

PARECER JURÍDICO

Processo nº 2022.07.07.001F

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



**EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO -
ART.25, III - REQUISITOS: QUE O SERVIÇO
SEJA DE UM ARTISTA PROFISSIONAL; QUE A
CONTRATAÇÃO SEJA REALIZADA DIRETAMENTE OU
MEDIANTE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO; QUE O
ARTISTA SEJA CONSAGRADO PELA CRÍTICA
ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA -
APRESENTAR A JUSTIFICATIVA DO PREÇO
PRATICADO PELO ARTISTA A SER CONTRATADO -
ATRAVÉS DA DEMONSTRAÇÃO DE PARÂMETRO DO
PREÇO PRATICADO POR ELE A TERCEIROS NO
MERCADO - ABERTURA DE PROCESSO
ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE.**

Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Comissão de Licitação do Município de Tarrafás sobre a possibilidade de abertura de Processo Administrativo de Inexigibilidade de Licitação, que tem como objeto a Contratação da atração artística "BANDA JOHN JOHN" para apresentação de Show de aproximadamente 02 (duas) horas que acontecerá no dia 12 de agosto de 2022, durante os festejos em comemoração do evento "7ª (sétima) semana da Juventude de Tarrafás", a ser realizada no período de 08 a 15 de agosto de 2022.

É o sucinto relatório.

Fundamentação

Antes de imiscuir nas indagações feitas pelo Órgão Municipal, é de primordial importância analisar a regra constitucional que define a obrigatoriedade de fazer-se o procedimento licitatório, e que visa exatamente concretizar os princípios da impessoalidade, isonomia e supremacia do interesse público:

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

Pois bem, através de uma análise perfunctória, percebe-se que a regra é que à administração pública realize licitação para aquisição de mercadorias ou serviços.

Ocorre que a própria norma constitucional traz a possibilidade de não realizar tal procedimento, porém, deixa à luz do legislador infraconstitucional à incumbência de determinar e delimitar os respectivos casos.

As hipóteses estão previstas na Lei 8.666/93, que regulamenta o processo licitatório, mais precisamente em seus arts. 24 e 25, os quais tratam de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O presente caso, ao nosso sentir, trata-se de um nítido caso de INEXIGIBILIDADE de licitação prevista no art.25, inciso III, senão vejamos:

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.

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.25, III da Lei 8.666/93), 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".

No 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, restando 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.

Neste último caso, deve-se observar a regra geral da licitação aplicável para a prestação de serviços em geral para a Administração Pública, conforme prevê o art. 2º da Lei nº 8.666/93, evitando-se, assim, a contratação direta desvirtuada, por interposta pessoa.

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 apresentação do contrato de exclusividade em virtude de alegado 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 TCU nº 98/2008 - Plenário

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;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado 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 dos valores envolvidos;

Na mesma linha traçada alhures em recente decisão se posiciona o TCU, *in litteris*:

2. 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 e sendo suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à localidade do evento.

Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério do Turismo apurara irregularidades na prestação de contas de convênio que tinha por objeto a contratação de shows artísticos para o I Festival Cultural Arraiá de Uru/SP. Entre as irregularidades apontadas, destacara-se a “ausência de cópias dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tendo em vista que foi utilizada a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93”. Ao analisar o ponto, o relator registrou que, “conforme a Lei de Licitações, a contratação direta de profissional do setor artístico só é admissível se houvesse, no caso concreto, comprovação da exclusividade entre a [empresa] e as atrações musicais. O responsável trouxe aos autos atestado no qual o representante legal da [banda] conferia à mencionada sociedade empresária a exclusividade apenas para o dia do evento (13/6/2008) e para o município de Uru/SP”. Explicou o relator que “essa autorização, exclusiva para o dia e para a localidade do evento, não tem sido aceita por esta Corte de Contas, a exemplo do contido nos Acórdãos 96/2008-Plenário - anterior ao convênio em análise - e 5.769/2015-Primeira Câmara. Do contrário, haveria um desvirtuamento do propósito previsto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Por fim, destacou que o Acórdão 96/2008-Plenário, dirigido ao Ministério do Turismo, “foi expresso ao ressaltar que ‘o contrato de exclusividade

6
difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento". Consignou o relator que essa e outras irregularidades seriam incorporadas na fixação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. O Tribunal, alinhado ao voto do relator, decidiu julgar irregulares as contas do responsável e condená-lo ao pagamento do débito apurado, aplicando-lhe ainda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. (Acórdão 7770/2015-Primeira Câmara, TC 026.277/2014-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 1.12.2015).

E, por fim, o terceiro pressuposto diz respeito à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para a comprovação desta condição, cumpre ao administrador justificar a escolha do contratado, na forma do art. 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, apontando as razões do seu convencimento nos autos do processo.

Portanto, com efeito, é preciso distinguir a consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública da mera qualificação profissional. Assim, não será suficiente a demonstração de que o artista se qualificou através de cursos na área ou a simples comprovação de experiência profissional. Para tais casos, poderá a Administração se valer da realização de um processo licitatório na modalidade "concurso", prevista no art. 22, IV c/c § 4º da Lei nº 8.666/93, ou ainda, se for o caso, uma dispensa de licitação com base no baixo valor, nos termos do art. 24, II da Lei de Licitações.

Neste ponto, vale destacar a distinção entre as hipóteses de contratação direta de artistas e aquelas realizadas mediante processo licitatório, nas palavras do Professor Marçal Justen Filho, na obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 14ª edição, Ed. Dialética, pp. 379-380:

"A atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas. Nessa medida, é impossível verificar-se identidade de atuações. Isso não impede, porém, eventual comparação entre as performances artísticas. O concurso consiste, muitas vezes, em competição entre artistas para seleção do melhor desempenho. Quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração

Pública deverá valer-se do concurso disciplinado na Lei nº 8.666/93. Assim, por exemplo, a escolha de uma composição musical para símbolo de instituições públicas poderá ser produzida através de um concurso com premiação para a melhor obra.

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os 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.

É vero que para a contratação direta é preciso demonstrar nos autos o motivo de convencimento da consagração do artista, tais como: a discografia de um cantor, premiações recebidas, participações em eventos importantes, obras de arte relevantes, convites para apresentação em locais de destaque, dentre outros, salvo nos casos de notória fama, em que o próprio nome do artista dispensa comentários, ou seja, qualquer tipo de comprovação.

Explana ainda o doutrinador, Marçal Justen Filho, "que o limite de liberdade da Administração Municipal é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer, evitando escolhas incompatíveis ou desvinculadas com o interesse pretendido (op. cit.)".

Neste ensejo, é notório que a semana da juventude é um evento multicultural, pautado na manifestação popular das mais diferenciadas manifestações artísticas, que promove uma integração entre toda a população para celebrar a essa data festiva.

In casu, por se tratar da região do cariri, de raízes sertanejas e da cultura musical do forró, vislumbra a participação de artistas populares necessariamente atrelados aos ritmos sertanejos e do forró, como é o caso da atração artística em comento, o que justifica a contratação do referido artista.

Outro requisito pertinente ao diploma licitatório, que deve referendar a contratação, refere-se à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Tal crítica tem por objetivo evitar contratações baseadas em

preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualidades artísticas.

No que tange à definição da crítica especializada e da opinião pública, o doutrinador Diógenes Gasparini dita:

“Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional.” (in Direito Administrativo, 6ª ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001, p.499)

Por derradeiro, cumpre à Administração apresentar a justificativa do preço praticado pelo artista a ser contratado, para fins de atendimento ao artigo 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, o que pode ser feito, em geral, através da demonstração de parâmetro do preço praticado por ele a terceiros no mercado.

Para a justificativa de preço, o TCU (Processo nº 019.378/2003-9, Acórdão nº 819/2005 - Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 2005.) recomenda literalmente que:

“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 evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/1993”.

De todo modo, com vistas a uma contratação mais econômica, é possível, e até mesmo recomendável, que a Administração faça o caminho inverso, estipulando um cachê padrão para determinados níveis de artistas consagrados pela opinião pública, que, caso concordem, poderão prestar seus serviços por um valor normalmente abaixo do que cobrariam para um evento de cunho privado.

Ademais, como todo contrato administrativo, deve o mesmo ser devidamente motivado, bem como indicada a

expressa finalidade pública a ser atendida, de modo a evitar desvios de finalidades e eventual promoção pessoal de agentes políticos.

Conclusão

Por tais razões, considerando as informações postas na consulta, entendemos cabível a inexigibilidade de licitação para contratação direta da atração artística "BANDA JOHN JOHN", eis que atende aos requisitos citados acima, quais sejam: "ser um artista profissional e consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública".

Alerta-se, contudo, que, no presente caso, deve-se comprovar a existência de dotação orçamentária para o show, bem como que seja apresentada a justificativa do preço praticado pelo artista a ser contratado, para fins de atendimento ao artigo 26, § único, III da Lei nº 8.666/93, através da demonstração de parâmetro do preço praticado por ele a terceiros no mercado.

E por fim, conforme fundamentado no presente parecer que a contratação seja realizada diretamente com o artista ou mediante empresário exclusivo do mesmo, obedecendo, rigorosamente o art. 37 da CF.

É o parecer.

S.M.J.

Tarrafas, 08 de julho de 2022.


FRANCISCO IONE PEREIRA LIMA
OAB/CE Nº. 4.585

FLÁVIO HENRIQUE LUNA E SILVA
LIMA

OAB-CE nº 31.252

MATHEUS NOGUEIRA PEREIRA

OAB - CE 31.251