

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: MUNICÍPIO DE ITAGIBÁ

PROCESSO N° 08279e19

PARECER N° 01087-19 (F.L.Q.)

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTA OU BANDA. EXCEÇÃO À REGRA. REQUISITOS. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. INSTRUÇÃO N° 02/2005, DESTE TCM/BA.

A contratação direta de profissional de qualquer setor artístico, nos moldes do art. 25, inciso III, da Lei n° 8.666/93, pode ser feita diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo, sendo que nesse caso, deve-se apresentar contrato de exclusividade, registrado em cartório, através do qual fique garantido ao agenciador ampla e irrestrita representação para todos os eventos em que o artista venha a se apresentar. Não se admite, nos moldes do art. 3º, inciso VI, da Instrução n° 02/2005, posteriormente alterada pela Instrução n° 001/2017, a restrição da representatividade às datas e às localidades das apresentações artísticas.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE ITAGIBÁ**, Sr. Gilson Manoel Fonseca, por meio do Ofício n° 065/2019, endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o n° 08279e19, requer orientações a respeito da contratação de profissional do setor artístico, mediante contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

Informa o Consultante que em contato com a atração artística, essa informou que as tratativas deverão ser realizadas com o “seu produtor exclusivo para o Sul da Bahia, (...) o qual tem exclusividade concedida pela atração mediante contrato devidamente registrado em cartório”.

Ressalta ainda que tem “conhecimento de que a tração concedeu diversas exclusividades em várias regiões do Brasil”.

Diante dos fatos narrados acima, formula o seguinte questionamento:

“Pode o município efetuar a contratação direta da atração, por inexigibilidade através do seu produtor exclusivo para o Sul da Bahia?”.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Inicialmente, cabe-nos registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Prestados tais esclarecimentos, é oportuno pontuar que, de acordo com o quanto disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações, 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em Lei.

Sendo assim, o Legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), enumerou, nos arts. 17, I e II, 24 e 25, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra intitulada “Direito Administrativo”, Editora Atlas, São Paulo, 2014, página 345, esclarece que:

“(…) na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (destaques no original)

Nesse contexto, insta registrar que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 25, III, autoriza a contratação direta de profissional de qualquer setor artístico, desde que preenchidos os requisitos ali estabelecidos, cabendo ao Poder Público a realização de procedimento prévio, com atendimento às formalidades necessárias, para demonstração dos mesmos, de forma inequívoca. Confira-se:

“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.

(…)” (destaques adotados)

Com relação à matéria em destaque, Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, Revista dos Tribunais, página 515, leciona que:

“(…)”

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 performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.

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

preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através de uma ópera. A recíproca é verdadeira.

Ademais disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho da sua arte.”

Veja-se que o simples fato de se tratar de artista ou banda, por si só, não é suficiente para que a Administração Pública contrate diretamente o particular sob a égide do art. 25, III, da multicitada Lei nº 8.666/1993.

Repise-se que, para que se caracterize a situação de inexigibilidade descrita no supracitado inciso III, do art. 25, é necessária a configuração, no caso concreto, das seguintes condições:

- 1) a inviabilidade de competição;
- 2) a contratação de profissional de setor artístico;
- 3) a contratação direta ou através de empresário exclusivo; e
- 4) a consagração do mencionado profissional pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Neste ponto, abordaremos mais detalhadamente o item “3” em razão de ter sido o objeto da Consulta ora em análise.

No que diz respeito ao requisito de que a contratação deve ser “direta ou por intermédio de empresário exclusivo”, este Tribunal de Contas, no intuito de orientar os seus Jurisdicionados, editou a Instrução nº 02/2005, posteriormente alterada pela Instrução nº 001/2017, estabelecendo nos arts. 3º, VI e VII, 6º e 8º, o seguinte:

“Art. 3º. Nos casos de inexigibilidade, o órgão ou entidade responsável pela realização do evento encaminhará ao Gestor exposição de motivos solicitando a contratação de determinada empresa, banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, com fundamento no art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93,

devidamente autuada, protocolizada e numerada, gerando processo administrativo, instruído com os seguintes dados:

(...)

VI. documento, registrado em cartório, que demonstre a exclusividade da representação por empresário de artista a ser contratado, desde que não se restrinja aos dias e localidades correspondentes à apresentação do artista;

VII. o documento previsto no inciso VI deverá comprovar a não eventualidade ou precariedade da relação entre o artista e o seu representante.” (destaques no original)

VIII.

“**Art. 6º.** O Contrato será celebrado entre o Município e a empresa, banda, grupo musical ou artista, ou com o seu empresário, quando ocorrer o vínculo de exclusividade de que trata o inciso VI, do art. 3º desta Instrução.” (destaques no original)

“**Art. 8º.** O vínculo de exclusividade a que se refere o art. 6º deverá ser devidamente comprovado mediante Carta de Exclusividade ou Contrato, assinados por quem detenha condição para representar a banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, conforme indicação em contrato social ou estatuto registrados nos órgãos competentes.” (destaques no original)

Ou seja, a natureza da relação mantida entre o profissional do setor artístico e o empresário exclusivo deve ser não-eventual e estável, devidamente comprovada mediante Carta de Exclusividade ou Contrato, assinados por aquele ou pelo seu legítimo representante. Não podendo a representatividade em questão ser limitada à data correspondente à apresentação do artista e ao local em que o evento ocorrerá.

Com efeito, para que os pressupostos autorizadores da contratação direta, nos moldes do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, estejam presentes, dentre outros requisitos, faz-se necessário que o empresário esteja legitimado a representar o artista em qualquer lugar do país, sem limitação de local.

Não parece razoável que se atribua a um empresário que detém exclusividade para venda dos shows de profissional do setor artístico restrita a apenas uma região, o status legal de “empresário exclusivo” a que se refere o aludido art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Isto porque, a exclusividade a que a lei se refere, que pressupõe a existência de um contrato, registrado em cartório, com abrangência em todo o território nacional, não se

confunde com a autorização restrita à localidade do evento e concedida apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas. E neste entendimento, inclui-se a “exclusividade” adstrita a determinada região.

A Lei de Licitações não considera como empresário exclusivo qualquer pessoa ou empresa munida de documento que lhe confira essa condição por algumas horas ou restrito a determinada localidade. Pelo contrário, isso deve ser inferido a partir de uma longa relação com o artista, de uma larga interação profissional com atuação em todo território nacional.

Neste sentido encontra-se o entendimento do C. Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1435/2017, Relator Ministro Vital do Rêgo:

“(…)

8. A propósito, por ‘empresário exclusivo’ deve-se entender aquela pessoa, física ou jurídica, que cuida de todos os interesses e compromissos do artista ou banda musical, mediante contrato de representação exclusiva, registrado em cartório para surtir efeitos em relação a terceiros. Donde se conclui que o contrato de exclusividade celebrado entre o artista (ou banda) e o seu empresário difere da simples autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere representatividade ao empresário do artista/banda apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, e ainda restrita à localidade do evento.

9. Tais autorizações (cartas) apenas conferem a determinado empresário – ou sociedade empresária – o direito de representar os artistas (bandas ou grupos musicais) , de forma exclusiva, em eventos específicos para os quais estes são convidados. Não se prestam, portanto, a garantir ao agenciador ampla e irrestrita representação, com direito de exclusividade, para todos os eventos em que aqueles profissionais do setor artístico venham a se apresentar.

10. Portanto, para que não se configure o desrespeito ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, é indispensável, na prestação de contas do ente conveniente, a apresentação do contrato de exclusividade – registrado em cartório – entre o artista consagrado e o empresário contratado, não bastando, para tanto, a autorização que confere exclusividade apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à realização do show artístico. Contratos, cartas ou até mesmo simples declarações de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas não atendem aos pressupostos do aludido dispositivo legal. (...)”. (grifo aditado)

Assim, a contratação direta de profissional de qualquer setor artístico, nos moldes do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, pode ser feita diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo, sendo que nesse caso, deve-se apresentar contrato de exclusividade, registrado em cartório, através do qual fique garantido ao agenciador



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

ampla e irrestrita representação para todos os eventos em que o artista venha a se apresentar.

Não se admite, nos moldes do art. 3º, inciso VI, da Instrução nº 02/2005, posteriormente alterada pela Instrução nº 001/2017, a restrição da representatividade às datas e às localidades das apresentações artísticas.

É o parecer.

Salvador, 30 de maio de 2019.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ