Inexigibilidade

O presente estudo tem como objetivo, sugerir ao legislador, alteração pontual ao processo de contratação na modalidade Inexigibilidade levando-se em consideração a grande paixão do cidadão brasileiro pela cerveja, escrita em versos: "A gente se olha, se beija se molha/ De chuva, suor e cerveja" (Chuva, suor e cerveja - Caetano Veloso) musica popular.

Assim, verificamos que o grande beneficiário econômico financeiro dos eventos populares está concentrado na Indústria das Cervejarias e bebidas não alcoólicas, que obtém elevados faturamentos, quando da produção de festas e eventos culturais em todo País.

O Brasil está entre os quatro maiores fabricantes de cerveja do mundo, com um volume anual de cerca de 10,34 bilhões de litros. As companhias produtoras são responsáveis por um faturamento de aproximadamente R$ 25,8 bilhões em 2007, recolhendo anualmente uma carga elevada de tributos, a Indústria atualmente estuda a legislação tributária para a elaboração de propostas que possibilitem a redução da carga tributaria, responsável pelo custo da produção brasileira.[96]....

Assim, entendemos ser razoável seguindo a nova tendência do direito administrativo principalmente aos Princípios da Subsidiariedade, que estas empresas beneficiária primárias de tais eventos assumam o patrocínio a cultura, especificamente nestes eventos suntuosos, mediante incentivos fiscais concedidos pela União.

A Associação Brasileira da Indústria da Cerveja (CervBrasil) considera positivo o diálogo estabelecido com o Governo Federal e acredita que a formação de um novo grupo de trabalho abre caminho para a evolução do sistema de tributação da categoria, preservando aspectos positivos do modelo atual e obtendo um formato mais simples e previsível. (Setembro 2014)

O setor cervejeiro é um dos mais tradicionais da economia brasileira, representa 3% do PIB do país, investiu R$ 29 bilhões no Brasil nos últimos três

[96] SINDCERV. **Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja**. Disponível em: <www.sindicerv.com .br/atuação.php>. Acesso em: 20 out. 2014.

anos, gera três milhões de empregos diretos e indiretos, e movimenta uma extensa cadeia produtiva.

5.2 Valores Comparativos: Iniciativa Privado X Setor Público

No quadro 3 é possível visualizar o comparativo entre os valores presumíveis para contratação de artistas e bandas musicais.

Tabela 3 - VALORES PRESUMÍVEIS PARA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS E BANDAS MUSICAIS

ITEM	EMPRESA	ARTISTA / BANDA.	CONTRATO INIC. PRIVADA	CONTRATO ADM. PÚBLICA	CNPJ
01	IESSI MUSIC	IVETE SANGALO.	R$.300.000	R$.500.000	00829821000135
02	UNS OUTROS	CAETANO VELOSO.	R$.150.000	R$.350.000	04595226000133
03	EXPRESSO222	GILBERTO GIL	R$.150.000	R$.350.000	10267907000175
04	AVIÕESFORRO	BANDA AVIÕES F.	R$.150.000	R$.250.000	07940525003156
05	PROD. CIEL	CLAUDIA LEITE	R$.120.000	R$.230.000	16882829000103
06	GMC PROD.	GAL COSTA	R$.120.000	R$.234.000	17432441000165
07	RUA 15 PROD.	SAULO FERNANDES	R$.100.000	R$.220.000	17172534000106
08	CANTO DA CID	DANIELA MERCURY	R$.100.000	R$.150.000	34343889000121
09	PILAR DAS P.	CARLINHOS BROWN	R$.100.000	R$.150.000	17092056000116
10	MANGABA P.	PARALAMAS SUCES	R$. 60.000	R$.125.000	05729005000173
11	RABIOLA P.	PAULINHO DAVIOLA	R$. 60.000	R$.107.000	15266946000171
12	LF EVENTOS	BANDA PSIRICO	R$. 50.000	R$.100.000	02223341000151
13	BAZE PROD.	MORAIS MOREIRA	R$. 50.000	R$. 90.000	11927733000192
14	LK PROD.	LENINE	R$. 40.000	R$. 80.000	17658661000101
15	VANESSA ALM.	PEPEU GOMES	R$. 30.000	R$. 70.000	07245718000197

Fonte: Cachês dos shows de artistas e bandas musicais brasileiras (2014)

O quadro apresentado expõe que geralmente nos valores cobrados, inclui cachê dos músicos, equipamentos profissionais de sonorização completos e adequados para atender com qualidade e conforto as necessidades do evento, bem como o transporte dos músicos e dos equipamentos de som até o local da apresentação. Estão inclusos também os serviços de montagem destes equipamentos e passagem de som antes do evento e de desmontagem e retirada após o evento

Nessa vereda, as variações de preços nos Estados da Federação são ocasionadas por falta de uma regulamentação federal já que a União patrocina por

meios do Ministério da Cultura e da Lei Rouanet estes eventos locais e nacionais, conforme fora verificados em algumas instantes virtuais consultadas.[97]

5.3 Variações de Preços Contratados

Atualmente os Tribunais de Contas dos Estados são obrigados pela Lei Complementar nº. 131, de 27 de maio de 2009, disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, assim dispõe:

> Art. 1º O art. 48 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 48. [...]
> Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:
> I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
> II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;
> III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.” (NR)
> Art. 2º A Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 48-A, 73-A, 73-B e 73-C:
> “Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:
> I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

[97] TOP 10. **Top 10 shows mais caros do brasil**. Postado por: Adriano Lucas. 30 de julho de 2014. Disponível em: <http://top10mais.org/top-10-shows-mais-caros-do-brasil/>. Acesso em: 20 out. 2014.
Central Brasileira de shows**. Produção e venda de shows em todo território nacional, com escritórios em Minas Gerais e São Paulo**. Disponível em: <http://www.centralbrasilshows.com .br/producao-de-eventos-musicais-em-sp.html>. Acesso em: 20 out. 2014.
Site Popular. **Pedrão 2012 – Eunápolis Bahia Brasil**. Disponível em: < http://www.sitepopular.com.br/noticias/pedrao2012/pedrao2012.html>. Acesso em: 20 out. 2014.
Cabo em Alerta**. Prefeitura de Cabo esbanja dinheiro no Festival da Juventude**. quarta-feira, 30 de março de 2011. Disponível em: <http://caboemalerta.blogspot.com.br/2011/03/prefeitura-do-cabo-esbanja-dinheiro-no.html>. Acesso em: 20 out. 2014

> II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários."
> "Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar."
> "Art. 73-B. Ficam estabelecidos os seguintes prazos para o cumprimento das determinações dispostas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e do art. 48-A:
> I – 1 (um) ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes;
> II – 2 (dois) anos para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes;
> III – 4 (quatro) anos para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes.
> Parágrafo único. Os prazos estabelecidos neste artigo serão contados a partir da data de publicação da lei complementar que introduziu os dispositivos referidos no caput deste artigo."
>
> "Art. 73-C. O não atendimento, até o encerramento dos prazos previstos no art. 73-B, das determinações contidas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e no art. 48-A sujeita o ente à sanção prevista no inciso I do § 3o do art. 23."
> Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação[98].

Portanto, é obrigação de todos os entes públicos disponibilizarem em tempo real as informações a qualquer cidadão. O Tribunal de Contas do Estado do Ceará disponibilizou o processo nº 08187-2012-3 Recurso de Agravo no Julgamento da cantora Ivete Sangalo, por recebimento de valor questionável em face de variação de valores contratados nos Estados da Federação. Assim questiona :

> DAS RAZÕES RECURSAIS
>
> JUSTIFICATIVA DE PREÇO-IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR COMO PARÂMETRO AS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS PELA CASA CIVIL-NECESSIDADE DE COMPARAR O CACHÊ CONTRATADO COM OS REAIS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO.

[98] BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

Do jeito que aduz em sua peça jurídica, vertente a variação de preços da referida cantora, comparada ao valor praticado em outras unidades da federação em desacordo com instrução normativa da AGU.

No Item 6.3, faremos o exame temático deste processo, que ainda tramita no Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

6 EXAME TEMÁTICO JURÍDICO DA MATÉRIA

6.1 Decisões do Supremo Tribunal: STF e STJ

Analisando os julgados do STJ (Anexo A), acusados com prerrogativas de foro, verificamos a fragilidade desta possibilidade de licitação, onde agentes públicos, pessoas e empresas praticam condutas comissivas e omissivas para burlar a necessidade de licitação, principalmente na área que envolve a discricionariedade do agente público, que deverá responder por improbidade no caso de comprovação. Existem exceções à regra, como o patrocínio de causa de revisão contratual, onde a União é parte e o advogado por estrita confiança e natureza do serviço é contratado sem licitação, há precedentes no Superior Tribunal.

6.2 Pareceres do Tribunal de Contas da União

Relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União TC 028.227/2011-5 (Anexo B), aponta irregularidades nos convênios realizados entre o Ministério do Turismo e Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT), onde foram utilizados recursos públicos Federais para pagamentos de cachês em eventos nos quais houve também cobrança de ingressos e venda de camarotes, sem que as arrecadações correspondentes constassem das prestações de contas, constatando-se diferenças a maior entre caches informados em contratos e os efetivamente pagos aos artistas contratados.

Assim, evidencia-se nestes convênios, inobservância do interesse público inclusive com denuncias na imprensa sergipana, relativamente à utilização de verbas públicas federais, na realização de eventos particulares gerando lucros para os empresários destes eventos, em prejuízo ao erário público.

Relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União TC 022.218/2009-6 (Anexo B), aponta irregularidades no convênio do Ministério do Turismo e Prefeitura do Município de Mogeiro do Estado da Paraíba, nos Festejos Juninos Regionais, por ausência de apresentação de contrato de exclusividade de representação do artista, em violação disposto normativo.

Observa-se que o patrocínio da União nestes eventos culturais tem um vetor politico, evidente das relações politicas pessoais e partidárias, nocivo ao nosso País.

6.3 Julgados Pertinentes

Recurso de Agravo, ref.ao processo nº 08187/2012-3 (Anexo C), onde o Ministério Público de Contas do Estado do Ceará interpõe recurso em virtude da contratação da artista Ivete Sangalo para inauguração do Hospital Regional Norte (HRN), por falta de demonstração da justificativa de preços e da exclusividade de representação do artista por empresário. Oportunidade que o Ministério Público pede a Casa Civil bloqueio do pagamento a mencionada artista, até que fique demonstrado o cumprimento dos requisitos legais da Lei.

Ocorre que, após a análise dos esclarecimentos e da documentação apresentada pela Casa Civil, o MPC constatou que a comprovação da justificativa de preço do show da mencionada cantora, que importa no montante de R$ 650.000,00 (Seiscentos e Cinquenta Mil Reais), se deu com base em duas Notas Fiscais que não servem de parâmetro para indicar os reais valores praticados pelo mercado.

Isto porque, uma das Notas Fiscais se refere ao show de Réveillon da cidade de Fortaleza do ano de 2012, evento em que, geralmente, os cachês dos artistas são aumentados, e a outra tem por referência um show realizado na Cidade de São Desiderio/BA, datado de 11.02.2012, ou seja, quase um ano antes da contratação em análise.

Verifica-se no Anexo C a variedade de Valores em diferentes Estados da Federação, suscitando ao Tribunal De Contas a não aprovação do pagamento, este processo continua atualmente em tramitação, aguardando julgamento.

Assim, o Ministério Público requereu que a justificativa de preço seja comprovada por meio de três ou mais orçamentos, que sejam capazes de evidenciar que a proposta apresentada pela artista se assemelha aos preços praticados a época no mercado.

Este processo em epígrafe justifica o ativismo judicial no interesse público, pois há uma grande imperfeição no processo legislativo, quando da elaboração ou alteração das Leis de nosso País, causando ao erário público e aos órgãos fiscalizadores e outros, percalços de ordem econômica, jurídica e administrativa, acumulando litígios longos e desnecessários, inclusive ao Ministério Publico suposto “quarto poder” da república.

7 CONCLUSÃO

Temos um conflito de interesses: de um lado a Administração Pública, com interesses políticos mascarados pela ideia de cultura, e de outro a sociedade, com necessidades específicas. O resultado é a contratação de bandas ou artistas com preços muito superiores aos cobrados em casas de “show”. E isso só ocorre porque este tipo de proposta de contratação para eventos artísticos não necessita de licitação, contrariando a regra, as normas de contratação na administração pública quando se refere a qualquer outro tipo de serviço.

É necessário o cuidado com o incentivo ao desenvolvimento artístico por parte dos gestores que o promovem, pois uma das possibilidades, além da contratação direta, seria a promoção de concursos, com a premiação dos melhores. Nestes concursos poderíamos não ter parâmetros seguros já que tratamos de elementos subjetivos o que incentiva a criatividade humana. Portanto, o cuidado seria de contratar unicamente, profissionais inscritos na Delegacia Regional de Trabalho. Vale dizer, ainda, devido à especificidade do objeto de contratação, que muitos cuidados devem acontecer para não contrariar os princípios administrativos, entre eles o nível de prioridade que deve ter o governo.

A transparência na administração pública é encargo normativo a todos os administradores público, porque atuam em nome da sociedade, devendo ter o maior zelo que aquele que teriam na administração de seus interesses privados. Os cidadãos, ou seja, os administrados tem o direito à publicidade dos atos estatais e a possibilidade de fiscalizar o uso do dinheiro público. O combate à corrupção é apenas uma das dimensões da transparência, não o principal. Isto porque o direito dos cidadãos não se limita a fiscalizar eventual ilegalidade na despesa pública, mas igualmente verificar se a destinação dos recursos, além de lícita, é adequada, razoável, moral e proporcional sua aplicação.

Assim, foi instituída a Lei da Transparência Pública em 2009 que obriga aos gestores públicos prestarem conta à sociedade, entretanto, existem deficiências na maioria dos Estados da Federação que não efetivaram até a presente data as informações necessárias, sujeitando-se então as sanções legais.

É relevante prevenir, aos governantes e políticos que estão no poder a importância da responsabilidade fiscal, pois recusando a se submeterem à Constituição e aos órgãos de controle, negando ou omitindo, as informações das

ações e atividades orçamentárias, haverá provavelmente uma crise de governabilidade, que pode levar o país, a um descontrole das finanças públicas, horizonte já veiculado neste ano de 2014.

O Brasil está entre os quatro maiores fabricantes de cerveja do mundo, as companhias produtoras são responsáveis por um faturamento expressivo, recolhendo anualmente uma carga elevada de tributos, a Indústria atualmente estuda a elaboração de propostas que possibilitem a redução da carga tributaria responsável pelo custo da produção brasileira.

Assim, entendemos ser razoável seguindo a nova tendência do direito administrativo principalmente aos Princípios da Subsidiariedade, que estas empresas beneficiária primárias de tais eventos assumam o patrocínio a cultura, especificamente nestes eventos suntuosos, mediante incentivos fiscais concedidos pela União.

A população poderia ter sua qualidade de vida bastante melhorada se o governo instituísse normas de incentivo fiscais para atividades culturais, repassando para a iniciativa privada, fundamentado no Princípio da Subsidiariedade a contratação do artista musical consagrado pela crítica ou opinião pública na região geográfica, promovendo eventos culturais em datas comemorativas.

Entendemos a importância da multiplicidade cultural nos estados da federação, de forma perene, não sendo os direitos sociais nenhum freio para difusão e realizações das manifestações culturais no círculo geográfico, pois são direitos independentes, embora o primeiro deva prevalecer sobre o segundo.

Assim, preenchido os requisitos legais e constitucionais é perfeitamente possível a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação, amparada no art.25,inciso III, da Lei nº8.666/93.

Por fim, esperamos ser num futuro próximo um exemplo de Nação, que não necessite do ativismo judicial, para resolver as imperfeições das normas legislativas, causando ao erário público e aos órgãos fiscalizadores e outros, percalços de ordem econômica, jurídica e administrativa, acumulando litígios longos e desnecessários, inclusive ao Ministério Publico suposto “quarto poder” da república.

Para esses desafios, importante a participação da sociedade, escola acadêmica e instituições representativas de classe, sugerindo e cobrando o cumprimento da Constituição em nome do Direito, buscando evitar caminhos sinuosos que aumentam o custo Brasil.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.Acesso: 20 out. 2014.

_____. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp131.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.b r/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 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/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União **Processo nº TC-003.190/2004-0. Acordão nº2096/2004**-Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinício Vilaça. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, Df, 5 jan.2005.

CARLOS, Eder Sabino. Direito Administrativo: conceito, fontes e princípios. 23/01/2012. **Central de favoritos**. Wordpress. Disponível em: < http://centraldefavoritos.wordpress.com/2012/01/23/direito-administrativo-conceito-fontes-e-principios/>. Acesso em: 20 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**: São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Pedro. **Transformaciones del derecho administrativo**. Buenos Aires: Libros & Bytes: 2008.

_____. **Licitación Pública**: Parametros y supranacionalidade: Curitiba: Juruá, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo**. São Paulo: Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: RT, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

NIEBUR, Joel Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2010.

ANEXO A - Decisões do Supremo Tribunal: STF e STJ

INFORMATIVO Nº 640

TÍTULO
Inexigibilidade de licitação e ausência de dolo - 3

PROCESSO
Inq - 2482
ARTIGO
Vencidos os Ministros Ayres Britto, relator, que recebia a denúncia em sua integralidade, e Marco Aurélio, que a acolhia apenas contra o então prefeito e determinava a remessa **de** cópias ao juízo **de** primeiro grau relativamente aos acusados que não possuíam prerrogativa **de** foro no STF. Aduzia, ainda, que não se teria contratado escolhendo banda única pelo valor artístico — quando presente a exclusividade para prestar os serviços —, porém 8 bandas mediante empresas intermediárias. O relator, ao seu turno, reputava que a peça acusatória atenderia as exigências legais e que presente conjunto probatório sinalizador da prática **de** condutas comissivas e omissivas para burlar a necessidade **de licitação.** Além disso, apontava que a exordial permitiria aos acusados o conhecimento dos fatos a eles atribuídos, com o exercício da ampla defesa. Inq 2482/MG, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão, Min. Luiz Fux, 15.9.2011. (Inq

Informativo nº 0482.

Segunda Turma

INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO. ADVOGADO. AUSÊNCIA. LICITAÇÃO. DEVOLUÇÃO. VALORES RECEBIDOS. INVIABILIDADE.

A contratação sem licitação por inexigibilidade deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição com outros profissionais. Na espécie, o MP ajuizou ação civil pública arguindo a nulidade da inexigibilidade de licitação para prestação de serviços advocatícios, a condenação dos réus à reparação do dano causado ao erário, a perda da função pública dos réus, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público. A Turma, ratificando o acórdão do tribunal a quo, entendeu inexistir lesão ao erário, sendo incabível a incidência da pena de multa, bem como o ressarcimento aos cofres públicos sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público. Precedentes citados: REsp 717.375-PR, DJ 8/5/2006; REsp 514.820-

SP, DJ 5/9/2005, e REsp 861.566-GO, DJe 23/4/2008. REsp 1.238.466-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6/9/2011.

Informativo nº 0460.

Quinta Turma

INEXIGIBILIDADE. LICITAÇÃO. LEI NOVA.

O recorrente, na qualidade de prefeito, sofreu denúncia em razão da suposta prática do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993, pois teria afastado a necessária licitação para a contratação de serviços de radiodifusão. Nesse contexto, não prospera a alegação de que sua conduta seria atípica devido ao advento da posterior Lei n. 9.648/1998 (alterou os valores que tornam inexigível a licitação), haja vista o ato tido por criminoso dever ser analisado pela legislação vigente à época. Não se está a desconhecer que a norma penal que venha a beneficiar o réu deve retroagir, pois a análise detida do sentido da norma em questão denota que ela não alberga situações como a da hipótese. A novel legislação veio atualizar os parâmetros monetários referentes aos limites que impunham a inexigibilidade da licitação, pois deve-se levar em conta a época em que a moeda perdia valor mensalmente. Nesse cenário, era imprescindível a atuação periódica do legislador para proceder aos necessários ajustes. Do contrário, estaria convalidada verdadeira burla ao sistema de inexigibilidades, pois, sempre durante o julgamento das ações penais, seria cabível acolher a atipicidade da conduta em virtude da atualização legal dos valores. Daí não se aplicar a retroação da Lei n. 9.648/1998. Quanto à falta de dolo específico, conforme precedentes, ele é irrelevante para a configuração dos crimes previstos na Lei de Licitações. Precedentes citados: HC 122.011-PR, DJe 28/6/2010, e HC 113.067-PE, DJe 10/11/2008. REsp 1.058.261-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/12/2010.

Informativo nº 0333.

Terceira Seção

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE.

A comissão do processo administrativo disciplinar concluiu que o impetrante praticou a infração prevista no art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990 c/c o art. 10, I, da Lei n. 8.429/1992. Recomendou sua demissão em razão de ele ter exercido influência na contratação de determinada sociedade empresarial com inexigibilidade de licitação, tendo sido alocados recursos públicos para o pagamento dos serviços por ela prestados. Porém não foi o impetrante quem celebrou o contrato, nem foi o responsável pela liberação dos recursos públicos. Servidores acusados da prática de infrações disciplinares menos graves não sofreram sanção devido ao reconhecimento da prescrição. Assim, vê-se que, ao prevalecer a pena de demissão, a conduta do impetrante é tida por mais relevante do que a daqueles outros servidores responsáveis pela contratação e liberação dos recursos. Diante disso, é necessário decretar a nulidade da pena de demissão aplicada com violação dos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da individualização da pena, da necessidade de motivação dos atos administrativos, com o desiderato de que outra seja aplicada, ao considerar o

grau de envolvimento do impetrante, o fato de não obter proveito para si ou para terceiro em detrimento de sua função pública, as atenuantes relativas ao tempo de serviço público, a ausência de anterior punição funcional, bem como a capitulação das condutas dos demais participantes. MS 11.124-DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 26/9/2007.

Informativo nº 0297

Sexta Turma

CRIME. NECESSIDADE. LICITAÇÃO. ADVOGADO.

O advogado firmou contrato com a prefeitura para o patrocínio de causa referente à revisão contratual de confissão de dívida de vultoso valor junto à União, ação em que obteve pleno sucesso, revertendo o débito em crédito. Agora se viu denunciado pelo Ministério Público pela prática dos atos tipificados no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 29 do CP, pela falta delicitação em sua contratação. Sucede que há precedentes deste Superior Tribunal no sentido de que, ao se tratar de contrato em que se leva em conta a confiança e a natureza do serviço, bem como aferido que, da conduta do contratado, não se pode extrair qualquer conseqüência patrimonial (resultado danoso) ao órgão público, tal qual o caso, é justificada a inexigibilidadede licitação, pois o escopo da norma retrocitada é o de proteger o patrimônio público. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, porém o Min. Hamilton Carvalhido manteve as ressalvas quanto à tese. Precedentes citados: RHC 16.318-SP, DJ 29/5/2006; APn 261-PB, DJ 5/12/2005, e HC 40.762-PR. HC 52.942-PR, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 19/9/2006.

ANEXO B - Pareceres do Tribunal de Contas da União

GRUPO II – CLASSE V – Plenário
TC 028.227/2011-5 [Apenso: TC 015.347/2011-7]
Natureza: Relatório de Auditoria
Órgão: Ministério do Turismo (vinculador)
Responsáveis: Adriano Rodrigues Pereira (696.924.401-68); Ana Isabel Mesquita de Oliveira (962.989.608-72); Carla de Souza Marques (031.636.674-90); Carlos Paulo de Sousa (054.498.208-87); Duncan Frank Semple (329.743.531-34); Frederico Silva da Costa (776.889.701-30); Isabelle Agner Brito (024.779.709-09); Janaina Cristina Machado Pinto Amazonas (725.652.921-04); Junia Cristina Franca Santos Egidio (385.305.701-20); Marta Feitosa Lima Rodrigues (232.407.093-68); Rubens Portugal Bacellar (186.710.639-68); Soemes Castilho da Silva (704.554.651-34)
Advogados constituídos nos autos: Wellington Alves Valente (OAB/PA 9.617-B), Sebastião Tadeu Ferreira Reis (OAB/MG 73.805), Marco Antônio Torres (OAB/MG 126.937), Wálisson da Silva Xavier (OAB/PA 6.070-E), Geraldo Ribeiro Vieira (OAB/DF 2.323) e outros.

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. MINISTÉRIO DO TURISMO. FISCALIZAÇÃO NOS CONVÊNIOS PARA APOIO A EVENTOS. CONSTATAÇÃO DE DIVERSAS IRREGULARIDADES, MATERIALIZADAS EM TREZE ACHADOS DE AUDITORIA. AUDIÊNCIAS DE GESTORES. ACOLHIMENTO DE ALGUMAS E REJEIÇÃO DE OUTRAS. MULTAS. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório instrução elaborada no âmbito da Secex Desenvolvimento, que contou com a anuência dos dirigentes da mencionada Unidade Técnica.

> *"Trata-se de Auditoria de Conformidade realizada no Ministério do Turismo (MTur) com o objetivo de identificar eventuais irregularidades decorrentes do apoio a eventos por meio de convênios. A fiscalização foi realizada em cumprimento ao Acórdão 2.113/2011-TCU-Plenário, e também motivada pela divulgação na imprensa de irregularidades praticadas em eventos apoiados pelo MTur, reunidas pelo Ministério Público junto ao TCU no TC 000.012/2011-4, apenso a estes autos.*

HISTÓRICO

Por meio do relatório de auditoria (peça 164) foram apontadas irregularidades na análise das propostas dos convênios, na execução e na fase de prestação de contas. Essas constatações motivaram como propostas do relatório a realização de audiências de responsáveis e a expedição imediata de determinações e recomendações ao MTur (peça 164, p. 57-68).

Mediante despacho (peça 168), o Exmo. Ministro-Relator Augusto Nardes manifestou concordância com a realização das audiências, exceto aquelas relacionadas à "aprovação de convênio com entidade incapacitada técnica e operacionalmente" e "aprovação de convênio sem interesse recíproco na consecução do objeto", abordadas, respectivamente, nos subitens 2.3 e 2.4 do relatório de auditoria. Relativamente às propostas de determinação e recomendação, entendeu cabível analisá-las quando do mérito do presente processo.

As razões de justificativas foram apresentadas por todos os responsáveis ouvidos em audiência, conforme peças 201, 204, 215, 216, 222, 223, 226, 232, 242, 249 e 259 dos autos.

O MTur, por meio de documento datado de 08/10/2013, apresentou cópias de pareceres de análise de prestações de contas de convênios examinados durante os trabalhos de campo (peças 266, 267 e 268). Esses pareceres foram apresentados pelo Ministério a fim de elucidar parte das propostas de determinação contidas no item 2.12 do Relatório de Fiscalização (peça 164, p. 41-53).

EXAME TÉCNICO

Apresentamos, a seguir, análise por item de audiência. Também serão analisadas a conveniência e oportunidade da manutenção das determinações e recomendações ao MTur propostas no relatório de auditoria.

a) Responsável: Adriano Rodrigues Pereira

a.1) Item de audiência: pela não realização da fiscalização in loco do convênio Siconv 742543, tendo em vista que o volume de recursos federais repassados mediante o instrumento tornava sua fiscalização obrigatória, nos termos do Memorando-Circular 24/2009/SE/MTur, vigente à época.

a.1.1) Razões de Justificativa apresentadas (peça 201).

Inicialmente, o responsável apresentou um panorama da Coordenação-Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Convênios que, embora tenha aumentado em cinco vezes as fiscalizações in loco dos recursos repassados pelo MTur por meio de convênios, de 2007 a 2009, teria um número reduzido de 8 (oito) servidores (peça 201, p. 2-5).

Segundo o Sr. Adriano, em que pese o dever fiscalizatório do órgão repassador de recursos por meio de convênios, previsto na Portaria Interministerial MPOG/CGU/MF 127/2008 e nos critérios estipulados pela

Apenso: TC 014.040/2010-7
Natureza: Tomada de Contas Especial.
Entidade: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT).
Responsáveis: Associação Sergipana de Blocos de Trio (ASBT) (32.884.108/0001-80), Lourival Mendes de Oliveira Neto, Presidente da ASBT (310.702.215-20); Global Serviços Ltda. (09.292.223/0001-44); Valéria Patrícia Pinheiro de Oliveira Azevedo - V&M (02.332.448/0001-38); Avalanche Produções Ltda. (05.414.927/0001-91); Classe A Produções e Eventos Ltda. (08.332.028/0001-38); Lima & Silva Representações de Bebidas Ltda. – sucessora da DMS Produtora Publicidade e Eventos Ltda. (07.901.669/0001-01); Planeta Empreendimentos e Serviços Ltda (04.436.109/0001-27); I9 Publicidade e Eventos Artísticos Ltda (09.661.123/0001-48); Rdm Art Silk Signs Comunº Visual Ltda. (10.558.934/0001-05); Sergipe Show Propaganda e Prod. Art. Ltda. (05.674.085/0001-07); Triunfo Prod. de Eventos e Serv. Ltda. (09.387.916/0001-10); Wd Produções e Eventos (05.679.936/0001-04); José Augusto Celestino Oliveira, membro da Comissão Especial de Licitação da ASBT (001.887.431-20); Maria José Oliveira Santos, membro da Comissão Especial de Licitação da ASBT (265.304.905-82); Maria Virgínia Bispo da Silva, membro da Comissão Especial de Licitação da ASBT (436.905.485-00); Adriano Rodrigues Pereira, Coordenador Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação do MTur à época (696.924.401-68); Airton Nogueira Pereira Junior, Secretário Nacional de Políticas de Turismo à época (614.247.147-53); Carla de Souza Marques, Assessora da Coordenação-Geral de Análise de Projetos do Mtur à época (031.636.674-90); Carlos Alberto da Silva, Secretário Nacional de Políticas de Turismo do MTur à época (104.797.948-98); Cláudia de Alencar Carvalho, Técnica do MTur à época (025.182.273-77); Daniel Mendes Guedes, Técnico Especializado do MTur à época (882.020.701-04); Dorvalino Santana Alvarez, Secretaria Nacional de Políticas de Turismo do MTur à época (467.461.960-20); Eugênio da Costa Arsky, Coordenador de Prestação de Contas do MTur à época (483.204.551-20); Gilvana Pereira de Sousa Fernandes, Assistente Técnica do MTur à época (958.006.031-20); Janaina Cristina Machado Pinto Amazonas (725.652.921-04); Junia Cristina Franca Santos Egidio, Coordenagora-Geral de Convênios do MTur à época (385.305.701-20); Ludmila Sara de Oliveira, Agente Administrativo do MTur à época (016.514.021-67); Marcio Ferreira do Nascimento, Diretor de Maketing e Promoção do MTur à época (075.580.448-12); Mario

Augusto Lopes Moyses (953.055.648-91); Marisa da Silva Chaves, Técnica do MTur à época (220.497.381-53); Marta Feitosa Lima Rodrigues, Coordenadora-Geral de Análise de Projetos à época (232.407.093-68); Paulo Pires de Campos, Chefe de Assessoria do MTur à época (032.142.378-02); Ricardo Cardoso dos Santos, Diretor de Gestão Estratégica Substituto do MTur à época (854.690.761-72); Rubens Portugal Bacellar, Diretor de Gestão Interna no MTur à época (186.710.639-68); Soemes Castilho da Silva, Técnica do MTur à época (704.554.651-34); Walber Henrique Chagas Martins, Agente Administrativo do MTur à época (017.456.881-96); Yvelise Bleyer Martins Costa, Chefe de Divisão da Coordenação-Geral de Monitoramento, Fiscalização e Avaliação de Convênios do MTur à época (317.286.261-53);

Advogados constituídos nos autos: Andressa Neves Vieira (OAB/DF n.º 26.994); Karla da Silva Lima (OAB/DF nº 27.776); Andrea Sobral Vila-Nova de Carvalho (OAB/SE n.º 2.484); Márcio Macedo Conrado (OAB/SE nº 3806); Álvaro Figueiredo Maia de Mendonça Júnior (OAB/PE n.º 14265); Leandro Costa Coppi (OAB/DF n.º 18991); Emerson Franco de Menezes (OAB/SP n.º 133.039); Paulo Henrique T. Capelotto (OAB/DF n.º 41.014).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVERSÃO DE RELATÓRIO DE AUDITORIA. TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DO MINISTÉRIO DO TURISMO PARA A ASSOCIAÇÃO SERGIPANA DE BLOCOS DE TRIO (ASBT). UTILIZAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS PARA PAGAMENTOS DE CACHÊS EM EVENTOS NOS QUAIS HOUVE TAMBÉM COBRANÇA DE INGRESSOS E VENDA DE CAMAROTES, SEM QUE AS ARRECADAÇÕES CORRESPONDENTES CONSTASSEM DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS. CONSTATAÇÃO DE DIFERENÇAS A MAIOR ENTRE CACHÊS INFORMADOS EM CONTRATOS E OS EFETIVAMENTE PAGOS AOS ARTISTAS. DIVERSAS OUTRAS IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DOS CONVÊNIOS. INOBSERVÂNCIA PELO MINISTÉRIO DO TURISMO DO INTERESSE PÚBLICO QUANDO DA FIRMATURA DOS CONVÊNIOS. FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE DA EXECUÇÃO DOS AJUSTES. CITAÇÕES E AUDIÊNCIAS DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES.

CONDENAÇÃO EM DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTAS. COMUNICAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de tomada de contas especial decorrente da conversão de processo fiscalização (TC 014.040/2010-7), referente à auditoria realizada, no âmbito da Secretaria de Controle Externo no Estado de Sergipe – Secex/SE, com vistas a verificar a conformidade legal das transferências voluntárias do Ministério do Turismo – Mtur, nos exercícios de 2008 a 2010, para a Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT.

2. A fiscalização, executada no período de 24/5/2010 a 06/7/2010, foi motivada por denúncias divulgadas na imprensa local relativamente à utilização de verbas públicas federais na realização de evento particular gerando lucros para os empresários do evento, resultando, assim, na prolação do Acórdão 762/2011 – Plenário, da minha relatoria.

3. Os trabalhos de auditoria compreenderam inicialmente o exame de 22 (vinte e dois) convênios firmados entre o Mtur e a ASBT entre os anos de 2008 a 2010, com valores acima de R$ 200.000,00. Posteriormente, considerando as informações obtidas junto a processo judicial em trâmite na 1ª Vara Federal do Estado de Sergipe, foram adicionados ao escopo da fiscalização mais 13 (treze) ajustes firmados, mas cujos valores estavam abaixo do mencionado patamar.

4. Na ocasião, a equipe encarregada dos trabalhos identificou dois achados de auditoria que a levaram a propor a conversão dos autos de fiscalização em TCE, com a citação dos respectivos responsáveis em virtude dos débitos apurados.

5. O primeiro deles dizia respeito à aplicação de recursos federais nos eventos Pré-Caju/2008, Pré-Cauju/2009, Pré-Caju/2010, Micarana/2009, Lagarto Folia/2008 e Lagarto Folia/2009 para o pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público, além da arrecadação de recursos com a venda de bens e serviços.

6. A par de concordar com a proposta de citação da ASBT solidariamente com o presidente da entidade, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, considerei necessária também a audiência do Sr. Mário Augusto Lopes Moysés, então Secretário Executivo do Ministério do Turismo, para apresentar razões de justificativa para a concessão de recurso federais, mediante convênios, à mencionada entidade, para eventos relativos a carnavais fora de época no Estado de Sergipe, cujos interesses foram fundamentalmente privados, contrariando assim o subitem 9.6.2. do Acórdão 96/2008 – Plenário:

> *"9.6. determinar ao Ministério do Turismo que, quando da análise de propostas de celebração de convênios ou contratos de repasse com entidades de natureza pública ou privada, verifique:*
>
> *9.6.2. se o objeto do convênio destina-se ao cumprimento do interesse público, evitando participar de ajustes em que o interesse seja fundamentalmente privado, sob pena de caracterizar subvenção social a entidade privada, que é*

vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pelo caput do art. 16 da Lei nº 4.320/1964;"

7. Outrossim, tendo em vista a informação de que as contas dos respectivos convênios já haviam sido aprovadas, entendi também pertinente a expedição de determinação à Secex/SE no sentido de que identificasse e promovesse a audiência dos responsáveis pela aprovação das contas dos recursos federais repassados, mediante os aludidos convênios, à ASBT, considerando a ausência nas respectivas prestações de contas da documentação a que se refere o item 9.5.2. do Acórdão 96/2008:

"9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:

(...)

9.5.2. os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas;"

8. O segundo achado que motivou proposta de citação referia-se à constatação de diferenças a maior entre os cachês definidos nos convênios, e integrantes dos contratos correspondentes, e os valores efetivamente pagos aos artistas. Tal constatação foi a partir de informações obtidas junto a processo judicial em trâmite na 1ª Vara Federal da Sergipe, consistentes em recibos emitidos pelos representantes das bandas/artistas com os valores reais dos cachês cobrados para apresentações.

9. Na oportunidade, verificou-se que a ASBT, quando da execução dos convênios celebrados com o Ministério do Turismo, firmou contratos com empresas intermediadoras que não detinham o direito de exclusividade dos artistas, sendo apenas autorizadas a agenciar os artistas na data do show.

10. O cotejo entre os valores contratados e efetivamente pagos, bem assim o desconhecimento do destino dos valores recebidos a maior, permitiu concluir pelo desvio dos recursos federais, já que a informação contida nas prestações de contas era de que os valores teriam sido inteiramente destinados para o pagamento dos cachês.

11. Assim, manifestei-me favoravelmente à citação da ASBT solidariamente com o presidente da entidade, Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto, e as respectivas empresas que receberam os recursos.

12. Ainda contou com minha concordância, a proposta de audiência formulada pela unidade técnica de diversos responsáveis da entidade acerca de diversas outras irregularidades identificadas na aplicação dos recursos, relacionadas com o processo de contratação e aquisição de bens e serviços.

13. Para melhor compreensão da matéria, permito-me reproduzir excerto da parte dispositiva do Acórdão 762/2011 – Plenário, onde estão consolidadas as propostas acima comentadas:

"ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial - TCE, nos termos do art. 47 da Lei nº 8.443/1992;

9.2. com fulcro no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, promover a citação da Associação Sergipana de Blocos de Trio – ASBT (CNPJ: 32.884.108/0001-80), solidariamente com o Sr. Lourival Mendes de Oliveira Neto (CPF nº 310.702.215-20), Presidente da ASBT, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, promovam o recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional dos valores abaixo indicados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, nos termos da legislação vigente, a partir das datas especificadas, ou apresentem suas alegações de defesa em decorrência de terem aplicado recursos públicos federais, nos eventos Pré-Caju/2008, Pré-Caju/2009, Pré-Caju/2010, Micarana/2009, Lagarto Folia/2008 e Lagarto Folia/2009, no pagamento de despesas de entidades privadas com shows não abertos ao público, ressaltando-se que em tais eventos também houve arrecadação de recursos com a venda de bens e serviços:

Evento	***Valor Histórico (R$)***	***Data***
Pré-Caju 2008	*160.000,00*	*26/12/2007*
Pré-Caju 2008	*170.000,00*	*24/12/2007*
Lagarto Folia 2008	*330.000,00*	*06/05/2008*
Pré-Caju 2009	*264.200,00*	*30/01/2009*
Pré-Caju 2009	*300.000,00*	*05/03/2009*
Lagarto Folia 2009	*357.000,00*	*23/04/2009*
Micarana 2009	*500.000,00*	*22/05/2009*
Pré-Caju 2010	*80.000,00*	*03/02/2010*
Pré-Caju 2010	*160.000,00*	*18/02/2010*
Pré-Caju 2010	*170.000,00*	*22/02/2010*
Pré-Caju 2010	*80.000,00*	*12/03/2010*
Pré-Caju 2010	*80.000,00*	*06/04/2010*

GRUPO II – CLASSE VI – Primeira Câmara
TC 022.218/2009-6
Natureza: Representação
Órgão: Ministério do Turismo.
Responsáveis: Gilberto Barbosa dos Santos (021.972.208-02); Inês Gomes de Souza (186.527.781-91); Manoelina Pereira Medrado (813.428.531-72); Margarida Maria Silveira Gomes (078.959.924-49); Marta Tereza Suplicy (699.158.908-00); Murillo de Miranda Basto Neto (606.109.801-49)
Interessados: Ministério do Turismo; Prefeitura de Mogeiro - PB (08.866.501/0001-67); Tribunal de Contas do Estado da Paraiba (09.283.110/0001-82)
Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DO TURISMO. PATROCÍNIO DE FESTEJOS JUNINOS REGIONAIS. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE DE REPRESENTAÇÃO DE ARTISTAS, EM VIOLAÇÃO À ANTERIOR DETERMINAÇÃO DO TCU. DESCUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA CONTIDA NA LDO/2008 QUANTO À INDICAÇÃO DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS ATÉ A DATA DA ASSINATURA DO INSTRUMENTO DE CONVÊNIO. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. EXCLUSÃO DE UM DOS AGENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. DETERMINAÇÃO AO MINISTÉRIO DO TURISMO PARA REAPRECIAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO E, SE FOR O CASO, INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DETERMINAÇÃO À UNIDADE TÉCNICA PARA MONITORAMENTO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, com fundamento no art. 237, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, contra possível contratação irregular de bandas de música para evento “Santo Antônio Di...Dimais’ no município de Mogeiro/PB, com recursos do Convênio 227/2008 (Siafi 628561), celebrado entre a referida municipalidade e o Ministério do Turismo.

Ao sanear autos, foram adotadas as seguintes providências pela Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba:

I) diligência ao Município de Mogeiro/PB (peça 11, p. 504 e peça 12, p. 1 a 15) para obtenção de esclarecimentos acerca de: contratação de bandas musicais para o evento “Santo Antônio Di...Dimais’ por meio de contrato de exclusividade de artista, restrito à localidade e a data da realização evento; justificativa de preço da contratação das bandas musicais para o evento ‘Santo Antônio Di...Dimais’, em comparação a eventos similares em outros municípios da região;

II) diligência ao Ministério do Turismo com vistas ao: encaminhamento do Plano Trabalho do Convênio 540001257200800227, Siafi nº 628561, firmado com a Prefeitura de Mogeiro/PB, nos termos art. 2º, II, IN/STN nº 01/97, alterada por IN/STN 4, de 17.5.2007; esclarecimento sobre fato de a transferência dos recursos do Convênio, por meio de Ordem Bancária 2008OB900733, ter ocorrido após a realização do evento ‘Santo Antônio Di...Dimais’, nos dias 12/06 a 15/06/2008.

III) audiência, autorizada por este Relator, dos responsáveis do Ministério do Turismo, abaixo indicados, para apresentação de razões de justificativa acerca das seguintes irregularidades:

III.1) Responsáveis

Nomes	**Cargos**
Marta Suplicy	Ministra de Estado do Turismo
Gilberto Barbosa dos Santos	Secretário Executivo Substituto
Inês Gomes Souza	Coordenadora-Geral de Planejamento, Orçamento e Finanças Orçamento e Finanças
Murilo de Miranda Basto Neto	Coordenador-Geral de Convênios
Manoelina Pereira Medrado	Consultora Jurídica

III.2) Irregularidades:

a) não cumprimento das determinações exaradas pelo Tribunal por meio do item 9.5, subitens 9.5.1 e 9.5.1.1, do Acórdão 96/2008 – Plenário, de 30/01/2008,

quando da celebração no Convênio nº 227/2008 (Siafi 628561):

> *"9.5. determinar ao Ministério do Turismo que, em seus manuais de prestação de contas de convênios e nos termos dessas avenças, informe que:*
>
> *9.5.1. 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:*
>
> *9.5.1.1. 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;"*

b) desobediência ao dispostos no art. 113 da Lei de Diretrizes Orçamentária de 2008, Lei nº 11.514/2007, pela não indicação do crédito orçamentário no ato de assinatura do Convênio 227/2008, Siafi 628561.

Em resposta à diligência, os responsáveis apresentaram as informações que se seguem (peça 11, p. 57 e peça 12, p. 1 a 5 e 8 a 9):

Quanto à contratação de bandas musicais para o evento "Santo Antônio Di ...Dimais' por intermédio de empresário representante exclusivo de empresário de artistas, restrito a localidade e a data da realização do evento, a Prefeitura de Mogeiro/PB informou que as avenças foram baseadas na hipótese inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, que faculta ao administrador a contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou através de empresário (peça 13, Anexo 1, fl. 3). No caso vertente, esclarece que os ajustes foram fundamentadas em cartas de exclusividade do empresário (peça 13, Anexo 1, fl. 4)

Com relação à adequação dos preços das contratações, o alcaide municipal informa que os valores das avenças são similares aos adotados do gênero, pagos em outros municípios da região. Salientou, porém, que a importância do ajuste varia conforme o destaque da banda musical na opinião popular e o período de contratação. Em complemento, o responsável municipal acostou aos autos os documentos adiante arrolados:

- Termo do Convênio (peça 13, Anexo 1, fls. 9 a 22);

- Parecer sobre inexigibilidade de licitação (peça 13, Anexo 1, fls.27, 43 a 46);

- Cartas de exclusividade (peça 13, Anexo 1, fls. 38 a 47; peça 14, Anexo 1, fls. 66 a 79);

- Propostas de preço de empresas (peça 13, Anexo 1, fl. 41; peça 14, Anexo 1, fl. 80);

- Contratos (peça 13, Anexo 1, fl. 47; peça 14, Anexo 1, fls. 48 a 49 e 86 a 88);

- Prestação de Contas do Convênio (peça 15, Anexo 1, fls. 99 a 132).

Da diligência ao Ministério do Turismo, foi encaminhada cópia do Plano Trabalho do Convênio, firmado com a Prefeitura Municipal de Mogeiro/PB, acompanhado da respectiva Prestação de Contas (peça 15, Anexo 1, fls. 135/154; peça 16, Anexo 1, fls. 155/167).

No que tange aos esclarecimentos sobre o fato de os recursos do ajuste convenial terem sido transferidos ao Município de Mogeiro/PB em 29/07/2009, após a realização dos eventos (12/06 a15/06/2008), o órgão ministerial declara que não dispunha de recursos à época para pronto repasse após a formalização do instrumento, porquanto aguarda liberação da verba federal pela Secretaria do Tesouro Nacional. Por essa razão, afirma haver prorrogado o período de vigência do termo de convênio até 19/10/2008, com fulcro na Cláusula Sexta, parágrafo primeiro do ajuste (peça 15, Anexo 1, fl. 134).

Das defesas deduzidas pelos responsáveis do Ministério do Turismo, instados em audiência, extraem-se as razões e análise efetuada na primeira instrução de mérito (peça 29):

Inês Gomes Souza - Coordenadora-Geral de Planejamento, Orçamento e Finanças do Ministério do Turismo

Razões de Justificativa

> *"7.1.1. A Coordenação-Geral de Planejamento, Orçamento e Finanças tem por competência descentralizar os recursos orçamentários e financeiros a partir de autorização de uma unidade finalística, gestora de um determinado programa de trabalho do Ministro de Turismo. No caso do Convênio 227/2008, foi a Secretaria Nacional de Políticas de Turismo-SNPTur, UG: 54000, e do Secretário Nacional de Políticas de Turismo com base no Parecer Técnico 260/2008 (peça 25, p.1).*

7.1.2. Quanto à indicação do crédito orçamentário, item 'b" da audiência, constou na Cláusula Quarta, Dos Recursos Orçamentários e Financeiros, do Termo de

ANEXO C Julgados Pertinentes

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ

REGIMEDEURGÊNCIA(ART.11,§1ºDORITCE)
Ref. ao Processo nº: 08187/2012-3

RECURSO DE AGRAVO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO A ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, por conduto de seu PROCURADOR-GERAL DE CONTAS que a este subscreve, vem à presença de Vossa Excelência, com o devido respeito e acatamento, para interpor *RECURSO DE AGRAVO* contra o Despacho datado de 17.01.2013, o que faz com fulcro no artigo 107, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (Resolução nº 835/2007).

Requesta que V. Exa., em prévio juízo de admissibilidade, admita o mencionado recurso, por presentes seus requisitos legais e regimentais, nos termos das razões em anexo, para os devidos fins de direito.

Nestes termos,
Pede
deferimento.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre
PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

COLENDA CORTE DE CONTAS;

SINOPSE PROCESSUAL

Cuidam os autos de Representação ofertada pelo Ministério Público de Contas em virtude da contratação da artista Ivete Sangalo para a inauguração do Hospital Regional Norte (HRN), **concernente à demonstração de justificativa de preços e da exclusividade de representação do artista por empresário.**

Salienta-se que, por meio da Petição n° 00223/2013-3 (protocolada em 15.01.2013), este órgão ministerial requereu à Presidência deste Colegiado, com fulcro no art. 11, §1º do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, que determinasse à Casa Civil que se abstivesse **de efetuar o pagamento da mencionada artista, até que restasse demonstrado o cumprimento de todos os requisitos legais (art. 26, III da Lei n° 8.666/93).**

Em face deste pedido, foram os autos remetidos à 7ª Inspetoria de Controle Externo que, através do Certificado n° 0005/2013, concluiu:

> CERTIFICA, para os devidos fins, que a presente representação deve ser conhecida por esta Corte de Contas, posto intentada por autoridade que tem competência legal para formulá-la, no entanto, quanto ao mérito, seja-lhe negado provimento, por não se observar o descumprimento da legislação de regência na contratação ora em trato.
> No ensejo, em atendimento ao § 1º, art. 11, do Regimento Interno deste TCE, submete o feito à consideração do Senhor Conselheiro Presidente, sugerindo o arquivamento dos presentes autos, com a comunicação do Secretário da Casa Civil, Sr. ARIALDO DE MELLO PINHO.

Após a manifestação do nobre órgão técnico, o processo foi submetido à decisão da Presidência que, por meio de Despacho (datado de 17.01.2013), adotou as conclusões contidas no Certificado n° 0005/2013, devolvendo o feito à Secretaria Geral para o seu encaminhamento oportuno ao Gabinete do Conselheiro Relator, Dr. Itacir Todero.

DO CABIMENTO DO RECURSO

O presente recurso merece ser conhecido por esta Corte de Contas pelo motivo delineado abaixo.

O art. 107 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (Resolução n.º 835/2007) estabelece que "**cabe recurso de agravo**, **no prazo de cinco dias**, **contra decisão do Presidente do Tribunal**, dos Presidentes das Câmaras ou do Relator **que seja desfavorável à parte**" (grifo nosso).

Percebe-se, portanto, ser cabível o presente recurso por ser contra decisão do Presidente do Tribunal, em exercício (Despacho datado de 17.01.2013) que, ao adotar as conclusões contidas no Certificado n° 0005/2013 da 7ª ICE, não acatou o pedido requerido pelo Ministério Público de Contas acarretando eventual perda de utilidade da Representação.

Diante do exposto, este MPC requer o recebimento deste recurso pela Presidência desta Colenda Corte de Contas, com o seu devido provimento e reforma da decisão proferida no Despacho datado de 17.01.2013 (decisão interlocutória), com base nos argumentos abaixo expostos.

DAS RAZÕES RECURSAIS

JUSTIFICATIVA DE PREÇO - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR COMO PARÂMETRO AS NOTAS FISCAIS APRESENTADAS PELA CASA CIVIL - NECESSIDADE DE COMPARAR O CACHÊ CONTRATADO COM OS REAIS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO

No corpo da petição 00223/2013-3, **este Órgão Ministerial já expressou o entendimento que não se pode utilizar por parâmetro de justificativa de preço as Notas Fiscais[1] apresentadas pela Casa Civil,** haja vista que o show de inauguração do HRN não pode ser comparado com a apresentação feita em Réveillon, nem com um outro show que ocorreu há quase um ano.

Contudo, a 7ª ICE, no pronunciamento que serviu de base para a decisão vergastada, não concordou com esse argumento, ressaltando que *"se o preço foi maior em ocasiões especiais, num raciocínio oposto ao do MP, estaria plenamente justificada a cobrança de um preço menor em evento diferenciado, o que ocorreu na realidade."* Ademais, *"quanto ao outro argumento de que o evento no município*

[1]**Nota Fiscal n° 00000033**, emitida em data de 21 de dezembro de 2011, no valor de R$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil reais), referente à contratação do show da artista Ivete Sangalo no período de 31/12/2011 a 01/01/2012, realizado no Aterro da Praia de Iracema para o Reveillon de Fortaleza 2012;e **Nota Fiscal n° 00000018**, emitida em 17 de outubro de 2011 e **Nota Fiscal n° 00000059**, emitida em data de 10 de fevereiro de 2012, ambas no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), totalizando o montante de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), referente à apresentação musical da artista Ivete Sangalo no Município de São Desidério – BA, na data de 11 de fevereiro de 2012.

baiano de São Gabriel (sic) fora realizado há quase um ano (11.02.2012), também não há sustentação legal ou jurisprudencial para aceitar o documento como justificativa do preço cobrado para a apresentação em vésperas de se realizar na cidade de Sobral-CE".

Infelizmente, a posição defendida pela 7ª ICE olvida-se das práticas mais costumeiras do mercado. **Não se pode, ao mínimo, negar o conhecimento geral que os cachês dos artistas são aumentados para apresentações em eventos importantes como viradas de ano.**

Tal fato é tão assente que a comparação entre as duas contratações apresentadas pela Casa Civil demonstra a diferença de 40% (quarenta por cento) entre as propostas, mesmo sendo as apresentações realizadas num intervalo de um pouco mais de um mês. A diferença em comento ocorreu, principalmente, pela natureza festiva da primeira contratação (festa de comemoração pela virada do ano).

Portanto, não se pode acatar o argumento utilizado pela 7ª ICE, pois não é pelo simples fato de o valor da proposta de Réveillon apresentado ser superior ao valor cobrado na presente contratação que justificará o valor contratado. Tal hipótese levaria ao absurdo de considerar uma proposta hipotética de R$ 830.000,00 (oitocentos e trinta mil reais) compatível com os valores de mercado, haja vista ser menor do que o preço cobrado na data especial.

Em relação à segunda Nota Fiscal, que trata acerca de show apresentado na Cidade de São Desidério/BA, na data de 11.02.2012, ou seja, quase um ano antes da realização do show que inaugurou o Hospital Regional Norte (dia 18.01.2013), este órgão ministerial também não acata os argumentos delineados pela ICE.

Mas já que a 7ª ICE considerou a proposta do show realizado na cidade baiana, indaga-se o porquê de o Governo do Estado não a ter contratado por tal quantia (R$ 600.000,00 – seiscentos mil reais)? Ora, se o parâmetro utilizado corresponde a mencionada quantia, por que o ente público pagaria R$ 50.000,00 (cinquenta mil) a mais que a proposta apresentada?

Percebe-se, assim, a impossibilidade de utilizar tais Notas Fiscais como comparativo para o show de inauguração do Hospital Regional Norte, já que não retratam os reais valores de mercado.

DA INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE COMPARATIVO COM AS APRESENTAÇÕES RECENTES DA ARTISTA – CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ENCONTRADAS NA INTERNET - DEMONSTRAÇÃO DE VALORES INFERIORES À CONTRATAÇÃO EM TELA

Outrossim, não se pode olvidar que, na pesquisa mercadológica apresentada, não há qualquer elemento nos autos que indique os preços praticados com as recentes apresentações realizadas pela artista, nem há qualquer demonstrativo da contratação da mesma pela iniciativa privada, a fim de evidenciar os valores que envolvem sua apresentação para o mercado privado.

Neste ponto, em uma simples busca pela internet, verifica-se que a artista fez, nos últimos meses (doc. 01 em anexo), pelo menos 18 (dezoito) apresentações e nenhuma destas foi utilizada comoparâmetropara fins de justificativadacontratação.

Ademais, como a 7ª ICE fez o trabalho de ratificar o preço contratado com pesquisas pela internet, **o Ministério Público de Contas também utilizou da rede de computadores para verificar a compatibilidade do preço contratado com os valores de mercado. Foram encontradas as seguintes contratações públicas da artista no ano de 2012(Doc.02):**

MUNICÍPIO DE EUNÁPOLIS/BA – CONTRATO Nº INEX010/2012 - Contratado: CACO DE TELHA PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA - Objeto: apresentação de shows da artista "IVETE SANGALO" na data de **29 de junho de 2012** durante os festejos do "PEDRÃO", na Cidade de Eunápolis **Valor R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).**
(Diário Oficial do Município – 22/02/2012)

PREFEITURA MUNICIPAL DO IPOJUCA/PE - SECRETARIA DE FINANÇAS E GESTÃO ADMINISTRATIVA DO MUNICÍPIO - PROCESSO Nº 082/2012 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 045/2012 - CONTRATO Nº 191/2012
OBJETO : Contratação de empresa detentora da exclusividade da seguinte atração artística: IVETE SANGALO E BANDA, para apresentação da mesma na "Festa de São Miguel, padroeiro do Município do Ipojuca" a realizar-se no período de **20 a 29 de setembro de 2012**. CONTRATADA : CACO DE TELHA PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA , pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 00.829.821/0001-35, sediada à AV. Sete de Setembro, nº 2721 -Barra -Salvador/ BA -CEP Nº 40.130-000. **PREÇO: R$ 500.000,00.**
(D.O.E/PE de 27/09/2012).

PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULO AFONSO/BA - CNPJ 14.217.327/0001-24 - EXTRATO DE CONTRATO CT. n. 0163/12 - Proc. Adm. n. 732/12 – Inexigibilidade de Licitação - Objeto: prestação de serviços artísticos de show musical da cantora Ivete Sangalo, no dia **07 de setembro de 2012**, no Parque de Exposição Djalma Wanderley, à partir das 23:00h, quando da realização do evento Copa Vela 2012 – Contratada: Tempo Promoções Artísticas Ltda – EPP – **Preço global: R$ 480.000,00**- Data: 29/03/12 - (D.O.M 29/03/2012).

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO REAL/RJ - SECRETARIA MUNICIPAL DE GOVERNO - DEPARTAMENTO DE LICITAÇÃO E COMPRAS - EXTRATO DO CONTRATO Nº. 033/2012. 01 – CONTRATANTE: Prefeitura Municipal de Porto Real. 02 – CONTRATADA: CACO DE TELHA PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA. 03 – OBJETO: Apresentação Artística da Cantora IVETE SANGALO E BANDA. 04 – EMBASA/MODALIDADE: Inexigibilidade Art.25, inc III, da Lei 8666/93. 05 – CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO: 02.01.04.122.040.2.014 / 33903905. 06 – **VALOR DO CONTRATO: R$ 462.000,00 (quatrocentos e sessenta e dois mil reais).** 07- PROCESSO ADMINISTRATIVO: 4463/2012. 08 - DATA DA ASSINATURA: 15 de agosto de 2012.
(Edital publicado em jornal de grande circulação - dia 13/09/2012).

EMPRESA DE TURISMO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ANO: 2012 DATA INÍCIO PREVISTO: 06/06/2012 INSTRUMENTO CONTRATUAL: 118 DATA TÉRMINO PREVISTO: 31/07/2012 SITUAÇÃO: ENCERRADO MODALIDADE DA LICITAÇÃO: Inexigibilidade FAVORECIDO: GEGE PRODUCOES ARTISTICAS LTDA EMBASAMENTO LEGAL: ARTIGO 25 INCISO III DA LEI 8666 DE 21/06/93 E SUAS ALTERACOES CNPJ: 27051978000139 - OBJETO: REALIZACAO PELA CONTRATADA DO EVENTO DENMOMINADO "SÃO JOÃO CARIOCA 2012", A SER REALIZADO NA QUINTA DA BOA VISTA, NOS **DIAS 09 E 10 DE JUNHO DE 2012,** COM SHOW DOS ARTISTAS **ZECA PAGODINHO E IVETE SANGALO.**
INFORMAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS / FINANCEIRAS - **VALOR PAGO (R$) 500.000,00** (D.O.M 29/06/2012).

MUNICÍPIO DE ITAPEVA/SP[2]
CONTRATO N.º 058/2012 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NOS ART. 25, INCISO III E ART. 26 DA LEI 8.666/93 - CONTRATO DE EXIBIÇÃO MUSICAL - PROCESSO N.º 2.477/2012 - CONTRATANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEVA - CONTRATADA: CACO DE TELHA PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA - OBJETO: Contratação de apresentação da Cantora Ivete Sangalo e banda no evento denominado FAI – Festa do Aniversário de Itapeva, a ser organizado e explorado pela CONTRATANTE, no dia **23 de setembro de 2012** nesta cidade de Itapeva/SP. VIGÊNCIA: até 24 de se-

[2] Esta contratação foi posteriormente cancelada pela Prefeitura, para que houvesse ajustes no valor da apresentação e também na data para realização do show. (D.O.M. 24/03/2012).

tembro de 2012. **VALOR DE: R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).** DATA DA ASSINATURA: 08 de março de 2012. (D.O.M – 10/03/2012).

Logo, em uma simples análise das contratações acima mencionadas, constata-se que o valor contratado pela Casa Civil é superior aos valores demonstrados em outras contratações, portanto urge que seja **determinado à Casa Civil que se abstenha de efetuar o pagamento da artista Ivete Sangalo, até que se demonstre o cumprimento de todos os requisitos legais (art. 26, III da Lei n° 8.666/93).**

CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE – EXIGÊNCIA LEGAL DE PESQUISA MERCADOLÓGICA – MÍNIMO DE TRÊS PROPOSTAS ORÇAMENTÁRIAS – JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO TCU E DESTA COLENDA CORTE – SÚMULA 222 DO PRETÓRIO DE CONTAS FEDERAL

Como é cediço, por imposição do art. 26[3] da Lei n° 8.666/93, mesmo tomando como exemplo uma situação de total inviabilidade de competição (contratação de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública), **é necessário demonstrar a razoabilidade do preço praticado através de documentos idôneos,** como exemplo, **a juntada de contratos recentemente firmados pela contratada,** possibilitando assim a avaliação pela Administração da compatibilidade da proposta apresentada com os valores de mercado.

Sobre este ponto, a 7ª ICE ressaltou que *"o MP/TCE recorreu a julgados da Corte de Contas da União e deste TCE, que no entendimento desta Inspetoria não guardam relação direta com o feito ora sob análise".*

Todavia, em que pese o argumento da 7ª ICE, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União há muito firmou o posicionamento de que **a realização de pesquisa de mercado é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive nos casos de contratação direta por inexigibilidade, devendo ser apresentado, no mínimo, três orçamentos distintos**, senão vejamos:

---

[3] *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:***

(...)

III - justificativa do preço. (Grifo nosso)

> 6.11. A jurisprudência do TCU, **a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1a Câmara, 1.379/2007-Plenário, 568/2008-1a Câmara, 1.378/2008-1a Câmara, 2.809/2008-2a Câmara, 5.262/2008-1a Câmara, 4.013/2008-1a Câmara, 1.344/2009-2a Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2a Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para <u>todos</u> os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos.** É necessária a apresentação de justificativa adequada sempre que não for possível obter número razoável de cotações.
> [VOTO]
> 8. Em comum nas conclusões da unidade técnica o entendimento de que responsáveis acima nominados não lograram descaracterizar a irregularidade consistente na aquisição de medicamentos, por dispensa de licitação, sem a prévia pesquisa de preços no mercado, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal sobre o tema.
> 9. Com efeito, consoante afirmou a instrução da unidade técnica, **<u>há muito a Corte firmou o posicionamento de que a realização de pesquisa de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive nos casos de aquisição direta (dispensa e inexigibilidade), composta de, no mínimo, três orçamentos distintos, sendo necessária a apresentação de justificativa sempre que não for possível a obtenção do número razoável de cotações</u>**.
> [ACORDÃO]
> 9.6. alertar as prefeituras municipais de Cruzeiro do Sul, Feijó, Jordão, Mâncio Lima, Marechal Thaumaturgo, Porto Walter, Rodrigues Alves e de Tarauacá, todas abrangidas pelo Distrito Sanitário Especial Indígena do Alto Rio Juruá no Estado do Acre, quanto à seguinte impropriedade constatada na aquisição de medicamentos com recursos do Programa de Incentivo de Atenção Básica dos Povos Indígenas nos exercícios de 2007 e 2008 (conforme descrito no item 13 da instrução da Secex/AC):
> 9.6.1. ausência da consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços, nos processos de dispensa de licitação, em dissonância com o disposto nos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 e com a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas. (Grifos nossos).
> AC-1928-09/11-2 - Relator: Ministro JOSÉ JORGE - Sessão: 29/03/11.

Percebe-se do exposto que o Pretório de Contas Federal exige **em todos** (repete-se propositadamente) os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, que seja apresentada pesquisa de preços de mercado com um mínimo de três propostas distintas, logo a inexigibilidade de licitação sob exame não encontra consonância com tal jurisprudência, haja vista que **a pesquisa mercadológica apresentada teve por base tão somente duas propostas distintas**.

Ademais, a 7ª ICE, novamente no Certificado que deu base a decisão vergastada, ressaltou que *"no âmbito doutrinário também não há muito material que possa servir de suporte ao caso ora em debate".* Contudo, em obra bastante conhecida sobre o tema, o ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes[4], ao citar o Procurador Alexandre Moraes Pereira, assim vaticinou:

> Quanto à justificativa de preços, deve a Administração realizar exaustiva pesquisa de preços no mercado, **comparando o cachê cobrado por aquele artista com outras apresentações em condições semelhantes àquelas em que se dará o evento. Tal consulta deverá incluir tanto o preço cobrado em eventos particulares como em eventos custeados por verba pública**. Deverá, ainda, a Administração comparar os preços cobrados com aqueles praticados por artistas de semelhante consagração na crítica especializada e/ou opinião pública. O princípio da economicidade não autoriza a contratação de artistas profissionais a preços exorbitantes, devendo, nesse caso, a Administração buscar a contratação de outra artista que possa atender aos anseios do público, mas que ofereça proposta mais vantajosa. (Grifos nossos).

Logo, diante deste cenário, sendo pacífico o posicionamento do Tribunal de Contas da União pela exigência de ser demonstrada a justificativa de preço, em todos os processos licitatórios (incluindo os casos de inexigibilidade) por, pelo menos, três propostas orçamentárias, **uma inobservância a tal entendimento deixa assente o descumprimento da Súmula n° 222 do TCU** que impõe:

> Súmula nº 222 - As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, é de clara nitidez que a pesquisa mercadológica apresentada pela Casa Civil, por não satisfazer a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, não pode ser utilizada por este TCE, sob pena de inobservância das disposições da sobredita súmula.

Neste ponto, a 7ª ICE ainda consagrou que *"no âmbito do Direito Administrativo, principalmente, alargar o alcance de uma determinação proferida pelas Cortes de Contas em um processo específico, mormente quando não existe uma perfeita semelhança entre dois feitos, aliás nenhuma semelhança, no presente caso, a não ser a espécie genérica - inexigibilidade de licitação -, revela-se temerário, portanto, intentar comparar contratação para aquisição de medicamentos ou para a prestação*

[4] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 636.

de curso, com a contratação de artistas para realização de espetáculos abertos ao público, bancados pelo erário".

Todavia, no entender deste MPC, parece mais temerário deixar de aplicar jurisprudência remansosa do TCU, com o único argumento de que a contratação em tela possui objeto diferente do constante no aresto analisado, mesmo estando bem claro na decisão do TCU que a determinação aplica-se a <u>todas</u> as contratações, seja por licitação ou por contratação direta, independentemente do objeto contratado.

Em face de todo o exposto, mostra-se que a justificativa de preço trazida pela Casa Civil teve por base orçamentos de shows realizados em outro contexto fático e que não atendeu a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, razão pela qual se faz necessário determinar à Casa Civil que apresente novos esclarecimentos, juntamente com a devida documentação (três ou mais orçamentos recentes), que evidenciem que o cachê pago à artista em recentes contratações, tanto na orbe pública, como na privada, se assemelham à proposta apresentada de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

DO REGIME DE URGÊNCIA

Como é cediço os membros do Tribunal de Contas do Estado do Ceará estão em fruição das férias coletivas e somente retornarão no dia 05/02/2012. Em face disso **e diante do iminente pagamento a ser feito à cantora (<u>conforme se percebe do Portal da Transparência e do espelho do Sistema de Acompanhamento de Contratos e Convênios - Doc. 03, em anexo, o cachê da artista ainda não foi repassado à contratada</u>) a falta de decisão imediata do feito pode implicar a perda de utilidade da representação**.

Para casos desta natureza (excepcionais e que demandam urgência), o Regimento Interno desta Colenda Corte de Contas traz, como competência do Presidente do Tribunal, o poder-dever de decidir sobre a matéria, submetendo a decisão ao Plenário na sessão seguinte. Eis o que dispõe o Regimento Interno do TCE/CE sobre a questão:

> Art. 11 – Compete ao Presidente, além do disposto no art. 78 da Lei Orgânica: [...]
> **§1º – Em caráter excepcional, e havendo urgência, o Presidente poderá decidir sobre matéria da competência do Tribunal, submetendo o ato à homologação do Plenário na primeira sessão ordinária que a ele se seguir.**

Desse modo, este Ministério Público de Contas requer, com fulcro no art. 11, §1° do RITCE, que o Presidente desta Corte de Contas reveja a decisão interlocutória impugnada, proferida no Despacho datado de 17.01.2013, da lavra do Conselheiro Pedro Augusto Timbó Camelo, e conceda o pedido anteriormente requestado por este órgão ministerial na petição (Processo nº 00223/2013-3), qual seja, a determinação à Casa Civil que se abstenha de efetuar o pagamento da mencionada artista, até que se demonstre o cumprimento de todos os requisitos legais (art. 26, III da Lei n° 8.666/93).

DO REQUERIMENTO

Destarte, pelas considerações acima expostas, requer este *Parquet* Especial que:

1) seja recebido o presente recurso, pois atendidos os pressupostos de admissibilidade;

2) o Presidente desta Colenda Corte, **com base no art. 11, §1° e art. 107, parágrafo único, ambos do RITCE**, reforme a decisão contida no Despacho datado de 17.01.2013, **para conceder o pedido anteriormente requestado por este órgão ministerial na petição (Processo nº 00223/2013-3), qual seja, a determinação à Casa Civil que se abstenha de efetuar o pagamento da artista Ivete Sangalo, até que se demonstre o cumprimento de todos os requisitos legais (art. 26, III da Lei n° 8.666/93).**

3) seja determinado também à Casa Civil que apresente novos esclarecimentos, juntamente com a devida documentação (três ou mais orçamentos recentes), que evidenciem que o cachê pago à artista em recentes contratações, tanto na orbe pública, como na privada, se assemelham à proposta apresentada de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Nestes termos,
Pede deferimento.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre
PROCURADOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS