

OBSERVATÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCE-SP

CONTRATAÇÃO DE PROFISIONAIS DO SETOR ARTÍSTICO POR MEIO DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO PARA UM EVENTO ESPECÍFICO

Mayara Oliveira Torres da Silva¹
José Ricardo Biazzo Simon²

É comum, principalmente nos Municípios de pequeno porte que têm dificuldades de contratar artistas consagrados para suas festividades sem o auxílio de produtoras, que um representante adquira “carta de exclusividade” para agenciar a contratação do profissional tão somente em uma data específica, a fim de atender à exigência de comprovação da reserva de direito contida no inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/93³. Muitas vezes essa representação é proveniente do próprio empresário permanente do profissional artístico.

O Tribunal de Contas da União recrimina tal prática e rejeita a carta de “exclusividade de um dia”⁴ amparado na presunção de que a prática implica em acréscimo de preço da remuneração desse profissional. O TCU chega até mesmo a exigir formalidade específica consistente no registro em cartório da carta de exclusividade.

¹ Graduada em Direito pela PUC/SP com ênfase em Direito Público. Advogada Júnior no Biazzo Simon Advogados.

² Mestre em Direito Administrativo e Advogado Sócio de Biazzo Simon Advogados.

³ 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.

⁴ Em julgado recente (Acórdão nº 5288/2019 – 2ª Câmara) o Tribunal de Contas da União reafirmou entendimento já consolidado desde a prolação do Acórdão 96/2008 de que, “na contratação direta, por inexigibilidade, de profissional do setor artístico por meio de empresário exclusivo, a apresentação de autorização/atesto/carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade do evento não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/1993- Lei de Licitações e Contratos”.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também já julgou no mesmo sentido por inúmeras vezes como se depreende das decisões proferidas no TC-000069/989/16 e no TC-007132/989/16, pelos Conselheiros Renato Martins Costa e Cristiana de Castro Moraes, respectivamente:

Trata-se de mais um caso em que reconheço que o Administrador conta com discricionariedade para a escolha de profissionais de entretenimento para animar festejos municipais; porém, não ficou demonstrada a exclusividade da empresa contratada como representante do artista, conforme exige o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Como logrou constatar a Equipe de Inspeção, o empresário contratado teve a exclusividade do show com o cantor Latino apenas para a apresentação do dia 21/3/122. Como tal, o mesmo não possuía efetivamente a exclusividade empresarial sobre o cantor, tendo atuado apenas como seu agenciador para aquele evento.

Existindo intermediário, é lícito concluir que a Prefeitura não obteve o menor valor, configurando desrespeito ao princípio da economicidade.

Assento, por oportuno, que meu posicionamento está amparado por remansosa jurisprudência.

Assim, diante das considerações acima, acolhendo as manifestações da Unidade Regional de Presidente Prudente e ATJ, bem como sem oposição do douto MPC, voto pela irregularidade da Inexigibilidade de licitação e do Contrato de nº 24/12 [...]. (TC nº 000069/989/16, Rel. Cons. Renato Martins Costa, Sessão 29/11/2016).

Não obstante o Administrador possua a discricionariedade para selecionar profissionais de entretenimento para animar festejos municipais, conforme entendimento já externado por esta E. Corte, contudo, não restou comprovado que a contratação fora realizada com empresário exclusivo do artista e sua Banda Ukiemana, o que descaracteriza a inviabilidade de competição, impondo-se o certame.

A Carta de Exclusividade encartada aos autos consigna expressamente que o empresário contratado "detém exclusividade" do artista em dia específico para a realização de show, portanto, referido documento não se presta a comprovar que a empresa Paulo Vicente Sparr - MEI é representante exclusiva do referido profissional e sua Banda.

Assim, considero que a matéria encontra-se irregular, notadamente, porque não foram atendidos os requisitos fixados pela Lei para o enquadramento de exceção. (TC-007132/989/16, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, Sessão 20/06/2017).

Entendimento esse que, inclusive, foi reiterado em julgado ainda mais recente, de relatoria do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho:

A carta de exclusividade de empresário para data, local e evento específicos não basta para resguardar contratação direta de artistas. A exclusividade preceituada pelo inciso art. 25, III, da Lei de Licitações pressupõe, para esta Casa, um empresário exclusivo, em caráter habitual e vinculativo. (TC nº 15513.989.18-6, Rel. Cons. Dimas Eduardo Ramalho, Sessão de 24/4/19) ⁵.

⁵ No mesmo sentido: TC-31402/026/02, TC-1990/002/08, TC-1989/002/08, TC-23641/026/09, TC-001693/009/10, TC-001694/009/10, TC-001695/009/10, TC-001696/009/10, TC-001697/009/10, TC-001698/009/10, TC-001699/009/10, TC-001700/009/10, TC-001701/009/10, TC-001702/009/10, TC-001703/009/10, TC-023285/026/12, TC-37/013/13, TC-95/008/14, TC-96/008/14, TC-97/008/14, TC-99/008/14, TC-100/008/14, TC-433/005/15, TC-693/008/15, TC-659/020/14, TC-660/020/14, TC-661/020/14, TC-662/020/14, TC-662/020/14, TC-663/020/14, TC-664/020/14, TC-665/020/14, TC-1224/005/14 e TC-2709/003/14.

Abstrai-se desses julgados que a razão da rejeição do procedimento é a presunção de que ele implica em aumento do preço da contratação proveniente da remuneração do representante do evento específico, e isso implica que para buscar demonstrar inexistência de irregularidade os contratantes devem demonstrar que a prática não implicou no aumento de preço do evento.

E tal situação também tem ocorrido. Na sessão do Tribunal Pleno do TCE-SP ocorrida em 20/02/19, em processo relatado pela Conselheira Cristiana de Castro Moraes, decidiu-se pela regularidade da situação com esse exato argumento:

EMENTA. RECURSOS ORDINÁRIOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E CONTRATOS IRREGULARES. CONHECIDOS E PROVIDOS, COM RECOMENDAÇÃO.

1. **Demonstrada a compatibilidade dos preços contratados com os praticados pelo mercado. 2. Em decorrência, excepcionalmente afastada a figura do representante exclusivo.** 3. Recomendação para que a Origem tenha especial atenção na formalização documental do procedimento de contratação.

(...)

Em consequência da demonstração da economicidade do ajuste, diante da contratação por preço compatível com aquele praticado pelo mercado, em observância ao disposto no artigo 26, parágrafo único inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, merece, no caso concreto, ponderação a respeito da questão da exclusividade de representação das empresas.

Considero que o principal desdobramento da imposição legal é o afastamento da figura do intermediário na negociação entre as partes, a fim de evitar que a Administração Pública contrate por valor superior àquele praticado pelo mercado, causando prejuízo ao erário, o que não se verificou no caso concreto, como acima destacado. [...]

Pelos motivos expostos, voto pelo provimento dos Recursos Ordinários interpostos. (TC nº 8983.989.17-9 e TC nº 008982.989.17-0, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, Sessão de 15/05/2019).

Entendimento esse reiterado em pelo Tribunal Pleno na sessão do dia 19/06/2019, em feito relatado pelo Conselheiro Renato Martins Costa:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SHOW ARTÍSTICO. EMPRESÁRIO EXCLUSIVO. DATA ÚNICA. POSSIBILIDADE. PREÇO. PESQUISA. FALHA NÃO CONFIGURADA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Considerada a realidade do mercado, a data única para representação do artista não descaracteriza a exclusividade do empresário para contratação por inexigibilidade de licitação.

2. A pesquisa de preços é indispensável para comprovação da pertinência do valor atribuído à remuneração do contrato. Vistos, relatados e discutidos os autos.

[...]

Mais recentemente, este E. Plenário proveu recursos ordinários da Prefeitura Municipal de Cravinhos para o fim de julgar regulares contratações assemelhadas, sobretudo para conferir maior relevância, como há de ser, à prova de compatibilidade do preço pago com aquele praticado no mercado, já que na oportunidade não restara evidenciado qualquer dano ao patrimônio público (cf. TC-008983.989.17-9 e TC-003215.989.16-1, Recursos Ordinários, Sessão de 15/5/19, Relatora Conselheira Cristiana de Castro Moraes).

Por ocasião do último julgamento mencionado, externei preocupação em se determinar o alcance da norma jurídica fora das reais condições do mercado, na medida em que nem

sempre ou quase raramente se poderá exigir representação única e exclusiva do mesmo artista por todo o tempo e para qualquer localidade do território nacional.

Ao que me parece, há consenso de que o controle de legalidade de contratações de profissionais consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública, especialmente pela inviabilidade de competição positivada na norma jurídica (cf. inciso III, do art. 25 da Lei nº 8.666/93), adquire maior efetividade se dirigido à verificação do preço, de modo que a remuneração não se divorcie do preço razoável de mercado. [...]

Ante o exposto e com a devida vênua às posições em contrário, VOTO pelo desprovemento do Recurso Ordinário interposto pelo d. Ministério Público de Contas, para o fim confirmar na íntegra o v. Acórdão recorrido. (TC nº 1121/003/13, Rel. Renato Martins Costa, Sessão de 19/06/2019)⁶.

Em conclusão, é fato que tanto o Tribunal de Contas da União como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em regra, recriminam a contratação – com inexigibilidade de licitação - de eventos artísticos por meio de agentes detentores de carta de representação para eventos específicos, porém, é salutar conhecer que, de acordo com entendimentos externados em várias decisões, tal prática pode ser relevada se demonstrado que não houve acréscimo indevido de preço e a contratação foi efetivada com compatibilidade com os preços praticados pelo mercado, marcando uma disposição da Corte em adotar uma interpretação finalística que considera a realidade do mercado e privilegia a demonstração da economicidade do ajuste firmado e da satisfação do interesse público, em detrimento à adesão à ideia de que a intervenção de intermediário na formalização do ajuste é presunção da obtenção de ganhos desproporcionais à custa dos artistas ou prejuízo ao erário.

⁶ No mesmo sentido, TC-031181/026/09, TC-1549/008/11, TC-000040/013/13 e TC-0016572.989.18-4 e TC-016597.989.18-5.