

PARECER JURÍDICO

SOLICITANTE: COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE TARRAFAS-
CEARÁ.



EMENTA: PROCESSO DE
INEXIGIBILIDADE - ART.74, INCISO
II C/C ART.72 DA LEI 14.133/2021 -
CONTRATAÇÃO DA ATRAÇÃO ARTÍSTICA,
TIPO BANDA DE FORRÓ, DENOMINADA
"ARTHUR PALÁCIO", PARA
APRESENTAÇÃO DE SHOW COM DURAÇÃO
DE APROXIMADAMENTE 02 (DUAS)
HORAS, DURANTE OS FESTEJOS EM
COMEMORAÇÃO DO EVENTO À "9ª (NONA)
SEMANA DA JUVENTUDE DE TARRAFAS",
QUE DEVERÁ ACONTECER ENTRE OS DIAS
08 E 15 DE AGOSTO DE 2024 -
REQUISITOS PREENCHIDOS -
POSSIBILIDADE.

Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Comissão de Licitação do Município de Tarrafas sobre a possibilidade de abertura de Processo Administrativo de Inexigibilidade de Licitação, que tem como objeto a Contratação da Atracção artística, tipo Banda de Forró, denominada "ARTHUR PALÁCIO", para apresentação de Show com duração de aproximadamente 02 (duas) horas, durante os festejos em comemoração do evento à "9ª (nona) Semana da Juventude de Tarrafas", que deverá acontecer entre os dias 08 e 15 de agosto de 2024

É o sucinto relatório.

Fundamentação

Antes de iniciar o questionamento sobre a questão principal, é pertinente enfatizar que a licitação é, em regra o procedimento obrigatório para a alienação de bens de interesse dos órgãos administrativos, pode vir a não ser uma obrigação em casos específicos, como informado em lei.

De acordo com a nova lei de licitações, Lei Nº 14.133/21 em seu art.74, do qual se trata de inexigibilidade de licitação, contudo, decorre quando inviável a competição, o que em tese, seria uma violação ao art. 37, XXI, que tem em sua

íntegra a garantia da igualdade de condições a todos os concorrentes.

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

A garantia de uma competição equitativa também está prevista na nova Lei de Licitações, bem como o tratamento imparcial dos licitantes participantes:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

O presente caso, ao nosso sentir, trata-se de um nítido caso de INEXIGIBILIDADE de licitação prevista no art. 74, inciso II, senão vejamos:

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

I - ...

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

A inviabilidade de competição, prevista no caput, do art.25, configura-se não apenas quando a ausência de pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de escolha entre diversas opções, mas, também, quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal.

A inviabilidade de competição, descrita no dispositivo legal, também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas e o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida. Ou ainda quando a realização da

licitação inviabilizar a contratação de um entre diversos sujeitos aptos a executar satisfatoriamente o contrato visado pela administração.

Pois bem, especificamente no caso do dispositivo citado (art.74, II da Lei 14.133/21), pode-se depreender a existência de três pressupostos legais para a regularidade da inexigibilidade de licitação no caso da contratação de artistas, a saber:

- 1) Que o serviço seja de um artista profissional;
- 2) Que a contratação seja realizada diretamente ou mediante empresário exclusivo;
- 3) Que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A primeira questão a ser investigada é se o artista a ser contratado é profissional, excluindo-se a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Somente os profissionais, estabelecidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com base em tal previsão legal.

Para a definição de artista, bem como o requisito necessário para a demonstração de seu profissionalismo, valemo-nos da lição do ilustre mestre Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra "Contratação Direta sem Licitação", Ed. Fórum, 6ª ed, pp. 726 (grifos nossos):

"Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública".

Do mesmo diapasão também é o entendimento do conceituado doutrinador Marçal Justen Filho, *in verbis*:

"A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humana. Assim, quando a necessidade municipal relacionar-se aos préstimos de um artista não haverá critério objetivo de julgamento, restarando inviável a seleção por procedimento licitatório. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2006, p. 287).

Ademais, vale dizer que a contratação de um artista constitui obrigação de fazer, *intuitu personae*, ou seja, somente pode ser executada pelo próprio contratado. Sendo assim, a subcontratação será irregular, exceto aquela parcial, notadamente acessória, como, por exemplo, o instrumentista que acompanha determinado cantor.

A segunda questão diz respeito à contratação direta do artista ou por meio de empresário exclusivo. Como se vê, a contratação direta somente poderá ser realizada pela Administração Pública com o próprio artista ou através de empresário que detenha contrato de exclusividade para todo e qualquer evento por ele produzido.

Não se deve confundir a contratação direta por meio de empresário exclusivo com aquela intermediada por empresas de produção de eventos de profissionais do setor artístico, que possui regime jurídico próprio, proveniente da peculiaridade das negociações estabelecidas entre as partes.

Outros desvirtuamentos são apontados pelo Tribunal de Contas da União - TCU, tais como a exclusividade da representação por empresário atrelado a determinada data do evento; a não observância do contrato de exclusividade em virtude de alegação sigilo contratual; a assinatura do contrato na véspera do evento, demonstrando que houve algum tipo de direcionamento.

Neste sentido, destacamos abaixo alguns trechos de Acórdãos do TCU sobre determinações e irregularidades constatadas na contratação direta de artistas:

Acórdão 170 nº 88.0008 - Plenário

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

9.5.1. quando da contratação de artistas contratados, 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 depende da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à

contratação dos artistas e que é restrita à
localidade do evento;

O art. 25, inciso III, do art. 25, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa, estabelece a obrigatoriedade de publicação no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa, sob pena de nulidade:

De acordo com a linha tratada alhures em recente decisão se posiciona o TCU, *in litteris*:

Para a contratação direta de profissional do setor artístico (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93) por meio de intermediário, exige-se a apresentação suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à localidade do evento.

Caso de Contas Especial instaurada pelo Ministério do Turismo apurara irregularidades na contratação de contas de convênio que tinha por objeto a contratação de shows artísticos para o Festival Cultural Arraiá de Uru/SP. Entre as irregularidades apontadas, destacaram-se a ausência de cópias dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tendo em vista que foi utilizada a modalidade de licitação prevista no art. 15, inciso III, da Lei 8.666/93. Ao analisar o caso, o relator registrou que, “conforme a Lei de Licitações, a contratação direta de profissional do setor artístico só é admissível se houver, no caso concreto, comprovação da exclusividade entre a [empresa] e as atrações artísticas. O responsável trouxe aos autos cópias de qual o representante legal da empresa conferiu à mencionada sociedade exclusividade apenas para o dia do evento (13/1/2015) e para o município de Arraiá. Explorou o relator que “essa exigência, exclusiva para o dia e para a localidade do evento, não tem sido aceita por este TCU em casos, a exemplo do contido nos processos 5.720/2011-Plenário - anterior ao julgamento do caso em tela - e 5.769/2015-Primeira Geral de Acórdão, haveria um desvirtuamento da finalidade previsto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Por fim, destacou que o julgamento do 5.769/2015-Plenário, dirigido ao Ministério do Turismo, “foi expresso ao estabelecer que o contrato de exclusividade

deve ser a modalidade que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à duração do contrato dos artistas e que é restrita à qualificação do concurso". Consignou o relator que as alegadas outras irregularidades seriam sanáveis, fixando a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, alinhado com o parecer do relator, decidiu julgar irregulares as alegadas irregularidades e condená-lo ao pagamento do dano apurado, aplicando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.666/93. (Acórdão 7770/2015-Primeira Câmara, de 07/07/2014-P, relator Ministro Benjamin Gil, p. 12/2015).

Assim, o concurso pressuposto diz respeito à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para a consecução desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, apontando as razões do seu comportamento nos autos do processo.

Adicionalmente, é preciso distinguir a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública da qualificação do profissional. Assim, não será suficiente a comprovação de que o artista se qualificou através de cursos realizados ou a simples comprovação de experiência profissional.

Adicionalmente, vale destacar a distinção entre as hipóteses de contratação interna de artistas e aquelas realizadas mediante processo de licitação das salas do Professor Marçal Justen Filho, na área coberta pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª edição, Ed. Dialética, pp. 379-380:

O processo de contratação consiste em uma emanção da vontade, personalidade e da criatividade do artista e é impossível verificar objetivamente as condições. Isso não impede, contudo, a eventual comparação entre as propostas e artísticas. O concurso consiste, portanto, em competição entre artistas para demonstrar o melhor desempenho. Quando houver dúvida sobre a qualidade da melhor performance em qualquer das artes, a Administração poderá declarar a nulidade do concurso realizado de acordo com o art. 8.666/93. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para ser executada em instituições públicas poderá ser realizada através de um concurso com regras próprias para a escolha da obra.

BRASIL
REPÚBLICA DE
PENETRA LIMA

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

CONCLUSÃO

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

...então, a Administração, quando à Administração apresentar a justificativa da contratação praticada pelo artista a ser contratado, o que se faz necessário, em geral, através da demonstração de pagamento do preço contratado por ele a terceiros no mercado.

Dr. FLÁVIO HENRIQUE LUIZ PEREIRA LIMA
OAB-CE nº 31.252



[Handwritten signature]
Dr. FLÁVIO HENRIQUE LUIZ PEREIRA LIMA
OAB-CE nº 31.252

FLÁVIO HENRIQUE LUIZ PEREIRA LIMA
OAB-CE nº 31.252

MATHEUS NOGUEIRA PEREIRA LIMA
OAB - CE 31.251