

CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS POR INEXIGIBILIDADE: CAUTELAS, PRESSUPOSTOS LEGAIS E ÚLTIMOS JULGADOS DO TCU

Felipe José Ansaloni Barbosa¹

Sarah Carolina Zanetti e Viguetti²

Silvia Portes Rocha Martins³

1) Introdução:

Passado o Carnaval, os festejos de início de ano e os shows em praça pública patrocinados pelas Prefeituras Municipais de todo o Brasil, é hora de prestar contas das contratações realizadas.

Para abordar este tema, analisar-se-á o instituto da *inexigibilidade*, o qual permite a contratação direta de artistas, sem que haja um procedimento licitatório. Discutir-se-á ainda os pressupostos legais e as recomendações da jurisprudência para a utilização deste subterfúgio, quais as diligências precisam ser realizadas antes e após a contratação, bem como os documentos a serem solicitados e organizados, para que seja realizada uma inexigibilidade segura e, posteriormente, uma prestação de contas sem apontamentos.

Isto porque, na hora da festa, “tudo são flores”. Mas, na verdade, os problemas costumam aparecer posteriormente, durante a prestação de contas, uma vez que muitas prefeituras captam recursos junto aos Governos Estaduais e Federal, por meio convênios junto às pastas de Turismo ou Cultura, para a realização de eventos, shows, exposições, etc.

Assim foi em recente caso analisado pelo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 657/2018, da Segunda Câmara:

“Tomada de contas especial. Ministério do Turismo. **Não comprovação do correto emprego dos recursos federais.** Citação. Audiência. Acolhimento das razões de justificativa. Rejeição das alegações de defesa. **Contratação indevida por inexigibilidade de licitação.** Desconstituição do débito. **Contas irregulares.** Multa. Exclusão do município da relação processual”. (Grifo nosso) (Acórdão nº 657/2018, da Segunda Câmara do TCU).

2) Da Inexigibilidade:

A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 37, inciso XXI, que a contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como a concessão e a permissão de serviços públicos pela Administração Pública seja realizada mediante licitação, exceto em casos previstos em legislação específica. Assim sendo, coube à Lei Federal nº 8.666/1993, regulamentar a hipótese abstrata de contratação direta prevista no texto constitucional, criando três categorias: a) licitação dispensada (prevista no artigo 17); b) licitação dispensável (prevista no artigo 24); c) inexigibilidade de licitação (prevista no artigo 25).

¹ Advogado especializado em licitações e contratos; Diretor da 11E Licitações; Mestre em Administração; Professor em cursos de Pós Graduação; Consultor do Sistema SEBRAE; Instrutor da ESAF-MG e ESAF-PA; Instrutor da Associação Mineira de Municípios.

² Consultora da 11E Licitações; Mestre pela UFMG; Foi Secretária Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

³ Advogada pós-graduada em Direito Processual Civil, Ciências Penais, Licitações e Contratos Administrativos e pós-graduanda em Direito do Consumidor; Coordenadora de Convênios e Contratos Administrativos da FELUMA.

Especificamente em relação à inexigibilidade, o *caput* do artigo 25 estabelece que ela ocorrerá quando o administrador se vir diante de uma inviabilidade de competição. A Lei reconhece como uma das hipóteses desta inviabilidade, a contratação de artistas profissionais, de qualquer segmento (música, artes cênicas, plástica, etc.), desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública:

“Artigo 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”. (artigo 25, inciso III, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Ademais, segundo o Professor Joel de Menezes Niebuhr, a contratação de artistas é singular, dotada de elevado grau de subjetividade, o que inviabiliza o estabelecimento de parâmetros objetivos de competição:

“... no tocante aos serviços artísticos, a singularidade reside na própria natureza do serviço, que é prestado, de modo independente da figura do artista, com percepção pessoal, subjetiva, em resumo, singular.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. Editora Fórum, 2008, 2ª Edição revista e ampliada, Belo Horizonte, p. 131)

3) Dos Pressupostos para Contratação de Artistas por Inexigibilidade:

Para que se efetive contratação de artistas por meio da inexigibilidade, há de se demonstrar de maneira robusta e inequívoca o preenchimento de todos os pressupostos estabelecidos pelo inciso III do artigo 25 de Lei de Licitações. Mas isto não é suficiente.

Adiante, ver-se-á que o TCU tem indicado também, com boa precisão e clareza, quais os documentos imprescindíveis para uma segura instrução do processo de contratação por inexigibilidade, de modo a evitar eventuais rejeições das contratações ou das prestações de contas, como visto na jurisprudência supracitada.

Dito isto, pode-se agrupar em quatro, os principais pressupostos a serem demonstrados para a contratação:

a) Preço:

O cachê do artista não deve ser comparado em relação ao mercado e sim quanto aos valores praticados por ele mesmo. Ou seja, quanto aquele profissional costuma cobrar para realizar tal serviço.

Neste sentido, o gestor deve examinar notas fiscais e contratos de shows anteriores daquele mesmo profissional e checar se o valor ora proposto é compatível com o que vinha sendo praticado por ele. Contudo, algumas circunstâncias específicas precisam ser sopesadas:

a.1) Dia da semana e horário em que o show será realizado:

Os artistas têm, por assim dizer, dias e horários nobres, quando os seus shows, naturalmente, tendem a atrair maior quantidade de público e, na prática, acabam sendo mais caros. A mesma apresentação realizada em um sábado à noite, costuma ser mais dispendiosa do que em uma terça feira à tarde. Não que se trate de um sobrepreço, mas sim de uma prática de mercado, absolutamente plausível, mas que deverá ser deixada clara no processo.

a.2) Época do show:

O mesmo artista, quando contratado para um show durante o Carnaval ou *Reveillon*, certamente irá cobrar um cachê mais elevado do que uma apresentação em um período ordinário. Aqui, é a própria lei da oferta e da procura que justifica a diferenciação e sazonalidade de valores: quanto mais requisitado o artista, maior tende a ser o cachê cobrado em datas especiais.

a.3) Custos logísticos:

Os custos de transporte de equipamentos, distância, facilidade de acesso, hospedagem da banda, proximidade em relação à cidade seguinte onde os artistas irão se apresentar são alguns dos elementos que podem elevar ou reduzir os valores para a contratação de um artista. No interior, é muito comum que algumas prefeituras vizinhas se reúnam para negociar uma agenda de shows com o mesmo artista em uma mesma semana, justamente com o intuito de reduzir as despesas logísticas.

Analizados esses fatores quanto ao preço, conclui-se que a justificativa apresentada não necessariamente irá demonstrar o menor valor possível, mas sim a coerência, razoabilidade e proporcionalidade do preço praticado.

b) Tratar-se um profissional:

O segundo pressuposto a ser demonstrado é que a contratação será de um artista profissional. Em outras palavras, não poderá ser contratado qualquer pessoa ou alguém que esporadicamente exerce atividade no campo das artes. O Poder Público não pode contratar um amador.

No mundo real, alguns artistas amadores e não formalizados têm um grande talento. Mas, no mundo jurídico, apenas o talento não é suficiente para justificar uma contratação realizada com recursos públicos. A Lei exige que a contratação direta se efetive junto a um profissional, que deverá comprovar o seu registro junto à Delegacia Regional do Trabalho ou mediante a apresentação de documento hábil que comprove a inscrição em órgão de classe de artistas. Portanto, trata-se um requisito objetivo e de fácil aferição e demonstração, não podendo ser dispensado.

c) Consagração do artista pela crítica especializada ou opinião pública:

A Lei de Licitações exige que o artista contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Para comprovação do cumprimento deste requisito, é recomendável que se junte aos autos do processo de contratação, documentos que demonstrem se tratar de um artista que realiza shows com regularidade e que possui reconhecimento público ou da crítica.

Muitas vezes, um artista não está sobre os holofotes da mídia nacional ou do grande público, mas é reconhecido como uma referência em seu segmento de trabalho especializado. Alguns grandes produtores e compositores nacionais, não são protagonistas ou líderes de banda, mas são tão ou mais respeitados do que fenômenos midiáticos. Neste sentido, a comprovação de autoria de canções, obras, publicações, a participação em festivais e o recebimento de prêmios especializados regionais, nacionais e internacionais são elementos aptos a respaldar a comprovação do histórico de trabalho do artista.

Além desses, notas fiscais e contratos de shows anteriores, portfólios de trabalho, *banners*, *flyers*, CD's também devem ser juntados ao processo. Por outro lado, curioso notar que, em tempos de celebridades, está cada vez mais fácil comprovar que um artista "caiu nas graças do povo". Nesse sentido, alguns elementos como número de seguidores nas mídias sociais, números de *views*, aparições em programas de TV e rádio, entrevistas a blogueiros, tudo isto, são elementos que ajudam a demonstrar o quão reconhecido aquele artista é pelo grande público, não necessariamente pela crítica especializada.

d) **Contratação diretamente ou através de empresário exclusivo:**

A Lei de Licitações é categórica ao exigir que o artista seja contratado diretamente ou por meio de seu empresário exclusivo. E esta é, certamente, a principal causa apontada pelas Cortes de Contas para a reprovação de procedimentos de contratação de artistas por inexigibilidade. Em pequenas cidades, principalmente, é muito comum a figura do “empresário só por uma noite”. Este é um intermediário, geralmente da região, que bloqueia a agenda de um determinado artista, para apenas uma apresentação. Neste caso, o empresário exclusivo – de fato e de direito – emite um documento que comprova que a agenda daquele artista está reservada para o empresário da região, naquela data específica. Além de ferir uma determinação expressa da lei, esta prática acaba por causar sobrepreço ao cachê cobrado, haja vista que o intermediário também “irá tirar o seu”, tornando a contratação menos vantajosa para os cofres públicos.

Entendimento já pacificado no TCU desde o **Acórdão 96/2008-Plenário** assentou que para a caracterização da hipótese de inexigibilidade prevista no artigo 25, III, da Lei 8.666/1993, é necessária a apresentação do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado. Além disso, a Corte Federal tem recomendado que ***tal contrato deve ser registrado em cartório***, não bastando para tanto a autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas, buscando assim, garantir a validade e a autenticidade do instrumento que credencia o representante do artista, como forma de mitigar a ocorrência de eventuais pagamentos indevidos a pessoas alheias ao objeto de contratação.

O acórdão citado resultou na determinação de que, em casos de convênio entre municípios e o Ministério do Turismo, este órgão deveria informar em seus manuais de prestação de contas de convênios e no próprio termo de convênio que:

“... quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na inexigibilidade prevista no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, por meio de intermediários ou representantes: - 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;

- deve ser promovida a publicação do contrato no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações, sob pena de glosa dos valores envolvidos”. (Acórdão 96/2008-Plenário do TCU)

Ademais, a jurisprudência do TCU tem se inclinado no sentido de que, caso não seja demonstrado o vínculo de exclusividade entre empresário e artista, em geral, os ministros têm aplicado multa aos responsáveis pela contratação, bem como recomendado a rejeição da prestação de contas do convênio.

4) Jurisprudências Recentes do TCU:

A seguir, colacionou-se alguns julgados recentes do TCU em relação a esta matéria:

- **ACÓRDÃO 429/2018 - SEGUNDA CÂMARA. Relator Ministro-Substituto André de Carvalho. 06/02/2018**

Trata-se da reprovação da prestação de contas encaminhada pelo ex-prefeito de cidade pernambucana, por irregularidades na contratação de empresa para realização da festa municipal do trabalhador, devido à ausência de documentos de exclusividade registrados

em cartório, bem como a incapacidade de comprovação da realização do evento (ausência de notas fiscais com pagamentos efetuados à contratada, fotografias, filmagens, etc.), acarretando assim na aplicação de multa legal aos responsáveis, bem como ao pagamento do débito apontado.

▪ **ACÓRDÃO 275/2018 – SEGUNDA CÂMARA. Relator Ministro João Augusto Nardes. 30/01/2018**

Neste julgamento houve a condenação dos responsáveis ao pagamento de débitos e multa em razão da imputação de responsabilidade pela falta de apresentação de documentação probatória suficiente da apresentação das bandas contratadas; não apresentação dos contratos de exclusividades celebrados entre o agente, a empresa e as referidas bandas artísticas, além da ausência de documentação probatória do efetivo recebimento de cachê por parte dessas bandas.

▪ **ACÓRDÃO Nº 2730/2017 – TCU – Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. 06/12/2017**

Trata-se de tomada de contas especial em desfavor do ex-prefeito de cidade mineira, em razão de irregularidades na prestação de contas do convênio firmado com o Ministério do Turismo, que tinha por objeto a realização da “XIX Corrida de Cavalos”. Entre as inconformidades apontadas no processo, destaca-se a ausência de contratos de exclusividade entre a empresa contratada e os artistas, que não se confunde com autorização que confere exclusividade para o dia da apresentação do artista e que é restrita à localidade do evento. Culminando na condenação dos responsáveis ao pagamento do débito, bem como aplicação de multa.

▪ **ACÓRDÃO Nº 2649/2017 – TCU – Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. 29/11/2017**

Dentre as irregularidades apontadas neste processo, foi citada a “falta de documento hábil (contratos de exclusividade dos artistas com representante exclusivo) para fundamentar a inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação das atrações artísticas”. No acórdão, o relator respondeu ao consulente que a apresentação de autorização/atestado/carta que confere exclusividade ao empresário do artista somente para os dias correspondentes ao evento, bem como a apresentação de contrato de exclusividade, entre o artista e o empresário, sem registro em cartório, ou mesmo a não apresentação do citado contrato representam impropriedades na execução do convênio, porquanto não atendem aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.

▪ **ACÓRDÃO 9718/2017 - SEGUNDA CÂMARA. Relator Ministro José Múcio Monteiro. 14/11/2017**

Julgado referente à irregularidade na contratação de empresa de eventos artísticos e serviços gráficos por inexigibilidade de licitação ante a ausência de contrato de exclusividade da empresa com os artistas.

5) **Conclusão:**

Acerca da inexigibilidade, diversos procedimentos distintos acabam por causar dúvidas aos agentes públicos. Em vista disso, cabe ressaltar a importância de atentar-se aos pressupostos expressamente estipulados pela legislação, aos aspectos práticos e formais do processo e aos entendimentos que vêm sendo consolidados pelos Tribunais de Contas Municipais, Estaduais e da União para, assim, minimizar ao máximo o risco de uma eventual reprovação das condições da contratação.

A inexigibilidade, apesar de ser um procedimento de exceção, é célere, eficiente e segura, desde que obedecidos os pressupostos e condições apresentadas. Por isso, esta ferramenta oferecida pela legislação deve ser empregada com parcimônia, zelo e rigor processual, sempre em busca da contratação mais vantajosa para a Administração.