

ORIENTAÇÃO N.º 119/2022

LICITAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO

Orientação

Conforme estabelece o artigo 37¹, XXI, da Constituição Federal, a regra da licitação, só pode ser excepcionada pela lei. Desta forma, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 14.133/2021, previu quais as hipóteses de contratações diretas, quando poderá ser dispensada, dispensável, ou, inexigível a licitação.

Para a presente orientação iremos falar da inexigibilidade de licitação, hipótese de contratação em que a fase competitiva da licitação é prejudicada por impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais interessados, e com expressa previsão legal:

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.

Vale ressaltar que a redação é similar a do inciso III, art. 25² da terminal Lei Federal nº 8.666/93, o que não dispensa o conhecimento, agora pela Novel Legislação, da hipótese substanciada de inexigibilidade.

A motivação para a inexigibilidade, nesses casos, consubstancia-se no fato de que a atividade artística é personalíssima, não cabendo qualquer possibilidade de competição entre os profissionais desse ramo, tendo em vista as particularidades de cada um, como bem aponta **José dos Santos Carvalho Filho**³:

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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.

² 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.

³ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 31. ed. rev., ampl. – São Paulo : Atlas, 2017.



“[...] Na verdade, a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”.

Trata-se de uma regulamentação destinada a dar apoio a uma área de atividade onde é impossível promover-se a competição entre os diversos prestadores de serviços do ramo, portanto, se instaurado, seria inócuo o certame.

A Lei nº 14.133/21 determinam que o profissional contratado pela Administração Pública seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Não há, contudo, como definir a notoriedade exigida pelo legislador, pois, trata-se de elemento de elevada subjetividade, podendo o profissional ser afamado em certa localidade e consagrado por críticos daquela região, por exemplo. Como trata o autor supracitado, *“quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração”*⁴.

Anota-se que em âmbito municipal é comum acontecer contratações de artistas locais ou regionais, que não necessariamente são reconhecidos em âmbito nacional ou são amplamente divulgados na mídia. Isso não necessariamente impede a sua contratação através de inexigibilidade, pois, a amplitude geográfica do reconhecimento não é fator determinante para tanto, uma vez que esses artistas regionais podem atrair mais o público do que outros, amplamente reconhecidos, como menciona **Marcelo Palavéri**⁵:

“Com efeito, não detém consagração nacional, ou até mesmo de âmbito estadual, **mas de certo é reconhecido no Município e na região, sendo capaz de arrastar multidões locais para um show, com maior facilidade que muitos artistas nacionalmente conhecidos**, especialmente se estes não estiverem sendo “divulgados pela mídia”.

Não cabe falar na modalidade licitatória estampada no **art. 6º, XXXIX, da Lei Federal nº 14.133/21**, denominada “Concurso”, tendo em vista tratar-se de evento cultural, que não comporta competição artística em que se atribui recompensa para aquele que tenha apresentado melhor desempenho. Nesse sentido, **Marçal Junte Filho**⁶ disserta que:

“[...] 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

⁴ Op. Cit, p. 282.

⁵ Nova lei de licitações e contratações públicas para municípios – Leme-SP: Mizuno, 2021.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010.



diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição”. [Destacamos].

Portanto, indiscutível que a inexigibilidade de licitação é a opção mais viável para esse tipo de contratação pelo Poder Público, uma vez que inviável a competição de profissionais do setor artístico musical.

1.1. Contrato de Exclusividade

A contratação do **inciso II do artigo 74, da Lei nº 14.133/21**, poderá dar-se diretamente com o artista ou ainda, por intermédio de empresário exclusivo, como facultado pelo dispositivo legal.

Para que a contratação ocorra por intermédio de empresário exclusivo, necessário que se apresente nos autos do Processo Administrativo, contrato de exclusividade entre o agente e o artista, conforme exigência do Tribunal de Contas da União – TCU⁷:

“[...] A respeito da matéria, encontra-se consolidado na jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que a apresentação do contrato de exclusividade entre artistas e o empresário contratado é indispensável para caracterizar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei de Licitações, de modo que simples autorizações ou cartas de exclusividade não se prestam a comprovar a inviabilidade da competição, pois não retratam uma representação privativa para qualquer evento em que o profissional for convocado.

29.9. Esse paradigma jurisprudencial tem sido adotado por esta Corte de Contas desde a prolação do Acórdão nº 96/2008, por intermédio do qual o plenário formulou as seguintes determinações ao Ministério do Turismo: [...]”. [Destacamos].

Da mesma forma, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP⁸:

“O comando legal é claro aos dispor que os negócios jurídicos, dar-se-ão mediante “empresário exclusivo” ou por via direta com o “profissional do setor artístico”, afastando qualquer interferência de terceiros na contratação, evitando, por consequência, que na composição dos preços acertados integrem valores adicionais destinados a remuneração da figura da empresa intermediadora, preservando, assim, a economicidade da contratação. Nos casos, persistem a ausência de comprovação de que as empresas contratadas eram detentoras exclusivas dos artistas, refletindo que atuaram como mera intermediadora na contratação dos shows, ao revés, do que determina a

⁷ TCU, Acórdão nº 1933/2016, 1ª Câmara. Relator: Min. José Múcio Monteiro; TCU, Acórdão nº 2273/2016, 1ª Câmara. Rel.: Min. Augusto Sherman Cavalcanti; TCU, Acórdão nº 7.770/2015, 1ª Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler.

⁸ TCE/SP, TC-49/004/14; TC-50/004/14; TC-51/004/14; TC-52/004/14, Tribunal Pleno. Conselheira: Cristiana de Castro Moraes.



norma de regência. [...] Sobre o tema, anoto o posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que (...) somente deve ser aceito como válido para a contratação por inexigibilidade, o contrato de exclusividade entre o artista e seu empresário, registrado em cartório, não prestando o contrato que contem mera exclusividade de data para tal fim. Assim, **o contrato e a declaração referentes à data da apresentação, celebrados com terceiros, não devem ser aceitos como elementos de suporte à contratação por inexigibilidade** (Plenário. Acórdão 2070/2011, Rel. Min. Augusto Nardes- DJ-10/08/2011)”. [Destacamos].

Nos termos do art. 74, I⁹, da Lei 14.133/21, empresário exclusivo, analogicamente, é o fornecedor exclusivo, devendo assim se entender o profissional que agência (empresa) que intermedia, com caráter exclusivo, o trabalho de determinado profissional ou grupo artístico.

Muito se vê na prática, a existência de profissionais dizendo-se agenciadores de artistas para apresentação em determinada data, e local certo, havendo uma multiplicidade de representantes de um mesmo artista ou grupo. Agora, a nova Lei de Licitações solucionou esse problema ao fixar os limites do que se entende por empresário exclusivo, conforme redação do parágrafo 2º, do artigo 74:

§ 2º. Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a **exclusividade permanente e contínua de representação**, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de **empresário com representação restrita a evento ou local específico** [Destacamos].

Nesse sentido, **Marcelo Palavéri**¹⁰ leciona:

“A prova de que se está diante de um empresário exclusivo torna-se ampla, necessitando que a representação se dê no País ou em Estado específico, e exigindo permanente e contínua representação, **mas o mais importante é que definitivamente se exclui a possibilidade de contratação direta de artistas quando representados por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.**” [Destacamos].

O TCE/SP, no julgamento do TC nº 001633/004/13, deliberou o seguinte¹¹:

A decisão não comporta reforma. No caso em exame, verifico que as razões apresentadas não podem ser acolhidas, **uma vez que a documento acostado aos autos demonstra que a empresa contratada para o ajuste não era**

⁹ I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

¹⁰ Nova lei de licitações e contratações públicas para municípios – Leme-SP: Mizuno, 2021.

¹¹ TCE/SP. Proc. TC-001633/004/13. Pleno. Rel. Cons. Antonio Roque Citadini. Sessão 27/04/2016.



representante exclusiva dos artistas, contrariando, assim o disposto no inciso III do artigo 25 da Lei de Licitações. Ressalto que a declaração de exclusividade, inserida nas fls.23, revela que a representante exclusiva da dupla contratada garantiu exclusividade à empresa Alcance Promoções Ltda., para a realização do evento em data determinada, portanto, **resta comprovado que a empresa contratada atuou como mera intermediária do ajuste celebrado entre a recorrente e a empresa representante dos artistas**. [Destacamos].

A representação, além de exclusiva, deve ser contínua, conforme definido no §2º do artigo 74, da Lei nº 14.133/21, que é, na realidade, uma consolidação do entendimento propagado pelo Tribunal de Contas da União.

Aliás, o TCU, no **Acórdão nº 96/2008 – Plenário**, definiu que o contrato de exclusividade, além de registrado em cartório, deve diferenciar da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes ao da apresentação do artista, restrita a localidade do evento, conforme segue:

“Quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei no 8.666/1993, por meio de intermediários ou representantes:

I. 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 a apresentação dos artistas e que é restrita a localidade do evento;”.

Acórdão 96/2008 Plenário

Deste modo, entende-se que o contrato de cessão de direitos e obrigações, ora analisado, não se reveste das formalidades necessárias para permitir a inexigibilidade de licitação com fundamento no inciso III do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, ou no inciso II do artigo 74, da Lei nº 14.133/21.

1.2. Cotação de preços

Cabe tratar, ainda, sobre a cotação de preços que deve anteceder a contratação, independentemente do procedimento adotado pela Administração Pública.

Sendo assim, a Administração deverá aferir o valor praticado em contratações similares, a fim de assegurar o preço de mercado do ajuste. No caso da inexigibilidade de licitação, a cotação de preços encontra respaldo no **artigo 72, inciso VII da Lei 14.133/2021**¹².

¹² **Art. 72.** O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

[...]



A justificativa de preço, nesses casos, deverá demonstrar adequação dos valores praticados pelos profissionais em outras oportunidades, conforme pode-se extrair da **Orientação Normativa nº 17 da Advocacia Geral da União**:

“A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Como parâmetro, o **§4º do artigo 23, da Lei nº 14.133/21**, expressamente reproduziu a orientação da AGU ao prever que, nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto da contratação, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, “*por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 [um] ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo*”. E essa é uma solução sensível a determinados casos de inexigibilidade, lógica e adequada, ao passo em que as mesmas razões que solidificam a inviabilidade de disputa, irão tecer as comprovações de preços médios de mercado, referenciando-se nos preços praticados pelo próprio contratado em situações semelhantes.

O TCE/SP, no julgamento do TC nº -010013.989.19-9, entendeu da seguinte forma¹³:

Em preliminar, conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos de admissibilidade. **No mérito, as razões ofertadas merecem prosperar**, vez que a Prefeitura de Bastos comprovou a exclusividade que a Contratada EJZ Promoções e Eventos Eireli detém com a dupla Luiz Henrique e Léo, através do contrato de Representação Artística, bem como **comprovou a compatibilidade de preços contratados com o mercado à época**, demonstrando o melhor custo-benefício entre as contratações semelhantes. Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO, para o fim de reformar a decisão a quo e **julgar regulares a Inexigibilidade de Licitação e o Contrato celebrado pela Prefeitura de Bastos e a empresa EJZ Promoções e Eventos Eireli**. [Destacamos].

A pesquisa de preços serve nada mais, nada menos, para demonstrar se os valores que serão despendidos pelo Município correspondem com aqueles cobrados pelo mesmo artista nas suas apresentações, realizadas em outros eventos locais ou regionais. É nesse sentido os ensinamentos de **Sidney Bittencourt**¹⁴, que entende que a necessidade da justificativa de preços deve se basear no cachê usualmente cobrado pelo artista em questão, considerando o

VII - justificativa de preço

¹³ TCE/SP. Proc. TC-010013.989.19-9. Pleno. Rel. Cons. Antonio Roque Citadini. Sessão 05/04/2022.

¹⁴ Licitação passo a passo. – Belo Horizonte/SP. Fórum, 2014.



histórico de suas apresentações em situações com fatores semelhantes como localidade e público. (BITTENCOURT, 2014).

Conclusão

Para que a contratação ocorra pela inexigibilidade de licitação, nos termos do **inciso II do artigo 74, da Lei nº 14.133/21**, é necessário cumprimento dos requisitos elencados na presente orientação, ressaltando a cotação de preços, bem como a necessidade de apresentação do contrato de exclusividade do artista com seu respectivo empresário, que, conforme entendimento do TCU não se trata da mera autorização específica envolvendo datas.

Adamantina/SP, 3 de outubro de 2022.

Elaborada por:

Jefferson Santana
Consultor

Leonardo Vieira de Souza
Consultor

Ana Júlia Pereira
Consultora

