



LEI FEDERAL 8.666/93, ART 25, INCISO III: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA O SETOR ARTÍSTICO-MUSICAL E SUAS VARIAÇÕES DE PREÇOS NOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

João Batista Araújo¹
Marlene Hernandez Leites²

RESUMO

Este estudo, no momento em fase inicial de preparação para a Monografia de Conclusão de Curso de Direito, tem por interesse demonstrar a variação de preços na contratação de artistas e bandas musicais nos Estados da Federação, onde os valores gastos com festas terão como consequência a falta de investimentos em saúde e educação, prioridade estabelecida nos direitos sociais previstos no Art.6 da Constituição Federal. Além disso, pretendemos quantificar os valores adjudicados de artistas e bandas musicais na Administração Pública nos últimos 2 (dois) anos; sugerir possíveis alterações à Administração Pública desta modalidade de licitação, prevista no Art.25, inciso III, da referida Lei; identificar quais Órgãos da Administração Pública estão sujeitos a esta modalidade de licitação e quanto isto representa de desembolso anual a fim de apontar como a Administração Pública poderá eliminar esta modalidade de licitação direcionando-a aos interesses da iniciativa privada.

palavras-chave: eventos artísticos; licitação; administração pública

ABSTRACT

This study, which is in its initial stage of preparation for the conclusion of the law school monograph, hereby demonstrates the price fluctuations for the artistic and musical groups throughout the states within the Federative Republic of Brazil, where the monies spent with the lavish festivals result in the lack of investments in the public health and education sectors, which are considered a priority regarding social rights stated in Art.6 of the Federal Constitution. Furthermore, we intend to assess the amount of resources awarded to the artists and musical groups during the public administration presiding the last two (2) years; suggest some possible changes to the public administration throughout the entire bidding process, provided for in Art.25, Item III, of the aforementioned law; identify, which public administration sectors are prone to this competitive bidding model and how much disbursement can be obtained annually, by also providing a means on how the public administration could eventually eliminate this type of bidding process, which seems to only benefit the private sector.

key- words: artistic events; bid ; public administration

¹ Acadêmico do 9º período do Curso de Direito.

² Profª Drª da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



1 INTRODUÇÃO

É razoável a Administração Pública de Governo e Prefeituras investir verbas, sem o devido controle, em eventos artísticos? Já existe ação do Ministério Público e Juízes de Tribunais suspendendo tais eventos, pois sob a égide de nossa Constituição contrariam os Princípios da Administração Pública, precisamente quando os Municípios em que estes eventos acontecem são carentes dos benefícios sociais, com escassez de verbas que priorizem os desfavorecidos na saúde e na educação, pilares dos Princípios Fundamentais: a dignidade da Pessoa Humana.

Tratamos aqui da diferenciação dos interesses Sociais e Políticos de Governo com uma máquina pública estritamente complexa, seguindo o que estabelece a Constituição Federal, com mudança de seus condutores políticos de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos, envolvendo para isso uma grande participação popular em seus partidos políticos, o que influencia sobremaneira a condução de Prefeituras e Governo.

Serão necessários levantamentos e dados financeiros para entendermos o que leva o administrador público a utilizar estes meios de contratação de cantores e bandas musicais durante festejos municipais, sob pretexto cultural, e com isso aviltar a sociedade, pois os recursos públicos acabam sendo utilizados de forma ilegal.

Consideramos importante esta pesquisa por tratar, dentre outras questões, dos Princípios da Legalidade da Administração Pública: impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade e razoabilidade. Abordaremos o tema sobre o prisma dos referidos Princípios. O seu objeto é sempre o Direito Positivo, ou seja, um para cada Estado: um ordenamento Jurídico vigente num local e num tempo.

A ciência do Direito, como sistemática jurídica, tem caráter dogmático. Este caráter justifica sua denominação e consiste em que, quando o pesquisador realiza atividade estritamente científica, aceita a regra Jurídica como um dogma, à semelhança do teólogo que, diante do preceito canônico, deve apenas aceitá-lo e interpretá-lo. Isto não quer dizer que o pesquisador, como filósofo, político e sociólogo, não possa contestar a lei ou a norma e até mobilizar esforços para revogá-la. Essa atitude, entretanto, não lhe será própria no campo especificamente científico.



O tema em estudo tem mais relevância, ainda, face às variações de valores nas contratações de um mesmo artista ou banda musical em diferentes Estados da federação, que podem chegar à ordem de 100 a 300 por cento em relação aos valores praticados em casas de show particulares.

Inicialmente enfatizamos que nossa pesquisa é, quanto à abordagem, qualitativa, mas utiliza também instrumentos quantitativos. Qualitativa porque visa colher dados de autores, bem como documentos na imprensa escrita e falada sobre nosso objeto, além de estar embasada nos pareceres produzidos por nossa corte de Contas (o TCU) e Tribunais Superiores. Os instrumentos quantitativos referem-se aos dados estatísticos de dadas representações numéricas dos pagamentos realizados.

Os dados para a elaboração de nosso estudo serão coletados através de pesquisa bibliográfica, de pesquisa documental nos arquivos do TCU (Tribunal de Contas da União), Governo de Estado, Prefeituras, TCE's (Tribunal de Contas do Estado) e Jurisprudências dos Tribunais Superiores. A pesquisa documental será um segundo momento de nosso trabalho, previsto para o 2º semestre de 2014, quando faremos, também, na pesquisa de campo, gravação de áudio e vídeo com a finalidade de colher opinião dos entrevistados relacionada com o tema de nossa pesquisa. Identificaremos o entrevistado por meio de artigos produzidos na imprensa falada e escrita, além de autoridades relacionadas ao assunto. A análise dos dados obtidos objetiva a reflexão do pesquisador para embasamento da pesquisa, consubstanciado com autores relacionados no referencial bibliográfico.

Utilizaremos, para isso, tanto os canais formais quanto os informais, pois consideramos que a utilização da técnica em pesquisa deve estar associada às metas estabelecidas e aos fundamentos teóricos do objeto do estudo. Portanto nos valeremos de uma escolha criteriosa e sistemática para fazer a descrição, a explicação e a análise dos fatos. Para tanto, utilizaremos tabelas, quadros e gráficos comparativos. Cada um dos tipos de abordagem, qualitativa ou quantitativa, apresenta sua característica específica quanto ao tratamento dos dados coletados, ou seja, a abordagem qualitativa estará voltada para uma visão sistêmica do problema ou objeto do nosso estudo, enquanto a instrumentalização quantitativa estará voltada para os dados coletados, no que se refere ao tratamento e análise de nosso objeto de estudo. Daremos ênfase, portanto, face às escassas publicações doutrinárias, à pesquisa qualitativa na tentativa de explicar o resultado das informações obtidas através de entrevistas, levantamentos



jurisprudenciais, bem como compreender os processos sociais e culturais de nossa realidade. Assim vamos considerar como fontes primárias a lei e os dados estatísticos produzidos e como fontes secundárias os artigos produzidos na imprensa falada e escrita, com a devida identificação de seus autores.

Toda atividade científica é também de sensibilidade e não pode ser contaminada por juízos críticos que lhe comprometeriam a natureza dedicada ou espiritual. A posição do estudioso é puramente intelectual, e a do pesquisador é habitualmente passional, uma vez que o objeto de sua pesquisa suscita tendências e ideologias.

A licitação é um procedimento administrativo, conforme estabelecido no inciso XXI do art. 37 da CRFB/88. O termo tem origem no latim *licitacione*, acusativo de *licitacio*, ou seja, venda por lances. O vocábulo passou para o português com sentido de oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial.

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 309)

No processo licitatório nem sempre é garantida uma contratação mais vantajosa para o Poder Público, havendo situações em que será inconveniente para o interesse público, já que pode ultrapassar os custos que dela poderá advir.

Portanto, que se esclareça que a contratação direta, ou seja, sem licitação, pode ser feita por dispensa ou por inexigibilidade, o que dependerá do caso concreto. Ambas as hipóteses estão configuradas, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666 de 1993, que dispõe a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Analogamente, Bandeira de Mello (2005) afirma que a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um agente governamental pretende alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de exclusivo de bem público, segundo as condições previamente estipuladas por esta, convocando interessados para apresentarem suas propostas, a fim de que se conheça a mais vantajosa ou conveniente em função de parâmetros que foram conhecidos e divulgados anteriormente.

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade para adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras e / ou serviços, a Administração Pública é obrigada por lei a adotar um procedimento preestabelecido quando deseja contratar terceiros. Licitação



é, portanto, um procedimento que os agentes públicos de governo devem promover, abrindo disputa entre os interessados particularmente nas relações econômicas e financeiras do interessado na escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública e que transmita segurança na realização do futuro contrato.

Compete à União privativamente legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, seja na Administração Pública direta, indireta, fundações instituídas pelo poder público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle, inclusive para os Estados Municípios e Distrito Federal, conforme artigo 22, inciso XXVII da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº19/98.

A escolha do contratante, em regra, é feita através de licitações, pois é o meio considerado legal, proporcionando à administração pública a escolha da proposta mais vantajosa para o Estado, e se dá dentro dos critérios e princípios reguladores da Administração Pública.

Dispõe a lei nº 8.666/93, *in verbis*:

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial [...] para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

A contratação não pode ser nos moldes do disposto no art.7º,§2º, c/ o 9º da Lei 8.666/93, em que se exige plenamente o detalhamento do objeto pretendido com a contratação dos serviços, a Administração não nega estabelecer, se for o caso, para prestação de serviços parâmetros como, dia e hora, no caso de espetáculos artísticos, prazo, obrigações das partes no cumprimento e descumprimento das obrigações.

O Administrador público deve primar e zelar pelo cumprimento dos contratos, pois os mais expressivos artistas não devem estar à margem da Lei, devendo emitir recibos e notas fiscais, procedendo com as mesmas regras que os particulares adotam neste tipo de contratação, objetivo legal de cumprimento de contrato.

Os requisitos para objeto deste tipo de contratação são: que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional; que seja feita diretamente ou mediante empresário exclusivo e que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.



O objeto refere-se à contratação do profissional artista, não o sendo a contratação nesta modalidade os artistas amadores: artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, em local onde se realizam espetáculos de diversão pública. Este profissional deverá estar inscrito na delegacia Regional do Trabalho, como também os agenciadores ligados ao artista, sendo este registro, indispensável para regularidade da contratação.

Nas obrigações adotadas no nosso Código Civil, vigoram três grupos: obrigações de dar, fazer e não fazer, situando-se o objeto da contratação em estudo no art.25, inciso III, da Lei 8.666/93.

A contratação de um artista, considerada como inviabilizadora da competição, constitui típica obrigação de fazer, do tipo *intuitu personae*, isto é, que só pode ser realizada diretamente pelo contratado. Nesse sentido, são úteis as disposições do Código Civil que estabelecem que incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só impostas, ou só por ele exequível. (JACOBY FERNANDES, 2012, p.639)

Seria irregular o fato da subcontratação, pois, se a obrigação não é *intuitu personae*, haverá obrigatoriamente viabilidade de competição, sendo a licitação exigível.

A subcontratação parcial, ou seja, feita para acompanhamento instrumental de um cantor, será admissível se feito pelo mesmo.

Conforme estabelece o nosso Código Civil, se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos. Do mesmo modo, incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

Em alguns ramos artísticos, como é o caso da música popular, os artistas se valem dos serviços do empresário, especialmente em face do volume de compromissos que assumem, pois, se lhes fosse atribuído de gerenciar os contratos, inevitavelmente descuidariam da arte. Ressalte-se também, que existem outros setores artísticos que não utilizam os serviços de empresários, como os poetas, pintores, escultores, etc. Vale destacar novamente é que a lei autoriza que o contrato seja firmado diretamente com o artista ou através de seu empresário exclusivo. (NIEBUHR, 2003, p.203-204)

Essa segunda exigência foi para afastar a ocorrência de fatos que aconteciam em alguns Estados da federação ou órgãos em que estas contratações só ocorriam se feitas por determinado empresário, que monopolizava a intermediação destas contratações.



Objetiva a lei afastar a participação destes agentes empresários que visam exclusivamente ganhar dinheiro à custa do artista, de seu nome, do seu trabalho, auferindo, portanto, lucros expressivos de verbas públicas, contrariando os princípios administrativos. É imperioso que o administrador público exija comprovação da exclusividade do agente.

A terceira exigência estabelecida pelo inciso III do art.25 refere-se à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Essa exigência apresenta uma forte conotação discricionária do agente público, devendo comprovar-se os motivos que levaram à contratação.

Sobre o critério discricionário empregado pela Administração Pública na contratação de artistas, Justen Filho diz:

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 ópera. A recíproca é verdadeira. (JUSTEN FILHO, 2008, P.284)

A amplitude geográfica da consagração é outro ponto especial, para justificar a contratação: haverá inexigibilidade se o profissional for consagrado apenas pela opinião pública de uma cidade? Ou de um Estado? Ou é necessário consagração nacional?

O tema é bastante discutível já tendo sido enfrentado por alguns doutrinadores, quando se referem aos responsáveis pela Administração Pública que dão preferência e contratam artistas locais.

De acordo com Jacoby Fernandes (2012), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm obrigações em relação ao incentivo dos valores artísticos, como consta nas prescrições contidas nos art.23, inciso III e IV, e 216 da Constituição Federal de 1988. Ele acrescenta ainda que:

É o próprio texto constitucional, contudo, que estabelece diferentes níveis de prioridade em relação às ações do governo, não se encontrando aquela obrigação no nível de prioridade. Se há um fundo de verdade no adágio consagrado popularmente de que o povo necessita de pão e circo, também é verdade que o primeiro deve preceder ao segundo, no sentido de que as necessidades básicas merecem prioridade. A forma mais adequada de incentivar o desenvolvimento artístico não é por meio de contratação direta, mas promovendo concursos e premiando-se os melhores. Nesse sentido, o aproveitamento da sociedade será muito mais amplo pela diversidade dos talentos artísticos oferecidos e, principalmente, pela revelação de novos valores. (JACOBY FERNANDES, 2012, p.637)



A Administração pode promover a contratação direta, hipótese restrita, ditada pela discricionariedade do interesse público. Neste caso, face às imposições estabelecidas na norma, a individualidade da produção artística possibilita em regra a inviabilidade de competição. É justamente neste caso que possibilita a discricionariedade do agente público e a criatividade humana latente.

Concordamos com o autor em relação ao adágio popular, ou seja, a prioridade deve ser uma cláusula fundamental, obrigação de o administrador público obedecer aos Princípios norteadores da administração pública da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além do célebre princípio da razoabilidade, também denominado de proporcionalidade.

Em relação à amplitude geográfica da consagração, Jacoby Fernandes questiona:

Demanda referência breve, mas especial, a amplitude geográfica da consagração anteriormente referida para justificar a contratação direta. Haverá inexigibilidade de licitação se o profissional for consagrado apenas pela opinião pública de uma cidade? (JACOBY FERNANDES, 2012, p. 643)

Esta indagação a que se refere o autor é bastante procedente em face de restrição prevista na norma, ou seja, consagrada pela crítica especializada ou pela opinião pública. Há muita discussão com referência a esta matéria podendo haver certa discricionariedade do agente público na contratação destes artistas. É imperioso que esta norma seja revista, pois levita no espaço, causa desconfiança em relação à escolha. E mais:

As ações dos órgãos de controle no campo de avaliação da contratação dos artistas são bastante tímidas, mas, nos termos da nova lei, o preço deverá ser justificado pelo agente responsável pela declaração de inexigibilidade da licitação. O Tribunal de Contas do Distrito Federal enfrentou o tema quando, acolhendo proposição da 1ª Inspeção, decidiu questionar um determinado órgão da Administração sobre os parâmetros utilizados para estabelecer a remuneração pela apresentação de uma banda de música popular, vez que, para a mesma, estava sendo pago valor de outros conjuntos semelhantes, em consagração muitas vezes mais expressiva do que a contratada. O fato demonstra que a área não é tão subjetiva como à primeira vista possa parecer e que as Cortes de Contas iniciam o seu papel de avaliar a eficácia, eficiência e economicidade dos atos de gestão praticados, cumprindo assim seu relevante mister. (JACOBY FERNANDES, 2012, p. 644)

Importante inserção o autor destaca em sua obra, apontando os órgãos de controle e fiscalização dos gastos públicos, quando levanta a timidez para o enfrentamento da questão. Este enfrentamento é de suma importância, pois o beneficiário será o próprio cidadão, que paga



seus impostos, esperando das autoridades públicas investimentos nas áreas sociais. Não consideramos temerário enfrentar a opinião pública que em algumas ocasiões é usada como massa de manobra.

Conforme Cabral Neto (2009), é importante que o Estado promova a cultura, pois é fundamental para o desenvolvimento artístico nacional, para a educação e o lazer do cidadão. Então a inexigibilidade de licitação pública ao contratar serviços artísticos fica submetida ao diferencial dos possíveis licitantes e sua criatividade no momento, requisito puramente subjetivo. Salienta Niebuhr:

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos, por sua vez, encontra fundamento na subjetividade que lhes é imanente. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular. (NIEBUHR, 2003, p.202)

A cultura não é objeto de matemática, ou seja, não pode ser calculada, padronizada, estipulada através de métodos, porém, mesmo sendo inexigível, não deve o Administrador fazer o seu entendimento ao bel prazer, e da forma mais onerosa, mas deve primar pelo respeito aos cidadãos para não incorrer em improbidade administrativa.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece-nos ter aqui um conflito de interesses: de um lado a Administração Pública, com interesses políticos mascarados pela ideia de cultura, e de outro a sociedade, com necessidades específicas. O resultado é a contratação de bandas ou artistas com preços muito superiores aos cobrados em casas de show. E isso só ocorre porque este tipo de proposta de contratação para eventos artísticos não necessita de licitação, contrariando a regra, as normas de contratação na administração pública quando se refere a qualquer outro tipo de serviço.

É necessário o cuidado com o incentivo ao desenvolvimento artístico por parte dos gestores que o promovem, pois, de acordo com Jacoby Fernandes, uma das possibilidades, além da contratação direta, seria a promoção de concursos, premiando os melhores. Não se ignora, diz ele, que ainda assim não teríamos parâmetros seguros já que tratamos da criatividade humana. Mas teríamos o cuidado de só contratar profissionais inscritos na Delegacia Regional de Trabalho. Vale dizer, ainda, devido à especificidade do objeto de contratação, que muitos



cuidados devem acontecer para não contrariar os princípios administrativos, entre eles o nível de prioridade que deve ter o governo.

Quantas pessoas poderiam ter sua qualidade de vida bastante melhorada se o governo instituísse normas de incentivo fiscais para atividades culturais, repassando para a iniciativa privada a contratação do artista musical consagrado pela crítica ou opinião pública na região geográfica, para promover eventos culturais em datas comemorativas?

Entendemos a importância da multiplicidade cultural nos estados da federação, de forma perene, não sendo os direitos sociais nenhum freio para difusão e realizações das manifestações culturais no círculo geográfico, pois são direitos independentes, embora o primeiro deva prevalecer sobre o segundo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 45, de 08.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações e Jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. 4ª ed., rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretária-geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CABRAL NETO, Cirino Adolfo. **Inexigibilidade de licitação**: Contratação de artistas. Leme: Cronus, 2009.

JUSTEN FILHO, Marea. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação. 9ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inegibilidade de licitação**. São Paulo: Dialética, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação. 9ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MATIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**: foco nas Instituições e Ações Governamentais. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.



Revista Do Curso de Direito

ISSN: 2236-3173

SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução a Ciência do Direito**. 6ª ed. Belém: Cejup, 2012.