



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL
4ª PROCURADORIA DE CONTAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA – CONSELHEIRO INALDO DA PAIXÃO SANTOS ARAÚJO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, instituição permanente e essencial ao controle externo e à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado da Bahia (Constituição Estadual, art. 89 c/c art. 91), neste ato representado pela Procuradora que esta subscreve, vem perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 2º, incisos I e V, da Lei Estadual nº 10.547/06, oferecer

REPRESENTAÇÃO

em face do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 161/16 da **Superintendência de Fomento ao Turismo do Estado da Bahia – BAHIATURSA**, embasado no art. 60, III, da Lei Estadual n. 9.433/05 (Processo n. 3200160008334) e publicado no DOE do dia 26/05/2016, que deu ensejo à contratação da artista plástica **TELMA CRISTINE ABDON CALHEIRA TRINDADE – ME** (Contrato n. 173/2016), para a elaboração de projeto e execução da decoração e cenografia, montagem e desmontagem do Pelourinho para o São João 2016, no montante de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), com arrimo nos fundamentos fáticos e jurídicos adiante articulados:

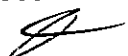
I – DOS FATOS E DO DIREITO

A **Superintendência de Fomento ao Turismo do Estado da Bahia – BAHIATURSA**, representada pelo Sr. Diogo Rodrigues Medrado, com fundamento no art. 60, III, da Lei Estadual n. 9.433/05 (Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 161/2016), realizou a contratação direta da artista plástica TELMA CRISTINE ABDON CALHEIRA TRINDADE – ME, para a elaboração de projeto e execução da decoração e cenografia, montagem e desmontagem do Pelourinho para o São João 2016, no montante de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) (Contrato n. 173/2016, publicado no DOE do dia 26/05/2016), **sem que fossem observados os requisitos constitucionais e legais para a contratação por inexigibilidade de licitação e contrariando orientação expressa da Procuradoria-Geral do Estado que manifestou-se “pela impossibilidade da contratação”, nos termos do Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016.**

Destaque-se que o Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016, da Procuradoria-Geral do Estado - PGE, embasou-se nas **orientações do Grupo de Trabalho instituído pela Ordem de Serviço PA-035/2015, consubstanciadas no Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015** da PGE, que, ao reconhecer a finalidade institucional da BAHIATURSA para *“gerenciar e executar a Política de Fomento e Desenvolvimento do Turismo, bem como a promoção de eventos turísticos, no âmbito estadual”*, concluiu que **a seleção de projetos voltados para a decoração de eventos temáticos realizar-se-á, como regra, por meio de concurso ou de credenciamento dos interessados, como forma de garantir a democratização no processo de escolha, em observância aos princípios da isonomia, transparência, publicidade, impessoalidade e moralidade que regem a Administração Pública Estadual.**

No Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015, emitido em 23/12/2015, isto é, com antecedência de aproximadamente quatro meses da autorização para a contratação em comento, em 28/24/2016 (fls. 117), ficou registrado, ainda, o dever da Bahiatura de observar i) o necessário planejamento antecipado dos eventos a serem apoiados ou fomentados; ii) a necessidade de instituir, como regra, um procedimento de seleção prévio para a contratação de projetos (concurso ou credenciamento), pautado nos princípios da isonomia, transparência, publicidade, impessoalidade e nos demais que regem a Administração Pública Estadual; iii) pela excepcionalidade da contratação direta por inexigibilidade, que deve ocorrer apenas quando houver inviabilidade de competição, desde que devidamente comprovada a singularidade da expressão artística, impossível de ser submetida a julgamento objetivo; e iv) pela necessidade de apresentar justificativa de preço quando da realização da contratação direta.

Assim, restou evidenciado que, antes da celebração do Contrato n. 173/2016, a Procuradoria-Geral do Estado já havia exaustivamente recomendado à Bahiatura que as ações



de fomento direcionadas a realização de eventos, apresentações artísticas ou qualquer outra manifestação necessária ao fomento ao turismo observassem, como regra, a democratização do processo de escolha dos projetos, a fim de ampliar-se o espectro de participação da diversidade de expressão artística, tendo sido indicada a modalidade licitatória do Concurso como a mais adequada, em consonância com o preconizado no art. 50, § 5º, da Lei n. 9.433/2005.

Convém esclarecer que a hipótese prevista no art. 60, III, da Lei n. 9.433/2005 deve ser a adotada pela Administração quando apenas um determinado artista, consagrado pela crítica, atender ao interesse público, devendo tal circunstância estar devidamente justificada e comprovada por meio da documentação correlata.

Na situação relacionada à contratação direta, por inexigibilidade, da artista plástica TELMA CRISTINE ABDON CALHEIRA TRINDADE – ME, para a elaboração de projeto e execução da decoração e cenografia, montagem e desmontagem do Pelourinho para o São João 2016, entretanto, não se vislumbrou a singularidade da expressão artística da contratada que indicasse que somente ela, pessoalmente, possuía condições de satisfazer as expectativas administrativas, uma vez que o objeto contratado é passível de análise e julgamento objetivos, havendo, portanto, viabilidade de competição, por não se tratar de um serviço de natureza personalíssima.

Quanto à exigência da natureza personalíssima da obrigação objeto de contrato de inexigibilidade de artista, esclarece o professor Jacoby Fernandes:

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 úteis as disposições do Código Civil Brasileiro que estabelecem que o contratante não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente.

Aliás, seria absolutamente irregular o fato da subcontratação, pois se a obrigação não fosse *intuitu personae*, haveria a viabilidade da competição e a licitação seria exigível.

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

Outro dispositivo que pode ser aplicado, por analogia, é o que dispõe que, em se tratando de obrigação personalíssima, se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá



este pelas perdas e danos. Do mesmo modo, incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

(*Contratação Direta de Artistas*, O Pregoeiro, julho 2010, fls. 13/17).


Neste passo, verifica-se que o serviço contratado não se constitui em obrigação personalíssima, haja vista que a prestação de serviços de decoração e cenografia, montagem e desmontagem do Pelourinho para o São João 2016 não requer necessariamente a realização exclusiva e pessoal pela artista TELMA CRISTINE ABDON CALHEIRA TRINDADE – ME, considerando que, em caso de impedimento da referida profissional, certamente a Bahiaturisa conseguiria obter a prestação do serviço por meio de outro fornecedor.

Importante mencionar que o Procurador-Geral do Estado, no despacho de fls. 253/256 (em anexo), corroborou os termos do Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016, tendo consignado que ele “recepiona as diretrizes consagradas no âmbito da Procuradoria Administrativa” e que “*não há o que refutar sob o ponto de vista de juridicidade*”, tendo considerado que “**a recomendação para situações que tais, foi conferida em dezembro de 2015, tempo mais do que suficiente para a realização do Concurso**” e que “**lamentavelmente, não houve aparente disposição da Bahiaturisa de seguir as orientações da PGE neste particular, ensejando a negativa ora confrontada pelo órgão consulente**” (grifei). Por fim, no entanto, concluiu pela viabilidade da contratação direta, em razão da “*ausência de tempo hábil para a realização do procedimento*”, por entender que a falta da decoração para os festejos juninos provocaria prejuízos maiores do que a não realização do devido procedimento licitatório.

É cediço que os festejos juninos realizam-se, anualmente, sempre no mês de Junho de cada exercício, circunstância que afasta a alegada ausência de tempo hábil para a realização do procedimento. O que houve, em verdade, foi falha de planejamento adequado da Bahiaturisa e desrespeito às balizas legais para a contratação por inexigibilidade de licitação, em afronta direta à orientação expressa da Procuradoria-Geral do Estado “*pela impossibilidade da contratação*”, registrada no Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016.

Ademais, na contratação em comento não restou caracterizada a necessária imprevisibilidade ou situação emergencial que respaldassem a contratação direta motivada pelo curto intervalo de tempo entre o início das providências para a contratação e a realização do evento.

Importante asseverar que a utilização de recursos públicos pela Administração Indireta do Estado deve estar adstrita aos princípios administrativos da prevalência do interesse público,



da moralidade e da razoabilidade administrativa, cuja inobservância acarreta a irregularidade da despesa.

Neste aspecto, não é admissível que a Administração tire proveito da própria falha de planejamento e inércia, alegando, *a posteriori*, falta de tempo hábil para a realização da modalidade adequada de licitação, *in casu*, o Concurso, procedimento a ser adotado pela Bahiaturisa em conformidade com orientação prévia da PGE, consubstanciada em estudo realizado por Grupo de Trabalho no Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015. Trata-se de verdadeira necessidade fabricada pela ação dolosa ou culposa do agente público responsável decorrente de desídia administrativa. Registre-se, neste particular, que a contratação direta fundada na "*falta de tempo hábil*" (justificativa utilizada pela Bahiaturisa à fl. 242) pressupõe que a situação de urgência ou de emergência tivesse sido imprevisível, inesperada, noção que, a toda evidência, não se ajusta ao caso em análise, haja vista que o curto interregno temporal até a realização do evento foi provocado pela atuação desidiosa da própria entidade contratante.


Esclareça-se que a contratação direta em exame foi embasada no art. 60, III, da Lei Estadual n. 9.433/05 (inexigibilidade de licitação), por inviabilidade de competição, e não, em dispensa emergencial de licitação decorrente da imprevisibilidade de suposta situação emergencial. A Bahiaturisa, no entanto, ao amparar-se no argumento da ausência de tempo hábil para afastar o devido procedimento licitatório, invocou uma inadequada situação de emergência, caracterizada pelo Tribunal de Contas da União - TCU como emergência fabricada (Acórdão 1138/2011), autorizadora da dispensa emergencial como forma de evitar prejuízos à sociedade derivados da inércia do gestor. Em tais situações, remanesce a necessidade da coibição da postura omissiva, punindo-se o administrador que, pela sua negligência, deu causa à dispensa emergencial. De acordo com Marçal Justen Filho:

Isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses curados pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada "emergência fabricada", em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível.

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.)

Leciona Lucas Rocha Furtado:

"É preciso que essa situação de urgência ou de emergência seja imprevisível.



Seria absolutamente descabido que o administrador, sabendo que determinada situação iria ocorrer, e que sua ocorrência obrigaria a celebração do devido contrato, não adotasse as medidas necessárias à realização do procedimento licitatório. Jamais a inércia do administrador poderá justificar a adoção de contratos emergenciais, conforme já observamos."

(FURTADO, LUCAS ROCHA. Curso de Direito Administrativo. Fórum, 2012.)

A Orientação Normativa n. 11 da Advocacia-Geral da União uniformizou, em 2009, o entendimento no âmbito dos órgãos públicos federais:

A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

Ressalte-se que, ainda que fosse admissível a contratação por meio do procedimento de inexigibilidade, seria imprescindível a realização de cotação de preços com o fito de apurar o valor de mercado do serviço a ser contratado e, em caso de inviabilidade da obtenção de três cotações, ter-se-ia que apresentar a necessária justificativa, o que não ocorreu no caso em comento.

No caso *sub examine*, a Bahiatursa apenas verificou a compatibilidade da proposta de preço oferecida pela contratada (fl.89) com o valor de contratos pretéritos celebrados com a mesma artista. A prática, no entanto, não pode ser considerada como pesquisa de preços, porquanto esta exige a comparação de preços oferecidos por fornecedores distintos. Neste sentido, quanto à imprescindibilidade da cotação de preços mesmo em contratações diretas, posiciona-se o Tribunal de Contas da União - TCU:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE MICROCOMPUTADORES DA EMPRESA COBRA PELO BANCO DO BRASIL MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO. DETERMINAÇÕES. REALIZAÇÃO DE PESQUISA PRÉVIA DE PREÇOS. VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE PARCELAMENTO QUANDO VIÁVEL. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL

9.3.1.2. o preço a ser pago deve ser compatível com aquele praticado no mercado, situação essa a ser comprovada pelo Banco do Brasil S/A mediante a juntada da documentação pertinente nos respectivos processos de dispensa, incluindo, no mínimo, três cotações de preços de empresas do ramo, pesquisa de preços praticados no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública ou

justificativa circunstanciada caso não seja viável obter esse número de cotações, bem como fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado;

(...)

9.3.2. quando da contratação direta de bens e serviços e da estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, observe o disposto nos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, realizando pesquisa de preços e elaborando orçamento detalhado em planilhas para os bens/serviços a serem adquiridos, contendo o mínimo de três cotações de fornecedores distintos ou justificativa circunstanciada caso não seja possível obter esse número de cotações, bem como fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado;

(Acórdão n. 522/2014, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DJ 12/03/2014)

11. Deflui da jurisprudência assente nesta Corte de Contas, a exemplo dos acórdãos da 2ª Câmara 3.349, 5.323, 8.197, 9.139 e 9.916, todos de 2011, que o montante fixado no plano de trabalho aprovado pelo órgão concedente serve apenas para definição de valor a ser repassado ao futuro conveniente, não se prestando a substituir a devida pesquisa de preço prevista na lei de licitações.

12. Assim, não há como acatar o argumento de que o superfaturamento apontado nestes autos estaria afastado pela similitude do valor adquirido com o respectivo plano de trabalho do convênio.

13. Diferentemente do alegado pelo recorrente, a consulta dos preços correntes no mercado, quer nas hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, é imposição legal constante dos arts. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

14. A prévia pesquisa de preços de mercado confere à administração contratante parâmetros objetivos para avaliar a adequabilidade do preço ofertado na licitação, daí sua importância, tanto maior quanto menor for a competição proporcionada pela modalidade de licitação escolhida. (Grifou-se)

(Acórdão n. 1.422/2014, Segunda Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, DJ 08/04/2014)

Os dispositivos mencionados no excerto acima transcrito encontram previsão equivalente na Lei baiana de Licitações, em seus art. 65, § 3º, VIII, e art. 78.

Outrossim, a única maneira de obter o valor fidedigno de referência praticado no

mercado é a realização de adequada cotação de preços, sempre com o intuito de evitar quaisquer prejuízos ao erário decorrentes de superfaturamento, conforme preleciona o Tribunal de Contas da União – TCU:

Este número de "três pesquisas", embora não assegure uma amostragem não viesada, é considerado um mínimo de informação da qual o gestor deve dispor para que sua decisão não seja considerada completamente sem fundamento, baseada apenas em opiniões pessoais, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico.

(Acórdão n. 1.422/2014, Segunda Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, DJ 08/04/2014)

Conclui-se, portanto, que a definição do valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), como preço a ser pago pela Administração no Contrato em análise, não respeitou os requisitos mínimos indispensáveis a uma pesquisa de preços legitimamente aceitável, por não restar devidamente respaldada em documentação idônea.

Destarte, constata-se que a realização da despesa decorrente da contratação por Inexigibilidade de Licitação n. 161/2016 (Contrato n. 173/2016) viola os princípios da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da transparência, da economicidade, do julgamento objetivo e da razoabilidade, em razão da não adoção da modalidade licitatória legalmente prevista para o objeto em questão, qual seja, o Concurso, de acordo com a previsão do art. 50, § 5º, da Lei n. 9.433/2005, contrariando orientação da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, expressa no Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016, devidamente embasado nas orientações do Grupo de Trabalho instituído pela Ordem de Serviço PA-035/2015, consubstanciadas no Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015, emitido em 23/12/2015, aproximadamente quatro meses antes da autorização para a contratação em comento, em 28/04/2016.

Por fim, viola os princípios da moralidade, da impessoalidade, da boa administração e da economicidade a alegada existência de suposta situação emergencial pela Bahiaturisa, a *posteriori*, apenas para justificar a não realização do procedimento licitatório adequado, que, em verdade, ocorreu por falha de planejamento ordinário da Entidade, que também deixou de justificar adequadamente o preço pago pela prestação do serviço, não respaldado em efetiva pesquisa de preços.

Diante do exposto, requer a atuação deste Tribunal de Contas, a fim de que sejam apurados os fatos ora articulados, responsabilizando-se, por conseguinte, o gestor que autorizou a despesa decorrente do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 161/2016 que deu origem ao Contrato n. 173/2016, inobservando princípios esculpido no art. 37 e 70 da Constituição



Federal, bem como o dever de democratização das contratações, o qual foi sinalizado previamente em orientações da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, expressas no Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016 e no Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015.

II. DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, e considerando o lastro probatório carreado aos autos, requer o Ministério Público de Contas:

- a) que o Diretor Superintendente da **Superintendência de Fomento ao Turismo do Estado da Bahia - BAHIA TURSA**, no exercício de 2016, **Sr. Diogo Rodrigues Medrado**, seja notificado para, querendo, manifestar-se a respeito do conteúdo da presente Representação;
- b) que os autos desta Representação sejam encaminhados à Unidade Técnica deste E. Tribunal de Contas para que seja realizada a devida instrução do feito;
- c) que, **ao final do processo**, esta Colenda Corte **determine**:
 - c.1) que as futuras contratações de serviços e projetos artísticos de decoração para datas festivas (eventos temáticos) da Bahiatursa sejam realizadas mediante a modalidade licitatória do Concurso, em consonância com o art. 50, § 5º, da Lei n. 9.433/2005, e com o disposto no Parecer PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015 da Procuradoria-Geral do Estado, em face da necessidade de democratização dessas contratações, garantindo-se a ampliação do espectro de participação da diversidade de expressão artística, que se constitui em atribuição da própria Bahiatursa, e com deflagração do certame em tempo hábil tendo em vista o conhecimento prévio das datas dos eventos desta natureza, em observância ao dever de planejamento, consectário do princípio da boa administração;
 - c.2) que se proceda à responsabilização do **Sr. Diogo Rodrigues Medrado**, por haver autorizado e assinado o Contrato n. 173/2016, decorrente do Procedimento de Inexigibilidade n. 161/2016, em violação ao interesse público e aos princípios da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, do julgamento objetivo, da publicidade,



da transparência, da economicidade e da razoabilidade (art. 37 e 70 da Constituição Federal), e em desrespeito à orientação expressa da Procuradoria-Geral do Estado que manifestou-se "*pela impossibilidade da contratação*", nos termos do Parecer n. PA-NLC-CGM-332-2016, que baseou-se nas orientações de Grupo de Trabalho consubstanciadas no Parecer n. PA-NLC-ACN-MPC-PBC-815-2015, emitido quatro meses antes da autorização para a contratação, **com o devido ressarcimento do dano ao erário.**

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Salvador, 23 de novembro de 2016.

Erika de C. Almeida
ERIKA DE OLIVEIRA ALMEIDA

Procuradora do Ministério Público de Contas

