

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BACHARELADO EM DIREITO

JOEL DIEGO SANTOS MOREIRA

**LICITAÇÕES PÚBLICAS: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FACE A
CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA SHOWS MÚSICAIS NO BRASIL**

Aracaju

2016

JOEL DIEGO SANTOS MOREIRA

**LICITAÇÕES PÚBLICAS: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FACE A
CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA SHOWS MUSICAIS NO BRASIL**

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como requisito parcial e conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador:

Prof. Marcos Vander Costa da Cunha

Aracaju

2016

JOEL DIEGO SANTOS MOREIRA

**LICITAÇÕES PÚBLICAS: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FACE A
CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA SHOWS MUSICAIS NO BRASIL**

Monografia apresentada a Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como pré-requisito de conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em: _____, de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Marcos Vander Costa da Cunha
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

Prof. Pedro Durão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
Examinador

Prof. Alessandro Buarque Couto
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE
Examinador

Dedico este trabalho a minha digníssima mãe, a qual sempre me contemplou com suas fortes expressões de confiança e a meu filho Diego Moreira por tanto afago.

AGRADECIMENTOS

O trabalho é árduo mais a conclusão deste estudo é gratificante, desde seu início se passaram mais de 14 meses, e muitos foram os que tiveram sua parcela no sucesso deste, cabendo, portanto, nesse momento, os meus singelos agradecimentos.

Agradeço primeiramente a Deus arquiteto do universo e que sempre me cobriu com suas bênçãos. Agradeço também a meu pai João Isaias, pois sem ele o sonho da graduação não seria possível, quiçá a conclusão desse trabalho, mesmo com tantas dificuldades na boleia do seu caminhão. Agradeço as minhas irmãs Amanda e Géssika por sempre me darem uma luz quanto aos estudos. Agradeço ao meu cunhado Andrey França por sempre fortalecer os debates.

Agradeço aos meus professores de graduação, sem exceções, que sem dúvida plantarão a semente do direito e da sede pelo conhecimento, os quais serei eternamente grato e em especial destaco os Mestres Fábio Brito Fraga, Evânio Moura, Pedro Durão, Alessandro Buarque, Victor Condorelli, Antonina Gallotti, America Nejain, Alexandre Manoel, Pedro Dias, Augusto César, Diogo Doria, Eduardo Santiago, Ermelino Cerqueira, José Carlos, Leonardo Almeida, Matheus Brito Meira, Olavo Pinto, Thiago Moreira e Sandro Costa.

Agradeço também ao professor de inglês e amigo Úeliton pela tradução do resumo deste trabalho para a língua inglesa. Agradeço a todos os amigos que me deram uma dose de alívio nas noites de sábado. Agradeço em especial a Everto Figueiroa pelo incentivo e pedido de presença nos procedimentos licitatórios, além de prestar-se a eliminar minhas dúvidas sempre que possível. Por fim, mais não menos importante, agradeço ao meu Ilustre orientador, professor Marcos Vander Costa da Cunha por todas orientações necessárias para o sucesso desse estudo.

A cultura forma sábios; a educação, homens.

Louis Bonald

RESUMO

A contratação de bandas do setor musical por meio da dispensa licitatória pela inexigibilidade, tem sido um instrumento bastante usado pelo gestor público e por esse motivo também sendo alvo de várias ações civis e penais públicas promovidas pelo Ministério Público Federal (quando envolve receita advinda da esfera Federal) e Estadual (quando envolve receita Estadual e Municipal). No que concerne a contratação de bandas pelo setor público trataremos nesta pesquisa dos aspectos culturais e sua verificação como direito fundamental, seguindo pelo estudo da licitação pública, seus princípios, obrigatoriedade, dispensa e inexigibilidade de licitação, este último, sendo o nosso foco central. Por fim, mais não menos importante, pois se fez o problema da nossa pesquisa, destacamos as contratações de bandas para shows musicais através do instituto da inexigibilidade de licitação. Ao concluirmos iremos observar que no uso do instituto alhures mencionado diversos são os abusos na contratação de artistas para apresentações musicais, ressaltando que tais abusos acontecem por vários motivos, além dos desrespeitos as regras mínimas que são exigidas pelo inciso III, art. 25, da Lei 8.666/1993 e art. 26 do mesmo diploma legal. Chegamos à conclusão que os requisitos necessários para que se constate a inexigibilidade de licitação não estão sendo observados, como também podemos verificar que muitas vezes não são feitos processos administrativos de pesquisa de preço o que desagua em superfaturamento na contratação, e por fim o desvio do interesse público. Outro aspecto importante que a presente pesquisa verificou é que em alguns casos o gestor poderá fazer o uso do processo licitatório sendo este a regra para contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Palavras-chave: Cultura. Licitação. Shows Musicais.

ABSTRACT

Hiring bands of the music industry through bidding exemption for unenforceability, has been an instrument widely used by public officials and therefore also the target of a number of public civil and criminal actions promoted by the Federal Public Ministry (when it involves income coming from the ball Federal) and State (State when it involves revenue and Municipal). Regarding hiring bands by the public sector deal this study of cultural aspects and its verification as a fundamental right, following the study of public bidding, its principles, obligation, exemption and unenforceability of bidding, the latter being our central focus. Finally, but not least, because it made the problem of our research, we highlight the signings of bands for concerts through the unenforceability of bidding Institute. In concluding we note that the use of the mentioned elsewhere institute are many abuses in hiring artists for musical performances, noting that such abuses occur for various reasons beyond disrespects the minimum standards that are required by section III, art. 25 of Law 8666/1993 and art. 26 of the same law. We came to the conclusion that the requirements necessary for a finding that unenforceability of bidding are not being observed, we can also see that often are not made administrative processes price survey which flows in overpricing in hiring, and finally the deviation public interest. Another important aspect that this study found is that in some cases the manager may make use of the bidding process which is the rule for procurement of goods and services by the Public Administration.

Keywords: Culture. Bidding. Musical Shows.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| CF | Constituição Federal |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| ART | Artigo |
| DRT | Delegacia Regional do Trabalho |
| SATED | Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversão |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | FATORES HISTÓRICO CULTURAIS | 15 |
| 3 | ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 18 |
| | 3.1 Função administrativa | 18 |
| | 3.2 Princípios da administração pública..... | 19 |
| | 3.2.1 Princípio da legalidade | 19 |
| | 3.2.2 Princípio da impessoalidade | 20 |
| | 3.2.3 Princípio da publicidade..... | 21 |
| | 3.2.4 Princípio da moralidade | 22 |
| | 3.2.5 Princípio da eficiência..... | 23 |
| | 3.2.6 Princípio da supremacia do interesse público..... | 24 |
| | 3.2.7 Princípio da indisponibilidade | 25 |
| | 3.3 Controle administrativo | 25 |
| 4 | LICITAÇÃO PÚBLICA | 27 |
| | 4.1 Obrigação de licitar | 27 |
| | 4.2 Dispensa e inexigibilidade de licitação: Diferenças..... | 28 |
| 5 | CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA SHOWS MUSICAIS NO BRASIL | 31 |
| | 5.1 Shows musicais como acesso à cultura..... | 31 |
| | 5.2 Inexigibilidade de licitação | 32 |
| | 5.3 A realização do processo prévio | 33 |
| | 5.4 Profissional do setor artístico | 34 |
| | 5.5 Inexigibilidade de licitação na contratação de profissionais do setor artístico..... | 35 |
| | 5.6 A necessidade do artista contratado possuir registro na delegacia regional do trabalho | 36 |
| | 5.7 Impossibilidade de competição | 37 |
| | 5.8 Contratação direta com o artista | 39 |
| | 5.9 Contratação através de empresário exclusivo..... | 40 |
| | 5.10 Consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública do profissional contratado | 41 |
| | 5.11 Justificativa de preço e a ocorrência de superfaturamento | 42 |
| | 5.12 Responsabilidade nas contratações diretas | 44 |
| | 5.13 Possibilidade de licitação | 45 |
| 6 | CONCLUSÃO | 48 |

| | |
|------------------|----|
| REFERÊNCIAS..... | 51 |
|------------------|----|

1 INTRODUÇÃO

A cultura sem dúvidas é um fator determinante na formação do indivíduo sendo essa responsável por nortear muitas vezes os aspectos éticos e morais de uma sociedade. No Brasil diversas são as manifestações culturais desde os primórdios do seu descobrimento, uma das principais contribuições dos povos que nessa terra se estabeleceram foi a cultura, seja a cultura indígena, portuguesa, africana, italiana, entre outras, e por esse motivo se fez necessária proteção e disseminação da mesma.

Os shows musicais são uma das principais formas de expressão cultural, e por esse motivo, além de todas as disposições constitucionais dando garantias a cultura, a lei 8666/1993 que regulamentou o art.37, XXI, da Constituição Federal, em seu art. 25, III, veio a dar a administração pública entre tantas outras, mais uma possibilidade dessa garantia, qual seja, a contratação de artistas de qualquer setor através da contratação direta, entretanto o que irá nos interessar nesse momento será a contratação de bandas musicais, o qual se faz por meio da inexigibilidade de licitação.

Não só a contratação de bandas musicais mais a maioria dos contratos feitos através da Administração Pública são de grande importância para a movimentação da economia, mais além disso importam em grande geração de empregos, desenvolvimento social, e no caso do nosso trabalho desenvolvimento cultural. Portanto, é de suma importância a atenção a tais contratos, visto que, usados de forma errada poderão gerar efeitos negativos reversos aos setores a cima citados.

Inúmeros são os eventos que necessitam da contratação de bandas musicais em todo Brasil, festas de padroeiras, copa do mundo, olimpíadas, festivais de verão, festivais de inverno, festas juninas, são alguns exemplos de eventos promovidos pela Administração Pública. Entretanto tem se constatado que as contratações de bandas musicais têm sido feitas de forma errada, muitas vezes em desrespeitos a princípios do art. 37 da Constituição Federal e daqueles específicos das licitações, como também desrespeitos aos requisitos previstos no arts. 26 e 25, III, da lei 8666/93, que não observados poderão causar além de danos ao erário

aqueles prejuízos causados a geração de empregos, desenvolvimento social e cultural entre outras já mencionados.

Desta forma as questões que nortearão o presente estudo estão voltadas as perguntas a seguir: Como se dão as contratações de bandas musicais pela Administração Pública no Brasil? Quais os requisitos são exigidos na contratação das bandas musicais no Brasil? Quais são os principais erros que se constata nas contratações de bandas musicais? Nas contratações de profissionais do setor artístico para shows musicais haverá necessidade de registro do mesmo na Delegacia Regional do Trabalho? Deverá o administrador sempre usar do instrumento de inexigibilidade de licitação nas contratações de bandas musicais?

A escolha do tema da presente pesquisa justifica-se pelas razões de atualidade, relevância e pertinência a seguir delineadas. O tema se constata atual pois se consubstancia nas inúmeras contratações de profissionais do setor artístico através do instituto da inexigibilidade de licitação, que ganharam grandes proporções no cenário nacional ao longo de festivais, “copa do mundo 2014”, comemorações culturais, festas juninas, festas de padroeiras, “olimpíadas de 2016”, entre outras. Por outro lado, o tema é relevante pois a muito tem-se observado um aumento nos valores e um redirecionamento das verbas parlamentares, que antes eram destinadas para os setores de obras públicas, e que agora estão sendo destinadas aos setores de eventos. Consequência dessa prática é que se faz *leading case* da referida relevância o emblemático caso do Estado de Sergipe que investiga as chamadas verbas de subvenções e da conhecida operação “avalanche” onde os principais gastos giraram em torno da produção de eventos e financiamento de campanhas eleitorais, ocorrendo posteriormente o retorno de tais verbas para os respectivos parlamentares, cominando em condenações em perdas de mandatos, multas no máximo legal, e ressarcimento aos cofres públicos. (INFONET, 2015). Possuindo, portanto, sua pertinência na suposta falta de fiscalização nas contratações alhures mencionadas além da humilde previsão legal diante de um instituto tão importante, o que conseqüentemente acaba causados danos aos cofres públicos, ao patrimônio cultural e ao próprio interesse público.

Destaca-se como objetivo geral nesta pesquisa o estudo do Instituto da Inexigibilidade licitatória para a contratação de bandas do setor musical no Brasil. Desta forma analisaremos as circunstâncias legais e de fato que deixam margem

para as diversas ilegalidades praticadas por gestores da administração pública, e conseqüentemente observaremos as principais jurisprudências do Tribunal de Contas da União.

Os objetivos específicos serão estudar a cultura no Brasil no que concerne contratação de bandas musicais e sua asseguaração pela Administração Pública; demonstrar os requisitos previstos nos art. 25, III, da lei 8666/93 que trata da inexigibilidade de licitação e os requisitos que deve ser observado pelo Gestor Público; verificar que atualmente no Brasil diversas são as irregularidades nas contratações de bandas musicais e que são pouco tratadas pela doutrina; analisar se em todos os casos deverá ser usado o instituto da dispensa licitatória por inexigibilidade.

Quanto ao aspecto metodológico a presente pesquisa caracteriza-se como preponderantemente bibliográfica por se basear na colheita e fichamento de diversas doutrinas como também da legislação acerca do tema. Quanto a sua natureza a pesquisa é qualitativa e quantitativa pois ao ponto que busca verificar e contrapor as várias ideias apresentadas na investigação cultural como sua natureza, busca também investigar toda e qualquer ideia plausível nas bases da contratação de artistas para shows musicais. Quanto ao objeto é exploratória pois visa conhecer os fatos e fenômenos relacionados ao tema, através de levantamentos bibliográficos, entrevistas, web, entre outras.

A presente pesquisa é composta por esta introdução, quatro capítulos e conclusão. No primeiro capítulo iremos destacar alguns aspectos da evolução histórico cultura, onde iremos enfrentar a problemática entre cultura e direito, observando qual teve o seu nascedouro primeiro. Iremos observar também as diversas influências dos principais povos na cultura brasileira desde o seu descobrimento até os dias atuais, sempre com foco nas manifestações culturais artísticas e por fim destacar a importância da disseminação e proteção cultura, juntamente com a atuação constitucionalização da cultura.

No segundo capítulo iremos estudar as noções introdutórias de Administração Pública que se faz necessárias, como seu conceito, seus princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência. Por fim iremos demonstrar como se procede o controle nas atividades administrativas, com foco nos órgãos

responsáveis por tal, como por exemplo o Tribunal de Contas da União, dos Estados e do Município.

No terceiro capítulo iremos analisar os conceitos de Licitação Pública buscando demonstrar de forma detalhada o procedimento. Outro ponto que iremos analisar está lastreado na obrigação da realização do procedimento licitatório. E por derradeiro iremos conceituar a dispensa e inexigibilidade na realização de licitação, como também focaremos na distinção das duas hipóteses de contratação direta pela Administração Pública.

No quarto capítulo dissecaremos a problemática, pilar do nosso trabalho, onde seguiremos demonstrando os shows musicais como sinônimo de acesso à cultura e delimitando todas as características e requisitos necessários para a contratação de shows musicais pela Administração Pública, como a realização do procedimento prévio, demonstrando o conceito de profissional do setor artístico, a necessidade do artista possuir registro na Delegacia Regional do Trabalho, a impossibilidade de competição, que a contratação seja efetivada de forma direta ou que o artista possua empresário exclusivo e que o mesmo possua consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública passando pela análise conceitual, doutrinária e jurisprudencial de todos os requisitos supramencionados. Além disso analisaremos as questões que envolvem a justificativa do preço prevenindo ocorrências de superfaturamento, como também a responsabilidade nas contratações que se fazem de forma direta. Por fim verificaremos a possibilidade da realização do procedimento licitatório nas contratações de profissionais do setor artístico para shows musicais.

E por fim, a conclusão, onde faremos a análise geral em torno dos resultados que foram alcançados com a pesquisa, buscando colacionar respostas para todas as questões problemas que nortearam este estudo.

2 FATORES HISTÓRICO CULTURAIS

A cultura com tantas outras formas, se expressa também através de shows artísticos o qual buscam a promoção e difusão de uma arte. Portanto, esta merece ter o seu lugar reservado nesse trabalho para que possamos compreender os motivos dos privilégios dados pelo legislador a contratação daquelas pela Administração Pública no Brasil, e para que isso se faça possível será necessária a análise da problemática que se segue. Quem veio primeiro a cultura ou o direito? Essa pergunta é uma daquelas que ainda continuaram por um bom tempo sem resposta, como pressupõe uma passagem de Fortuna Lopes (2005, p. 12):

Referida relação lembra o dilema de elevado gosto popular que investiga o ovo e a galinha, para saber qual dos dois surgiu primeiro. A resposta para a relação cultura/direito, porém, tende a ser muito menos precisa do que a outra (ovo/galinha), pois, neste caso, uma descoberta científica pode definitivamente por fim à dúvida, enquanto naquele, a solução sempre se vinculará a uma série de fatores subjetivos, dentre os quais as próprias definições do que sejam os bens investigados.

Embora várias correntes tentem trazer uma resposta plausível a tal questionamento, muitos fogem do campo da razão para resolver a problemática, algumas chegam a ser plausíveis quanto ao aspecto social, demonstrando que, o direito surgiu a partir do momento que se torna necessário disciplinar limites da vida em sociedade para que não haja abusos aos direitos de outrem, e a cultura teria seu nascedouro na necessidade da perpetuação humana, posto que seu principal objetivo seja a disseminação de informações, e isso não seria possível por um único ser humano isolado, e sobre o tema cultural Cunha Filho (2004, p. 49) traz seu posicionamento:

[...] cultura para o mundo jurídico é a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos.

E nessa linha o que sabemos ao certo é que cultura e direito possuem uma ligação eterna vivendo assim um para o outro, sendo que os rumos tomados na cultura influenciam significativamente na formação do direito material, por outro lado a formação do direito material influencia os aspectos culturais, que como já dito atua limitando as relações entre os indivíduos. Dessa forma podemos verificar que ao

ponto que quanto mais direitos temos, menos cultura teremos, ou seja, haverá uma redução significativa da liberdade individual, e conseqüentemente menos cultura de raiz será produzida.

Desde o seu descobrimento o Brasil já possuía ampla diversidade cultural, não eram poucas as tribos indígenas nativas dessa terra, que como relatos históricos já possuíam seus próprios traços culturais e que assim as diferenciavam uma das outras, rituais, pinturas, comportamentos, linguagem, entre tantos outros traços tão fortes que perpetuam até os dias atuais e mais que isso, 500 anos após a chegada dos Portugueses.

Os Portugueses por sua vez também influenciaram de todas as formas na cultura indígena, inicialmente introduziram religião, técnicas de plantio e sua própria linguagem que é nossa língua mãe até hoje. Mais não só isso, pela necessidade cada vez maior de mão de obra e com o crescimento demasiado do uso de escravos Africanos (povo forte culturalmente), estes foram introduzidos naquele cenário e influenciando assim substancialmente na cultura, cultura está que se tornou presença marcante em praças e nos centros das cidades após a “abolição da escravatura”.

Após os escravos vários foram os povos que aqui chegaram, buscando as riquezas dessa terra e conseqüentemente também trouxeram sua diversidade cultural. Povos Italianos, Franceses, Judeus e Gregos são alguns dos que introduziram sua religião, costumes, comportamento, e técnicas de trabalho, o que nos dá uma dimensão do tamanho e importância que a cultura tem e deve ter para o nosso trabalho e para toda sociedade democrática de direito. Nesse contexto é que atualmente a cultura é tida como direito fundamental por possuir ampla previsão expressa em diversos pontos da Constituição Federal de 1988, são alguns deles o art. 4º, Parágrafo Único, art. 5º, LXXIII, art. 23, III, IV e V, art. 24, VII e IX, art. 30, IX, ganhando também seção específica na Carta Magna (Capítulo III, seção II), entre tantas outras, merecendo destaque especial o art. 215 que determinar proteção do patrimônio cultural feita pelo Estado, mais não só isso, tal proteção também é dada a própria cultura como assevera Cunha Filho (2004, p. 37):

Diante de um texto tão claro, como duvidar que a norma transcrita não define somente o patrimônio cultural, mas, além deste, também outra coisa: a própria cultura? Chega-se a esta conclusão em virtude de um raciocínio lógico, elaborado nos seguintes termos: a definição de um dado objeto de estudo nada mais é do que formulação

lingüística sucinta que dispensa a enumeração pontual de seus elementos componentes, cada um de per si; a contrariu sensu, se se elabora uma relação completa das características do estudado ser, por outro veio se propicia, também, a sua definição. Pondere-se que a cultura é identificada precisamente por suas manifestações; se a norma menciona que todas as manifestações humanas relacionadas à identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira compõem o patrimônio cultural do país, e se, para além disso, nada mais pode ser vislumbrado como cultura, de fato o que o legislador fez foi simultaneamente definir patrimônio cultural e cultura para a seara jurídica do Brasil.

Sem dúvida podemos observar que a proteção a cultura é fator determinante para um equilíbrio e harmonia entre ela e o direito, observando-se que ambos habitam um meio no tempo e no espaço de difícil definição, sendo muitas vezes fator determinante para a construção sólida do direito material. Com base nessas afirmações Cunha Filho (2012, p. 45):

A descrição constitucional do papel imposto ao município para APOIAR a cultura segue uma regra da lógica: quanto menor a extensão, maior a compreensão, ou seja, o constituinte usando expressões singelas como a que contém a ordem para “proporcionar os meios de acesso à cultura” (Art. 23, V, CF/88), “apoiar e incentivar a valorização e a difusão cultural” e “garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional” (Art. 215), deixou ao encargo da edilidade (como dos outros entes políticos) um oceano de possibilidades de atuação, cuja moldura limitadora é difícil mas não impossível de desenhar, o que pode ser feito levando em consideração os fundamentos da nossa República e os princípios constitucionais culturais.

Nessa linha, portanto demonstra-se a importância da proteção e disseminação da cultura a ser dada por todos os setores da sociedade e sobre maneira pela Administração Pública à própria cultura como um todo.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública se configura na atuação estatal de gerir, executar e disciplinar todas as relação e atividades ao qual o Direito Administrativo impõe ao Estado. Se formos analisar a essência da palavra Administração iremos observar que a mesma possui vários sentidos aceitáveis, mais que tais sentidos, notadamente, possuem uma ligação comum entre eles. Dois sentidos da palavra Administração são defendidos pelos estudiosos, onde para alguns signifique gestão ou direção, para outros pode significar executar ou servir. (Bandeira de Melo, 2007). E é como destaca Di Pietro (2014, p. 49) se referindo ao renomado autor alhures colacionado:

O mesmo autor demonstra que a palavra administrar significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo. Em resumo, o vocábulo tanto abrange a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar. Por isso mesmo, alguns autores dão ao vocábulo administração, no direito público, sentido amplo para abranger a legislação e a execução. Outros, nela incluem a função administrativa propriamente dita e a função de governo.

Sendo o Direito Administrativo um ramo do Direito Público onde o principal interesse e predominância deverá ser sempre a satisfação e supremacia do interesse público, especialmente o que se busca com uma conceituação mais ampla possível do que seja Administração é a maior atuação, proteção e gerencia do Estado nas atividades que tomou para si desde os primórdios do seu surgimento.

3.1 Função administrativa

Para entendermos as funções administrativas é de suma importância o estudo das funções das três esferas de poderes que dividem o Estado, quais sejam, Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo. Ao Poder Judiciário cabe de forma típica as funções de aplicação das leis e resolução dos conflitos a ele tutelados. Ao Poder Legislativo cabe de forma típica a criação das leis. Já ao poder executivo cabe tipicamente as funções política e administrativa.

Embora inicialmente os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo possuíam funções típicas, ou seja, ao Legislativo cabia a criação de Leis, ao Judiciário a aplicação das Leis e resolução dos conflitos a ele tutelados, e ao Executivo as funções administrativas e políticas, se fez necessário a maior abrangência dessas funções visando preservar a autonomia – princípio fundamental da separação dos poderes – e é por esse motivo que os três poderes possuem também funções atípicas. (Baltar Neto e Torres, 2015, p. 312).

Embora seja de competência do Executivo a função administrativa como já vimos acima, esta também se encontra presente nas funções atípicas do Legislativo e do Judiciário, passando estes a integrarem a Administração Pública e conseqüentemente devendo, portanto, observâncias das regras de direito administrativo na execução de tais funções. Para nós o que interessa nesse momento são as funções administrativas que apoiam as chamadas atividades de “fomento”, que são caracterizadas pelo incentivo estatal nas atividades privadas de utilidade pública, como por exemplo, a contratação de profissionais do setor artístico para shows musicais, tema que está relacionado com nosso estudo.

3.2 Princípios da administração pública

Devemos observar os princípios tanto como a base para a construção de uma regra normativa firme, como também para prevenir o retrocesso e o escrúpulo humano, servindo, portanto, como base norteadora. Nesse momento irá nos interessar aqueles previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

3.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade orientador de toda a Administração Pública teve seu objetivo voltado para inibir os abusos daqueles que exerçam a chefia da Administração Estatal. O princípio da legalidade é claramente efeito das limitações ao poder do Estado e notadamente da aguda evolução política, dando-se conseqüentemente a formação de um Estado de Direito, ou seja, os atos praticados

pelo administrador deverão observar os ditames da Lei anteriormente confeccionada. (Carvalho Filho, 2005, p. 157).

Por outro viés, e é como iremos observar mais à frente¹, o Poder Legislativo através do Congresso Nacional é responsável pelo controle dos atos administrativos, logicamente a ele cabe em suas funções típicas a criação de leis as quais a Administração Pública está subordinada irrestritamente, baseado no princípio ora estudado.

Outro aspecto importante do princípio da legalidade está voltado ao seu aspecto de proteção ao cidadão quando observado conjuntamente com a criação das normas, tipicamente feitas pelo Poder Legislativo, sendo este o responsável pela representatividade de toda classe social, inclusive das minorias diga-se de passagem, devendo as referidas normas serem construídas de forma que se possa retirar dela a maior abstração, impessoalidade e generalidade possível, garantido assim o interesse de todos os cidadãos. (Bandeira de Melo, 2010, p. 138).

Nesse sentido é que se faz necessária a atuação da Administração Pública sempre de acordo com o princípio da legalidade, para que a mesma jamais deixe de cumprir o seu papel de garantir, e atuar, conforme discipline a lei em consonância com o interesse público.

3.2.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade se torna mais evidente no direito constitucional, caracterizado pelo princípio da imparcialidade e vinculando os magistrados a tomarem decisões desarrazoadas em detrimento de interesses pessoais dele ou de outrem. Já no Direito Administrativo embora a essência seja a mesma, neste, o princípio da impessoalidade vincula a Administração Pública a tomar decisões que favoreçam interesses de determinadas pessoas. Ser impessoal é tomar decisões que não pertençam a alguém em particular. (Dicio, 2009).

Se pudéssemos visualizar uma figura ao qual represente tal princípio seria o da Deusa da Justiça, é notório que tal figura encontra-se com uma venda impedindo sua visibilidade, e distinção sobre tudo que lhe envolve, e prevenindo, portanto, até os seus próprios sentimentos pessoais. Trazendo está visão para o direito

¹ Vide Subitem 3.3 – Controle Administrativo.

administrativo observamos que tal princípios se aplica da mesma forma, impedindo abusos, discriminações, favoritismo, ou qualquer outra forma que cause discriminações em prol de interesse que não estejam de acordo com o interesse público, prevenindo e garantindo senão o princípio da igualdade, onde “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, caput, CF/88) e assim deve ser o atuar da Administração Pública. (Mazza, 2012).

3.2.3 Princípio da publicidade

Como falar de publicidade sem falar de democracia? A democracia como algo do povo e emanada do povo, consubstanciada em nosso meio através de representantes que irão atuar em nosso nome, sendo que aquele que atua em nome de alguém deve prestar informações dos seus atos ao seu nomeador (o povo) através da publicação clara dos seus atos, Bandeira de Melo (2010, p. 114):

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art 5.º, I, c, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Indo um pouco além destaca Mazza (2013, p. 89-90):

Tal princípio encarta-se num contexto geral de livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de transparência na atuação administrativa, como se pode deduzir do conteúdo de diversas normas constitucionais [...] Como os agentes públicos atuam na defesa dos interesses da coletividade, a proibição de condutas sigilosas e atos secretos é um corolário da natureza funcional de suas atividades. Ao dever estatal de garantir a publicidade de seus atos, corresponde o direito do administrado de ter ciência da tramitação de processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas (art. 3º, II, da Lei n. 9.784/99).

O autor Bandeira de Melo alhures colacionado, faz uma importante observação quanto aquelas pessoas que são afetadas por alguma medida do administrador, englobando em tal princípio também aquelas pessoas que não possuam o papel de administrado. Nessa linha o professor Mazza em suas palavras vai além quando diz que “a proibição de condutas sigilosas e atos secretos é um

corolário da natureza funcional de suas atividades”, ou seja, de coisa pública sendo esta por natureza indisponível, não podendo o administrador por mera discricionariedade dispor da mesma.

3.2.4 Princípio da moralidade

A palavra moralidade tem como sinônimo a palavra honestidade, que se baseia em padrões éticos e morais para sua efetivação. Honesto é aquele que se comporta ou está de acordo com os preceitos éticos e socialmente aceitos. (Dicio, 2009). Nessa linha dizer moralidade é formatar a conduta do agente público aos padrões éticos que se espera dele pela sociedade, Bandeira de Melo (2010, p. 119):

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assim sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Sendo assim é imperioso observar que embora os padrões éticos e morais disciplinem a moralidade nos atos praticados, e nasçam de uma conjuntura social, este se diferencia da moral comum, como preconiza Mazza (2012, p. 85):

A moralidade administrativa difere da moral comum. O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis.

Claramente Mazza está pautado em definições que vão além do princípio da legalidade, sendo que este determinar que apenas por meio de lei e suas determinações pode o administrador fazer ou deixar de fazer algo, por isso pontua ressalvas ao final da sua passagem. Dessa forma assim como o autor destacamos a importância do princípio da moralidade como complementador do princípio da legalidade, embora entendamos que nem toda ofensa a moral social será ato de desonestidade observando que tais padrões da moral e dos costumes sociais são

ulteriores ao direito positivado, sendo na verdade a essência da norma, e neste sentido Bandeira de Melo (2010, p. 120):

Quanto a nós, também entendemos que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Prudente são as palavras de Bandeira de Melo ao delimitar que tal princípio na verdade não é pautado na legalidade e sim num reforço a tal princípio. Dessa forma o princípio da moralidade na verdade impõe a todos que fazem parte da Administração Pública uma atuação que atenda todas expectativas sociais na condução pública, como base em uma construção moral feita a partir de atos de praxe executados por outros gestores da mesma forma e com base no que impõe a própria lei.

3.2.5 Princípio da eficiência

Quanto ao princípio da eficiência em escarces na Administração Pública, pressupõe uma atuação célere da mesma, visando a economia de tempo, de recursos e garantindo a eficácia satisfatória dos seus atos, e dessa forma cabe destacar nesse momento as palavras de Mazza (2012, p. 93-94):

Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência. É impossível deixar de relacionar o princípio da eficiência com uma lógica da iniciativa privada de como administrar. Porém, o Estado não é uma empresa; nem sua missão, buscar o lucro. Por isso, o princípio da eficiência não pode ser analisado senão em conjunto com os demais princípios do Direito Administrativo. A eficiência não pode ser usada como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei. Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei.

O princípio da eficiência exige da Administração Pública resultados céleres nos seus atos, entretanto, tais resultados deveram sempre estar de acordo com a lei e como acima destacado por Mazza, tal princípio será sempre analisado de forma

atrelada ao princípio da legalidade, para que se impeça abusos do administrador público sustentando-se no princípio da eficiência. A eficiência é notadamente um ponto esquecido nos terrenos da Administração Pública, entretanto, esta não pode ser confundida com a iniciativa privada, visto que, esta última diferentemente daquela atua via de regra visando o lucro.

3.2.6 Princípio da supremacia do interesse público

Para entendermos o princípio da supremacia do interesse público devemos antes entender que a Administração Pública possui objetivos diferentes da iniciativa privada como anteriormente demonstrado, para observarmos tais diferenças até mesmo na criação das leis, é imperioso a atenção as palavras de Di Pietro (2014, p. 65-66), que expõe:

Esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação. No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.

A iniciativa privada na execução de suas atividades possui como objetivo, via de regra a obtenção de lucro, diferentemente da Administração Pública onde possui seu objetivo principal voltado para a satisfação do interesse público ou interesse da própria sociedade, embora em algum ponto haja discussão quanto a este entendimento. Sabendo disso podemos nos perguntar: Em uma relação entre a Administração Pública – que tem por objetivo a satisfação dos anseios da sociedade – e uma empresa privada – objetivando está em regra o lucro – qual deverá prevalecer? Em regra, o interesse público deverá prevalecer justamente pela existência do princípio em análise, visto que, este atua em nome do bem-estar e dos interesses da própria sociedade.

Outro exemplo onde se mostra claro o princípio da supremacia do interesse público no plano real, é em casos onde a Administração Pública objetiva a execução de alguma obra em determinado local – um hospital por exemplo – sendo que neste

no local onde se objetiva tal construção estejam fixadas propriedades residenciais, entretanto, se constata a necessária da referida obra naquele local, e para o caso o administrador poderá usar a chamada desapropriação, demonstrando a referida necessidade, viabilidade, e que o hospital atende ao interesse público e ao bem estar social, prevalecendo-se de tal princípio. (Carvalho Filho, 2005, p. 202).

3.2.7 Princípio da indisponibilidade

O presente princípio dispõe como sua própria nomenclatura pressupõe, que a Administração Pública, através dos seus gestores, não poderá dispor dos bens e serviços que estão sob sua responsabilidade e que lhe foram dados pela própria sociedade, sendo esta última a verdadeira competente para sua disposição. Dessa forma poderíamos dizer por analogia que a Administração Pública recebeu da sociedade uma verdadeira procuração com cláusulas expressas para apenas administrar, o que pressupõe gerir as atividades e bens de sua responsabilidade, sendo que, apenas poderá fazer algo além do lhe foi conferido através das disposições da lei em decorrência do princípio da legalidade. (Carvalho Filho, 2004, p. 216).

3.3 Controle administrativo

O controle das atividades administrativa se dão de duas formas, sendo um feita de forma interna pela própria Administração Pública e outra de forma externa feita pelos poderes legislativo e judiciário, este último só podendo agir caso seja provocado. A Administração Pública deve observâncias aos princípios constitucionais estudados por nós, quais sejam, o da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, estando sujeitos a sua observância todos os que praticarem funções administrativas no âmbito do Estado. Quanto ao conceito de controle administrativo destaca Baltar Neto e Torres (2015, p. 609 e 110):

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de verificação e correção exercido pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, sobre os atos produzidos pela Administração, visando aferir a observância das normas e princípios de regência.

Sendo o Poder Legislativo um dos principais poderes no que diz respeito ao controle externo das funções administrativas é de salutar importância o destaque ao Tribunal de Contas da União, órgão auxiliador do Congresso Nacional e que tem suas atribuições expressamente estabelecidas na Constituição Federal de 1988. O TCU é um órgão autônomo, com previsão expressa no art. 71 da CF/88, que dentre tantas atribuições é responsável pela fiscalização da aplicação financeira da União, e da Administração Pública direta e indireta, vale ressaltar que a mesma interpretação deve ser dada aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais. Além disso cabe ao Tribunal de Contas o julgamento da utilização das verbas públicas, e por isso iremos analisar algumas decisões proferidas pelo mesmo no tocante às irregularidades praticadas nas contratações de profissionais do setor artístico e que serviram sempre de base para nossos estudos nos próximos capítulos.

O foco das decisões que iremos colacionar estão em sua maioria relacionadas com o art. 25 da lei 8666/1993, o qual determina que a contratação de profissionais do setor artístico – no nosso caso contratação de bandas para shows musicais – será feita através de contratação direta, a qual se efetiva pelo contrato com o próprio profissional ou através de empresário exclusivo sendo aquele que representa o profissional de forma contínua em todas as suas execuções artísticas, empreendendo todo apoio a este necessário, outro requisito é a consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública que é o reconhecimento pelo público daquela região onde será realizada a apresentação artística. Um aspecto importante em tais contratações é a justificativa do preço, que deve ser analisada com muita razoabilidade e baseada em contratos da mesma espécie e com as mesmas pessoas anteriormente praticadas pelo artista, pontos que passaremos a debater a partir de agora.

4 LICITAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, é o meio apto para as aquisições e contratações de bens e serviços pela Administração Pública.

O procedimento licitatório é uma série de atos internos e externos formalizados anteriormente a contratação de um bem ou serviço, dando assim maior segurança jurídica e administrativa caso ocorra a adjudicação do bem ou serviço. Nas mencionadas fases internas e externas alguns procedimentos são de observância obrigatória, como por exemplo, a criação de um projeto básico para determinar minuciosamente o objeto a ser contratado, a elaboração de planilhas de preço onde estarão previstos os valores máximos que serão usados como base para a contratação do bem ou serviço, delimitando preços globais e preço unitários, a formulação de cláusulas contratuais que deverão prever formas de pagamento, realização do serviço, obrigações e deveres de contratante e contratado, até mesmo a previsão de cláusulas penais, entre outros. Todos os procedimentos supramencionados deverão integrar um único instrumento, conhecido também como lei interna da licitação, que é o edital.

Isto posto podemos observar o quão importante é o procedimento licitatório para a Administração Pública em suas contratações de bens e serviços sendo este de execução obrigatória por parte da mesma.

4.1 Obrigação de licitar

A Constituição Federal de 1988 obriga expressamente o Gestor Público a realização do procedimento licitatório, o qual visa promover a competição entre interessados em contratar com a Administração visando o melhor serviço e o melhor preço, resultando assim em melhores propostas. Com o advento da constituinte de 1988 ficou obrigado o legislador a edição de normas específicas para a contratação de bens e serviços feita pela Administração Pública. Tais normas surgiram apenas em 1993 com a edição da lei 8.666 que regulamenta o artigo constitucional alhures mencionado e dispõe de regras aplicadas ao procedimento licitatório, se tornando assim a licitação efetivamente obrigatória.

4.2 Dispensa e inexigibilidade de licitação: Diferenças

A dispensa de licitação se caracteriza pela inviabilidade na realização do procedimento licitatório, embora haja possibilidade de competição ficará a cargo da Administração Pública decidir se será viável ou não a realização do mesmo. Já na inexigibilidade de licitação não será possível a realização da licitação pela inviabilidade de competição. Os casos de dispensa estão previstos expressamente nos artigos 17, I e II, e 24 da lei 8.666/1993, este último trazendo um rol de hipóteses onde a licitação poderá ser dispensada, por outro viés os casos de inexigibilidade de licitação estão previstos no artigo 25 do mesmo diploma legal, cabendo nesse momento as palavras de Di Pietro (2014, p. 395):

[...] na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica 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.

Ou seja, caberá a Administração a partir de sua discricionariedade decidir os casos em que irá ou não realizar o procedimento licitatório – se tratando de dispensa – e a não realização do procedimento licitatório pela unicidade do objeto ou do serviço, estando presente a inviabilidade de competição – se tratando de inexigibilidade – nas palavras de Pietro. Frise-se por oportuno que não estará o gestor, em nenhuma hipótese, desincumbido de analisar tal escolha em conjunto com a supremacia do interesse público.

Quanto a inexigibilidade de licitação a de lembrarmos que embora a Carta Magna assevere que regra será a da realização de processo licitatório, a mesma deixa ressalvas no mesmo dispositivo legal alhures mencionado nas dispensas ou inexigibilidade de licitação que são casos de inviabilidade ou impossibilidade da efetivação de um processo licitatório, e quanto as diferenças a essas, convocamos as orientações do Tribunal de Contas da União (2006, p. 229):

Na dispensa de licitação a lei desobriga o administrador de fazer o procedimento licitatório, mesmo quando a competição mostrar-se possível, enquanto que na inexigibilidade, a licitação é impossível pela inviabilidade de competição ou desnecessária. A licitação impossível pela inviabilidade de competição, caracteriza-se por haver apenas um determinado objeto ou pessoa que atende às necessidades da administração contratante.

É com a inexigibilidade de licitação que devemos nos preocupar nesse momento, pois é esse o objeto do nosso trabalho, qual seja, a do uso de tal instituto para a contratação de bandas para shows artísticos, sendo está uma contratação de caráter único e que em tese não seria passível de competição, dessa forma, no decorrer do trabalho passaremos a analisar os requisitos exigidos pelo inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93. Quanto a contratação do respectivo serviço anteriormente mencionado, quais sejam, a contratação seja direta ou através de empresário exclusivo, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Como já vimos em outro momento do presente trabalho, a Licitação Pública é o procedimento hábil, formalizado pela Administração Pública, para a compra e contratação de bens e serviços de seu interesse. A obrigação da realização do procedimento licitatório tem seu espaço reservado no art. 37, XXI, da CF/88, o qual se faz necessário transcrever nesse momento:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.(Grifo nosso).

Dois pontos merecem destaque no dispositivo constitucional supramencionado. O primeiro é a obrigatoriedade da realização do procedimento licitatório por todos os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta da federação, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. O segundo ponto de observância é que embora a Licitação Pública seja em regra obrigatória o próprio inciso XXI do dispositivo constitucional, já traz exceção ao procedimento em sua primeira parte, onde se ler, “ressalvados os casos especificados na legislação”.

A legislação a qual se refere o artigo é a lei 8.666/93, referida lei regulamenta o dispositivo constitucional em análise trazendo mandamentos quanto ao procedimento licitatório e é lá que encontramos o foco central deste trabalho, que é a inexigibilidade de licitação na contratação de profissional de qualquer setor artístico com enfoque na contratação de bandas para shows musicais e que se encontra previsto no art. 25 da lei alhures mencionada, vejamos:

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.

Como já vimos em outro momento a inexigibilidade de licitação é a inviabilidade da realização da Licitação Pública, que é a regra imposta pelos mandamentos constitucionais a Administração Pública para a compra e contratação de bens e serviços respectivamente, e por isso merece toda nossa atenção pois se trata de casos onde se torna impossível, em regra, o estabelecimento de parâmetros competitivos, motivo que retira o principal objetivo na realização do procedimento licitatório, qual seja, a competição em busca do melhor serviço com o melhor preço para a Administração, buscando sempre a economicidade e o melhor emprego das verbas pública. Outros elementos que merecem destaque e que serão tratados de forma fracionada no próximo capítulo são algumas imposições de observância obrigatória trazida pelo art. 25 e 26 da Lei 8666/93 que regulamenta a primeira parte do artigo 37, XXI, da CF/88 estabelecendo regras aos casos de inexigibilidade do procedimento licitatório.

5 CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA SHOWS MUSICAIS NO BRASIL

Como já pudemos observar, a contratação de bandas feita pela Administração Pública para shows musicais no Brasil, é um dos meios, entre tanto outros, que visam a proteção e disseminação da cultura. Não se faz fato novo a quantidade de produção artística que se multiplica no Brasil, dezenas, se não milhares de artistas que buscam expressar sua arte por via de shows musicais e sem dúvidas isso vem crescendo durante décadas. Seja a cultura de raiz de cada região, seja aquelas trazidas pelos diversos povos que por aqui passaram e que por aqui ficaram, seja as influências trazidas pela globalização, de tudo isso um ponto não resta dúvida, a importância e influência que tais manifestações possuem na sociedade, e portanto, merecendo ampla proteção do Estado.

5.1 Shows musicais como acesso à cultura

A partir da Constituição Federal de 1988 optou o legislador constituinte acertadamente em dar a cultura papel de direito fundamental, possuindo esta ampla previsão constitucional que garante sua proteção e disseminação. São algumas dessas previsões o art. 4º, Parágrafo Único, art. 5º, LXXIII, art. 23, III, IV e V, art. 24, VII e IX, art. 30, IX, ganhando também seção específica na Carta Magna² que destaca referida importância, destacando em seu dispositivo inicial que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215, CF/88).

Sendo os shows artísticos uma das principais manifestações culturais no Brasil, quiçá no mundo, estes são responsáveis por levar em seu dorso características e influências dos mais diversos povos, seja o batuque, o maracatu, o pé de serra, o rock, o forró, o pagode, o axé, todos esses transgridem dimensões temporais e portanto merece ter seu espaço reservado nas garantias que deverão ser observadas pelo Estado conforme dispõe expressamente o dispositivo constitucional supramencionado, objetivando sua perpetuação no tempo. Notadamente esse será o objetivo fundamental nas contratações de profissionais do

² Constituição Federal de 1988, Título VIII, Capítulo III, seção II - Da Cultura.

setor artístico para shows musicais efetivados pela Administração Pública, e por isso é que se faz tão importante o conhecimento dos diversos requisitos que se perfazem nas referidas contratações, para que o seu objetivo seja sempre o da proteção e disseminação da cultura.

5.2 Inexigibilidade de licitação

Em regra, para a contratação de obras, bens e serviços a Administração Pública é obrigada a realização do procedimento licitatório, porém, em alguns casos a própria lei dispõe que, não será necessária a realização do mesmo, como se ver do já transcrito art. 25, da lei 8666/1993. A inexigibilidade de licitações é modalidade de contratação direta por meio da qual a Administração está desobrigada de realizar o procedimento licitatório, por inviabilidade de competição. (TCU, 2010, p. 890).

Sabendo que nas contratações por inexigibilidade também conhecidas como contratação direta haverá a ausência do procedimento licitatório, é de salutar importância a observância pelo gestor público dos diversos requisitos estritamente dispostos na lei, como também daqueles aplicados ao próprio procedimento licitatório, nesse sentido é o posicionamento do Ministro Ubiratan Aguiar (2010, p. 5), que assevera:

Para efetuar-se qualquer despesa pública é imprescindível que haja algum processo prévio – seja sob a forma de licitação, seja de dispensa ou de inexigibilidade –, o qual resulta na formalização de um instrumento contratual. Essa é a razão por que os tribunais de contas se deparam rotineiramente com temas dessa natureza e tem farta jurisprudência com orientações para a adequada observância da legislação.

O Ministro Ubiratan Aguiar demonstra em sua passagem publicada na Revista do TCU que nas contratações feitas pela Administração Pública, seja esta por via da realização do procedimento licitatório, ou pela contratação direta feitas por meio da dispensa e inexigibilidade, é necessário a observância ao estabelecimento de um processo prévio, para que tais contratações possuam o mínimo de segurança jurídica, como base nisso o próprio TCU traz modelo de documento disponibilizado em suas revistas orientadoras e jurisprudenciais onde consta as principais informações que deverão estar presentes no documento que formalize contratações por inexigibilidade. (TCU, 2010, p. 881).

É sob esta ótica que no próximo tópico passaremos a observar algumas nuances de tais procedimentos que antecedem a contratações feitas por meio da inexigibilidade de licitações com enfoque nas contratações de bandas para realização de shows musicais, se enquadrando estas nas contratações de profissionais do setor artístico com previsão expressa no art. 25, III, da Lei 8666/1993.

5.3 A realização do processo prévio

As contratações realizadas pela Administração Pública como já vimos no tópico anterior necessitam da observância de requisitos e procedimentos que antecedem as mesmas, e que são de observância obrigatória daquele que pretende contratar. O objetivo na realização de tais procedimentos é evitar a contratação de um bem ou serviço que não atenda às necessidades da Administração Pública, ou mesmo que supra suas necessidades, não estejam de acordo com princípios fundamentais como é o da economicidade. (Justen Filho, 2004, p 311).

As informações que constarão no procedimento deverão sempre serem colhidas previamente pela Administração, estabelecendo por exemplo característica, cláusulas contratuais, valores, condições de prestação do serviço, garantias, entre outras, que irão formar o Processo Prévio e que irão demonstrar a viabilidade e necessidade do objeto, onde acabarão dando o mínimo de segurança jurídica para as contratações que vierem a ser realizadas. Neste ponto cabe destacar a decisão do TCU que faz menção ao Processo Prévio, que é instrumento que antecede a contratação, para demonstrar a importância que o mesmo possui nas contratações feitas pela Administração, senão, vejamos o Acórdão 1071/2009 Plenário:

Assim, **esse conjunto de informações que deve estar disponível antes da decisão de contratar compõe o projeto básico**, que é peça fundamental para a demonstração da viabilidade e conveniência da contratação. Conforme preleciona Marçal Justen Filho, **mesmo nas contratações diretas, é exigido “um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível (...)**. Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação”.(Grifo nosso).

Com a referida decisão alhures mencionadas podemos observar que o Procedimento Prévio além de possuir tamanha importância na definição do objeto

que será contratado para demonstrar sua viabilidade e conveniência,³ o mesmo também dispõe de aspectos em regra vinculantes, ou seja, estará obrigado o Administrador após a realização de tal procedimento, ao cumprimento e observância dos limites constantes neste, sendo ou não realizada licitação. Vale ressaltar que nos casos de contratação direta tal procedimento resta ainda mais importante dada a ausência da realização do procedimento licitatório, no entanto, visto que nas contratações de profissionais do setor artístico se mostra impossível a determinação do objeto, nesse caso vejamos o que diz Jacoby (2010, p. 13):

Está aí, uma hipótese em que a contratação não pode se efetivar com o atendimento pleno do disposto no art. 7º, § 2º, c/c. o 9º da Lei 8.666/93, que exige rigoroso detalhamento do objeto pretendido com a contratação dos serviços. **Poderá, contudo, a Administração, se for o caso, estabelecer os parâmetros para a prestação dos serviços, como dia e hora – no caso de espetáculos artísticos – prazo, ônus das partes no cumprimento e no descumprimento da obrigação.**(Grifo nosso)

Embora se faça impossível a delimitação de forma específica do objeto a ser contratado deverá o Administrador sob essas circunstâncias delimitar aspectos que se mostrem relevantes para a prestação do serviço, como claramente demonstra Jacoby em passagem a cima transcrita, o que via de regra não se constata nas contratações de shows artísticos, geralmente agindo o Administrador sem nenhum documento formal que viabilize a referida contratação, tornando-se evidente o risco a diversas irregularidade e abusos, motivos de longe relevantes e justificáveis para a realização do processo prévio.

5.4 Profissional do setor artístico

Nesse momento se faz necessário definir o conceito da palavra artista, e para isso buscamos compreender sua evolução, desde sua conceituação clássica até sua conceituação legal. Segundo Platão em ideia formulada na Grécia clássica o mundo que enxergamos não é o mundo real, ou seja, para ele, o que vemos na verdade é uma cópia do mundo real, e que o artista produz sua arte baseado nesse mundo que vê, sendo assim para Platão toda arte produzida por este artista, não

³ Objetivo da realização do Projeto Básico definido no Acórdão 1071/2009 Plenário. Tribunal de Contas da União.

será nada mais que uma cópia da cópia do produto original, dessa forma em sua visão o artista não merecia espaço na sociedade pois para ele o mundo ideal seria o mundo das ideias. Já para Aristóteles, embora concorde que o artista produza uma cópia do que ver, o mesmo entende que ao produzir, o artista põe em sua obra características que se mostram interessantes, e que irá depender de sua própria interpretação, podendo trazer em sua arte características únicas, ponto que se mostra de suma importância. (Liberato, 2011).

Artista é a pessoa que interpreta uma obra musical, teatral, cinematográfica, coreográfica. (Dicio, 2009). Com o passar dos anos o conceito de artista vem se expandindo, sendo artística não só aqueles que fabrique o produto artístico, mais indo além dessa conceituação evidentemente ultrapassada destacamos que Artista nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais em que se realizam espetáculos de diversão pública.

Os conceitos trazidos por Fernandes demonstram as previsões dispostas na lei 6.533/78 que regulamenta a profissão de artistas e técnicos em espetáculos de diversão e que notadamente deu ao artista um conceito amplo e preciso fazendo jus a sua posição no cenário atual.

5.5 Inexigibilidade de licitação na contratação de profissionais do setor artístico

A contratação de profissionais do setor artístico formalizados pela Administração Pública é a exceção à regra da realização do procedimento licitatório, ou seja, nesses casos deveram ser observadas as regras contidas no art. 25 da lei 8.666/1993 que são aquelas aplicadas a inexigibilidade de licitação, além de outras que se façam necessárias para que seja garantida a segurança jurídica e administrativa em tais contratações, senão vejamos:

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.** (Grifo nosso).

Dentre tantos requisitos que se fazem indispensáveis para a não realização do procedimento licitatório alguns merecem destaque - como é o caso da impossibilidade de competição nessas contratações – que a contratação seja feita diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo e que este possua consagração reconhecida pela crítica especializada ou pela opinião pública, assuntos que iremos abordar adiante. Ademais a realização de um procedimento prévio⁴ com a consequente justificativa do preço também se mostra fundamental. Serão tais exigências contidas na legislação supramencionada que passarão a fazer as vezes do timoneiro do nosso trabalho nesse momento.

5.6 A necessidade do artista contratado possuir registro na delegacia regional do trabalho

Apesar deste não ser um tema novo, visto que teve sua previsão legal estabelecida para os profissionais e técnicos em espetáculos em 1978 na Lei 6.533 que regulamenta a profissão, o mesmo se mostra bastante atual nas discussões do seio técnico e artístico, embora a Administração Pública no procedimento das contratações de bandas para shows musicais não faça exigências quanto a necessidade do artista contratado possuir registro na Delegacia Regional do Trabalho.

O registro DRT nada mais é que, o reconhecimento e posterior registro das atividades técnicas ou artísticas exercidas, na carteira profissional do requerente atestadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O registro DRT possui pertinência no caráter técnico pois será esse que dará ao profissional o status de apto para a realização ou execução da produção artística. Indo um pouco além o DRT é reconhecido como o meio ao qual o artista se torna legalmente profissional e capaz ao exercício da profissão. Nesse ponto cabe destacar a expressa previsão legal, dispondo que, “o exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional”.⁵

⁴ Determinação contida no Parágrafo único do art.26 da lei 8.666/93.

⁵ Art. 6º da Lei 6.533/78.

Sendo o registro na Delegacia Regional do Trabalho meio necessário para o exercício da profissão, este se mostra necessário não só para os artistas contratados pela Administração Pública, em verdade, todos os artistas para o livre exercício de sua profissão estão obrigados a possuir o registro DRT sendo que será por este que se constatará a aptidão para a execução dos shows artísticos ou arte de qualquer natureza. Essa obrigatoriedade é também destacada por Fernandes (2010, p. 14), dispondo que:

O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho. Recomendação essa, válida também, aos agenciadores dessa mão de obra, **constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação.** (Grifo nosso).

O autor trazido à baila destaca ainda que, em caso da ocorrência de contratação de shows artísticos formalizadas através de empresário exclusivo recomenda-se que este, também possua o registro DRT, que serão intermediados via de regra pelo SATED, o qual será responsável por constatar a ocorrência de apresentações realizadas pelo artista, prêmios, cursos técnicos, experiência, entre outras formas que atestem sua capacidade artística, e por fim, podendo ou não serem ratificadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Por oportuno, vale destacar, que nas contratações onde são realizados os procedimentos licitatórios é comum encontrar exigências para que aquele que pretende contratar com a Administração Pública possua o respectivo registro na Delegacia Regional do Trabalho nos seus respectivos editais, razão pela qual se mostra ainda mais pertinente a presença da DRT nas contratações efetivadas por via da inexigibilidade de licitação proporcionando dessa forma maior segurança técnica e qualidade nas futuras contratações, sendo esse um dos principais pontos de observância nas respectivas contratações, qual seja, que o serviço seja prestado com qualidade e segurança e dessa forma atender todas as exigências que giram em torno do interesse público.

5.7 Impossibilidade de competição

A competição nos procedimentos licitatórios é materializada pela disputa dos vários interessados em serem contratados pela Administração Pública. Nessas disputas, geralmente acompanhadas pela comissão responsável por conduzir a

execução do certame, consegue-se, geralmente, obter melhores propostas para os mesmos objetos ou serviços que se pretende contratar ou adquirir respectivamente. A possibilidade de competição é uma das principais justificativas para que a Administração Pública realize o procedimento licitatório, sendo que é através, desse que se busca os melhores preços para o mesmos serviços e objetos. Contudo, em alguns casos se fará impossível a competição e conseqüentemente será impossível a realização do procedimento licitatório, conforme Di Pietro (2014, p. 397 - 398), que diz, “Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; [...] Se a competição inexistir, não há que se falar em licitação. ”

A impossibilidade de competição se constatará quando um determinado objeto ou serviço a ser contratado possua características a qual lhe torne único, ou seja, sendo detentor de atributos que o diferencie de qualquer outro. Para entendermos melhor como se dá a impossibilidade de competição, podemos citar como exemplo a hipótese da contratação de um show artístico, onde o artista contratado seja a banda Aviões do Forró, porém no dia do evento a banda não vai ao show, todavia, manda em seu lugar o artista Wesley Safadão que, embora seja do mesmo estilo musical, seus shows possuem características artísticas próprias com peculiaridades únicas nas palavras de Bandeira de Mello (2010, p. 541 - 542):

25. Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe -, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), **expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro cabem os mais variados serviços:[...]uma exibição de orquestra sinfônica; [...].** (Grifo nosso).

Outro aspecto que merece ser destacado é que via de regra todos os serviços que possuam características próprias, ao qual não pertença a nenhum outro estão impossibilitados de competição justamente por seu caráter único, e nessa linha é que destacamos que não só os serviços previsto no art. 25 da Lei 8.666/1993 são passíveis de serem contratados por via da inexigibilidade, e sim todos aqueles serviços que possuam característica únicas, sendo assim o rol apresentado é meramente exemplificativo. Uma das características decorrentes da supramencionada unicidade do serviço é a infungibilidade dos serviços contratados

formalizados por via da inexigibilidade, ou seja, nessas contratações não a possibilidade de substituição do serviço contratado por outro, logicamente.

Quanto a inviabilidade de competição há ainda que se observar que a Administração Pública não poderá se valer desses motivos para efetuar contratações sem razão, ou seja, ao seu bel prazer, devendo sempre observar em seus procedimentos de inexigibilidade ou de qualquer outra contratação direta o interesse público, e sobre o tema Justen Filho (2004, p. 288) assevera:

A Lei reprime o abuso na contratação direta, seja nos casos de inexigibilidade seja naqueles de dispensa. Deve ter-se em vista que a autorização para contratação direta não importa liberação para a Administração realizar contratações desastrosas, não vantajosas ou inadequadas. A Administração tem o dever de buscar, sempre, a maior vantagem para o interesse público. **Esse dever não é afastado nos casos de inviabilidade de competição.**

Contudo o que se observa nos casos onde a inviabilidade de competição esteja presente é a recomendação para que a Administração Pública se apodere da observância de outros requisitos, e aqui poderíamos citar a adequação irrestrita ao projeto básico formalizado para a contratação, tema alhures discutido, a razoabilidade no valor das contratações, tema que iremos debater adiante, a discussão da proposta apresentada buscando melhor preço, mais sobre tudo a prevalência sempre do interesse público.

5.8 Contratação direta com o artista

Como já vimos no art. 25, III, da lei 8.666/1993 um dos requisitos para a contratação legal de profissionais do setor artístico é que essa contratação seja realizada de forma direta com o próprio artista. A contratação direta é fator que se mostra relevante, visto que, possibilitará a Administração formalizar seus contratos sem que haja nesse meio termo intermediadores que acabam por vezes distorcendo valores das contratações e conseqüentemente trazendo aumentos significativos em propostas de preço. Embora a Administração Pública deva, sempre que possível, formalizar as contratações de profissionais do setor artístico diretamente com mesmo, o própria artigo da lei supramencionada determina que caso o artista possua empresário exclusivo as contratações poderão se dar através deste, sob a

observância de todas as exigências delimitadas e que passaremos a tratar com mais ênfase a seguir.

5.9 Contratação através de empresário exclusivo

As contratações de profissionais do setor artístico poderão ser realizadas através do chamado empresário exclusivo. O empresário exclusivo é aquele que embora faça as vezes do intermediador este o faz em caráter permanente, sem características de oportunismo. Em verdade atualmente os empresários se mostram muito importantes no cenário artístico, visto que, esses efetuam verdadeiro papel de agenciadores da arte e do artista ao qual esteja vinculado. Uma analogia que podemos fazer ao empresário exclusivo é com o comerciante de um produto próprio e único, este deverá para obter lucro, oferecer aos possíveis consumidores características do produto, apresentar o produto, divulgar o produto com um objetivo central que é, vender e expandir o seu comércio, o mesmo ocorre com os empresários exclusivos do setor artístico e é por esse motivo que grande parte das contratações são realizadas através deste. Para o tema convidamos Fernandes (2010, p. 15) que dispõe:

Agora, a contratação ou é feita diretamente com o artista ou com o seu empresário exclusivo, como tal entendendo-se o profissional ou agência que intermedia, com caráter de exclusividade, o trabalho de determinado artista. Numa analogia, é o fornecedor exclusivo daquela mão de obra.

Observando que em maioria as contratações de profissionais do setor artístico são feitas através do empresário exclusivo a aparência de algumas irregularidades são constatadas em tais contratações, sendo que alguns casos podemos observar a perda da própria inviabilidade de competição, além de contratações feitas através de intermediadores oportunistas, e nesse momento colacionamos trechos da linha jurisprudencial que dispõe o TCU::

Inclua nos processos de inexigibilidade de licitação a declaração de exclusividade ou, na impossibilidade, documento que comprove ser o contratado o único fornecedor das respectivas áreas e/ou serviços. Acórdão 822/2005 Plenário.

Recomenda que, quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou

gêneros (art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), adote medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes. Acórdão 223/2005 Plenário.

:

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: 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 está restrita a localidade do evento;** [...]. Acórdão 96/2008 Plenário.

Está última decisão a qual colacionamos é de suma importância pois esta traz algumas das características de validade para a formalização do contrato de exclusividade, que deverá ser aceito pela Administração que pretender efetuar contratações de profissionais do setor artístico, primando aqueles contratos que diferem de contratos de exclusividade, que como destacado na resignada decisão são aqueles direcionados apenas para os dias de apresentação dos artistas. Notadamente o que se buscou nessa decisão foi justamente evitar o intermediário oportunista que acaba por vezes causando distorções nos valores das propostas de preço, visto que este objetiva apenas o lucro. Contudo devemos sempre ter em mente a importância que tem o empresário exclusivo para o cenário artístico sendo que esse possui essencial função na difusão e disseminação da arte ao qual está vinculado, tendo atributo de peça fundamental no tabuleiro artístico.

5.10 Consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública do profissional contratado

Sendo a consagração um dos requisitos que se fazem presentes nas contratações de profissionais do setor artístico realizadas pela Administração Pública será necessário necessária delinear alguns aspectos fundamentais para definir limites de suma importância, e que deverão ser observados em possíveis contratações feitas pela Administração. Podemos dizer que a consagração de um artista é o reconhecimento do público a sua arte. Frise-se que a consagração do artista se dará com o reconhecimento da sua arte no tempo e no espaço o que não

se confunde com mera fama, devendo está última ser vinculada inteiramente a pessoa e não ao artista. Para melhor compreensão habemus que invitar Carvalho Filho (2010, p. 250):

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, 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.

Nas palavras de Carvalho Filho a consagração ou reconhecimento pode variar no tempo e no espaço. Quanto a consagração no espaço está se torna mais clara quando à analisamos levando em consideração a dimensão geográfica do Brasil, e para isso usaremos como exemplo um artista que tem sua arte reconhecida pela opinião pública ou pela crítica especializada no Amazonas, e, não sendo reconhecido da mesma forma no Rio de Janeiro, nesse contexto não haveria justificativa, portanto, para a contratação daquele artista pela Administração Pública do Rio de Janeiro, com exceção logicamente dos casos em que o artista ganha proporções nacionais, senão mundiais. Quanto a consagração no tempo podemos entender como aquela que existe em determinado lapso temporal, um exemplo seria o artista que teve sua arte reconhecida pela crítica especializada ou pela opinião pública 2 anos atrás – a este tempo estaria preenchido o requisito – entretanto, hoje já não detém do mesmo reconhecimento, não restando, portanto, justificativa para sua contratação, embora esse requisito tenha sido em algum momento preenchido.

Contudo, vale ressaltar que, a consagração pela crítica especializada e pela opinião pública é requisito essencial que deve estar presente para que se faça possível a contratação de profissionais do setor artístico através do instituto da inexigibilidade de licitação, sendo que, a não observância de tal requisito acarretará a nulidade da contratação.

5.11 Justificativa de preço e a ocorrência de superfaturamento

A justificativa de preço nas contratações de profissionais do setor artístico é tema que possui sua relevância nas supostas ocorrências de superfaturamento nas referidas contratações, fato que torna tal requisito um dos principais motivos de

possíveis irregularidades e por isso se faz necessário o estabelecimento de parâmetros que deverão ser seguidos pela Administração. Aqui cabe-nos relembrar a importância da competição no procedimento de licitação, esta dá a Administração Pública pluralidade de fornecedores dispostos a contratar com a mesma, e conseqüentemente a obtenção de melhores preços para o objeto a ser contratado, algo que como já vimos se faz impossível nas contratações de profissionais do setor artístico⁶, e com a palavra Justen Filho (2004, p. 288):

Mesmo nos casos de ausência de pluralidade de alternativas, a Administração tem o dever de buscar o melhor contrato possível. Não se justifica uma contratação com valores abusivos simplesmente porque a única alternativa era aquela.

Ou seja, mesmo nas contratações de profissionais do setor artístico caberá ao Administrador escolher a melhor proposta para o interesse público, observando sempre o princípio da supremacia do interesse público, que se configura pela consagração do interesse coletivo onde este deve prevalecer sobre o interesse do administrador ou de outrem, seja quem for. (Gomes, 2011). Dessa forma deverá o administrador sempre optar pela melhor proposta, e para isso deverá este levar em consideração outras contratações já efetuadas com outros órgãos da Administração ou constate em registro de preço, como assevera Pinheiro (2012, p. 94):

Não se desincumbe o Gestor Público, por sua vez, de demonstrar que o valor do contrato está em conformidade com os contratos da mesma natureza recentemente firmados por aquele artista no âmbito dos contratos firmados entre particulares, nem tampouco com o preço compatível para aquela apresentação artística.

Embora concordamos com a resignada autora quanto a obrigação do Gestor Público selar pelos valores dos contratos, com a devida vênia discordamos quanto a que estes estejam em conformidade com contratos feitos com particulares, visto que, os contratos feitos com particulares estão em condições que o diferenciam totalmente dos contratos feitos pela Administração Pública, talvez por aqueles possuírem características horizontais – contratante e contratado via de regra estão na mesma posição sobre as mesmas regras – e estes possuírem características verticais – Administração Pública em posição de supremacia sobre o particular – o que acaba influenciando significativamente nas propostas de preço, sendo que caso

⁶ Vide subitem 5.7 - Impossibilidade de Competição.

sejam os contratos com particulares usados, que sejam feitos apenas como relativa referência, neste ponto cabe destacar trechos jurisprudenciais do TCU:

Atente, no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para que a situação seja circunstanciadamente justificada inclusive quanto ao preço e ratificada pela autoridade competente, [...]. Acórdão 204/2005 Plenário.

Proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório [...]. Acórdão 628/2005 Segunda Câmara

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993. Acórdão 822/2005 Plenário.

Notadamente a jurisprudência do TCU demonstra a importância da realização de consultas de preço pelo Gestor Público nas contratações diretas visando escolher a melhor proposta, e conseqüentemente a justificativa do mesmo, que deverá estar contida em procedimento prévio que fundamente a contratação, evitando desta forma a ocorrência de superfaturamento e mal uso das verbas públicas, caso contrário este poderá ser responsabilizado nos termos da Lei 8.666/1993, com autorização expressa no §2º do art. 25, do mesmo diploma legal.

5.12 Responsabilidade nas contratações diretas

A responsabilidade nas contratações que se fazem de forma direta em caso de abusos se torna ainda mais evidente, visto que os envolvidos nessas contratações se apoderam da previsão legal para cometer abusos, embora estes devam a todo momento observar estritamente os limites da indisponibilidade do interesse público e resguardar a supremacia do interesse público. Não só o gestor público é passível de responsabilização nesse contexto, podendo também ser responsabilizados solidariamente todos aqueles que estiverem envolvidos na

relação contratual com animus doloso, e quanto a isso destacamos o §2º art. 25 da Lei 8.666/1993, que dispõe:

Comprovado superfaturamento, nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor do bem, ou o executor da obra ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Nesse aspecto merece destaque também o posicionamento atual do TCU proferido no Acórdão 2684/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator):

Outro aspecto importante a ser focalizado diz respeito ao abuso na contratação direta. Tanto a inexigibilidade quanto a dispensa não podem resultar em contratações desvantajosas para a Administração. Nesse sentido, caso comprovado superfaturamento, o § 2º do art. 25 da Lei de Licitações prevê a responsabilização solidária, pelo dano causado a Fazenda Pública, do fornecedor ou do prestador de serviços e do agente público responsável, “sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

As contratações de profissionais do setor artístico que se façam desvantajosas para a Administração Pública, além de resultarem em danos aos cofres públicos, causam danos a cultura e a própria sociedade, visto que, as mesmas estarão desvirtuadas do seu objetivo fundamental, qual seja, o de proteção e disseminação da cultura, significando que havendo ocorrência de contratações desvantajosas e estando presente o animus doloso, estas deverão ser fortemente combatidas com a responsabilização dos envolvidos por todos os meios possíveis, inclusive do próprio Gestor Público, devendo a sociedade está atenda a essas contratações.

5.13 Possibilidade de licitação

No tópico finalístico do nosso trabalho não poderíamos deixar de analisar a possibilidade do procedimento licitatório nas contratações de profissionais do setor artístico para shows musicais, para isso devemos lembrar alguns pontos que justificam tal contratação. Sabendo que a principal justificativa nas contratações formalizadas por meio da inexigibilidade de licitação é a impossibilidade de competição, caracterizando-se esta pelo aspecto singular⁷ do serviço a ser

⁷ Vide Subitem 5.7 deste trabalho.

contratado, devemos analisar quando esta não se faz presente. Infelizmente o uso da inexigibilidade tem sido a regra nas contratações de profissionais do setor artístico para shows musicais, se apoderando o Gestor de previsão legal para tal ocorrência.

Com a enorme quantidade de profissionais do setor artístico que se proliferam no ramo dos shows musicais, há de se observar que, alguns estilos possuem as mesmas características, sendo que em alguns casos se torna tarefa difícil distinguir o artista executante daquela obra, restando questionada o caráter singular da sua arte, com exceção logicamente dos artistas que ultrapassam os limites da consagração⁸, além do fato que em grande maioria das vezes tais profissionais são contratados na mesma época, no mesmo local, e em determinadas regiões, vultosa quantidade de artistas do mesmo estilo musical, o que em nada traz estímulos a cultura, e por isso convidamos Fernandes (2010, p. 17) que expõe:

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. A própria lei determinou que fosse dada preferência a essa modalidade de licitação e, por ausência de controle, se vem fazendo tábula rasa de uma ordem legal.

Devemos analisar as orientações de Fernandes com razoabilidade, pois como já destacado, em casos específicos se mostra impossível a competição sendo que esta estando presente impossível será a realização do procedimento licitatório, entretanto, observamos que em outras situações poderemos constatar dúvidas quanto a possibilidade de competição, caso estejam presentes características comuns no conteúdo artístico como alhures mencionado, nesse passo estando presente a dúvida a realização do procedimento licitatório deverá ser objetiva, e nesse ponto destacamos o entendimento adotado pelo TRF da 5ª região, que dispõe:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. DE FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CAUSA DE INEXIGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. CONTRATAÇÃO DE BANDAS PARA O SÃO JOÃO DO MUNICÍPIO DE AREIA BRANCA/SE. IMPOSSIBILIDADE

⁸ Um exemplo que poderíamos dar de artistas que ultrapassam os limites da consagração, embora pareça clichê, é o mais apropriado, sendo este o do Rei Roberto Carlos.

DE QUANTIFICAÇÃO DO DANO. CONDUTA ÍMPROBA DENQUADRADA NO ART. 10, VIII, DA LEI Nº 8.249/92. INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESENÇA DE DOLO POR PARTE DOS DEMANDADOS. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. 1. Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 4. Ademais, restou também **descumprido o requisito da consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública**, vez que, **pela análise das propagandas das bandas contratadas, depreende-se que se tratam de bandas de pequeno porte, cujo estilo musical não lhes são peculiar e nem foram por elas criado, podendo ser perfeitamente apresentado por outras**. Neste viés, **plenamente possível a concorrência**, de modo que possibilitaria à Administração Pública a contratação pelo menor preço.(Grifo nosso).

Com a decisão a cima e com os diversos elementos alhures mencionados podemos observar que em alguns casos onde a produção cultural não seja única, ou na visão de Aristóteles, seja apenas um reproduutor de algo pré-constituído, muitas vezes se confundindo com outras artes estará presente a possibilidade de competição, mostrando-se possível a realização do procedimento licitatório.

6 CONCLUSÃO

A cultura é fator que muitas vezes se confundi com o próprio direito, tanto quanto ao nascimento de ambos – questão mais difícil do que a problemática que visa descobrir quem nasceu primeiro, ovo e da galinha – quanto na influência que um exerce no outro, sendo a cultura e os costumes muitas vezes o elemento pré-construtivo da norma – fonte formal – e o direito sendo um verdadeiro limitador dos próprios costumes, e nesse ponto a de se observar que, quanto mais direitos tivermos, menos liberdade teremos.

Desde o seu descobrimento o Brasil sempre teve influências culturais muito fortes, seja a cultura indígena, seja a influência portuguesa, italiana, inglesa, africana, – este último trazendo fortes traços culturais –, sendo tão fortes que ainda nos influenciam mais de 500 anos depois, religião, gastronomia, danças, musicas, entre outras tantas outras expressões culturais.

Como podemos observar na presente pesquisa felizmente a cultura tem ganhado grande destaque no direito brasileiro, tanto é que podemos encontrar sua ampla proteção no texto mais importante do nosso ordenamento, qual seja, a Constituição Federal de 1988. O legislador constituinte elencou inúmeros artigos dando ampla assistência a cultura, tão ampla que reservou o legislador uma seção específica para a cultura, determinando que o Estado é responsável por, garantir e disseminar a cultura.

Uma das formas de garantir a proteção e disseminação da cultura feita pela Administração Pública é a contratação de profissionais do setor artístico para a realização de shows musicais. Podemos observar que a regra para todo procedimento de contratação de bens e serviços, é a realização de um procedimento chamado de “licitação” e que garante segurança jurídica e administrativa em tais contratações, entretanto podemos ver que em alguns casos poderá haver exceções a tal procedimento, em caso de dispensa ou inexigibilidade, onde podemos observar as principais diferenças entre ambos.

Notadamente com o presente estudo conseguimos conhecer um pouco mais da importância que as manifestações culturais e a própria cultura possui na nova tendência constitucional, e como todos nós e sobremaneira o Estado devemos sempre buscar a proteção e disseminação das raízes culturais. Nesse passo

verificamos que a Administração Pública no âmbito dos shows musicais se vale do instituto da inexigibilidade de licitação para as contratações de shows artísticos com o principal objetivo de fomentar a cultura.

Antes de passarmos adiante podemos observar alguns dos princípios mais importantes da Administração Pública, como o princípio da legalidade que impõe uma atuação administrativa sempre em conformidade com os mandos da lei; o princípio da impessoalidade dispondo que a Administração não poderá atuar com sentimento pessoais ou com base em um caso específico a qual tenha interesse; o princípio da moralidade nos demonstrou que ser moral é ser honesto e agir de acordo com os padrões que a sociedade impõe; podemos observar também que todos os atos, quanto documentos e informações deverão observar o princípio da publicidade, podendo o cidadão ter livre acesso a todos; o princípio da eficiência nos mostrou que a Administração no exercício de suas funções deverá sempre buscar resultados céleres, entretanto, sempre com a observância da lei. Observou-se também que a Administração Pública deve seguimento a dois princípios que jamais serão desvinculados da sua atuação, quais sejam, os princípios da Supremacia do Interesse Público determinando que nas relações entre o interesse público e o interesse privado, prevalecerá o interesse público, e o Princípio da Indisponibilidade dispondo que o administrador não poderá dispor dos bens e interesses públicos sem a devida previsão legal.

Notadamente com o presente estudo conseguimos conhecer um pouco mais da importância que as manifestações culturais e a própria cultura possui na nova tendência constitucional, e como todos nós e sobremaneira o Estado devemos sempre buscar a proteção e disseminação das raízes culturais. Nesse passo verificamos que a Administração Pública no âmbito dos shows musicais se vale do instituto da inexigibilidade de licitação para as contratações de shows artísticos com o principal objetivo de fomentar a cultura.

Quanto aos requisitos exigidos para as contratações de bandas musicais no Brasil podemos observar que inúmeros são os requisitos para as referidas contratações que passam pela existência de um processo prévio anterior a contratação, impossibilidade de competição nessas contratações, que a contratação seja feita de forma direta ou através de um empresário que possua exclusividade do artista, que o mesmo seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião

pública, além da necessidade de se demonstrar a justificativa no valor da contratação.

Quanto aos abusos praticados nas contratações de bandas para shows musicas observamos com base nas decisões do Tribunal de Contas da União que as irregularidade passam por contratos de exclusividade sem caráter exclusivo, e nesse ponto destacamos a diferença do empresário exclusivo e do mero intermediário, observamos a inexistência de qualquer procedimento prévio que justifique a contratação, além de casos onde não se torna possível verificar a consagração do artista e nesse ponto destacamos a consagração no tempo e no espaço, e por fim a ocorrência de superfaturamento.

Um ponto importante que buscamos destacar foi a necessidade de registro na Delegacia Regional do Trabalho do artista contratado por força da própria previsão legal quanto ao exercício da profissão, ponto que é pouco observado pelos Gestores Públicos nas contratações de bandas para shows musicais.

Embora observamos que com a forte crescente de profissionais do setor artístico o Gestor Público continua a se valer do dispositivo legal para as contratações de profissionais do setor artísticos. Constatamos que muitas vezes o artista contratado possui o mesmo estilo musical e com as mesmas características em sua arte, perdendo sua singularidade e conseqüentemente pondo-se em dúvida a impossibilidade de competição - com exceção dos artistas que ultrapassam os limites da consagração – será possível a realização do procedimento licitatório na modalidade de concurso.

REFERÊNCIAS

BALTAR NETO, Fernando Ferreira. DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Direito Administrativo**. 5ª ed. Salvador: 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Celso Antônio. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Jusbrasil. **Diários Oficiais**. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/79827124/trf-5-jud-se-10-11-2014-pg-4> >. Acesso em 19.dez.2015.

BRASIL. **Lei nº 6.533**, de 24 de maio de 1978. **Dispõe sobre a regulamentação das profissões de artistas e de técnico em espetáculos de diversões, e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6533.htm>. Acesso em: 03.nov.2015.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. **Dispõe sobre a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 17.set.2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Jurisprudência e acórdãos**. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/home/home.htm> > Acesso em: 15 jan.2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**. 3ª ed. Brasília: Saraiva, 2006. Disponível em < http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/LICITACOES_CONTRATOS_3AED.pdf >. Acesso em 12.fev.2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos: orientações e jurisprudências**. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF> >. Acesso em 12.fev.2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Federalismo cultural e sistema nacional de cultura: Contribuição ao debate**. Fortaleza: UFC, 2012. Disponível em: < www.direitosculturais.com.br/pdf.php?id=92 >. Acesso em: 04.set.2015.

_____. **Dicionário online de português**. Disponível em: < <http://www.dicio.com.br/artista/> >. Acesso em 06/12/2015.

_____. **Dicionário online de português**. Disponível em: < <http://www.dicio.com.br/honesto/> >. Acesso em 06/12/2015.

DICIO. **Dicionário online de português**. Disponível em: < <http://www.dicio.com.br/impessoal/> >. Acesso em 03/11/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **O Pregoeiro**.. Disponível em: < <http://www.jacoby.pro.br/novo/CDA.pdf> >. Acesso em 03.set.2015.

FORTUNA LOPES, Daniele Paula da Silva. **Legislação Cultural do Ceará**. Ceará. Coleção Nossa Cultura: Séria Documentada. Disponível em: < http://eventos.fecam.org.br/arquivosbd/paginas/1/0.137170001429106337_leis_da_cultura_final.pdf >. Acesso em 03.set.2015.

GOMES, Luiz Flavio. **O que se entende pela indisponibilidade do interesse público**. Disponível em < <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922808/o-que-se-entende-pela-indisponibilidade-do-interesse-publico>>. Acesso em 15.abr.2016.

INFONET. **Subvenções: 60% das verbas voltam para deputados**. Disponível em < <http://www.infonet.com.br/politica/ler.asp?id=175732> > Acesso em 28.abr.2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos**. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

LIBERATO, Joana D'arc. **Platão e Aristóteles provocam reflexão sobre o artista e sua arte**. Universidade das Quebradas do Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.universidadedasquebradas.pacc.ufrj.br/polo-platao-e-aristoteles-provocam-reflexao-sobre-o-artista-e-sua-arte/> >. Acesso em 22/03/2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Geny Marques. **Licitação de bens e serviços culturais: Um enfoque na contratação de shows musicais**. Fortaleza: UNIFOR, 2012. Disponível em <

http://www2.unifor.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=896111 >. Acesso em 03.set.2015.