

PROCESSO ADM. N. 2024/15-ADM

ORIGEM: SECRETARIA MUN. DE ADM. PLAN. GESTÃO E ORÇAMENTO.

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE SHOWS ARTÍSTICOS.



Parecer - Assessoria Jurídica.

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA. SHOW ARTISTICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA. LEI. 14.133/202193, ART. 74, II. 1. É princípio constitucional a obrigatoriedade de contratação pela Administração pública mediante Licitação. 2. A contratação de bandas voltada para shows artísticos em evento se enquadra como objeto previsto no art. 74, III da Lei 14.133/2021. 3. Parecer pela possibilidade jurídica de contratação mediante processo de inexigibilidade, com a ressalva de que deve ser observado o procedimento contido no artigo 72 e seguintes do estatuto das licitações em especial demonstrando as razões de escolha dos executantes, bem como a justificativa do preço, sua compatibilidade com o praticado no mercado e o pagamento antecipado como condição indispensável para a contratação.”

I – RELATÓRIO

A SECRETARIA MUN. DE ADM. PLAN. GESTÃO E ORÇAMENTO, com supedâneo na Lei Federal 14.133/2021, envia os autos a esta Assessoria, para análise e emissão de parecer sobre os aspectos legais do procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação a ser aplicado ao caso.

Os presentes autos versam sobre a contratação, mediante processo de inexigibilidade, Contratação das bandas para realização de shows artísticos na programação do carnaval do município de Aliança do Tocantins, que será realizado entres os dias 10 e 13 de fevereiro de 2024 através da emenda parlamentar (010404.00090/2024), com concentração na Avenida Bernardo Sayao com início previsto às 20:00 horas, na Praça Central.

É o relato, passo a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A licitação é a regra geral para a contratação de obras, compras, alienações e serviços perante a Administração Pública. O objetivo da licitação é assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes (Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso XXI).

Neste sentido, a Lei das Licitações ratifica as exigências do citado inciso constitucional ao estabelecer em seu artigo 2º:



“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Entretanto, em alguns casos, a competição entre os fornecedores é inviável por não haver possibilidade de seleção objetiva entre as diversas alternativas existentes, ou por não haver no mercado outras opções de escolha. Nestes casos especiais, a licitação é inexigível.

Nestes casos, resta IMPRENCINDIVEL, para a regularidade dessa modalidade de contratação o cumprimento de 03 (três) requisitos, além da inviabilidade de competição, vejamos:

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

Tais requisitos encontra respaldo legal na Lei Federal 14.133/20213 (Licitações e Contratos) que aduz ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (artigo 74, inciso II).

Vejamos o disposto no art. 74, inciso II da Lei nº 14.133/2021:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

II - Contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Sobre o tema, posiciona-se Hely Lopes Meirelles, em sua obra, LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, 11ª EDIÇÃO, Malheiros Editores, pg. 99:

“A nova lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhos artísticos aos serviços técnicos profissionais especializados (cf. cap. II, item III, in fine) prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.” (grifamos)

Como visto, diante das opções legalmente possíveis, a autoridade administrativa pode optar legitimamente pela realização de uma contratação DIRETA mediante inexigibilidade licitatória, ou contratá-los através de EMPRESÁRIO EXCLUSIVO DAS BANDAS.

Repise-se que o permissivo legal atende somente a contratação do profissional artista, exclui-se a possibilidade da contratação direta de artistas amadores, só os profissionais definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade podem ser contratados com fulcro neste dispositivo.

Portanto a contratação direta é para o artista profissional. No caso do empresário, sua intermediação é aceita, desde que seja comprovado se tratar do empresário exclusivo do artista a ser contratado.

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

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

Observa-se, portanto, que é IMPRENSCINDIVEL que a empresa interessada em prestar os serviços em questão, deva apresentar “carta de exclusividade” comprovando que empresária exclusivamente a banda.

É importante frisar novamente a diferença entre o EMPRESÁRIO EXCLUSIVO, do MERO INTERMEDIÁRIO, que é aquele que agencia eventos em datas específicas.

Para configurar a hipóteses de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente.

Para tanto é importante citar as lições de Ércio de Arruda Lins que, em seu artigo “Inexigibilidade de Licitação”, adverte:

“Veja que o termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Aquele gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O último, intermédia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera.”

Marçal Justem Filho, em sua festejada obra “Comentários á Lei de Licitação e Contratos Administrativos” exemplifica que:

A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humana, nessa medida. É impossível verificar-se identidade de atuações. (...)

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

à Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Marçal Justen Filho – 13ª ed. – São Paulo: Dialética, 2009, p 366).

Vejamus decisão do TCE/MG sobre o assunto, na qual a Corte de Contas acabou por adotar o mesmo pensamento quando apreciou a Denúncia nº 749058, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, em sessão do dia 09/10/08:

“Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. Distinção entre empresário e intermediário. “(...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, III da Lei de Licitações. (...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas apazadas, específicas, eventuais. (...)”. (Denúncia n.º 749058. Sessão do dia 09/10/2008) <http://www.tce.mg.gov.br>)

No mesmo processo se manifestou o Douto Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais da seguinte maneira:

“A interpretação do dispositivo legal não deixa margem para dúvida: a contratação de profissional ou qualquer setor deve ser feita diretamente ou através de empresário exclusivo. (...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas apazadas, específicas, eventuais.”

Também nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, na apreciação do Termo de Ocorrência nº 93.016/09, de relatoria do conselheiro José Alfredo Rocha Dias:

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

Outro não é o entendimento esposado em caso semelhante pela Conselheira Doris Coutinho do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Tocantins:

“(....) a empresa contratada pelo responsável funcionou na presente contratação direta como intermediária, já que como resta provado nos autos a 'exclusividade' declarada nos documentos se deu somente nos dias definidos para apresentação no carnaval de Palmas o que não certeza não reflete a vontade do legislador quando exigiu na norma a exclusividade para fundamentar a inexigibilidade”.

Ressalta-se ainda que o processo de inexigibilidade deve ser instruído com a razão da escolha do artista e com a justificativa do preço do cachê, de modo a atender ao princípio da transparência e para que se evitem distorções (artigo 26, incisos II e III).

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para eventos do mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas (Tribunal de Contas da União – Acórdão 819/2005 – Plenário).

O histórico das apresentações do artista, levando-se em conta o porte do evento, e para quem prestou seus serviços, se para iniciativa privada ou pública, é elemento balizador para justificação de preço. De posse dessa informação, deve a Administração Pública proceder à comparação com o valor a ser contratado. Esse entendimento foi expedido pela Advocacia Geral da União – AGU, na Orientação Normativa 17/2009.

No caso, tal requisito é atendido pela declaração apresentada pela secretaria contratante.

Em relação ao pagamento antecipado, tal possibilidade restou regulamentada com o advento da Lei 14.133/2021, desde que propicie à Administração Pública sensível economia de recursos ou represente condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta (art. 25 e art. 92, inc. VI, Lei 14.133/2021).

O inciso I do art. 50 da Lei nº 9.784/99 exige que todos os atos administrativos que afetem direitos ou interesses sejam motivados.

Nos casos de excepcionalidade, o órgão público deverá justificar sua decisão, prevendo tal hipótese no caso, no instrumento de convocação para contratação direta ou no edital de licitação, (Acórdão 276/02 – 1ª Câmara; Acórdão 3614/2013 – Plenário, acórdão 1565/15 – Plenário).

Quanto à legalidade da minuta contratual, vejamos o que diz o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 29ª edição atualizada, p. 28, Malheiros Editores, São Paulo.

“O conteúdo do contrato é a vontade das partes expressos no momento de sua formalização. Daí a necessidade de cláusulas que fixem com fidelidade o objeto do ajuste e definam com precisão os direitos, obrigações, encargos e responsabilidades dos contratantes, em conformidade com o edital e a proposta vencedora.”



III – CONCLUSÃO.

AO TEOR DO EXPOSTO e pelo que dos autos costa, a **Assessoria Jurídica especializada manifesta-se pela possibilidade jurídica da contratação mediante procedimento de inexigibilidade, nos termos do art. 74, II da Lei 14.133/2021, ressaltando que a inexigibilidade não resulta em ausência de procedimento para contratação, persistindo a necessidade de observar as formalidades prévias como demonstração de necessidade e conveniência da contratação, a compatibilidade do valor contratado em relação ao mercado; as razões da escolha; a disponibilidade de recurso, bem como a justificativa para a antecipação do pagamento.**

É o parecer, salvo melhor juízo;

Aliança do Tocantins, aos 07 dias do Mês de fevereiro de 2024.


ROGÉRIO BEZERRA LOPES
OAB/TO 4193-B