

# **ESTUDO PARA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS PARA O SECTOR DAS ARTES PERFORMATIVAS**

**JOANA CARNEIRO, *ADVOGADA***

**JOANA NETO, *JURISTA***

**LUÍSA NETO, *PROFESSORA ASSOCIADA DA FDUP***

***MAIO DE 2020***

# **ESTUDO PARA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS PARA O SECTOR DAS ARTES PERFORMATIVAS**

## **ÍNDICE**

<b>I. A QUESTÃO</b>	<b>3</b>
<b>1. A SOLICITAÇÃO DA PERFORMART</b>	<b>3</b>
<b>2. NÓS GÓRDIOS DE ENQUADRAMENTO</b>	<b>4</b>
<b>II. A DISCUSSÃO</b>	<b>7</b>
<b>1. AS EXIGÊNCIAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>7</b>
<b>2. A DELIMITAÇÃO DA ESPECIFICIDADE DAS ARTES     PERFORMATIVAS</b>	<b>24</b>
<b>III. AS CONCLUSÕES</b>	<b>52</b>
<b>1. O PONTO DE ORDEM</b>	<b>52</b>
<b>2. AS POSSÍVEIS PROPOSTAS</b>	<b>53</b>
<b>IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>71</b>
<b>V. ANEXOS</b>	<b>77</b>

## **I. A QUESTÃO**

O presente estudo pretende dar resposta a um conjunto de preocupações identificadas pelos agentes do setor das Artes Performativas em Portugal relativas à contratação pública regulada pelo Código dos Contratos Públicos.

### **1. A SOLICITAÇÃO DA PERFORMART**

Nos termos formulados em 21 de fevereiro p.p., veio a Direção da “PERFORMART – Associação de Artes Performativas em Portugal” solicitar estudo de proposta de alteração do Código dos Contratos Públicos, com base na elencação - elaborada por Grupo de Trabalho sobre Contratação Pública existente na mesma Associação e completada por contributos solicitados à Federação de Associações “PEARLE” (**ANEXO I**) - das principais dificuldades sentidas na aplicabilidade do Código de Contratos Públicos (doravante CCP) no desenvolvimento da atividade regular dos seus membros, com visões e experiências como entidades adjudicantes em alguns casos e como adjudicatários noutras situações.

Pretender-se-ia que a fundamentação de eventual proposta de alteração legislativa refletisse “respostas diferenciadas de transposição das Diretivas n.º 2014/23/UE e 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de uma forma mais favorável ao desenvolvimento da atividade do setor em causa, minimizando ou até fazendo desaparecer os condicionalismos e impedimentos sérios resultantes da atual formulação do CCP no regular funcionamento dos Agentes das artes performativas nacionais e no desenvolvimento do trabalho dos Agentes internacionais quando trabalham em Portugal ou simplesmente aqui apresentam o seu trabalho”.

Em termos mais específicos, foi-nos transmitido que no quadro do âmbito de aplicação do CCP – entre nós aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro - “o peso burocrático e a complexidade do cumprimento das soluções legais de formação da vontade contratual podem, involuntariamente, determinar implicações de vária ordem para os decisores e demais intervenientes nos procedimentos adjudicatórios.”

Por outro lado, acentuou-se ainda que “[A]cima de tudo, dir-se-á estar em causa a criação de uma dimensão económica internacional do setor das artes performativas, decorrente da sua contratualização, em vista da partilha, interligação e compreensão de realidades diversas num esforço de equilíbrio sociocultural e de maior integração e compreensão da realidade humana global.”

## 2. NÓS GÓRDIOS DE ENQUADRAMENTO

A solicitação da PERFORMART e o desiderato de contribuir para uma discussão efetiva do problema em causa integram-se de forma clara no espírito e letra da Nova Agenda Europeia para a Cultura, aprovada por (2018/2091(INI)) em que se dá continuidade à Resolução do Conselho de 16 de Novembro de 2007 (2007/C 287/01), com expressa relevância para a evidência de que a propalada intenção de identificação dos interlocutores representativos do sector a fim de estabelecer canais de comunicação efetivos para um diálogo - contínuo, multidimensional e flexível - com as partes interessadas do mundo da cultura e em concertação com o sector a todos os níveis (local, regional, nacional e europeu) é essencial tanto para o desenvolvimento como para a realização de uma Agenda Europeia para a Cultura.

Ora, no quadro *supra*, a PERFORMART elencou as dificuldades que têm sido identificadas pelos vários agentes do sector das artes performativas e pelas entidades públicas que neste atuam, e que de forma sintética e sistemática são:

- a. A perceção de que o processo de contratação pública é excessivamente complexo e oneroso para as entidades adjudicantes;
- b. A perceção de que o processo de contratação pública é lento (por exemplo, a contratação de artistas para substituições imprevistas e urgentes é muito difícil e existem uma série de requisitos, como a exigência constante de documentos de habilitação ou a obrigação de tradução certificada dos documentos, que atrasam os processos);
- c. A perceção de que faltam soluções jurídicas para fazer face a realidades comuns do sector das artes performativas (adiantamentos, gestão de trabalhos complementares, alteração superveniente das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, gestão do risco do negócio devido à imprevisibilidade das vendas, contratos acessórios);
- d. A incapacidade dos agentes do sector para lidar com as exigências procedimentais necessárias e exigidas para efeitos de contratação pública;
- e. A dificuldade de interpretação e aplicação pelos agentes do sector das normas vigentes para efeitos de contratação pública;
- f. A falta de preparação e prontidão dos organismos e instituições oficiais nacionais para responderem tempestivamente aos pedidos dos agentes económicos nacionais e estrangeiros;

g. A elevada complexidade dos contratos devido à sua natureza - os contratos em sede das artes performativas apresentam normalmente um objeto definido pela sua infungibilidade e dimensão *intuitu personae*;

h. A contratação pública de prestações conexas ao sector das artes performativas e essenciais para este – como a aquisição de serviços de transporte de obras de arte ou instrumentos musicais, prestação de serviços para montagem de palcos, prestação de serviços de técnicos de som e luz, entre outros – encontra, aparentemente, por vezes, obstáculos no CCP;

i. A falta de harmonização legislativa intracomunitária e internacional – existem discrepâncias legais naturais devido à existência de diversos ordenamentos jurídicos que têm de interagir, mas também decorrentes de diferentes implementações das diretivas comunitárias pelos diversos países da União Europeia, nomeadamente a nível dos procedimentos pré-contratuais e contratuais exigidos.

Parece-nos que destes elementos é possível agrupar os pontos a. a f. numa categoria mais lata, porquanto todos têm em comum a característica de que a solução para o problema, caso se verifique efetivamente a sua existência, não passará, salvo melhor opinião, necessariamente por uma alteração legislativa. Isto porque o desconhecimento da Lei ou mesmo a falta de preparação dos agentes ou das entidades nacionais que operam no sector não será resolvido através de uma alteração das regras aplicáveis. Pelo contrário, consideramos que para responder a estes problemas, é preponderante a necessidade de se continuar a investir na formação e preparação dos vários *stakeholders*, algo que já é feito e promovido pela PERFORMART e pelos seus parceiros.

Consideramos também importante frisar que, no que se trata de função pública e do apoio prestado pela Administração a este sector específico, as exigências burocráticas para determinados atos podem não decorrer da lei, mas antes do desconhecimento desta. De facto, e aliás, há ainda a notar que os procedimentos administrativos a que o CCP obriga, implicam um conhecimento mínimo de legislação e da sua implementação a que nem todas as organizações, sobretudo as mais pequenas, conseguem corresponder. Ora, na maioria dos casos, e mesmo nos grandes teatros, são as equipas de produção que vão arcando com esta sobrecarga administrativa e, dependendo da capacidade financeira das organizações, com mais ou menos apoio de juristas.

Prosseguindo, os pontos g. e h. representam problemas do foro da elaboração dos contratos utilizados pelas entidades adjudicantes e merecem atenção redobrada na medida em que convocam conceitos e institutos de direito privado, que não raro se inserem sob a alçada da autonomia e discricionariedade das entidades adjudicantes. Assim, a complexidade dos vários contratos variará naturalmente consoante diversos fatores e com consoante objeto do contrato.

Nesta linha, consideramos também relevante referir que a doutrina maioritária, bem como a jurisprudência nacional, considera que destriça entre contrato administrativo e contrato de direito privado da Administração Pública tem escassa relevância para decidir sobre o procedimento pré-contratual aplicável na formação do contrato, visto que os sucessivos diplomas que vieram tipificar os procedimentos administrativos que devem anteceder a celebração dos contratos públicos definiram o seu âmbito objetivo de aplicação em função de certos tipos de contratos, independentemente da sua natureza “administrativa” ou de “direito privado”.

Por fim, o problema identificado no ponto i. só pode ser atenuado efetuando uma análise comparativa dos vários ordenamentos e procurando criar em Portugal um regime mais flexível do que o atual, sem contrariar as diretivas comunitárias a que nos encontramos adstritos.

Ao longo desta análise, tentaremos perceber se efetivamente se verificam estes problemas e de que forma podem ser ultrapassados com as soluções atuais. Isto porque *ab initio*, a exclusão de realidades do âmbito das regras usuais do CCP - ou mesmo a criação ou regulação de tratamentos diferenciados - deve ser feito como último recurso e apenas em caso de necessidade, para evitar a já vasta dispersão e complexidade legislativa.

## II.A DISCUSSÃO

### 1. AS EXIGÊNCIAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser genericamente respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição da República Portuguesa, das normas europeias e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prossecução do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação (todos eles com referência expressa no já referido CCP).

É este o enquadramento que permite concluir, com FREITAS DO AMARAL, que nos contratos administrativos, o “espírito que enforma a legislação portuguesa” é o de que “a melhor forma de salvaguardar os vários interesses públicos envolvidos – realização da melhor escolha, garantia de competência, capacidade e idoneidade do co-contratante, transparência e seriedade do processo de seleção, igualdade de oportunidades dos interessados – consiste em fazer a escolha do contraente particular por meio de concurso público”, sendo o uso de outras modalidades de escolha do co-contratante sempre excepcional<sup>1</sup>, por corresponder a derrogação do princípio da concorrência.

Acrescentam Mário e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA<sup>2</sup> que “quanto mais pessoas se apresentarem perante a Administração, como eventuais futuros contratantes, quanto mais pessoas quiserem negociar com ela, no mercado administrativo, melhor: maior será o leque de ofertas contratuais – e o leque de escolha da Administração – e mais procurarão os concorrentes otimizar as suas propostas”. No entanto, e como referem os mesmos autores, “a concorrência não se realiza, contudo, segundo um modelo ou espécie única”, sendo “máxima nas hastas e nos concursos públicos (...) e vai decrescendo em exigências e garantias, ao passar-se para o concurso limitado, até chegar aos concursos ou procedimentos por negociação (...). Até no procedimento por ajuste direto (com recurso à consulta de mais do que uma entidade) pode, porém, haver laivos do princípio concorrencial”. Trata-se pois, fundamentalmente, de assegurar a “eliminação das chamadas barreiras ‘invisíveis’ ao mercado interno da contratação pública, bem como as condições fundamentais de

---

1 Diogo Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 593-594 e 596. No mesmo sentido, Marcelo Rebelo de SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, Edições Lex, 1994, p. 42.

2 *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa – Das Fontes às Garantias*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, p. 101.

igualdade dos agentes económicos na participação nos diversos procedimentos de formação dos contratos públicos.”<sup>3</sup>

Note-se, nesta medida, o facto de estar em causa uma área do Direito com clara influência da integração europeia.<sup>4</sup> Hoje partindo do pacote de Diretivas Europeias (23, 24 e 25 de 2014), relativas à matéria de contratação pública, o CCP português, com todas as adaptações que sejam necessárias efetuar a seu tempo, segue um modelo de contratação moderno e permite de forma eficiente a definição de uma série de relações contratuais entre os particulares e o Estado. As regras e os procedimentos definidos no CCP visam um conjunto de objetivos essenciais à gestão racional e eficiente da despesa pública, e, por sua vez, radicam nos eixos da igualdade, da concorrência, da transparência, da imparcialidade e da tutela da confiança (são estes os *Princípios Fundamentais da Contratação Pública*, identificados com base no disposto no n.º 4 do artigo 1.º do CCP e no artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE).

Na verdade, o CCP procura promover a eficiência, a transparência, a simplificação, o rigor, a inovação e a monitorização da ação das várias entidades públicas, sendo que os princípios supramencionados - não afastando a valia de outos, e devendo considerar-se que estes não impõem soluções concretas - vinculam as entidades adjudicantes, orientando *a priori* todo o *iter* procedimental adjudicatório da formação dos contratos pela Administração Pública.

O referido diploma estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo e define, por essa razão, também os critérios de contratação pública no setor das artes performativas. Ora, se por um lado, é referida a aparente necessidade de alteração do CCP para responder às necessidades do sector das artes performativas – nomeada e mormente depois das alterações já introduzidas desde 2015 -, por outro, poderá faltar apenas a concretização de casos omissos ou a adaptação de soluções já existentes no CCP.

Por esta razão, cabe-nos efetuar uma abordagem ao CCP português, enquanto diploma nevrálgico da disciplina aplicável à atividade contratual das entidades públicas em Portugal (paralelamente ao Código do Procedimento Administrativo e ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos), desde o momento da sua aprovação pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

---

3 Rui MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, Cadernos de Justiça Administrativa (CJA), N.º 69, maio/junho 2008, p. 4.

4 Inclusive, a origem deste Código foi impulsionada pela transposição das Diretivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, alteradas pela Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de setembro, e retificadas pela Diretiva n.º 2005/75/CE, usualmente designadas por as “*Diretivas Clássicas da Contratação Pública*”.



O diploma já foi sujeito a diversas alterações introduzidas pela Retificação n.º 18-A/2008, de 28/03 e sujeito a posteriores alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelos Decretos-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro e n.º 223/2009, de 11 de setembro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelos Decretos-Leis n.º 149/2012, de 12 de julho, 214-G/2015, de 2 de outubro, n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, pelas Retificações n.º 36-A/2017, de 30 de outubro e 42/2017, de 30 de novembro, pelos Decretos-Lei n.º 33/2018, de 15 de maio e n.º 170/2019, de 4 de dezembro e, recentemente, em virtude da necessidade de implementar medidas extraordinárias para responder à pandemia Covid-19, pela Resolução da AR n.º 16/2020, de 19 de março.

Mas ainda que o referido diploma tenha vindo a ser objeto destas mais diversas alterações, no que ao presente comentário importa, tem particular importância a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, que versa sobre vários aspetos da contratação pública e que veio revogar a Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março.

Recorde-se que o respetivo Anteprojeto de transposição ficou em discussão pública entre agosto e outubro de 2016 e disponível no Portal do Governo e no portal BASE. Nesse período foram ouvidas a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a Autoridade da Concorrência, a Ordem dos Arquitetos, a Ordem dos Engenheiros, a Ordem dos Engenheiros Técnicos e as associações representativas do setor da construção.

Em maio de 2015, o Governo em funções havia publicitado um Anteprojeto de transposição das Diretivas de 2014 e em agosto de 2016, no XIII Governo Constitucional, o procedimento repetiu-se. O Anteprojeto ficou em discussão pública entre agosto e outubro de 2016 e disponível no Portal do Governo e no portal BASE. Neste âmbito foram ouvidas a Associação Nacional de Municípios Portugueses, a Autoridade da Concorrência, a Ordem dos Arquitetos, a Ordem dos Engenheiros, a Ordem dos Engenheiros Técnicos e as associações representativas do setor da construção.

Foi assim o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto<sup>5</sup> que veio a proceder a uma revisão do Código dos Contratos Públicos<sup>6</sup>, com o intuito de simplificar, desburocratizar e flexibilizar os

---

5 Para uma reflexão crítica sobre o novo regime:

[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_ContratacaoPublica2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf)

6 A revisão terá tido como objetivo a transposição de três Diretivas Europeias de 2014 sobre contratos públicos: Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/2/2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, e ainda a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Ainda que sem relevância para o caso *sub judice*, sempre se diga que uma posterior iniciativa legislativa, o Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de dezembro, veio posteriormente proceder à décima primeira alteração ao Código dos Contratos Públicos,

procedimentos de formação de contratos públicos, assim como, aumentar a eficiência da despesa pública e promover um melhor e mais fácil acesso aos contratos públicos por parte dos operadores económicos (cfr. preâmbulo do referido diploma).

Com impacto direto para o sector das artes performativas, surgem as subalíneas i) e ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos, cuja redação atual resulta deste Decreto-Lei, embora o Código dos Contratos Públicos já tenha sido, entretanto, objeto de outras alterações legislativas.<sup>7</sup> Assim, cumpre-nos debruçar sobre qual a influência da transposição da Diretiva na redação do artigo 24.º, n.º 1, alínea e), subalíneas i) e ii).

Conforme refere Gonçalo GUERRA TAVARES<sup>8</sup>, nos casos em que o objeto do procedimento versa sobre a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico (subalínea i)), é compreensível o ensejo de atribuir a prestação em causa a um determinado sujeito, uma vez que do ponto de vista da entidade adjudicante é naquela pessoa (seja essa pessoa um único operador tecnicamente apto para exercer uma determinada atividade ou entidade sob a forma de pessoa coletiva), que se encontram reunidas as condições necessárias para assegurar o objeto contratual pretendido. Este é, portanto, um argumento plausível para que a entidade adjudicante, nestes casos, opte, excecionalmente, no que à formação do contrato diz respeito, pela via do ajuste direto<sup>9</sup>.

A este propósito, refere o autor a importância da jurisprudência do Tribunal de Contas, dando o exemplo quanto à distinção entre o domínio artístico e arquitetura. Muito embora esta última possa ser considerada, em geral, como um ramo artístico, não obstante, o conceito de arte vs. arquitetura consubstanciam diferentes domínios (cfr. Acórdão n.º 3/2017, de 4 de abril).

Citando o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de junho de 2011 (Processo n.º 11/2011), o autor faz ainda a mesma observação para os casos em que a entidade adjudicante se depara com a infungibilidade da prestação e a inexistência de concorrência por motivos técnicos

---

mas a sua vigência cessou em resultado da Resolução da Assembleia da República n.º 16/2020, de 19 de março, no contexto do processo de apreciação parlamentar 6/XIV (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=44332>)

<sup>7</sup> Retificação n.º 36-A/2017, de 30 de novembro; Retificação n.º 42/2017, de 30 de novembro; Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de Maio; Decreto-lei n.º 170/2019, de 4 de Dezembro; e, mais recentemente, em virtude do surto epidemiológico provocado pelo vírus COVID-19, Resolução n.º 16/2020, de 19 de Março.

<sup>8</sup> Gonçalo Guerra TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 164- 165.

<sup>9</sup> A este propósito *vide* Pedro Fernández SÁNCHEZ, “A adoção (excepcional) do ajuste direto por motivos artísticos para a elaboração de projectos de arquitetura”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10, 2014, pp. 56-57: “É legítimo que um adquirente apenas aceite comprar um certo músico, bailarino, cantor ou ator, *se ele for reconhecido por características ou aptidões de tal forma únicas que se revelem irrepetíveis ou infungíveis*. Joga-se aí a liberdade de, na decisão de contratar, “definir a necessidade como quadra melhor ao domínio de criatividade e identificação pessoal” entre o adquirente e o prestador de serviço, baseando o procedimento nos “requisitos subjetivos do prestador”. Trata-se dos casos em que a reputação do artista ou da obra é absolutamente incontestável; e bastará então à entidade adjudicante, por via de regra, que justifique a sua contratação afirmando a sua vontade na aquisição dessa obra na contratação desse artista”.

(subalínea ii))<sup>10</sup>. De acordo com este entendimento jurisprudencial, “*o ajuste direto é viável quando a complexidade e singularidade técnicas são tais que a prestação do objeto do contrato só pode ser confinada a uma entidade determinada. Ou seja (...) o ajuste direto só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respetiva prestação*”.

Naquele comentário é ainda mencionado a este propósito o Acórdão do Tribunal de Contas de 14 de setembro de 2010 (Processo n.º 24/2010), cujo entendimento quanto à escolha deste procedimento ao abrigo do exposto na alínea e) do n.º1 do artigo 24.º do CCP, “*só é admissível quando, no mercado, e atenta a complexidade e exigência dos serviços a prestar, exista uma única entidade disponível e com aptidão técnica para assegurar a respetiva prestação*”.

Sendo que, neste último caso, a par com a subalínea iii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP, o ajuste direto só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar (cfr. n.º 4 do artigo 24.º do CPP), indo ao encontro do segundo parágrafo da alínea b) do n.º 2 do artigo 32.º da Diretiva 2014/24/UE.

Assim, no âmbito da utilização de critérios materiais para a escolha do procedimento no momento de contratar, o legislador nacional de 2017, comparativamente à redação anterior da mesma norma, manteve, no essencial, a mesma redação, tendo adaptado a legislação nacional ao exposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 32.º da Diretiva 2014/24/UE e indo ao encontro dos princípios gerais da proporcionalidade e da concorrência<sup>11</sup>.

Para Pedro Fernández SÁNCHEZ, não obstante a clara preferência dos regimes europeu e português de contratação pública pela adoção de procedimentos concorrenciais abertos, nos casos de adoção (excecional) do ajuste direto por motivos materiais a que se refere a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP – o autor refere-se, nomeadamente, aos casos em que a entidade adjudicante recorre a este procedimento por motivos artísticos para elaboração de projetos de arquitetura –, a entidade

---

10 “Numa situação idêntica, se todos os serviços de uma entidade adjudicante utilizam um único sistema informático e se empreende adquirir o serviço relativo à respetiva assistência técnica, pode dizer-se que muitos prestadores no mercado estarão tecnicamente aptos a exercer a atividade de assistência técnica de equipamento e sistemas informáticos; mas apenas um deles pode responder ao *objeto do contrato tal como este foi configurado pela entidade adjudicante* - configuração essa que resulta da simples prossecução do interesse público que justificou a decisão de contratar, e não de uma tentativa de restringir artificialmente a concorrência.”, escreve Pedro Fernández SÁNCHEZ em comentário à alínea e) do artigo 24.º do CCP, “[A] adoção (excecional) do ajuste direto por motivos artísticos para a elaboração de projectos de arquitetura”, *ob. cit.*, pp. 54-55.

11 Miguel Assis RAIMUNDO, “Exclusividade e fungibilidade do objeto no ajuste direto em razão de critérios materiais (artigo 24.º/4 anteprojecto)”, disponível em <https://contratospublicos.net/2016/10/01/exclusividade-e-fungibilidade-do-objeto-no-ajuste-direto-em-razao-de-criterios-materiais-artigo-24o4-anteprojecto/>

adjudicante deve demonstrar, “com rigorosa fundamentação, que o interesse público exige a escolha de um prestador predeterminado, que imprima um específico *cunho artístico-pessoal – objetivamente reconhecido na comunidade profissional – nas suas obras, dispondo-se a assumir o compromisso contratual, perante a entidade adjudicante, de aplicar a sua aptidão (técnica mas também estética) singular e irrepetível na conceção de um projeto relativo a uma obra dotada, também ela, de uma valia singular do ponto de vista estético-artístico e não apenas técnico”*”.

Deste modo, pelo exposto, qualquer alteração efetuada ou que se venha a efetuar ao CCP tem necessariamente que respeitar o espírito das Diretivas clássicas supramencionadas que lhe deram origem. A título de exemplo, cremos que não é possível admitir – como alegado pela PERFORMART - que inexistente ou que existe um menor risco de corrupção e crimes económicos associado ao sector das artes performativas em termos de exigências documentais ou complexidade burocrática/administrativa, ainda que aceitemos que a criação de regimes simplificados em matéria de procedimentos pré-contratuais e de execução contratual adaptados à realidade e natureza específica do sector, possa agilizar os vários procedimentos. No limite, poderá ser consagrada a possibilidade desta documentação ser entregue mais tarde, sem prejuízo da remuneração devida pela prestação de serviços não ser efetuada caso não seja entregue a documentação devida.

Nos termos e para os efeitos que nos interessam, o artigo 16.º do CCP consagra os seguintes tipos de procedimentos pré-contratuais:

- a) Ajuste direto;
- b) Consulta prévia;<sup>12</sup>
- c) Concurso público;
- d) Concurso limitado por prévia qualificação;
- e) Procedimento de negociação;
- f) Diálogo concorrencial;
- g) Parceria para a inovação;

---

<sup>12</sup> A repriminção do procedimento por consulta prévia, abolido desde 2008, uma das novidades mais faladas da revisão do CCP, efetuada pelo já referido Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2018. Esta repriminção, muito criticada pela doutrina nacional, trata-se de um procedimento fechado, no qual a entidade adjudicante tem o poder de escolher os convidados que chama a apresentar proposta, sem publicitação prévia e, logo, vulnerável a práticas anticoncorrenciais, nomeadamente conluio entre os operadores económicos, exigindo atenção redobrada dos tribunais administrativos na sindicância das opções da entidade adjudicante nesta matéria. A reintrodução da consulta prévia faz também diminuir o âmbito de aplicação do ajuste direto, que passará a ser o procedimento em que a entidade adjudicante convida diretamente uma entidade à sua escolha a apresentar proposta. Se a entidade adjudicante convidar diretamente pelo menos três entidades à sua escolha a apresentar propostas, com possibilidade de com elas negociar os aspetos da execução do contrato a celebrar, está, desde janeiro de 2018, a proceder a uma consulta prévia e já não um ajuste direto.

h) Sistemas de aquisição dinâmicos

Atendendo ao objetivo do presente estudo, destacaremos *hoc casu* a relevância dos referidos em a), c), d), e), f) e h) atendendo ao elenco das dificuldades *supra* referidas.

O *ajuste direto (a)* é um procedimento pré-contratual através do qual a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar uma proposta. O CCP permite que a entidade adjudicante convide apenas uma única entidade e não estabelece qualquer limite máximo de entidades a convidar.

A suscetibilidade de aplicação do ajuste direto à formação de contratos pode resultar:

- a) De limiar de valor (o chamado critério do valor);
- b) De determinadas razões materiais expressamente identificadas no CCP (o chamado critério material), quando o “objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos” ou quando “é necessário proteger direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual”, ainda que esta última exceção só se aplique quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição artificial dos parâmetros do concurso.
- c) É ainda admissível lançar mão deste procedimento, na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, no entanto e em caso algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes.

Também a possibilidade de lançar mão de um concurso público *urgente (c)* poderá eventualmente cobrir algumas das perplexidades e dificuldades referidas *supra* (transporte, segurança, design), já que está em causa a possibilidade de se adotar um concurso com uma configuração ultra célere em caso de urgência na celebração de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente, desde que o preço contratual não exceda os limiares comunitários. O prazo mínimo para a apresentação das propostas no âmbito de um concurso público urgente é de 24 horas (desde que decorram em dias úteis). A adjudicação neste tipo de procedimento é feita, obrigatoriamente, ao mais baixo preço.

No que tange ao *concurso limitado por prévia qualificação (d)*), caracteriza-se por ser composto por duas fases procedimentais:

- i) Numa primeira fase, existe a apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos;
- ii) Numa segunda fase, existe a apresentação e análise das propostas e adjudicação.

Pode ser adotado sempre que a entidade adjudicante entenda necessário avaliar a capacidade técnica e/ou financeira dos operadores económicos.

Realça-se que, em regra, os requisitos mínimos de capacidade financeira não podem exceder o dobro do valor do contrato.

Já quanto ao *procedimento de negociação (e)*), pode verificar-se quando, “por motivos de aptidão técnica ou artística ou relativos à proteção de direitos exclusivos ou de direitos de autor, a empreitada, a locação ou o fornecimento de bens ou serviços apenas possa ser realizado por poucos empreiteiros, locadores, fornecedores ou prestadores de serviços”. Neste caso, mandam os princípios da igualdade e da concorrência que sejam convidados a apresentar proposta todos os “poucos empreiteiros, locadores, fornecedores ou prestadores de serviços”, e não apenas um deles. Ou seja, quer isto dizer que o procedimento a que terá aqui que haver lugar será o do Concurso Limitado sem Apresentação de Candidaturas, com a especificidade de os concorrentes (os quais foram previamente qualificados) poderem melhorar os atributos das suas propostas numa fase de negociação.

Registe-se, no entanto, que o CCP apenas admite o recurso ao procedimento de negociação nos casos limitados em que as diretivas comunitárias o permitem, ou seja, quando

- i) As necessidades das entidades adjudicantes não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
- ii) Os bens ou serviços incluírem a conceção de soluções inovadoras;
- iii) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados;
- iv) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas.

Finalmente, quanto ao *diálogo concorrencial (f)*)<sup>13</sup>, trata-se de novo procedimento, introduzido pelo direito europeu, que apenas pode ser usado para a formação de contratos particularmente complexos, em que a entidade adjudicante necessita de estabelecer um diálogo com os potenciais

---

<sup>13</sup> Nos termos e para efeitos do artigo 29.º do CCP.

interessados para conseguir elaborar o próprio caderno de encargos<sup>14</sup>. Para este efeito, o CCP considera particularmente complexos os contratos relativamente aos quais seja objetivamente impossível definir:

- i) a solução técnica adequada;
- ii) os meios técnicos aptos a concretizar a solução;
- iii) a estrutura jurídica ou financeira inerente ao contrato a celebrar.

Neste procedimento o caderno de encargos só é elaborado depois de terminada a fase de diálogo das soluções, sendo que, ao contrário do procedimento de negociação, não é admissível a negociação das propostas dos concorrentes.

As entidades adjudicantes podem adotar o procedimento de diálogo concorrencial verificados os requisitos previstos nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 29.º do CCP:

- a) As suas necessidades não possam ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis;
- b) Os bens ou serviços incluírem a conceção de soluções inovadoras;
- c) Não for objetivamente possível adjudicar o contrato sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a sua natureza, complexidade, montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a ela associados;
- d) Não for objetivamente possível definir com precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.

Finalmente, e quanto aos *sistemas de aquisição dinâmicos (h)*, encontram a sua previsão no artigo 34.º da Diretiva e nos artigos 17.º e 39.º do CCP, podendo ser utilizados para a compra de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado e cujas características satisfaçam as exigências das autoridades adjudicantes, estas podem utilizar um sistema de aquisição dinâmico. O sistema de aquisição dinâmico deve funcionar como um processo inteiramente eletrónico e estar aberto, durante o período de vigência do sistema de aquisição, a qualquer operador económico que

---

14 Lê-se no *Manual de realização de despesa* do TNSJ que “[C]onsiderando que a maior parte dos procedimentos destinados à formação de contratos são tratados ao nível do Conselho de Administração do TNSJ, que ainda não estão criadas as plataformas tecnológicas destinadas à implementação de alguns dos instrumentos procedimentais de formação dos contratos previstos no CCP e que os destinatários deste Manual irão necessitar de utilizar essencialmente as regras do ajuste direto, por agora, serão somente referidas as regras de tramitação relativas à formação de contratos com base neste procedimento.”

satisfaça os critérios de seleção. Pode ser dividido em categorias de produtos, obras ou serviços objetivamente definidos com base em características do concurso a lançar na categoria em causa. Essas características podem incluir uma referência à dimensão máxima autorizada dos contratos específicos a adjudicar ou a uma área geográfica específica na qual os contratos específicos a adjudicar serão executados.

Se estas são as soluções encontradas no ordenamento jurídico, faremos ora uma breve síntese comparativa da forma como as Diretivas UE relativas à contratação pública foram transpostas para alguns ordenamentos jurídicos e o respetivo impacto para o sector das artes performativas e para o modo como várias entidades públicas contratam artistas e obras em **a) Espanha, b) França, c) Itália, d) Grécia**, neste caso por ter sido especialmente mencionada pela PERFORMART como suposto exemplo de legislação mais simplificada. E far-se-á ainda uma referência ao **Brasil**, em função da solução material aí existente.

**a)** Em *Espanha*, para efeitos jurídicos, as “artes performativas” encontram uma definição equivalente à admitida em Portugal, vejamos: *“Las artes escénicas son todas aquellas manifestaciones artísticas creadas para ser representadas sobre un escenario. Son, en definitiva, las artes destinadas al estudio y práctica de cualquier tipo de obra escénica o escenificación, toda forma de expresión capaz de inscribirse en la escena: el teatro, la danza, la música y, en general, cualquier manifestación que se lleve a cabo en algún tipo de espacio escénico, tanto en salas como en cualquier espacio destinado a realizar cualquier tipo de espectáculo en vivo, como ocurre con los espectáculos ambulantes”*.

E, de forma igual, a contratação pública associada a este sector tem encontrado algumas dificuldades.

A *Ley de contratos del sector público* (doravante LCSP), de 2017, provocou uma alteração de paradigma no ordenamento espanhol, mas apresenta a mesma linha das diretivas europeias e da legislação portuguesa. Aliás, é feita um reconhecimento expreso da natureza de carácter intelectual e técnico dos serviços de “arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo”, na *Disposición Adicional cuadragésima primera*.

Entre as questões de maior impacto e complexidade para o sector, é a obrigação de gerir plenamente o processo de contratação através de meios eletrónicos. A LCSP exige o tratamento exclusivamente eletrónico de todos os procedimentos, de ponta a ponta. Isto traduz-se no facto de que os cadernos de encargos, os anúncios, as ofertas, as comunicações, notificações, faturas e todos os



demais elementos têm de ser tratados em formato eletrónico, sem prejuízo da utilização de diferentes plataformas<sup>15</sup>.

Outro problema que tem sido identificado em Espanha é o excesso de irregularidades em matéria de contratação pública, nomeadamente, “*el abuso del procedimiento de adjudicación directa y del procedimiento negociado sin publicidad*” – tal como acontece em Portugal.

Ressalvamos que em Espanha é prática comum que os contratos de artistas e o valor dos respetivos *cachets* sejam negociados previamente com as produtoras e que, no caso de contratação de companhias externas ou nas coproduções, se incluam nos contratos de artistas todos os gastos de realização, alimentação e viagens, transportes, seguros, publicidade, promoção da obra, direitos e comissões, gestão de risco e prejuízo, e demais particularidades associados às artes performativas.

Assim concluímos que, em Espanha, se enfrentam as mesmas realidades que Portugal, mas com a consciência coletiva de que as soluções atuais são importantes para o interesse geral dos espanhóis e que são veículos para consolidar a atividade cultural e distribuí-la de forma homogênea pela sociedade, de modo a garantir o direito de igualdade no acesso à cultura.

A nível de vínculo laboral, em Espanha, o *Estatuto de los Trabajadores* (ET), aprovado pelo Decreto Legislativo Real n.º 2/2015, na sua versão atual, é aplicável a todos os trabalhadores que voluntariamente prestam serviços remunerados em nome e por conta de outrem, sob direção e organização desta outra pessoa, quer tal pessoa seja singular ou coletiva.

No entanto, no artigo 2.º do *ET*, é efetuada uma ressalva, para o trabalho desempenhado por artistas, no âmbito de espetáculos públicos, devido à natureza especial desta relação laboral. Nesta matéria específica, devemos, por remissão, considerar o disposto no *Real Decreto* (doravante RD) n.º 1435/1985 que está ainda em vigor. O RD, por sua vez, trata de aspetos gerais e deixa o desenvolvimento dos direitos e deveres de cada uma das partes para a negociação coletiva. Não obstante, este RD define porque é esta relação laboral considerada especial e a forma como deriva da relação entre um organizador de espetáculos e aqueles que voluntariamente se dedicam à prestação de uma atividade artística em nome e sob a direção e organização do organizador. Especifica também que abrange a execução de todas as atividades artísticas que são desenvolvidas diretamente perante o público ou destinadas a gravação para divulgação entre o público, excluindo as acuações artísticas que são realizadas em ambiente privado. Consideramos importante ressaltar que o RD não se aplica à relação laboral do pessoal técnico e auxiliar que colabora na produção dos espetáculos.

---

<sup>15</sup> JA MORENO MOLINA, *et al.*, “Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP”, disponível em linha em [https://es.vortal.biz/system/files/vortal\\_informejuridicosobreelusoobligatoriomedioselectronicosinformaticostelematicosenlalcsppdf](https://es.vortal.biz/system/files/vortal_informejuridicosobreelusoobligatoriomedioselectronicosinformaticostelematicosenlalcsppdf)

No que diz respeito ao contrato para artistas nestes casos, o RD indica que deve pelo menos indicar quem são as partes, qual é o objeto do contrato, qual é a remuneração acordada, bem como a sua duração e qualquer período experimental que possa ter sido estabelecido, o qual só pode ser estabelecido para contratos cuja duração seja superior a 10 dias.

Estipula ainda as regras de forma, e os tipos de contrato possíveis (com respeito pela duração indeterminada ou determinada da prestação ou de um número concreto de apresentações) - este contrato está sujeito a extensão, desde que nenhuma fraude legal seja cometida.

Concretiza que as horas de trabalho neste tipo de contrato incluem a realização efetiva da atividade artística perante o público, bem como o tempo sob o poder de direção do organizador empresa, ou seja, são contemplados os ensaios ou a gravação de espetáculos, não sendo permitidos ensaios gratuitos. E prevê a matéria relativa a descansos e férias e a questão da renumeração nestes períodos.

Também são previstas neste RD as regras relativamente à rescisão dos contratos.

No âmbito do ET também está previsto, no n.º 4 do artigo 6.º, o tema do trabalho de menores, na medida em que pode ser permitida a participação de menores de 16 anos, desde que tal participação não ponha em perigo a sua saúde física ou a sua formação profissional e humana.

**b)** Em **França** as *Directions régionales des affaires culturelles* (doravante DRAC), criadas em 1977, são as entidades públicas descentralizadas (regionais) responsáveis pela implementação da política cultural definida pelo Governo. Na prática e na prossecução dos seus estatutos, também prestam assessoria a agentes e parceiros culturais e às autoridades locais em todos os setores de atividade do Ministério da Cultura e Comunicação, inclusive para o setor das artes performativas. As DRAC representam a nível europeu uma referência para a prossecução do interesse público associado à Cultura, na medida que lançam o mote para o acompanhamento dos vários *stakeholders* do setor das artes performativas a nível nacional, em cada país.

Outra particularidade específica deste ordenamento é que, por exemplo, muitas profissões associadas às artes performativas são classificadas como profissionais do espetáculo (técnicos de som, encenadores, entre outros).

O Código da Contratação Pública francesa sofreu alterações recentes, à semelhança do que se verificou nos demais ordenamentos jurídicos analisados. As regras impõem algumas limitações, a começar por uma complexidade crescente no reconhecimento e financiamento das estruturas artísticas e culturais, mas as poucas menções são as mesmas, nos termos da *Ordonnance n.º 2018-1074* e *Décret n.º 2018-1075*, o *Article R2122-3* prevê que «*[L]’acheteur peut passer un marché sans publicité ni*

*mise en concurrence préalable lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes:*

*1° Le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique (...) »*

Também o artigo 30.º do *Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*, com alterações de vigência a partir de 1 de abril de 2019 em virtude do *Décret n°2018-1075 du 3 décembre 2018* prevê que:

*I. - Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable dans les cas suivants:(...)*

*3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes:*

*a) Le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique (...)<sup>16</sup>*

Para os artistas, responder a um concurso é também um problema identificado porque exige um tempo de trabalho preciso e suplementar e não há garantia de um resultado favorável. Mais, é reconhecida em França a necessidade de especialização dos agentes do setor para enfrentar as questões jurídicas. Duas grandes preocupações atuais dos franceses é que sejam atendidas mais frequentemente as "*ofertas económicas mais vantajosas*" em detrimento do talento e da prestação pessoal de alguns artistas e, paralelamente que se corra o risco de favorecer estruturas e ou companhias consideradas sólidas por terem muita experiência no terreno, em detrimento das equipas emergentes. Assim, embora exista a consciência de que os mecanismos de concorrência devem aplicar-se aos serviços culturais e que os princípios das diretivas devem ser observados, permanece o ensejo de que as regras dos contratos públicos bem como a sua implementação permaneçam flexíveis devido à natureza específica das prestações do setor das artes performativas.

Aplica-se ainda em França, a regra do "1%"<sup>17</sup>, que obriga a que nos montantes de trabalhos de construção, renovação ou extensão de edifícios públicos, tal percentagem financie a execução de uma obra de arte contemporânea especialmente concebida para o lugar considerado (nomeadamente em equipamentos como escolas, liceus, arquivos departamentais, bibliotecas centrais, equipamentos

---

16 No âmbito dos códigos de 92000000-1 à 92700000-8 [*Services récréatifs, culturels et sportifs*] do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos, adotado pelo Regulamento (CE) n.º 2195/2002, a que nos voltaremos a referir.

17 Um outro caso histórico de referência ao 1% cultural foi o que resultou da exigência de 1% do orçamento geral do Estado para a cultura, reivindicado em França desde a 5.ª República.

desportivos, etc). Prevista desde 1972, para edifícios escolares e universitárias, a previsão foi alargada por lei de 22.7.1983 e o Décret de 29.4. 2002 estabeleceu ainda novas regras.

c) Em **Itália**, está identificada a figura da prestação artística (*prestazione artistica*), isto desde 1979, quando a *Legge* 8, definiu no seu artigo 3.º que cantores, intérpretes, maestros, diretores, cenógrafos, coreógrafos e dançarinos solo são todos considerados artistas. Mais, é maioritário o entendimento que a prestação artística, própria deste setor consiste em uma atividade em que a componente física surge do sentido artístico e da técnica individual própria de cada artista.

Portanto, por inerência, a obra artística possui algumas características típicas, não diretamente atribuíveis nem a profissões intelectuais nem a meros desempenhos físicos, mas assume realmente uma natureza infungível e *intuitu personae*. E é maioritária também a posição de que os artistas são prestadores de serviços propriamente ditos.

Ainda que Itália apresente também algumas particularidades curiosas que podemos aproveitar, no entanto, a transposição das diretivas coincide com as demais.

Uma das particularidades mais interessantes, é a utilização recorrente do contrato de trabalho intermitente no sector das artes performativas. O *contratto di lavoro intermittente* vem previsto no *D.lgs.* 81/2015. A este respeito, devido aos requisitos de flexibilidade que caracterizam este sector, este instrumento é utilizado a par de amplas negociações colectivas – por exemplo, veja-se o *Contratto collettivo nazionale per il personale artistico, tecnico e amministrativo scritturato dai Teatri Nazionali, dai Teatri di Rilevante Interesse Culturale, dai Centri di produzione e dalle Compagnie teatrali professionali, e Regolamento di palcoscenico* de 2018.

Porém, apenas podem ser utilizados contratos de trabalho intermitente nos casos identificados no ponto 43 da tabela anexa à R.D. n. 2657/1923, em concreto com: “artistas dependentes de companhias de teatro, cinematográficas e de televisão; trabalhadores envolvidos em produções de teatro, cinematográficos e de televisão; operadores de câmara, operadores de gravação ou técnicos de imagem, fotógrafos (...)" (tradução livre).

Por outro lado, o limite temporal máximo estabelecido pelo *D.lgs.* 81/2015, dos 400 dias de trabalho real ao longo de três anos civis, não se aplica ao sector público.

Relativamente ao *D.lgs.* 50/2016 que transpôs as diretivas comunitárias de contratação pública, ressalvamos que o recurso ao ajuste direto, considerando o sector das artes performativas, também apenas é possível nas mesmas circunstâncias que em Portugal (*cfr. art. 63, comma 2, lett. B*).

d) Referimo-nos ainda à **Grécia**, por ter sido apontada como suposto país de simplificação contratual para o caso vertente.

Até 2016, os contratos públicos na Grécia estavam regulados por uma complexa estrutura multicamada de regimes jurídicos<sup>18</sup>. No entanto, em agosto de 2016, as diretivas da UE em matéria de contratos públicos foram totalmente transpostas para o sistema jurídico grego através da Lei n.º 4412/2016, que estabelece uma plataforma distinta para contratos públicos cujo valor é igual ou superior aos limiares da UE e contratos públicos cujo valor cai abaixo dos limiares da EU, caso em que a Lei n.º 4412/2016 inclui disposições específicas sobre os procedimentos a serem seguidos para sua devida implementação.

No Anexo XIV do apêndice A da referida lei grega são excluídos "Διοικητικές κοινωνικές, εκπαιδευτικές, υγειονομικές και πολιτιστικές υπηρεσίες", ou seja, serviços administrativos, sociais, educacionais, *culturais* e de saúde, o que releva para efeitos do artigo 107.º da mesma lei para os contratos até ao limiar de 750 000 Euros.

O regime mais flexível é encontrado no n.º 3 do mesmo artigo, e nos artigos 108.º, 109.º e 110.º da lei (que respetivamente transpõem, o n.º1 do artigo 76.º, 75.º, n.º2 do artigo 76.º e o artigo 77.º da Diretiva).

e) Ainda que naturalmente fora do enquadramento obrigatório europeu que rege o caso português, mas por ser absolutamente impressionante, refira-se, no entanto, enquanto apontamento de direito estrangeiro, o caso do **Brasil**. No ordenamento jurídico brasileiro afasta-se, expressamente, no inciso III do artigo 25.º da Lei n.º 8.666, de 21 de Junho de 1993, com alterações várias, a última das quais através da Lei n.º 13.800, de 2019 – que regula o artigo 37.º, inciso XXI, da Constituição Federal - a “contratação de profissional de qualquer sector artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela *crítica especializada* ou pela *opinião pública*, e ainda que com os *caveats* de proibição de ‘superfaturamento’ previstos no § 2º do mesmo artigo (*Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.*)

Seguindo v.g. a doutrina de Marçal JUSTEN FILHO<sup>19</sup>, o ordenamento jurídico brasileiro permite neste caso configurar a inexigibilidade como situação em que a licitação, tal como estruturada legalmente, torna-se via inadequada para obtenção do resultado pretendido, já que a competição entre artistas e entre obras artísticas, para fim de o poder público obter a proposta mais vantajosa, carece

---

18 Para maior explicação, vide <https://aeidl.eu/docs/bsi/index.php/home/bsi-documents/bsi-deliverable/28-legal-analysis-of-transposition-law-el/file>

19 Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 10ª ed., Dialética, 2005, pp. 356-357.

de qualquer sentido e qualquer remota racionalidade. Ou seja, a licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa) porque sua estrutura não é adequada a tanto. “Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição”.

É assim possível (e frequente), entretanto, que a Administração possa entender pela conveniência da contratação de artistas que não sejam consagrados ou que não tenham condições de comprovar objetivamente a consagração, como, por exemplo, artistas e mestres de culturas tradicionais e populares, artista em início de carreira, ou que desenvolva trabalho artístico extremamente excepcional, seja pela proficiência (virtuosos), estética, ineditismo da linguagem, materiais utilizados, etc; por esse motivo, contratações desse tipo de artista não encontram amparo no referido inciso III do artigo 25.º.

Refira-se exemplarmente o ex-Ministro Cezar Peluso, então no Supremo Tribunal Federal brasileiro (Inq 2482, voto do ex-Ministro Cezar Peluso): “...E, para não invocar nem artistas brasileiros, mortos nem vivos, mas para demonstrar, por hipérbole, como realmente o caso não era de exigibilidade de licitação, comparo: é como se alguém resolvesse contratar uma cantora lírica e fizesse licitação para saber se escolheria Maria Callas ou Renata Tebaldi.”

Esta “inexigência de licitação” tem, no entanto, vindo a ser regulada por requisitos impostos pelo Tribunal de Contas da União para assegurar a higidez formal de contratação direta com base nesta hipótese normativa.

Assim, quanto ao contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, deve ser apresentado contrato, registrado em cartório, sendo ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. Assim, ainda que a legislação não preveja tal requisito, o Tribunal de Contas da União<sup>20</sup> vem reiteradamente exigindo tal formalidade, a fim de evitar burlas à Lei de Licitações.<sup>21</sup>

---

20 Assim, a contratação de artistas por inexigibilidade de licitação, de entre outras medidas, deve ser precedida de:

- (i) previsão de recursos orçamentários (inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei n.º 8.666/93);
- (ii) exposição administrativa da razão da escolha do executante do serviço artístico e justificativa do preço de contratação (incisos II e III do parágrafo único do artigo 26.º da Lei n.º 8.666/93);
- (iii) parecer jurídico (parágrafo único do artigo 38.º da Lei de Licitações);
- (iv) publicação do ato de ratificação da inexigibilidade de licitação no Diário Oficial (artigo 26.º da Lei n.º 8.666/93).

21 Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 96/2008 - Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler, p.33. Data da sessão: 30.1.2008. Noutras palavras, esse tipo de contratação configura desvirtuamento da licitação, e tem sido objeto de

O outro requisito refere-se à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Tal crítica tem por objetivo evitar contratações arbitrárias, baseadas em preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualidades artísticas, ainda que a doutrina brasileira questione qual a crítica especializada relevante, para concluir em razão do valor do contrato. “Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional.”<sup>22</sup>

Acresce ter sido ainda editado o Decreto 34.577/2013 de 15 de agosto de 2013 que regulamenta as contratações artísticas definindo condições objetivas para a escolha dos grupos, tendo como objetivo democratizar o acesso aos recursos públicos. O registro será a principal ferramenta, sobretudo porque ampliará o acesso de grupos e artistas por parte da administração pública. Ainda assim, e no caso da contratação de profissional de qualquer setor artístico a convite da Administração, fica dispensado o credenciamento ou o chamamento público, observadas as disposições do mesmo Decreto.

---

Sem consideração – por natureza – deste último caso, o resultado da nossa pesquisa<sup>23</sup> aponta para que nos demais países europeus selecionados também existam dificuldades neste setor semelhantes às nossas e que as novas diretivas vieram alterar os paradigmas nacionais, não obstante, estarem a ser envidados esforços para que as novas soluções sejam dominadas pelos vários agentes do sector das artes performativas. Em concreto, não existe necessariamente um regime mais ou menos favorável em sede de contratação pública, e cada um dos sistemas tem as suas próprias especificidades. A possibilidade de afastamento das regras resulta da qualificação como serviço de específico interesse social ou análogo, o que retomaremos *infra*.

---

juízos desfavoráveis pelos Tribunais de Contas, visto que nos termos da Lei, empresário exclusivo é aquele que tem uma relação constante e duradoura com o artista e não pontual, aleatória.

22 Diógenes GASPARINI in *Direito Administrativo*, 6ª ed. rev., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 2001, p.499

23 Nos termos que ficam delimitados também delimitados nos **ANEXOS I E II**, relativos às questões identificadas pela PEARLE e a grelha comparativa.

## 2. A DELIMITAÇÃO DA ESPECIFICIDADE DAS ARTES PERFORMATIVAS

Sabemos que o mercado de expressão artística é por natureza e tradição sujeito a flutuações caprichosas. A cultura não existe sem artistas. Poderá parecer estranho submeter um domínio por natureza livre a um regime apertado, mas é óbvia a necessidade de transparência e de *accountability* quanto a regras de prestação de serviços e de recrutamento.<sup>24</sup>

Esta nossa análise tem como objeto efetuar um ponto da situação da contratação pública em Portugal e das soluções que apresenta (ou não) para o sector das artes performativas e das atividades conexas a este sector.

Ora, o CCP não define, desde logo por não se destinar a regular o exercício de uma atividade de um determinado setor, que atividades cabem dentro do âmbito objetivo das artes performativas. Esta, contudo, é uma questão relevante desde logo para determinar em que situações é que os agentes poderão lançar mão da possibilidade de recorrer ao ajuste direto para a formação de contratos.

Determinar o que se entende, no plano objetivo, por obra de arte ou espetáculo artístico e, bem assim, no plano subjetivo, o que se entende por artista não é de todo linear. Importa, assim, em primeira linha, delimitar a que atividades e profissionais se aplicará uma eventual alteração introduzida ao CCP dirigida ao setor das artes performativas.

De modo a conseguirmos analisar este tema corretamente, cabe-nos efetuar, em primeiro lugar, uma distinção entre categorias de expressões artísticas. Ora, por um lado, existem (i) “artes visuais” onde se inserem a arquitetura, as artes plásticas, o design, a fotografia, e as expressões associadas aos novos media, por outro lado, existem também (ii) as “artes performativas” onde encontramos o circo contemporâneo e as artes de rua, a dança, a música e o teatro.

É importante determinar o conceito de obra de arte para o regime europeu dos contratos públicos – até para efeitos simbólicos de compreensão do que se entende por ‘obra’ neste momento histórico europeu - para efeitos da Diretiva 2014/24/UE. Afastaremos aqui da nossa análise direta a aquisição

---

24 É naturalmente de rejeitar, de per si, “la arrogancia de la inconmensurabilidad de los expertos/sacerdotes en las cosas “superiores” al vil metal, que rechazan la restricción de la escasez y la competencia con otras cosas también “superiores”, ni tampoco para la arrogancia de cotización de los “economistas/tecnócratas”, convencidos de que se puede medir y “objetivar” todo, lo que reduce la vida de los hombres a los flujos monetarios regidos por algoritmos», así en F. Rocchi, “Cultura e azienda”, em M. RISPOLI, G. BRUNETTI (ed.), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Bolonia: Il Mulino, 2009, p. 139 ss.



de obras existentes<sup>25</sup> e deter-nos-emos apenas na questão das obras a criar e a realizar submetidas a regras de contratação pública.

No entanto, talvez importe iniciar por uma palavra quanto à identificação das partes contratantes. Como veremos adiante, as práticas e comportamentos efetivos relevantes, tanto na perceção habitual das obras de arte quanto no mercado em que circulam, oferecem um panorama subjetivo altamente articulado de atores capazes de influenciar na determinação de termos, e terá de ser levado em consideração para entender a estrutura das operações de contratação pública.

### a) O co-contratante público

No âmbito do mercado público cultural<sup>26</sup> importa desde logo uma diferenciação dos contratos em matéria cultural ou de serviços culturais das eventuais subvenções, que têm um carácter unilateral.

De facto, a definição que aqui nos ocupa radica nos contratos administrativos, o que chegará para distinguir de subvenções. Interessam-nos, pois, aqui os contratos submetidos a um regime jurídico particular, como já sabemos entretencido no direito europeu.

Ainda assim, a distinção entre estes dois modos de intervenção estadual sobre a cultura pode aparecer minorada porquanto:

- i) A subvenção é muitas vezes acompanhada de acordo com definição de termos e finalidades;
- ii) Ao invés, os contratos concluídos entre o Estado e uma companhia artística ou teatral terão muitas vezes dificuldades de qualificação como contratos administrativos (por exemplo, contratos de descentralização dramática, lírica, teatral, etc).

---

25 Quanto à identificação de contratante e como primeira aproximação, pode-se estabelecer que é a entidade que detém os direitos de exploração económica da obra, a única capaz de adquirir a aquisição, e que a partir de agora será definida, convencionalmente, como "o proprietário", mesmo ciente de que esse nome é muito impreciso, pois, se no léxico comum se pode falar de "propriedade" de uma obra de arte, em termos legais exatos, como é conhecido, é necessário especificar que direitos diferentes possam ser "adquiridos" de exploração do mesmo, sem garantir que a sua propriedade foi adquirida, pelo menos nos termos absolutos; mesmo após uma eventual compra, de facto, ainda existem proteções legais - com salvaguardas ainda significativamente diferentes nos diferentes sistemas jurídicos mundiais - previstas para preservar a identidade da obra e sua atribuição a um autor e que por razões de delimitação não serão também especificamente levadas em consideração neste trabalho.

A este propósito se poderia ainda falar da aquisição de obras de arte identificadas e não identificadas (e sem nenhuma indicação sobre o autor), ou da aquisição da obra de arte através de comissão, ou ainda do caso específico das exposições de arte perspectivadas como atuações artísticas únicas, mas que não trataremos autonomamente (ainda que o respetivo carácter especial resulte aliás do facto de que entre as disposições do título III, capítulo I, da Diretiva e, em particular, nos serviços sociais e outros serviços específicos do artigo 74.º se poderem enquadrar serviços de organização de exposições, feiras e congressos). No entanto, o artigo 75.º especifica que esses procedimentos especiais não se aplicam se se tiver podido empregar um procedimento negociado sem publicação prévia para a adjudicação de um contrato público de prestação de serviços, confirmando-se assim com esta disposição, portanto, que a negociação sem anúncio prévio se pode utilizar para os serviços em questão.

26 Para explanação do tema veja-se v.g. Jean-Marie PONTIER, *Marchés publics et culture*, LEGICOM 2004/2 (Nº 31), pp 65-82

Poderão ainda assim utilizar-se dois critérios, quais sejam os da necessidade e da iniciativa:

- i) a intervenção contratual no mercado público cultural deve corresponder a uma necessidade da administração, ao invés das subvenções, ainda que mais ou menos contratualizadas;
- ii) tratar-se-á de uma subvenção se a iniciativa do projeto (impulsão, conceção e definição) resultar do organismo beneficiário sem contrapartida direta para a entidade financiadora.

#### **b) O outro co-contratante<sup>27</sup>**

Ainda que a prestação para execução de obras seja similar, poderá haver a aplicação de regras de contratação de direito público e de direito privado. Outra questão a discutir será a da opção pelo tipo contratual - trabalho ou prestação de serviços<sup>28</sup>.

Sem prejuízo da intervenção pública necessária em matéria cultural, obviamente que se aplica também a liberdade de iniciativa económica, podendo as pessoas (coletivas) privadas intervir no campo cultural. No entanto, alguma complicação pode resultar de algumas das entidades privadas serem falsas entidades privadas, por terem sido criadas por entidades públicas, o que provoca uma menor clareza e uma complexificação progressiva muito em especial no âmbito municipal (vide as possibilidades abertas pela legislação de transferência de atribuições e competências nesta matéria, apenas descritas no **ANEXO III**).

A questão de saber se são aqui aplicáveis as regras de contratação pública (na hipótese de o município confiar um projeto cultural a uma associação) deve lembrar-nos que o CCP não é aplicável ao co-contratante em relação ao qual a entidade pública exerça um controlo comparável ao que exerce sobre os seus serviços e que realiza o essencial das suas atividades por ela.

Uma outra situação é aquela em que a mesma associação criada por ente público vai ela mesmo contratar com outra entidade, provavelmente privada. Em princípio pareceria estarmos perante duas entidades privadas, mas se constatarmos que a associação é financiada pela entidade pública, que depende integralmente dela, parece deverem aplicar-se as regras de contratação pública.

---

<sup>27</sup> Que poderá ser público também, podendo ter-se aqui em conta os contratos interadministrativos.

<sup>28</sup> A Cour administrative d'appel de Marseille pronunciou-se sobre a natureza de um contrato que ligava um artista lírico à cidade e considerou-o como prestação de serviços e não de trabalho pelo motivo de que entre o artista e o chefe de orquestra « *il n'y a pas de lien de subordination mais acceptation de la coordination d'ensemble* », o que, como se escreveu, « *a de quoi plonger bien des mélomanes (même juristes) dans d'insondables considérations sur l'intrusion de la qualification juridique dans la nature si délicate de l'interprétation musicale* ».

Ainda assim, estas questões, que se relacionam com a delimitação subjetiva do âmbito dos contratantes, apenas são aqui mencionadas a benefício de inventário.

Dito isto, a Diretiva aborda explicitamente a arte em dois passos.

Em primeiro lugar, no Considerando 50, que confirma o carácter excecional do procedimento negociado sem publicação prévia de anúncio<sup>29</sup>. De entre as circunstâncias excecionais atendíveis, “casos em que a publicação não seja possível (...) ou em que desde o início seja evidente que a publicação não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir um operador económico capaz de executar o contrato. É este o caso das obras de arte, em que a identidade do artista determina intrinsecamente o carácter e o valor únicos do próprio objeto artístico. A exclusividade pode também ter outros fundamentos, mas só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso.”

Como resultado, o artigo 32.º da Diretiva, contempla as circunstâncias em que as obras ou serviços podem ser adquiridas somente a um operador económico determinado e entre aquelas inclui - e é a segunda menção explícita - a “criação ou aquisição de uma obra de arte ou atuação artística única”.

Em resumo, a Diretiva de 2014 confirma e, de alguma forma reforça, uma situação que já se havia manifestado, mais timidamente, nos dez anos anteriores: o mercado das prestações artísticas integra-se - com ou sem razão - no universo de aplicação da contratação pública “de obras, fornecimentos ou serviços aos operadores económicos escolhidos pelas referidas entidades adjudicantes” (artigo 1.º, seção 2), e em termos definidores, como “contratos onerosos celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, cujo objetivo é a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços” (artigo 2.º, secção 1, n.º 5).

Estas duas passagens apontam para uma certa imprecisão compreensível, onde o primeiro parece descrever uma metodologia (uma aquisição por contrato) e o outro, um ato legal (o contrato). Parece ter a legislação europeia optado, em relação a este tipo de contratos públicos e aos procedimentos que os sustentam, por tentar superar, ou pelo menos não levar em conta, as *nuances* seculares e progressivas no modernidade das diferenças entre *locatio operis* e *locatio operatum*, que com a configuração estabelecida no Código Napoleão (artigo 1708.º), revelou a existência de

---

<sup>29</sup> Procedimento que corresponde, na legislação nacional, ao procedimento de ajuste direto.

conceitos específicos suficientes para regular, em diferentes termos, os contratos de licitação para obras, comissões ou contratos de venda nos diferentes sistemas jurídicos nacionais da Europa.

É necessário supor e lembrar que as obras de arte, atualmente, podem não consistir em *coisas*, sem deixar de ser *objetos*. Os produtos culturais podem ser considerados como tal se manifestados em formas materiais - usando os suportes tradicionalmente associados a eles e adquirindo a estrutura de um objeto físico -, como se o fizessem imaterialmente, sem um meio, ou pelo menos sem um meio material que baseie a sua existência e possibilite a sua percepção.<sup>30</sup>

Determinar o que se entende, no plano objetivo, por obra de arte ou espetáculo artístico e, bem assim, no plano subjetivo, o que se entende por artista não é de todo linear. Se alguma vez teve limites, a definição da arte cada vez se complexifica mais. A abertura ao imaterial produz uma inevitável expansão dos meios que vai provocando a erosão das normas, com a consequência óbvia da impossibilidade de reconhecer e classificar os produtos artísticos com base nos próprios meios de expressão. Comprar uma obra de arte ou contribuir para a sua existência são operações que não podem ser (de)limitadas.

Ainda assim, e naturalmente, o objeto contratual reclama nestas situações foro de discricionariedade técnica, o que implica necessariamente o apoio de órgãos competentes.

Por outro lado, a aquisição de arte (obra de arte em sentido estrito) não é já mera necessidade de adorno e/ou embelezamento, derivando de verdadeira missão cultural do Estado. Esta missão cultural do Estado deve entender-se em duas perspetivas diferenciadas, mas complementares:

- a) no sentido do respeito pela liberdade de criação intelectual e artística prevista no n.º 1 do artigo 42.º da Constituição (com a consequente proteção da construção intelectual no n.º 2 do mesmo artigo: “esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a proteção legal dos direitos de autor”);

---

30 Exigindo-se que a obra seja uma coisa material, não se tornará possível a aplicação do regime do contrato de empreitada a contratos cujo objeto sejam obras de natureza intelectual. Além de que, o facto de as obras do intelecto estarem devidamente regulamentadas em diploma legal próprio, no Código dos Direitos de Autor. Por conseguinte, se em determinado contrato estiver em causa uma obra intelectual, dever-se-á dar preferência ao regime previsto para os Direitos de Autor. Veja-se então, pelo confronto das duas teses, que, seguindo uma orientação estaremos perante uma noção onde a obra é encarada como uma obra em si mesma, sendo quase irrelevante a originalidade da criação e o pensamento intelectual que dela é fonte. Esta forma de pensamento leva a que o resultado material do trabalho intelectual seja considerado quase como a definição elementar da obra.

Por outro lado, se seguirmos a orientação contrária, a ideia da criação intelectual e da construção artística é tida como elementos fundamentais de uma obra intelectual, excluindo a aplicação do regime do contrato de empreitada. Desta forma desvaloriza-se a materialização desse pensamento, não permitindo deste modo que a obra intelectual seja tida como algo corpóreo, mas antes, como um objeto artístico que é concebido muito antes de ser materializado.

b) no sentido da efetivação dos direitos culturais a que se referem os artigos 9.º d), 73.º e 78.º da mesma lei fundamental.

Antes de avançarmos para a caracterização da natureza da atividade desenvolvida pelos artistas importa, em primeira linha, perceber: quem são esses artistas? Quem pode ser considerado um artista? Este conceito está longe de ser fácil de determinar ou de densificar. No entanto, alguns autores procuraram avançar com uma definição de artista.

O ilustre doutrinador brasileiro Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES ensina 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 onde se realizam espetáculos de diversão pública”.<sup>31</sup>

OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>32</sup> considerava que “artistas são apenas os que interpretam ou executam obras literárias ou artísticas.” Excluía, com base neste fundamento, por exemplo, os atletas desportivos do conceito de artistas.

Em 1980, a UNESCO, no âmbito da *Recommendation concerning the Status of the Artist*, definiu artista como: “qualquer pessoa que cria ou dá expressão criativa, ou recria obras de arte, que considera ser a criação artística uma parte essencial da sua vida, contribuindo desta forma para o desenvolvimento da arte e da cultura, e que é ou pede para ser reconhecido como artista, estando ou não vinculado a qualquer relação de emprego ou de associação.”

Já MENDES BAPTISTA<sup>33</sup> entendia que a discussão em torno do que é um artista terá sempre “uma componente filosófica incontornável” e “provavelmente inconclusiva” daí optar pela adoção de uma tipologia aberta de atividades consideradas artísticas.

Ora, as artes performativas apresentam uma característica específica que as define: a presença simultânea de um performer (ou mais) em palco e de um público que assiste ao espetáculo.

É certo que, quer num tipo de expressão quer noutra, existem elementos técnicos e elementos subjetivos que são ponderados aquando o momento de contratação de profissionais para uma determinada prestação, no entanto, a proporção destes elementos varia em ambas as categorias. Mais, pode até defender-se que no primeiro grupo encontramos como objeto da prestação a elaboração de uma determinada obra, pelo que releva maioritariamente a vertente técnica e, no segundo grupo, a

---

31 Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES, *Contratação Direta Sem Licitação*, 5ª ed., Brasília Jurídica, 2003, p. 615.

32 José de Oliveira ASCENSÃO, “O direito ao espectáculo”, Estudos em memória do Professor Paulo Cunha, Lisboa, 1989, pp.132-141, 1989, p. 137.

33 Albino Mendes BAPTISTA, “Subsídios para a criação de um regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculos”, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga, Almedina, Coimbra, pp. 27-58, 2007, pp. 40-41.

prestação dos profissionais prende-se, tradicionalmente, com a interpretação subjetiva de uma obra e com a forma de apresentação desta ao público, pelo que é mais ponderoso um elemento subjetivo (*intuitu personae*).

A Direção-Geral das Artes reconhece esta distinção de conceitos, e, tanto quanto nos parece, também a jurisprudência nacional tem considerado que existe uma diferença entre estes tipos de expressões artísticas, algo que é evidente a nível das posições tomadas pelos vários Tribunais Administrativos nacionais e pelo Tribunal de Contas (a este respeito, encontramos vasta jurisprudência que distingue estas realidades – o que tem tido um grande impacto a nível do tipo de procedimento utilizado para efeitos de contratação pública para cada tipo de prestação pretendido pelas várias entidades adjudicantes).

Esta distinção tem também impacto na definição do conceito de “artista” e das pessoas que são consideradas artistas para efeitos de contratação pública (e não só – por exemplo, esta classificação importa para efeitos de legislação laboral).

#### **A. O paradigma do setor privado: Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro<sup>34</sup>**

Em termos sistemáticos, no setor privado, designadamente por força da aplicação de Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, que regula o regime jurídico aplicável aos profissionais do espetáculo determina-se que o mesmo se aplica à atividade artística, técnico-artística ou de mediação destinada a espetáculos ou a eventos públicos.<sup>35</sup> Assim, este regime inclui um conjunto bastante amplo de atividades que não apenas a atividade artística, ou seja, as atividades ligadas à criação, execução e interpretação de obras (cfr. artigo 1.º-A d)), mas também as atividades ligadas aos materiais, equipamentos e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo ou do audiovisual e as atividades relacionadas com a produção, a realização e divulgação de artes de espetáculo ou de audiovisual, incluindo a valorização e divulgação das obras e dos artistas (cfr. artigo 1.º e) e f).

A qualificação do artista como profissional liberal assenta num paradigma ultrapassado. Como se a autonomia técnica ou liberdade criativa de um artista fosse contaminada pela existência de um vínculo contratual. Abandonar esta forma de olhar para as relações de trabalho estabelecidas com

---

34 Segue-se aqui *passim* Joana NETO, *Na boca de cena da (des)regulação: o regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo*, Vila Nova de Famalicão, Editorial Novembro, 2019 e *Redesenhar o trapézio sem rede da proteção laboral dos artistas: problemas e pistas para alterações à Lei 4/2008, de 12 de fevereiro, Questões laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, A. 26, no 54 (Jan.-Jun. 2019), pp. 107-156

35 A par da lista de profissões do n.º 1 do artigo 1.º, o diploma legal ilumina esta questão dizendo o seguinte, no n.º3 do mesmo artigo que “para efeitos da presente lei, são considerados espetáculos públicos os que se realizam perante o público e ainda os que se destinam a gravação de qualquer tipo para posterior difusão pública nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão televisão ou outro suporte áudio visual, internet praças de touros, circos ou noutro locais destinados a atuações ou exibições artísticas.”

estes profissionais é condição sine qua non para conseguir libertar estes trabalhadores de uma espécie de condenação antecipada à precariedade.

Admitindo que a conceção de que os artistas não podem ter um vínculo subordinado pareça superada ou que, pelo menos, já não apresente o vigor de outrora, certo é que o pressuposto da transitoriedade do exercício da atividade ainda contamina a perspetiva com que estas matérias são abordadas, designadamente quando analisamos a jurisprudência.

Autores como SERGIO GRASSELLI contrapunham atores principais a atores secundários, considerando que só estes segundos poderiam ter um vínculo subordinado e entendiam que o risco associado à atividade, tendo como paradigma a indústria do cinema italiano, era incompatível com o trabalho subordinado. No mesmo sentido, LOBO XAVIER<sup>36</sup> admitia a subordinação dos artistas apenas nos casos de reduzida autonomia artística, enfatizando o compromisso com a arte e o público e subtraindo as possibilidades de, por via do método indiciário, se chegar à qualificação do contrato como trabalho subordinado (retribuição variável: “cachet ou prémio de execução”). Para o efeito, lançará mão da distinção entre obrigações de meios e obrigação de resultados e chamando atenção para o facto de o ator ser gestor do seu tempo, designadamente no seu treino individual, por oposição aos ensaios coletivos.

Também PLA RODRIGUEZ contrapõe artistas com desportistas, a partir da distinção entre trabalho e jogo, entretenimento e espetáculo, amador e profissional, artista a solo e membro de um grupo, protagonistas e auxiliares, improvisação e competição contraposta a ensaios e preparação prévia, variedade de atividades artísticas e conjunto de regras unificadas associadas à prática desportiva. No entanto, também identifica alguma proximidade entre o trabalho artístico e o fenómeno desportivo, nomeadamente a vinculação do artista ao organizador do espetáculo, que detém o local, o meio de comunicação e a organização do espetáculo. No quadro dessa vinculação identifique-se o contrato de prestação de serviços (quando o artista se compromete a uma ou mais atuações perfeitamente individualizadas, findas as quais a relação termina) e o contrato de trabalho (quando o artista se obriga a prestar os seus serviços durante um certo tempo, comprometendo-se a realizar as atuações que o organizador do espetáculo indicar, e que pode ser celebrado diretamente com o organizador do espetáculo, ou com outro artista que faça parte do elenco (teatral ou musical)).

Da aprovação do regime jurídico-laboral dos profissionais de espetáculo terá decorrido a necessidade de aprovar regulamentação especial do contrato de trabalho dos artistas, apesar de, à data, não existir um estatuto genérico para todos os artistas atendendo às notórias diferenças entre as distintas atividades artísticas.

---

36 Bernardo da Gama Lobo XAVIER, “Contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos (direito aplicável)”, Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano I (2.ª Série), p. 109 e ss, 1986, p.119.

Em Espanha, quando se quiseram regulamentar essas atividades artísticas aprovaram-se quatro regulamentos que nem sequer cobrem todas as possibilidades: o espetáculo taurino, o teatro, circo e variedades, o cinema e as profissões da música.

PLA RODRIGUEZ<sup>37</sup> realça o facto de os artistas estarem mais organizados e o exercício dos seus direitos de autor e de criação artística, participando dos resultados da transmissão na rádio, cinematográfica e televisiva, coisa que não ocorre com os desportistas. O autor invoca ainda estas particularidades para fundamentar a regulamentação destes vínculos especiais para concluir dizendo que a existência de peculiaridades não pode ser obstáculo para que o direito do trabalho estenda os seus efeitos protetores a estes autênticos trabalhadores.

Também MAZZONI<sup>38</sup> estabelece uma série de analogias entre o artista e desportista: interesse em efetuar a prestação de trabalho; disciplina de horários rigorosos para o artista como para o desportista; a aplicação de sanções disciplinares que são muito rígidas em ambas as relações e a obrigatoriedade de ensaios para o artista e de treinos para o desportista, bem como a duração limitada dos contratos por razões biológicas e por instabilidade do público que assiste aos espetáculos e contratos que, no entender do autor, só se podem celebrar por tempo determinado e em que se admite a sua renovação, sem que isso os converta em contratos de duração indeterminada.

Atualmente, o RD, segundo ALZAGA RUIZ<sup>39</sup>, não facilita uma definição expressa de artista. O artigo 1.2 do RD 1435/1985 refere o artista como o sujeito que se dedica voluntariamente à prestação de uma atividade artística, por conta e dentro do âmbito de organização e direção de um organizador de espetáculos públicos, a troco de uma retribuição. Para este autor, o artista trabalhador é sujeito de direito fundamentalmente em função da sua relação jurídica de trabalho e exemplifica como atividades artísticas compreendidas no âmbito subjetivo da lei espanhola: atores, animadores, publicitários televisivos ou radiofónicos, artistas de circo, bailarinas, cantores, coreógrafos, diretores de espetáculo, DJ's, humoristas, ilusionistas, modelos, músicos, apresentadores de programas de variedades e locutores e também vários profissionais da tauromaquia, como os cavaleiros e toureiros. O Real Decreto-Ley 2816/1982, de 27 de agosto que aprova o *Reglamento General de Policía de espectáculos públicos y actividad recreativas*, considera, no seu artigo 54.º, artistas todas aquelas pessoas que com a sua atuação proporcionem diversão ao público.

---

37 Américo Pla RODRIGUEZ, "Derechos laborales de los deportistas profesionales y de los artistas", Revista del Instituto de Derecho del Trabajo e investigaciones sociales, Publicación Semestral –Enero-Diciembre de 1984 – Año XV, n.ºs. 25-26, p.6-34, 1989, p. 25.

38 Guiliano MAZZONI, "Le travail et le sport. L'amateur et le professionnel", Primeiro Congresso Internacional de Direito do Desporto, México, 1977, p. 743.

39 Alzaga RUIZ, "Contratación laboral temporal de artistas en espectáculos públicos, Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento, n.º 15, Thomson Arazandi, pp.139-150, 2005.



JÚLIO GOMES afasta o critério da distinção de obrigações de meios versus obrigações de resultados e considera que o resultado a obter pelo artista há-de ser articulado com outros para a obtenção de um resultado mais amplo, o espetáculo.

Assim, na opinião deste autor, “fundamental é, pois, averiguar se, no modo concreto de execução do seu trabalho, o artista está sujeito a ordens e instruções (quanto a horários, ensaios, etc.) e com que intensidade e acha-se inserido na organização alheia”. Por outro lado, considera que o artista despende muito tempo em ensaios coletivos e admite que o tempo de preparação individual seja considerado verdadeiro tempo de trabalho.

Uma ponderação de qual é o maior tempo despendido, se os ensaios coletivos ou exibição perante o público ou as horas de preparação individual, na esteira da tese de LOBO XAVIER<sup>40</sup> poderia levar, como alerta Júlio Gomes, a que os professores “a quem os espera em casa longas horas de preparação de aulas, leitura de teses e correção de exames não fossem considerados trabalhadores subordinados” salientando ainda que o artista não assume diretamente o risco financeiro do espetáculo.

A este respeito, MONTEIRO FERNANDES<sup>41</sup> afirma que “a tradicional divisão do mundo do trabalho em dois campos - o da subordinação e o da autonomia – entre os quais corria uma nítida linha de fronteira, foi posta em causa, além do mais, por um fenómeno conhecido, a que pode aplicar-se a designação, em todo o caso demasiado restritiva, de “laboralização ou salarização das profissões liberais”.

Parece manifestamente insuficiente considerar a autonomia técnica como critério norteador e fundamental para a distinção ente contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços. Basta pensar no caso do advogado de empresa, cujo exercício da atividade é regulado por um Estatuto que impõe um conjunto de deveres deontológicos, onde se inscreve a autonomia e independência e que, apesar disso, integra uma organização que lhe determina horários, que lhe fornece instrumentos de trabalho e lhe dá instruções genéricas sobre a atividade pelo que, nesse caso, deve possuir o vínculo adequado ao facto de exercer a sua atividade no contexto dessa organização: contrato de trabalho.

Esta consideração é tanto mais premente quando estamos perante atividades criativas ou artísticas. Na realidade, o facto de a atividade artística ter uma dose de risco associada - risco este que, em parte, corre por conta do próprio artista e em que o desgaste da sua imagem pode gerar dificuldades na sua integração no mercado de trabalho -, não inviabiliza que os artistas possam ter

---

40 Bernardo da Gama Lobo Xavier, “Contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos...”, ob.cit., p. 120.

41 António Monteiro FERNANDES, “O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação jurídica invisível. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2013”, Revista de Direito e Estudos Sociais, n.º 4, 119-140, 2013, p. 119.

um vínculo laboral. Na verdade, o desempenho de qualquer trabalhador tem repercussões quer na sua continuidade numa determinada empresa ou organização, quer na sua empregabilidade. O bom desempenho de um ator numa peça de teatro é equivalente a uma carta de recomendação passada pela entidade empregadora a um qualquer trabalhador subordinado depois da cessação do seu vínculo contratual. Por outro lado, a maior ou menor autonomia técnica de um trabalhador, não raras vezes, decorre da relação de confiança que se estabelece entre trabalhador e entidade empregadora, do seu desempenho profissional, das suas qualificações e do cargo ou função que desempenha na empresa. Acresce que ninguém contesta a norma do artigo 12.º do CT que determina que ocupar um cargo de direção ou chefia é um indício de laboralidade. Assim sendo, por que razão, então, colhe o argumento jurisprudencial - diga-se que verdadeiramente estéril - de que o maestro não pode ter um vínculo laboral uma vez que tem liberdade para dar instruções aos músicos?

A liberdade criativa não delimita o território que separa a subordinação da autonomia, sendo certo que estes dois campos há muito que deixaram de estar separados por um muro intransponível, embora confluam numa espécie de zona cinzenta.

A subordinação jurídica, tal qual a conhecíamos, está em crise, mas mantém a sua acuidade se a analisarmos à luz dos novos modelos de relação laboral, bem como dos seus sujeitos e da posição que ocupam nessa mesma relação. Por essa razão, o critério da dependência económica não é despiciendo nesta apreciação, bem como, e a pedra de toque deverá ser esta, sobre quem, em primeira instância, recai o risco financeiro do exercício da atividade e qual o contexto (organizativo ou individual) em que a atividade é prestada. Importa, contudo, neste segundo caso, clarificar que o facto de o trabalhador ter uma preparação individual para além daquela que é prestada em contexto coletivo não pode ser determinante, por si só, para a qualificação da atividade como autónoma.

Também REMEDIOS ROQUETA JIJ<sup>42</sup> identifica como características especiais do contrato de trabalho dos artistas em espetáculos públicos: os sujeitos, as funções desempenhadas e o quadro e modo como o trabalho é desenvolvido. Esta distinção reconduz-se aos sujeitos e objeto deste contrato. Quanto aos sujeitos refere-se à “aptidão artística concreta” que requer especial qualificação, experiência e preparação e quanto ao objeto à “independência relativamente ao aspeto artístico da sua atuação” e ao facto da prestação laboral do artista se integrar “num espetáculo dirigido ao público, ressentindo-se das modas e das inclinações do público”.

JÚLIO GOMES<sup>43</sup> aponta dois vetores essenciais para a especialidade do regime: a atividade económica dos empregadores e a “indústria” do espetáculo – dependência do público e a prestação

---

42 Remedios Buj ROQUETA, *El trabajo de los Artistas*, Valência, pp. 15-16, 1995, pp. 15-16.

43 Júlio GOMES, “Da fábrica à fábrica dos sonhos – primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais”, *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra Editora, pp.197-231, 2010, p. 203.

do próprio trabalhador – margem de criação e o risco para a carreira do artista. Assim, temos, por um lado, a capacidade subjetiva do trabalhador para desenvolver uma atividade artística e, por outro, o facto de o empregador ser a entidade produtora ou organizadora de espetáculos públicos.

Já JOANA VICENTE<sup>44</sup> indica cinco aspetos essenciais, apontados pela doutrina como critérios para atribuir um carácter especial ao contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo quando comparado com a relação laboral comum:

- 1) “Particularidades da prestação de trabalho”;
- 2) “Contornos particulares da prestação de trabalho”;
- 3) “Alienabilidade”;
- 4) “Quadro em que o trabalho artístico se desenvolve”;
- 5) “Pessoalidade do vínculo laboral”.

Partindo destes contributos podem destacar-se dois aspetos, entendidos em sentido lato: a natureza e forma de exercício da atividade e a autonomia técnico-criativa dos sujeitos.

No que toca às *(1) particularidades da prestação de trabalho*, a autora refere, designadamente, o facto do trabalhador se “exibir perante um público” ou ter uma prestação destinada a um público, pelo que a imagem assume um papel de realce.

É partindo desta ideia de que o trabalhador se exhibe perante um público que JÚLIO GOMES faz apelo a alguma doutrina espanhola que tende “a negar a natureza de trabalhador de espetáculos a realizadores de cinema, diretores artísticos, técnicos de luzes ou de som”.

O critério é, para estes autores, a realização do trabalho à vista do público, ou seja, aqueles que não se exibem perante o público, pese embora participem para o resultado final, não são considerados profissionais do espetáculo.

Essa, contudo, não é a conceção acolhida pela Lei em apreço e dir-se-ia que bem, uma vez que vejo com estranheza que um encenador, ou um realizador, não sejam considerados profissionais de espetáculo pelo simples facto de não se exporem perante um público, sendo incontornável a sua essencialidade para alcançar o resultado final: o espetáculo. Ressalva-se, no entanto, a clarificação feita por JÚLIO GOMES<sup>45</sup> que alerta para o facto de uma pessoa poder realizar uma prestação de

---

44 Joana VICENTE, *A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia*, *Prontuário de Direito do Trabalho II*, Almedina, 2018, pp.259-270.

45 Júlio GOMES, “Da fábrica à fábrica dos sonhos...”, *ob.cit.*, p. 208.

carácter artístico, e recorre ao exemplo do professor de piano, mas que não integra este contrato especial uma vez que a sua atividade não tem como finalidade a exibição perante um público.

O Acórdão do STSJ (Tribunal Superior) de Galicia, de 9 de março de 1998, considerou que existia uma relação laboral especial de profissional de espetáculos entre um professor instrumentista de oboé e a orquestra sinfónica da Galiza, o que mereceu críticas da doutrina que entendia que a atividade profissional do professor não é de entreter, mas de realizar uma atividade docente. Reflete-se ainda sobre se um espetáculo pode ter um escopo comercial que, por conseguinte, extravase a dimensão do entretenimento, como é o caso dos filmes publicitários, programas televisivos ou radiofónicos noticiosos, desfiles de modelos, nomeadamente quando a dimensão do entretenimento assuma um papel secundário. Pese embora a divergência doutrinária, designadamente em outros ordenamentos jurídicos, sobre cada uma destas situações, parece que qualquer um destes casos pode caber no âmbito de aplicação da lei, desde que a dimensão do entretenimento assuma um papel determinante naquela atividade e que os profissionais que o executam tenham, intrinsecamente associada à sua atividade, esse carácter de espetacularidade. Naturalmente, no entanto, que esta situação obriga a uma avaliação casuística que não se compadece com uma tipificação apriorística.

Salvo melhor opinião, o que releva para se considerar a relação laboral como especial é o facto do trabalho desenvolvido se destinar a apresentação para um público. Ora, no caso em apreço, se o professor de piano não integrava o espetáculo, nem a sua atuação se destinava a reprodução ou gravação, e sendo a sua atividade principal a de ensinar, não é conferido carácter especial a esta relação.

Ainda assim, por mero exercício teórico, consideraremos várias situações hipotéticas que podem ter relevância para a qualificação desta relação:

- a) O professor dar aulas de piano a todos, ou alguns dos elementos da orquestra sinfónica da Galiza, com carácter regular e permanente, e inserido no espaço onde ela atua regularmente;
- b) O professor dar aulas de piano a todos, ou alguns dos elementos da orquestra sinfónica da Galiza, com o escopo de os preparar para um espetáculo específico e inserido numa organização;
- c) O professor dar aulas de piano a alunos da orquestra ou alguns, em sua casa, ou fora de qualquer organização;
- d) O professor dar aulas de piano a todos, ou alguns dos elementos da orquestra sinfónica da Galiza, integrando a direção musical de um determinado espetáculo.

Ora, do elenco destas hipóteses só no último caso parece justificado considerar que estamos perante uma relação especial de trabalho, uma vez que é com o diretor musical e nessa qualidade que é estabelecida a relação contratual e o escopo da relação é a realização da direção musical daquele espetáculo. Importa salientar que a direção musical de um concerto se equipara, para este efeito, e salvaguardada a devida especificidade, à encenação de uma peça de teatro pelo que assumir que não

estamos perante uma relação especial de trabalho seria aceitar a tese, que não partilho, que só aquele que participa no espetáculo é que pode ser considerado artista ou, pelo menos, só a esse pode ser aplicado o regime dos profissionais do espetáculo.

Realça-se ainda um estudo da década de 60, de PAUL DURAND que, fazendo um paralelismo com a medicina e o jornalismo, considerou normal qualificar o encenador como trabalhador subordinado.

Relativamente aos *(2) contornos particulares da prestação de trabalho* JOANA VICENTE aponta para a maior “liberdade criativa de que necessitam os artistas” e a maior amplitude que o poder de direção pode assumir no que toca às “condutas extra-laborais - dietas, modo de vestir, aparecimento em eventos públicos”. Ora, na verdade, a liberdade criativa de que goza o artista convive com constrangimentos da sua conduta extra-laboral, desencadeados pela sua exposição pública, pela necessidade de divulgação do espetáculo e que são, também, uma forma importante de garantir a sua empregabilidade e valorização enquanto profissional, pelo que não só confirmam a existência de subordinação jurídica destes profissionais, como lhe conferem maior amplitude. A autonomia técnico-criativa do artista é, assim, condição para o exercício da sua atividade, condição essa que é do interesse do empresário e que promove a qualidade do trabalho que desenvolve. Acresce que o trabalho artístico, muitas vezes, é acompanhado de um laborioso processo de estudo, pesquisa, contacto com a realidade retratada, mudança de hábitos.

A *(3) alienabilidade nesta relação laboral* suscita estranheza por oposição ao típico trabalho subordinado. JOANA VICENTE<sup>46</sup> realça a propósito que “o facto de o artista poder ser o autor da criação do papel que incorpora, tendo direitos sobre a sua própria interpretação, faz com que concorra neste sector a aplicação de normas sobre propriedade intelectual que tutelam a imagem, a honra e a reputação artística, modelando de forma muito particular a nota da alienabilidade”.

O *(4) quadro em que o trabalho artístico* se desenvolve, isto é, o facto de ser uma atividade em que o parecer do público é determinante, o que lhe confere maior grau de instabilidade do que outras atividades económicas, como alerta a mesma autora, também concorre como aspeto valorado pela doutrina (Júlio Gomes, Mendes Baptista) para a qualificação do contrato que vincula estes profissionais como um contrato especial.

---

46 VICENTE, Joana, *A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo.....*, ob.cit., p. 263.

Parte da doutrina, na qual se inscreve LOBO XAVIER e MARGARIDA PORTO, refere a extrema (5) *personalidade* do vínculo laboral, associada a uma ideia de confiança recíproca e sentido de equipa, como um fator distintivo.

PALMA RAMALHO<sup>47</sup> destaca dois aspetos para a qualificação deste contrato como um contrato especial de trabalho, o facto de se “consustanciar numa atividade artística”, o que, segundo refere “pode exigir uma configuração especial dos deveres do trabalhador e do empregador, e suscitar problemas de autoria da obra intelectual ou artística), “e o facto de a atividade ser ligada à “produção e organização de espetáculos públicos (o que passa por uma indexação à temporada dos espetáculos e pela adaptação das regras laborais comuns nas matérias relativas ao tempo e ao local de trabalho e aos contratos a termo, entre outros)”.

A esfera de autonomia criativa e técnica do amplo leque de trabalhadores potencialmente abrangidos, pelas mesmas razões expostas, muito diversa. Muitos dos trabalhadores não desempenham uma atividade puramente artística ou, pelo menos, são trabalhadores que teremos mais dificuldade em qualificar como profissionais do espetáculo, pese embora desenvolvam a sua atividade no meio artístico como é o caso, por exemplo, de um caracterizador ou costureiro, cujas funções são técnico-artísticas ou de um técnico de atendimento ao público (designado de frente de casa) cuja atividade qualificaríamos aqui de ‘mediação’.

É, naturalmente, diferente sujeitar a um mesmo regime especial atores ou bailarinos a este regime especial e/ou técnicos de atendimento ao público, que são profissionais que desempenham a sua atividade no âmbito de um contrato especial de trabalho, em que a sua atividade, embora realizada em contexto artístico, não é estritamente artística. A uma frente de casa de um teatro nacional, com programação regular, terão que ser aplicadas as mesmas regras? Qual o motivo? O contexto em que exerce a atividade? Decerto que não. Certo é que o legislador decidiu dar o mesmo tratamento a todas estas atividades no quadro da aplicação da Lei n.º 4/2008.

## **B. A abordagem do trabalho intermitente dos profissionais de espetáculo<sup>48</sup>**

A propósito da especificidade do trabalho dos profissionais de espetáculos em Portugal, anotou Bernardo da Gama LOBO XAVIER o Acórdão do STJ, de 9 de Julho de 1982, cujo sumário refere

---

47 Maria do Rosário Palma RAMALHO, *Direito do Trabalho – parte II – Situações laborais individuais*, Edições Almedina, 2010, pp.358-365, esp. p. 358.

48 Segue-se aqui *passim*, Joana CARNEIRO, “O Contrato de Trabalho Intermitente – A relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontinuo”, *Questões laborais*, A. 17, n.º 35-36 (Jan.-Dez. 2010), p. 203-242, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, em especial o capítulo IV , sobre o regime especial do contrato de trabalho intermitente dos profissionais de espetáculo: a conciliação com o regime geral do CT 2009.

que: “*Dada a especificidade da respetiva atividade*, o regime especial do Decreto 43 190, que regula a atividade dos profissionais de espetáculos, não foi revogado pelo regime jurídico do contrato individual do trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, designadamente quanto a contratos a prazo e sua revogação.”. O Autor conclui que a proibição de renovação de contratos a prazo por mais de 3 anos “choca com o sistema previsto para o sector dos espetáculos e é insuscetível de lhes ser aplicável.”<sup>49</sup>

Por sua vez, Albino MENDES BAPTISTA defendeu a criação de “um *sistema especial de adaptabilidade*, que tivesse em conta os «picos» de atividade: festivais, digressões de Verão, espetáculos de Natal, etc.”<sup>50</sup>

Ora, o exercício intermitente da prestação de trabalho foi previsto em Portugal, primeiramente, pelo artigo 8.º da já referida Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro (doravante L 4/2008) para o contrato de trabalho dos profissionais do espetáculo.

Segundo alguns empregadores de teatros nacionais (nomeadamente o S. Carlos em Lisboa e o Teatro Nacional S. João no Porto) também não se faz uso, no contrato de trabalho de profissionais de espetáculo, da figura do trabalho intermitente porque exige prévia ou concomitantemente a assunção de um contrato por tempo indeterminado. Nem sempre existe interesse da entidade empregadora em remunerar a mera disponibilidade do artista, nem os artistas que já dispõem de um vínculo efetivo acordam passar para o regime intermitente. Para responder às necessidades “rotativas” têm sido utilizados contratos a termo de forma sucessiva, designadamente naqueles que desempenham “papéis” pontuais de solistas ou de grande destaque. Estes artistas, em regra, também não pretendem celebrar o CTI porque trabalham em vários teatros ou companhias, mesmo internacionais, sendo certo que as participações em vários pontos do mundo enriquecem os seus currículos. Assim sendo, as entidades empregadoras destes profissionais preferem utilizar o contrato de trabalho a termo, cujo regime é mais favorável do que o previsto no Código do Trabalho.

Nos termos do CT 2009 as partes podem modelar fórmulas mistas de trabalho intermitente (alternado e à chamada), ao contrário do que sucedia no trabalho dos profissionais de espetáculo, que se reconduzia sempre à *submodalidade* de trabalho à chamada (cfr. n.º 4 do artigo 8.º da Lei n.º 4/2008). Todavia, o regime dos contratos de Trabalho dos Profissionais de espetáculos foi alterado pela Lei n.º 28/2011, de 16 de junho, que procedeu à alteração dos artigos 1.º a 4.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 15.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro, alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro.

---

49 «Contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos (Direito aplicável)», ob.cit., respectivamente p.103 e p. 138.

50 «Subsídios para a Criação de um Regime Jurídico do Contrato de Trabalho do Profissional de Espetáculo», ob.cit., p. 53.

No artigo 8.º ficou previsto o contrato por tempo indeterminado com exercício intermitente da prestação de trabalho, na modalidade de *trabalho alternado* (as partes podem acordar o início e o termo de cada período de trabalho e a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele). No n.º 4, foi determinado que, durante os períodos de inatividade, o trabalhador mantém a disponibilidade para iniciar a sua prestação de trabalho desde que seja convocado pelo empregador com a antecedência acordada entre as partes que não deve ser inferior a 20 dias (e não 30, como na versão original da L 4/2008). No n.º 6, ficou, então, prevista a possibilidade de o trabalhador-artista exercer outra atividade durante os períodos de inatividade, tendo direito a uma compensação retributiva, a fixar por acordo das partes, com um mínimo de 30 % da retribuição normal (desaparecendo, assim, a cláusula de exclusividade que compensava o trabalhador “exclusivo” com uma percentagem de compensação superior, nos períodos de inatividade).

Por outro lado, no caso de exercício intermitente da prestação de trabalho por profissionais de espetáculo, a lei estabelece que os complementos retributivos, designadamente subsídios de férias e de Natal, são calculados com base no valor previsto para a retribuição correspondente ao último período de trabalho efetivo (n.º6 do artigo 8.º da Lei 4/2008), ao contrário do que sucede no CT 2009.

O artigo 1.º, alterado pela Lei n.º 28/2011, esclareceu que o diploma veio aprovar o regime dos contratos de trabalho *e estabelecer o regime de segurança social* aplicável aos trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual que desenvolvam uma atividade artística, técnico-artística ou de mediação destinada a espetáculos ou a eventos públicos.

O artigo 3.º veio criar o Registo Nacional de Profissionais do Sector das Atividades Artísticas, Culturais e de Espetáculo (doravante RNPSAACE), com vista a contribuir para a sua valorização profissional e técnica, determinando que os profissionais das artes do espetáculo e audiovisual devem proceder à *inscrição* no RNPSAACE sendo a sua inscrição condição para o acesso às ações de valorização profissional e técnica, direta ou indiretamente promovidas pelo Estado, e para a emissão de certificados comprovativos do exercício da profissão. Ficou incumbido o serviço competente do ministério responsável pela *área da cultura* de organizar e manter atualizado o RNPSAACE e publica no respetivo sítio da Internet a *lista das atividades artísticas abrangidas pela presente lei*, sujeita a homologação prévia do membro do Governo responsável pela área da cultura.

No artigo 4.º presume-se que, para efeitos da lei que define as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, *os profissionais das artes do espetáculo e do audiovisual realizam atividades altamente qualificadas*.

No artigo 7.º, admitiu-se a celebração de contrato de trabalho a termo resolutivo, certo ou incerto, para o desempenho das atividades artística, técnico-artística ou de mediação enunciadas na lei e estabeleceu que o contrato de trabalho a termo certo tem a duração máxima de seis anos, não lhe



sendo aplicável o regime previsto no Código do Trabalho em matéria de contratos sucessivos e limite de renovações.

Do artigo 9.º resulta que o contrato de trabalho *com pluralidade de trabalhadores* pode ser celebrado por tempo indeterminado, com ou sem regime de intermitência, e a termo resolutivo, certo ou incerto.

No artigo 11.º encontram-se previstos *direitos e deveres especiais* dos trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual: quando não exista contrato de exclusividade, os trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual podem celebrar contratos simultâneos com mais de uma entidade empregadora, desde que o *cumprimento do objeto dos diferentes contratos não seja incompatível por razão de horário, localização geográfica, profissional ou outra*.

Considera-se tempo de trabalho, nos termos do artigo 12.º, o período de prestação *efetiva* da atividade artística perante o público ou equivalente, nos termos da alínea a) do artigo 1.º-A, bem como todo o tempo em que o trabalhador *está adstrito* à realização da sua prestação, em especial para efeitos de ensaios, pesquisa, estudo, atividades promocionais e de divulgação e ainda outros trabalhos de preparação ou finalização do espetáculo.

Não obstante a remissão para o Código do Trabalho, dada a especificidade da profissão, o artigo 13.º consagra que os dias de descanso semanal obrigatório e complementar podem não coincidir com o domingo ou o sábado, respetivamente; e, por conveniência da organização do espetáculo, a compensação por trabalho prestado nos dias de descanso complementar do trabalhador deve efetuar-se no prazo máximo de seis meses. Por outro lado, na determinação do horário de trabalho o empregador pode estabelecer um ou mais intervalos de descanso ou um regime de trabalho descontínuo adequado à especificidade da atividade ou do espetáculo ou ainda um horário de trabalho de início variável, denominado horário à tabela (artigo 14.º). Considera-se trabalho noturno qualquer período de trabalho prestado no intervalo das 0 às 5 horas, sem prejuízo da aplicação de regime legal ou convencional mais favorável (artigo 15.º).

Sem prejuízo do disposto no Código do Trabalho em matéria de retribuição, *não integram o conceito de retribuição* dos trabalhadores das artes do espetáculo e do audiovisual as importâncias despendidas pelo empregador a favor do trabalhador na constituição de seguros de doença, de acidentes pessoais e de seguros de vida que garantam exclusivamente o risco de morte, invalidez ou reforma por velhice, no último caso desde que o benefício seja garantido após os 55 anos de idade, desde que não garantam o pagamento e este se não verifique, nomeadamente por resgate ou adiantamento de qualquer capital em vida durante os primeiros cinco anos (artigo 21.º-C).

Aos profissionais das artes do espetáculo e do audiovisual é aplicável o regime de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, com as especificidades constantes da Lei n.º 4/2008

(alterada pela Lei n.º 28/2011). Os profissionais das artes do espetáculo e do audiovisual têm direito à proteção nas eventualidades garantidas pelo regime de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e ao subsídio de reconversão profissional.

Os profissionais das artes do espetáculo e do audiovisual que, em função da especificidade das suas atividades, tenham cessado o exercício da sua atividade antes de poderem beneficiar de uma pensão de velhice têm direito à atribuição de um subsídio de reconversão profissional, desde que:

- i) Tenham exercido, comprovadamente, uma atividade artística como profissionais durante um período não inferior a 10 anos, com registo de remunerações nos últimos cinco anos;
- ii) Tenham cessado o exercício da atividade artística há mais de seis meses e menos de dois anos;
- iii) Tenham rendimentos inferiores à remuneração mínima mensal garantida.

O subsídio de reconversão profissional não é cumulável com o pagamento do montante único das prestações de desemprego.

Os profissionais das artes do espetáculo e do audiovisual abrangidos pela presente lei podem optar, no âmbito do regime de contribuições voluntárias do regime complementar de contas individuais de natureza pública estabelecido no Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de fevereiro, pela aplicação da taxa contributiva de 6 % independentemente da respetiva idade (artigo 21.º-D).

Relativamente aos beneficiários do regime de segurança social dos trabalhadores independentes (artigo 21.º-E), sempre que a atividade tenha sido prestada sob a modalidade de prestação de serviços, o tempo despendido na mesma é atestado mediante declaração emitida pelo empregador ou pela entidade que contrata a prestação do serviço, considerando-se um dia por cada oito horas de atividade prestada pelo profissional das artes do espetáculo e do audiovisual.

C. Pareceu-nos ainda relevante avaliar as **condições de vida e de trabalho do artista** em alguns ordenamentos jurídicos europeus<sup>51</sup>.

No **Reino Unido**, os trabalhadores das artes do espetáculo não têm um estatuto definido a nível nacional, podendo variar de acordo com o território, estando a ser equacionada a intenção de rever o estatuto laboral dos trabalhadores das artes do espetáculo.

---

51 Augusto Pereira PORTELA, «O estatuto profissional do artista - Regime Laboral e de Segurança Social», Fundação GDA, maio 2018, pp. 39-49.

O Sindicato Equity, sindicato dos artistas, que representa 37 mil artistas e criadores artísticos, considera ser necessário criar as bases de uma legislação laboral. Entre as preocupações apresentadas refira-se, nomeadamente, a da necessidade de se ter em conta a especificidade dos bailarinos e artistas de circo, pelo desgaste rápido. Está também em cima da mesa a revisão do sistema de pensões. Atualmente, no que toca à reforma, os profissionais podem optar por entre um fundo de pensão público ou um fundo de pensão privado, que pode ser descontado para o sindicato ao longo da atividade profissional.

Em **França**, foi desde 1892, tendo em conta a impulsão dada pelos sindicatos, que os artistas do espetáculo assistiram a inúmeras medidas legislativas, tendentes a reconhecer, progressivamente, a sua qualidade de trabalhadores. Pelo artigo L.762-1, § 3.º do Código de Trabalho Francês são considerados como artistas de espetáculo nomeadamente o artista lírico, o artista dramático, o artista coreográfico, o artista de variedades, o músico, o cantor, o “artiste de complément” [figurantes e substitutos], o chefe de orquestra, “l’arrangeur orchestrateur” [engenheiro ou técnico de som] e o encenador.

Em 1982, surgiu a tentativa de pôr em prática uma lógica de segmentação de direitos, medidos pela duração do tempo de emprego, visando garantir uma subsistência mínima a estes profissionais – subsídio à intermitência.

É salientado o exemplo francês de apoio dado aos profissionais intermitentes do espetáculo com um regime que é, possivelmente, o mais regulamentado e o que maior número de benefícios oferece no espaço europeu. No atual modelo, os profissionais das artes do espetáculo têm de realizar um número mínimo de 507 horas de trabalho, num período de 12 meses, para beneficiarem de um apoio financeiro, que se pode prolongar até um ano, calculado em função dos rendimentos obtidos ao longo desse período. Esse apoio é calculado em função dos rendimentos obtidos ao longo desse período e composto por 60 % do salário habitual e por 40 % de um subsídio de intermitência

Em **Itália** existe um serviço público que trata da Previdência e da Assistência aos *Trabalhadores do Espetáculo e do Desporto Profissionais*, Servizi Gestione Lavoratori Spettacolo e Sport, antigamente denominada Ente Nazionale di Previdenza e di Assistenza per i lavoratori dello Spettacolo e dello Sport Professionistico – ENPALS. Este serviço contempla um sistema que prevê a obrigatoriedade de inscrição dos profissionais nas categorias de trabalhadores de espetáculos que constam no artigo 3.º do Decreto Legislativo do Chefe de Estado provisório, de 16 de julho de 1947, n.º 70854. No que respeita aos trabalhadores da indústria do cinema e da TV, estes são recrutados ao abrigo de contratos permanentes ou sob contratos a prazo. Para além destes, há os *freelancers* que

enviam as suas próprias faturas e os trabalhadores atípicos (trabalhadores informais ou intermitentes). Particularmente importante parece ser a existência de acordos coletivos que são em geral respeitados.

Por fim, em **Espanha** também existe legislação de apoio à intermitência na área do espetáculo, não sendo tão desenvolvida como a francesa. Em Espanha também existe legislação que prevê o apoio aos profissionais intermitentes. Por cada dia de trabalho desconta-se o equivalente a dois, ao longo de um ano. Esta situação permite que, no ano seguinte, se um actor trabalhar durante meio ano, beneficie de três meses de subsídio de intermitência. Em 2002 a Federação dos Atores do Estado Espanhol, negociou o atual sistema de quotização junto do governo e dos empresários do setor, *mantendo a especificidade dos artistas no regime geral de segurança social*. Existe em Espanha desde 1984 o regime laboral dos artistas em espetáculos públicos, porém não tem ainda um estatuto geral do artista ou do criador cultural. A quotização social dos profissionais do espetáculo, é o dobro do desconto normal dos restantes trabalhadores. Permitindo que no ano seguinte, se um ator trabalhar durante meio ano possa beneficiar de três meses de subsídio de intermitência.

#### **D. O conceito de artes performativas segundo a DGARTES**

Por outro lado, segundo a Direção Geral das Artes integram-se nas áreas artística as artes visuais (arquitetura, artes plásticas, design, fotografia, novos media), as artes performativas (circo contemporâneo e artes de rua, dança, música, teatro).

De acordo com alínea e) do artigo 24.º do CCP é possível, para situações em que as prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade, designadamente nos casos em que, de acordo com a subalínea i) o objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico, recorrer ao ajuste direto.

À luz do *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos* elaborado pelos membros do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação) “mesmo quando seja consentido o recurso a critérios materiais (artigos 24.º a 27.º), deve utilizar-se preferencialmente a consulta prévia (e não o ajuste direto), ou seja, “sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção do procedimento em causa” – artigo 27.º-A”.<sup>52</sup>

---

52 O parecer do Anteprojeto elaborado pela Ordem dos Engenheiros propõe a eliminação do artigo 27.º-A, p.27, conforme disponível em: [https://www.ordemengenheiros.pt/fotos/editor2/cdn/parecerespropostas/anteprojetoccp\\_consultapublica\\_posicao\\_ordemdosengenheiros\\_outubro2016.pdf](https://www.ordemengenheiros.pt/fotos/editor2/cdn/parecerespropostas/anteprojetoccp_consultapublica_posicao_ordemdosengenheiros_outubro2016.pdf)

No entanto, será que todas as atividades indicadas pela DGARTES poderão ser indiscriminadamente sujeitas à previsão do ajuste direto do CCP?

O Acórdão n.º 33/2019 (Processo: 2270/2019, Secção 1.ªS/SS, datado de 3 de setembro de 2019, Relator Conselheiro Fernando Oliveira Silva) considerou que o ajuste direto não abrangia a elaboração de um projeto de arquitetura; “Ajuste direto que, naturalmente, só visará a elaboração do projeto de arquitetura – a contratação dos demais projetos deverá, obviamente, ser precedida de procedimentos concorrenciais”.

Fará sentido permitir o recurso ao ajuste direto para aquisição de serviços de transporte de obras de arte ou instrumentos musicais, para o comércio de bens e serviços regulares e de consumo e da construção, que parecem não estar abrangidas pelo artigo 24.º/1, e) i) do CCP? Terão os serviços de arquitetura e de design enquadramento no artigo 24.º?

O CCP prevê as situações que permitem a adoção do ajuste direto independentemente do valor do contrato a celebrar, mas fica a questão sobre que atividades se poderão considerar a coberto do artigo 24.º do CCP. Para que seja possível utilizar este critério, o órgão competente para a decisão de contratar tem que fundamentar, de forma clara e objetiva, que a situação em concreto reúne todos os pressupostos previstos em alguma das alíneas dos artigos 24.º a 27.º. O artigo 24.º define os critérios materiais para acesso ao ajuste direto, que podem ser utilizados independentemente do tipo de contrato a celebrar. No entanto, ainda que se possa adotar um ajuste direto por critérios materiais, se for possível *convidar mais do que um operador económico, deve-se adotar a consulta prévia, conforme dispõe o artigo 27.º-A*.

Conforme esclarece o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 21 de Junho de 2011 (Processo n.º 11/11) o concurso público é a regra na contratação pública, sendo o ajuste direto uma das suas exceções, o que pressupõe a verificação de determinados requisitos. Não obstante o acórdão fazer referência a um inciso na norma em apreço que foi retirado aquando de uma alteração introduzida em 2017 o mesmo continua a estar previsto no desdobramento que foi feito do artigo 24.º. De acordo com a aludida versão do artigo 24.º do CCP é permitido, nos termos do seu n.º1, alínea e), que se recorra ao ajuste direto quando: por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, a prestação objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada. Assim, segundo o acórdão, “o ajuste directo com fundamento na protecção de direitos exclusivos visa proteger os direitos de autor consagrados genericamente no Código dos Direitos de Autor (Decreto-Lei n.º 63/85 de 14/3)”.

Conforme alerta ESTORNINHO<sup>53</sup>, “a panóplia de fundamentos de recurso ao ajuste direto que, a meu ver espantosamente, este Anteprojecto propõe em 2016 (v., entre outros, os artigos 24.º a 27.º) não ir ao encontro das preocupações – nacionais e europeias – de reforço da concorrência e da transparência nos procedimentos de contratação pública em Portugal”.

Sem prejuízo das várias situações que fundamentam o recurso a ajuste direto o artigo 27.º-A obriga a consulta prévia sempre que seja possível convidar mais do que um operador económico. Por outro lado, a alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º permite ainda a escolha do ajuste direto para a formação de contratos de aquisição de serviço, sempre que a natureza das respetivas prestações, nomeadamente as inerentes a serviços de natureza intelectual, não permita a elaboração de especificações contratuais suficientemente precisas para que sejam definidos os atributos qualitativos das propostas necessários à fixação de um critério de adjudicação, e desde que a definição quantitativa dos atributos das propostas, no âmbito de outros tipos de procedimento, seja desadequada a essa fixação tendo em conta os objetivos da aquisição pretendida. No entanto, o n.º 4 do artigo 27.º mitiga esse efeito de alargamento das possibilidades de recurso ao ajuste direto determinando que não pode ser adotado o ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º1 quando o serviço a adquirir consista na elaboração de um plano, de um projeto ou de uma qualquer criação conceptual nos domínios artístico, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados.

Convém, contudo, salientar que a aquisição de serviços cujo preço contratual não seja superior a (euro) 5 000 pode ainda ser feita, nos termos do artigo 128.º do CCP recorrendo ao ajuste direto simplificado.

### **E. Um passo atrás para dar um passo à frente**

Como adiantado, o setor das artes performativas confronta-se com necessidades de tal forma específicas na contratação que fazem com que a escolha da pessoa a contratar possa recair numa única pessoa. Ou seja, tantas vezes, a necessidade de contratar recai sobre aquele profissional em concreto, e não sobre qualquer outro, por ser aquele que reúne um conjunto de especiais características que determinam o interesse na sua contratação.

Ora, recorde-se que para os efeitos do artigo 1.º A da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro entende-se por:

---

53 AAVV, *Atas da Conferência – A revisão do Código dos Contratos Públicos*, disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/11040/view>, 2016, p 21.

- a) '*Espetáculo ou evento cultural público*' as manifestações artísticas ligadas à criação, execução e interpretação que se realizem perante o público e ainda que se destinem a gravação e a transmissão para posterior difusão pública, nomeadamente em teatro, cinema, radiodifusão, televisão ou outro suporte audiovisual, Internet, praça de touros, circo ou noutro local destinado a atuações ou exposições artísticas;
- b) '*Audiovisual*' todo o produto de comunicação expresso com a utilização de componentes visuais e ou sonoros que envolva uma ou várias áreas artísticas ligadas à criação, execução e interpretação e que seja destinado à fruição pelo público através do cinema, vídeo, televisão, rádio ou multimédia;
- c) '*Trabalhador das artes do espetáculo e do audiovisual*' o trabalhador que exerça uma atividade artística, técnico-artística ou de mediação;
- d) '*Atividades de natureza artística*' as atividades ligadas à criação, execução e interpretação de obras;
- e) '*Atividades de natureza técnico-artística*' as atividades ligadas aos materiais, equipamentos e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo ou do audiovisual;
- f) '*Atividades de mediação*' as atividades relacionadas com a produção, a realização e divulgação de artes de espetáculo ou de audiovisual, incluindo a valorização e divulgação das obras e dos artistas.

Assim, para o legislador laboral, a noção de trabalhador das artes é bem mais ampla do que aquela que tem sido considerada, por exemplo, pelo Tribunal de Contas<sup>54</sup>, para efeitos de contratação pública, pois só têm sido incluídas no conceito de “obra de arte” as “manifestações artísticas puras (tal como a pintura ou a escultura, por exemplo)” e já não, por exemplo, a arquitetura que é “uma profissão regulamentada (...) sujeita a um quadro normativo próprio” (Acórdão n.º 33/2019, 1.ª S/SS, de 3 de setembro, p.13). Por outro lado, se o Código dos Contratos Públicos abrangesse, no artigo 24.º/1, e), i), as atividades de natureza técnico-artística e também as atividades de mediação previstas pela Lei 4/2008, as necessidades afins de um “espetáculo artístico”, desenvolvidas por cenógrafos, figurinistas e fotógrafos, por exemplo, também se incluiriam nessa previsão legal, que permite a contratação através do ajuste direto.

Relembrem-se, no entanto, as alterações introduzidas pela Lei n.º 28/2011, de 16 junho, que elimina a existência de lista anteriormente existente no n.º 2 do artigo 1.º (“são consideradas artísticas, nomeadamente, as atividades de Actor, artista circense ou de variedades, bailarino, cantor, coreógrafo, encenador, realizador, cenógrafo, figurante, maestro, músico, toureiro, desde que exercidas com carácter regular”), o que dificulta a delimitação.

---

54 Acórdãos n.ºs 33/2019, 1.ª S/SS, de 03.09; n.º 9/2010, 1.ª S/SS, de 09.03, n.º 3/2017, 1.ª S/SS, de 04.04; e n.º 10/2018, 1.ª S/SS, de 09.02..

Lembre-se aqui que no contexto atual, o Governo vai ter uma linha de apoio de emergência, de um milhão de euros, para artistas e entidades culturais que estão “em situação de vulnerabilidade” e sem qualquer apoio financeiro (como publicamente anunciado pela ministra da Cultura, Graça Fonseca<sup>55</sup>). Esta linha de emergência é criada na sequência da declaração de estado de emergência, por causa da pandemia da covid-19, que levou à paralisação de praticamente todas as áreas do sector cultural. A linha de apoio será financiada através do Fundo de Fomento Cultural e destina-se a apoiar a criação artística nas *artes performativas, artes visuais e cruzamento disciplinar de todas as entidades que não recebem qualquer apoio financeiro*. Esta conjuntura tem, também, particular impacto nas artes, nos artistas, nos criadores e em todos os que criam e oferecem cultura.

Ora, a propósito das medidas que estão a ser tomadas no âmbito do atual contexto de pandemia, encontramos algumas referências abrangentes (bem mais abrangentes do que tem sido a interpretação do CCP) acerca dos conceitos de atividades culturais e artísticas e espetáculos de natureza artística. Se não, vejamos.

A Direção-Geral de Saúde, enquanto Autoridade Nacional da Saúde Pública, produziu, a 28 de fevereiro, a Informação n.º 006/2020 sobre a frequência de eventos de massa, tendo -se seguido a Orientação n.º 007/2020, de 10 de março, atualizada em 16 de março de 2020, onde recomendou o cancelamento de eventos de massas com o objetivo de evitar a transmissão do vírus entre um elevado número de pessoas em espaços confinados. Esta orientação da DGS, que, desde logo, teve um efeito alargado no cancelamento ou adiamento de vários espetáculos ao vivo de natureza artística, então agendados, tornou -se posteriormente obrigatória com a declaração de Estado de Alerta, emitida pelo Governo no dia 13 de março.

No dia 18 de março de 2020, foi decretado o estado de emergência em Portugal, através do Decreto do Presidente da República n.º 14 -A/2020, de 18 de março, tendo o Governo aprovado o Decreto n.º 2 -A/2020, de 20 de março, para a sua execução A aplicação de medidas extraordinárias e de carácter urgente de restrição de direitos e liberdades, em especial no que respeita aos direitos de circulação e às liberdades económicas, em articulação com as autoridades europeias, com vista a evitar a transmissão do vírus, passaram, nomeadamente, pelo encerramento de instalações e estabelecimentos onde se desenvolvem atividades culturais e artísticas, ao abrigo do artigo 7.º do Decreto n.º 2 -A/2020, de 20 de março. O ponto 2 do Anexo I deste diploma (que contem a descrição das atividades encerradas), refere-se às *Atividades culturais e artísticas: Auditórios, cinemas, teatros e salas de concertos; Museus, monumentos, palácios e sítios arqueológicos ou similares* (centros

---

55 E consoante informação disponível em <https://www.culturacovid19.gov.pt/>



interpretativos, grutas, etc.), nacionais, regionais e municipais, públicos ou privados, sem prejuízo do acesso dos trabalhadores para efeitos de conservação e segurança; *Bibliotecas e arquivos; Praças, locais e instalações tauromáquicas; Galerias de arte e salas de exposições; e Pavilhões de congressos, salas polivalentes, salas de conferências e pavilhões multiusos*. Fora do conceito de atividades culturais e artísticas, ficaram os circos, também encerrados, mas ao abrigo do elenco *Atividades recreativas, de lazer e diversão*.

Também neste contexto, foi publicado o Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de março, que impôs a adoção de um regime de carácter excecional, para proteção especial dos agentes culturais envolvidos na realização dos espetáculos não realizados em virtude da pandemia. No preambulo deste diploma, observa-se que *«alguns espetáculos carecem de preparação, ensaios, montagens e outros atos técnicos que não podem ser realizados no período em que vivemos, impossibilitando a realização dos mesmos ainda que agendados para uma data posterior ao fim do estado de emergência»*. Ou seja, reconhece-se que sem as atividades de preparação, ensaios, montagens e outros atos técnicos não pode haver espetáculo, pelo que estas atividades técnicas são essenciais e estão intrinsecamente ligadas ao espetáculo em si.

Mas mesmo antes desta crise, o regime de atribuição de apoios financeiros do Estado às Artes já contemplava o Decreto-Lei n.º 103/2017, de 24 de agosto de 2017, que aprova o regime de atribuição de apoios financeiros do Estado, através da DGARTES, a entidades que exerçam atividades profissionais nas áreas das *artes visuais (arquitetura, artes plásticas, design, fotografia e novos media), das artes performativas (circo contemporâneo e artes de rua, dança, música e teatro) e de cruzamento disciplinar*. São excluídas as atividades de natureza exclusivamente lucrativa que não se inserem nos fins e objetivos de interesse público previstos no artigo 3.º deste diploma legal.<sup>56</sup> Este diploma parece-nos importante para se verificar, por exemplo, que atividades profissionais se consideram abrangidas pelos conceitos de artes visuais e artes performativas.

Do ponto de vista comunitário, refira-se ainda o Tratado de Pequim sobre as interpretações e execuções audiovisuais e a Decisão 2013/275/UE relativa à assinatura, em nome da UE, do Tratado de Pequim sobre as interpretações e execuções audiovisuais. Esta decisão aprova a assinatura do Tratado de Pequim da OMPI sobre as interpretações e execuções audiovisuais (o Tratado de Pequim) em nome da UE, sob reserva da sua celebração oficial. O tratado moderniza a proteção dos direitos

---

56 O Regulamento dos programas de apoio às artes, resulta da Portaria n.º 301/2017, de 2017-10-16, que aprova o Regulamento dos Programas de Apoio às Artes, no âmbito do regime de atribuição de apoios financeiros do Estado às artes, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 103/2017, de 24 de agosto, e da Portaria n.º 71-B/2019, de 28 de fevereiro, que procede à primeira alteração da Portaria n.º 301/2017, de 16 de outubro.

intelectuais de *cantores, músicos, bailarinos e atores nas prestações audiovisuais, em filmes e na televisão, e inclui também as prestações dos músicos em DVD e noutras plataformas audiovisuais*. Garante aos artistas intérpretes ou executantes direitos económicos sobre prestações gravadas e ao vivo, bem como certos direitos morais, atualizando a Convenção de Roma para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão (1961) para a era digital e complementando o Tratado da OMPI sobre prestações e fonogramas (WPPT).

O tratado garante aos artistas intérpretes ou executantes quatro tipos de direitos económicos sobre as suas prestações fixadas (gravadas) em formatos audiovisuais, tais como as gravações em vídeo. Além disso, o tratado garante aos artistas intérpretes ou executantes três tipos de direitos económicos para as prestações não fixadas (ao vivo): o direito à radiodifusão; o direito de comunicação ao público; e o direito à fixação.

O tratado garante, ainda, ao artista intérprete ou executante o direito a ser identificado como o intérprete ou executante e o direito a opor-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra gravada ou radiodifundida que fosse prejudicial à sua reputação.

As partes podem prever na sua legislação nacional que após a autorização de um artista intérprete ou executante para que a sua prestação seja gravada (fixação audiovisual), os direitos exclusivos sejam transferidos para o produtor da gravação (a menos que um contrato entre o artista intérprete ou executante e o produtor declare o contrário). Independentemente desta transferência, a legislação nacional ou outros acordos podem conceder ao artista intérprete ou executante o direito a receber *royalties* ou remunerações equitativas por qualquer utilização da prestação ao abrigo do tratado.

A decisão foi assinada em 10 de junho de 2013, devendo entrar em vigor três meses após trinta partes elegíveis terem ratificado o tratado. Por essa razão, entrou em vigor no passado dia 28 de abril, mas ainda não foi ratificado por Portugal<sup>57</sup>, com o objetivo de reforçar a proteção dos direitos de propriedade intelectual de músicos, atores e bailarinos.

---

57 Volvidos 51 anos sobre a Convenção de Roma e 16 anos após a Aprovação do Tratado sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas, foi finalmente aprovado o Tratado de Pequim sobre Prestações Audiovisuais a 24 de junho de 2012. O Tratado de Pequim sobre Prestações Audiovisuais foi adotado no âmbito da Conferência Diplomática sobre a Proteção das Prestações Audiovisuais, promovida pela OMPI- Organização Mundial da Propriedade Intelectual que decorreu em Pequim de 20 a 26 de junho.

Só foi possível alcançar este marco histórico graças ao trabalho e empenho das várias organizações que, durante os últimos 12 anos, se bateram arduamente para que este momento acontecesse. Nomeadamente, e entre outras Organizações de Artistas, a Latin-Artis, a Filaie, de que somos membros, bem como a FIA - Federação dos Sindicatos de Atores, a SAG-AFTRAScreen Actors Guild e a American Federation of Television and Radio Artists. Com a entrada em vigor deste novo Tratado, os artistas que trabalham na indústria do audiovisual em situações precárias passarão a estar mais protegidos graças a um novo quadro jurídico internacional, que lhes atribui novos direitos. Uma das maiores conquistas deste Tratado para os Artistas é que, pela primeira vez, passa a estar contemplado no quadro jurídico internacional e no âmbito do audiovisual o ambiente digital. O Tratado também irá contribuir para salvaguardar os direitos dos artistas na utilização não autorizada das suas fixações nos meios audiovisuais, como o vídeo, o cinema e a televisão. O Tratado foi assinado

---

em Pequim por mais de uma centena de países negociadores e entrará em vigor logo que seja ratificado por 30 dos estados membros da OMPI. Este Tratado que irá permitir que os artistas do audiovisual passem a partilhar com os produtores as receitas geradas por produções audiovisuais a nível internacional, estabelece também direitos morais para os artistas do audiovisual que previnem a modificação ou a mutilação das suas prestações.

### III. AS CONCLUSÕES

#### 1. O PONTO DE ORDEM

Relembramos que as dificuldades referidas *supra*, enquanto identificadas pelos agentes do setor em apreço podem reconduzir-se, *grosso modo*, a três grandes grupos de problemas:

- 1) À ideia de que a contratação é burocrática, complexa e lenta (considerando os agentes desproporcional o grau de exigência na contratação);
- 2) Às dificuldades decorrentes da falta de harmonização da legislação aplicável nos países que inviabilizam a obtenção, em tempo útil, dos documentos exigíveis para a adjudicação;
- 3) À alegada necessidade de um âmbito de determinação do conceito de obra e serviço artístico bastante mais alargado do que o atualmente existente, de forma a abranger necessidades afins, conexas com a atividade artística, como acontece com o design gráfico, conferencistas ou até mesmo com um carpinteiro específico com o qual um cenógrafo pretenda trabalhar.

Assim, e para além do que ficou dito *supra* no Capítulo **II.2.**, no que toca ao ponto **1)** importa assinalar que a formação dos agentes do setor e um conhecimento mais profundo da lei poderá permitir responder de forma mais expedita às exigências procedimentais decorrentes da aplicação do CCP. Convém ainda ter em conta que qualquer alteração legislativa deve ser preterida se, de algum modo, precluir garantias das partes, nomeadamente as dos trabalhadores contratados, ou afastar a certeza e segurança jurídica que se impõe na realização destes contratos.

É de salientar que o CCP tem vindo a seguir uma tendência, à luz do propugnado pelas diretivas, de flexibilidade, simplificação e celeridade na contratação, sendo a figura do ajuste direto - cujo carácter e recurso é excecional - o instrumento legal que mais se aproxima deste propósito.

No que respeita à questão **2)** sempre que a contratação envolva a obtenção de documentos de outros ordenamentos jurídicos poderão, de facto, suceder maiores entropias ou dificuldades no processo. A título exemplificativo, os agentes referem as dificuldades na obtenção dos documentos de habilitação: registo criminal (artigo 81.º e tradução certificada (artigo 86.º). Estes documentos

comprovam que o adjudicatário não se encontra abrangido por nenhum dos impedimentos constante do artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos sendo, portanto, admissível a adjudicação.

Assim sendo, não é despidendo que poderá ter fundamento a consagração de norma que preveja a junção de documentos em momento posterior ao da celebração do contrato. Para o efeito, deverá ser prevista sob cominação de aplicação de contraordenação em caso de incumprimento por não junção ou junção extemporânea. Uma norma desta natureza poderia conferir agilidade processual.

Em suma, estas dificuldades procedimentais, neste caso concreto, contendem com diferenças entre ordenamentos jurídicos (acesso ao Registo Criminal, por exemplo), e que podem introduzir entraves à contratação. Ora, como se disse, no quadro da aplicação da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro aplicável ao regime jurídico dos profissionais de espetáculo, do setor privado, foi contemplada a existência de um registo dos profissionais. A Lei n.º 28/2011 introduziu uma importante inovação face à versão originária da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro e previu a criação do Registo Nacional de Profissionais do Setor das Atividades Artísticas, Culturais e de Espetáculo (RNPSAACE), com vista a contribuir para a valorização profissional e técnica dos profissionais de espetáculo. Posteriormente, a Portaria n.º 156/2017, de 21 de junho, veio estabelecer os procedimentos necessários e o serviço responsável pela gestão, organização e manutenção do registo. O recurso a este instrumento para efeitos de contratação pública poderia simplificar o processo de contratação. Acresce que a definição de um mecanismo idêntico, centralizado, à escala europeia, poderia agilizar de sobremaneira a contratação sempre que efetuada entre países.

## **2.AS POSSÍVEIS PROPOSTAS**

Em documento de 19 de fevereiro de 2020, referia a PERFORMART as seguintes asserções:

- *Cremos que a Cultura deverá ser entendida como um serviço básico e, nesse sentido, que de implemente a exclusão do setor das artes performativas e dos contratos relativos a objetos e os serviços de carácter artístico da aplicação plena do Código dos Contratos Públicos, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo legislador comunitário através das diretivas aplicáveis - até ao valor de 750 mil euros como previsto para a área da educação e a área social no artigo 6º do CCP, correspondente ao artigo 74º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;*
- *Criação de regimes simplificados em matéria de procedimentos pré-contratuais e de execução contratual adaptados à realidade e natureza específica do setor, assentes em critérios adequados à sua essência e determinados por elementos de valor cultural e artístico;*

- *Consideração da sua iminente natureza infungível em termos de componente pessoal das prestações artísticas na construção de soluções legais adequadas em termos contratuais;*
- *Consideração, na criação de soluções legais, da, em regra, reduzida capacidade económica e financeira e conseqüente falta de preparação e ausência de estruturas adequadas em sede administrativa e técnico-jurídica dos agentes económicos do setor;*
- *Consideração do elevado grau de imprevisibilidade e incerteza associados quer às profissões de base do setor, quer aos resultados financeiros finais decorrentes dos processos contratuais;*
- *Consideração do «Bem Cultural» como valor de dimensão pública em matéria de estabelecimento de relações contratuais privadas internacionais;*
- *Consideração da ausência de elementos de agressão ambiental na contratação artística como forma diferencial de abordagem legislativa;*
- *Consideração da vertente de inclusão social associada ao fenómeno artístico como valor de referência no mesmo plano de criação legislativa;*
- *Consideração do elemento criativo e de desenvolvimento intelectual enquanto elementos estruturais de estabilização e interligação social, justificativos de diversa abordagem legal;*
- *Consideração da ausência ou menor risco de corrupção e crimes económicos associado ao setor das artes performativas em termos de exigências documentais ou complexidade burocrática/administrativa.*

Nos termos que resultam evidentes das considerações *supra* do nosso Estudo, julgamos haver, pois, espaço para serem consideradas as seguintes **propostas**<sup>58</sup>:

***1. Identificação da cultura como serviço básico para efeitos da exclusão do setor das artes performativas e dos contratos relativos a objetos e os serviços de carácter artístico da aplicação plena do Código dos Contratos Públicos, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo legislador comunitário através das diretivas aplicáveis - até ao valor de 750 mil euros - como previsto no artigo 6.º do CCP correspondente ao artigo 74.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;***

***2. Alargamento do âmbito das atividades abrangidas pelo artigo 24.º CCP, ou seja, dos critérios materiais para acesso ao ajuste direto, que podem ser utilizados independentemente***

---

58 Após aferição das soluções consideradas politicamente viáveis, e se assim for considerado necessário, manifesta-se disponibilidade para apoiar a finalização da proposta, nos termos das regras de legística formal e material, de acordo com as opções de formalização.

*do tipo de contrato a celebrar, designadamente quando o objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;*

*3. Inclusão dos documentos que instruem o procedimento de contratação pública no Registo Nacional de Profissionais do Setor das Atividades Artísticas, Culturais e de Espetáculo (RNPSAACE), registo que deverá ser obrigatório para efeitos de contratação pública;*

*4. Previsão da possibilidade de junção de documentos em momento posterior ao da celebração de contratos, nomeadamente a tradução de documentos. Esta possibilidade poderá ser limitada a situações de contratação que envolvam mais que um país/ordenamento jurídico, devendo a norma fixar as sanções aplicáveis em caso da falta de junção ou junção extemporânea dos documentos.*

Aliás, e o próprio considerando 112 da Diretiva a que nos vimos referindo se refere à óbvia constatação de que [A] avaliação revelou que há ainda uma margem considerável para melhorias no que se refere à aplicação das regras da União em matéria de contratação pública. Tendo em vista uma aplicação mais eficiente e coerente das regras, é indispensável ter uma boa visão geral dos eventuais problemas estruturais e padrões gerais das políticas nacionais em matéria de contratação pública, a fim de resolver esses eventuais problemas de forma mais orientada. Esta visão deverá ser obtida graças a uma monitorização adequada, cujos resultados deverão ser regularmente publicados, a fim de permitir um debate com conhecimento de causa sobre os eventuais melhoramentos das regras e práticas da contratação pública. A obtenção dessa boa visão também poderá ajudar à perceção da aplicação das regras de contratação pública, no âmbito da execução de projetos cofinanciados pela União. Os Estados-Membros deverão ser livres de determinar as modalidades e as instâncias que devem ser encarregadas de efetuar na prática essa monitorização; para o efeito, deverão também poder decidir se a monitorização se deverá basear num controlo ex post por amostragem ou se deverá ser efetuada mediante um controlo sistemático ex ante dos procedimentos de contratação pública abrangidos pela presente diretiva. Deverá ser possível chamar a atenção dos organismos competentes para os potenciais problemas; tal não deverá necessariamente implicar que as pessoas que efetuaram a monitorização tenham capacidade para estar em juízo.

E ainda o considerando 120: [U]ma melhor orientação, informação e apoio às autoridades adjudicantes e aos operadores económicos poderá igualmente contribuir de forma significativa para reforçar a eficiência da contratação pública, graças a melhores conhecimentos e a uma maior segurança jurídica e profissionalização das práticas de contratação pública; estas orientações deverão ser disponibilizadas às autoridades adjudicantes e aos operadores económicos sempre que

*se afigure necessário para melhorar a correta aplicação das regras. As orientações a fornecer poderão abranger todas as matérias relevantes para a contratação pública, como o planeamento das aquisições, os procedimentos, a escolha das técnicas e instrumentos e as boas práticas de condução dos procedimentos. No que diz respeito às questões jurídicas, as orientações não deverão necessariamente equivaler a uma análise jurídica exaustiva das questões em causa; poderão limitar-se a indicar de um modo geral os elementos que devem ser tidos em consideração na análise pormenorizada das questões, por exemplo, remetendo para a jurisprudência eventualmente relevante ou para notas de orientação ou outras fontes que tiverem analisado a questão específica em causa.*

**Abaixo especificamente se desenvolvem e justificam as propostas referidas.**

*1. Identificação da cultura como serviço básico para efeitos da exclusão do setor das artes performativas e dos contratos relativos a objetos e os serviços de caráter artístico da aplicação plena do Código dos Contratos Públicos, fazendo uso da prerrogativa conferida pelo legislador comunitário através das diretivas aplicáveis - até ao valor de 750 mil euros - como previsto no artigo 6.º do CCP correspondente ao artigo 74º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho;*

Resulta claro que o objeto que nos ocupa não integra o âmbito de exclusões referidas nos artigos 7.º, 8.º e 9.º da Diretiva (Contratos públicos adjudicados nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, comunicações eletrónicas, contratos públicos adjudicados e concursos para trabalhos de conceção organizados ao abrigo de regras internacionais) ou dos artigos 4.º e 5.º do CCP, ainda que nalguns casos, nos termos e para efeitos do artigo 11.º da Diretiva e do artigo 5.º do CCP possa integrar contratos de serviços adjudicados com base num direito exclusivo. Não estamos também no contexto de contratos subsidiados e serviços de investigação e desenvolvimento ou de defesa e segurança, nos termos e para efeitos dos artigos 13.º a 17.º da Diretiva.

Entendemos, no entanto, que o que deixámos dito no **Capítulo II.2. (e cujos termos aqui se absorvem)** sustenta de forma clara a suscetibilidade de operar exclusão nos termos e para efeitos do artigo 74.º da Diretiva e do artigo 6.º do CCP.

Aliás, mais do que possível, parece-nos que esta opção é plenamente desejável e que se insere aliás de pleno direito combinação do espírito das directivas com a linha dos desideratos da renovada Agenda Europeia para a Cultura - *Communication from the European Commission to the European*



*Parliament, , the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A New European Agenda for Culture*{COM(2018)267 - que veio actualizar a Resolução de 2007 que pela primeira vez definiu uma estratégia comum para os Estados membros da União Europeia em matéria de Cultura.

Repare-se que, como se salienta, se bem que a Cultura seja uma área de competência dos Estados Membros, ela está cada vez mais presente, de forma transversal, em múltiplos domínios, nas políticas, nos programas, na legislação comunitária. Ligada aos desafios da criatividade e da inovação, a cultura desempenha um papel cada vez mais relevante na economia dos Estados, situação comprovada pelos diversos estudos efetuados recentemente, a nível nacional, regional e comunitário, sobre a economia da cultura.

De facto, o Tratado de Lisboa veio conceder uma grande importância à cultura, com amparo substantivo nos artigos 13.º e 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Neste quadro, a Agenda Europeia para a Cultura sempre procurou três grandes objetivos estratégicos:

- a) Promoção da diversidade cultural e do diálogo intercultural em favor da coesão e do bem-estar social;
- b) Promoção da cultura como catalisador da criatividade no âmbito da Estratégia de Lisboa para o crescimento, o emprego, a inovação e a competitividade;
- c) Promoção da cultura como elemento vital nas relações internacionais da União.

Mais ainda, os considerandos da atual estratégia de 2018 pressupõem de forma expressa instrumentos normativos que aqui nos parecem de forma clara apontar no sentido ora proposto, muito em especial:

- a Cimeira Social para o Emprego Justo e o Crescimento, que teve lugar em Gotemburgo, a 17 de novembro de 2017, a Agenda dos Dirigentes sobre a Educação e a Cultura de novembro de 2017 e as conclusões do Conselho Europeu, de 14 de dezembro de 2017, sobre a dimensão social da União, a educação e a cultura;
- a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de maio de 2011, sobre «Realizar o potencial das indústrias culturais e criativas»;
- a Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2013, «Promover os setores culturais e criativos europeus enquanto fontes de crescimento económico e emprego»;
- a Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de dezembro de 2016, sobre uma política europeia coerente para as indústrias culturais e criativas;

- a Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de junho de 2007, sobre o estatuto social dos artistas;
- a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de abril de 2008, sobre uma agenda europeia para a cultura num mundo globalizado,
- muito em especial, a Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de junho de 2018, sobre barreiras estruturais e financeiras no acesso à cultura;
- as conclusões do Conselho, de 23 de dezembro de 2014, sobre o Plano de Trabalho para a Cultura (2015-2018);
- a comunicação conjunta da Comissão Europeia e da Vice-Presidente da Comissão / Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (VP/AR), de 8 de junho de 2016, ao Parlamento Europeu e ao Conselho, intitulada «Para uma estratégia da UE em matéria de relações culturais internacionais» (JOIN(2016)0029);
- o relatório da Comissão sobre a realização da Agenda Europeia para a Cultura (COM(2010)0390),
- a comunicação da Comissão, de 26 de setembro de 2012, intitulada «Promover os setores culturais e criativos ao serviço do crescimento e do emprego na UE» (COM(2012)0537);
- o relatório de 2015 intitulado «Formas de combater os obstáculos fiscais transfronteiras com que as pessoas se deparam na UE», apresentado pelo grupo de peritos da Comissão sobre a eliminação dos problemas fiscais com que se deparam as pessoas que exercem atividades transfronteiras na UE;
- a Declaração de Roma, de 25 de março de 2017, na qual os dirigentes de 27 Estados-Membros e das instituições da UE afirmaram a sua ambição de uma União «onde os cidadãos tenham novas oportunidades de desenvolvimento cultural e social e de crescimento económico», «uma União que preserve o nosso património cultural e promova a diversidade cultural».

Neste contexto, a nova Agenda Europeia para a Cultura apela a uma garantia do direito dos trabalhadores do setor criativo e artístico a uma remuneração, acordos contratuais e condições de trabalho equitativos; chama a atenção para o emprego atípico, precário e baseado em projetos dos profissionais da cultura na Europa; exorta, por conseguinte, os Estados-Membros a adotar medidas abrangentes para reduzir a «zona cinzenta» através da harmonização e melhorar as condições contratuais dos artistas e criadores em toda a UE e a nível europeu, nomeadamente no que diz respeito à representação coletiva, à segurança social e à tributação direta e indireta; defende a criação de sistemas de segurança na União para ter plenamente em conta as especificidades das formas atípicas de emprego.

E o novo programa de trabalho para a cultura (2019-2022) expressamente define, entre cinco prioridades, a necessidade de considerar (3) um ecossistema de artistas, profissionais da cultura e da criação artística.

Assim, do ponto de vista europeu e do direito interno, importa necessariamente perceber que se a cultura não é um sector particular ou específico nos termos *supramencionados*, - para efeitos de um espaço livre de fronteiras internas e onde se assegure a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais - há-de entrar de forma grada e de pleno direito na possível consideração dos serviços de interesse geral.

A reminiscência destes serviços faz parte dos valores partilhados por todas as sociedades europeias e constituem um elemento essencial do modelo europeu de sociedade, no sentido de garantir uma maior qualidade de vida para todos os cidadãos.

Estes serviços de interesse económico geral são citados em três disposições:

- i) O artigo 16.º do Tratado CE, que confia à Comunidade e aos Estados-Membros a tarefa de zelar por que as respetivas políticas permitam aos serviços de interesse económico geral cumprir as suas missões. Enuncia um princípio, mas não fornece à comunidade um meio de ação específico;
- ii) O n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE, que reconhece implicitamente o direito de os Estados-Membros imporem obrigações específicas de serviço público aos operadores económicos. Estabelece um princípio fundamental que garante o fornecimento e o desenvolvimento dos serviços de interesse económico geral no mercado interno. Os fornecedores de serviços de interesse geral apenas estão isentos da aplicação das regras do Tratado se esta isenção for estritamente necessária para lhes permitir cumprir a sua missão de interesse geral. Por conseguinte, em caso de conflito, o cumprimento de uma missão de serviço público pode, efetivamente, prevalecer sobre a aplicação das regras comunitárias, incluindo as regras relativas ao mercado interno e à concorrência;
- iii) O artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo o qual a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral a fim de promover a coesão social e territorial da União.

A par destes elementos normativos, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 12 de Maio de 2004, intitulada "Livro Branco sobre os serviços de interesse geral" [COM (2004) 374 final - Ainda não publicada no Jornal Oficial] integra um certo número de orientações no domínio dos serviços de interesse geral para assegurar uma política coerente no domínio em questão. Este Livro Branco surge

na sequência de uma vasta consulta pública, lançada por um Livro Verde sobre o papel da União Europeia no fornecimento de serviços de interesse geral de qualidade aos consumidores e às empresas na Europa, concluindo, nomeadamente, que não seria adequado apresentar uma proposta de diretiva-quadro na matéria.

Neste quadro, também na sua Resolução de 13 de Janeiro de 2004, sobre o Livro Verde sobre serviços de interesse geral [A5-0484/2003], o Parlamento Europeu considera que não é possível nem pertinente elaborar definições comuns dos serviços de interesse geral e das obrigações de serviço público daí decorrentes, mas que a União Europeia deve estabelecer princípios comuns tais como universalidade e igualdade de acesso, continuidade, segurança, adaptabilidade, qualidade, eficácia, acessibilidade tarifária, transparência, proteção dos grupos sociais desfavorecidos, proteção dos utentes, dos consumidores e do ambiente e participação dos cidadãos, subentendendo-se que convém ter em conta as especificidades sectoriais.

A integração da cultura neste contexto tem necessariamente o objetivo crucial de marcar a exigência de aprofundamento de uma cidadania que integra os objetivos da capacitação apontados por Amartya Sen. Esta relevância surge também salientada na Resolução de 26 de abril de 2006, em que o Parlamento, sobre a Convenção da Unesco sobre diversidade cultural, expressamente entendeu que “as atividades, bens e serviços culturais são de índole económica e cultural, porque são portadores de identidades, valores e significados e, por conseguinte, não devem ser tratados como se tivessem apenas valor comercial.”

Assim, entende-se claramente justificada a possibilidade do tipo de contratos *sub judice* ser enquadrado no regime especial previsto para a adjudicação de contratos para serviços sociais e outros serviços específicos (artigo 74.º e seguintes da Diretiva 2014/24/EU e respetivo Anexo XIV, com correspondência no artigo 6.º A do CCP, salvo quando o valor de cada contrato for igual ou superior ao limiar previsto na alínea d) do n.º 3 do artigo 474.º, caso em que se aplica o disposto nos artigos 250.º A a 250.º C<sup>59</sup>), na medida em que tal permitiria uma maior liberdade contratual à entidade adjudicante até ao limiar dos 750 000 Euros a que se refere a alínea d) do artigo 4.º da Diretiva.

Nos termos e para efeitos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos adotado pelo Regulamento (CE) n.º 2195/2002 – aplicável *ex vi* artigo 23.º da Diretiva - e à semelhança do que ocorre noutros Estados, poder-se-ia considerar como excluídas atividades que integram parte do código 92 relativo a atividades culturais, recreativas e desportivas (assim, e em termos necessariamente objeto de possível discussão, códigos 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7,

---

59 Outra situação é a do artigo 250.º D do CCP e dos ANEXO IX e X do CCP.

80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, 85000000-9–85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8).<sup>60</sup>

***2. Alargamento do âmbito das atividades abrangidas pelo artigo 24.º CCP, ou seja, dos critérios materiais para acesso ao ajuste direto, que podem ser utilizados independentemente do tipo de contrato a celebrar, designadamente quando o objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;***

Paradoxalmente, e como Marcello Caetano tão incisivamente sublinhou, “o ajuste direto usa-se, por via de regra, para os contratos muito importantes e para os de mínima importância” (*apud* Miguel Nogueira de Brito<sup>61</sup>). Verdadeiramente, este procedimento pré-contratual é aplicável em contratos de ínfimos valores (no regime simplificado) e também em contratos de suma importância.

Sabemos que se há intenção evidente no Código dos Contratos Públicos, é aquela que respeita à limitação dos casos em que se pode recorrer ao procedimento de ajuste direto para celebrar contratos públicos. E é claro que o ajuste direto, enquanto exceção ao regime regra, deve implicar, quando a sua escolha é feita em função de critérios materiais, “cuidados redobrados na aferição dos critérios legais definidos para a sua convocação”. É aliás, desde logo, o que a lei impõe quando faz depender a escolha deste procedimento de fortes condicionalismos e apertados requisitos. Em suma, dever-se-á considerar que o recurso ao ajuste direto com fundamento em critérios materiais – nos termos e para efeitos dos artigos 24.º a 27.º do CCP -, tem um carácter excecional em relação às regras gerais da escolha do procedimento previstas nos artigos 19.º a 21.º do CCP. Importa aqui salientar, ainda, que o legislador, com as alterações introduzidas ao CCP, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, criou um novo tipo de procedimento, a consulta prévia, privilegiando a sua adoção em detrimento da do ajuste direto. É de facto o que resulta do artigo 27.º-A do CCP, ao dispor que “Nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.”

Mas são as especificidades inerentes à celebração de um determinado contrato que justificam o afastamento do princípio da concorrência. Em síntese, a preferência por procedimentos de natureza

---

60 Não deixe de se salientar que nenhum enunciado é neutro. A cultura não está ausente desta longa enumeração ainda que se deva assinalar a modéstia, já que em cerca de 270 páginas, menos de duas respeitam à cultura. Encontramos, de facto, duas formulações gerais relativas à cultura, uma relativa a *serviços administrativos recreativos, culturais e religiosos* e um outro relativo aos *serviços recreativos, culturais e desportivos* (ainda que naturalmente seja criticável a associação entre a cultura e a dimensão recreativa, que pode não existir).

61 Miguel Nogueira BRITO, “Ajuste Direto” in *Estudos de Contratação Pública*, II, MELO, A.M. Barbosa *et al.*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 297-340, 2010, esp. p. 318.

concorrencial pode ser afastada, caso se identifique uma necessidade de interesse público que constitua uma razão suficientemente preponderante para justificar a adoção do procedimento considerado restritivo da concorrência/igualdade, o ajuste direto, que normalmente ocorre quando o valor do contrato não é economicamente relevante ou quando se verificam circunstâncias materiais que tornam inexigível a formulação de um apelo genérico à concorrência, demonstrando a sua necessidade premente e insubstituível.

Marçal JUSTEN FILHO<sup>62</sup> leciona o seguinte: *“As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.*

*Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado. Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.”*

Ora, e como explica o mesmo autor, “a atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas”. Assim, quando a necessidade pública se relaciona com os préstimos de um artista não haverá critério objetivo de julgamento, restando inviável a seleção por procedimento licitatório, sendo aliás absolutamente discutível a suscetibilidade de aplicação de critérios de seleção e adjudicação.

Já quando houver interesse de premiação da melhor performance em determinada área das artes, a Administração Pública deverá valer-se do concurso disciplinado.

Mas há casos em que a necessidade pública se relaciona com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artísticas. Daí a caracterização da inviabilidade de competição.”, como bem explica Marçal JUSTEN FILHO.<sup>63</sup>

---

62 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª ed., São Paulo, Dialética, 2006, p. 287.

63 *Idem*, ob.cit.

Como também refere Susana SANTOS<sup>64</sup>, importa distinguir o caso em que sendo o desempenho do artista relevante para a apresentação do produto - do trabalho objeto de contratação -, o produto em si é o objeto almejado pela Administração Pública na relação jurídica travada com o artista a ser premiado, não o desempenho em si do artista (“*facere*”, performance), como ocorre com a apresentação de um cantor ou dançarino.

Diferentemente, quando o desempenho em si do artista é o objeto de interesse para a Administração Pública, não há dúvidas de que, preenchidos os demais requisitos legais, o artista deve ser contratado *intuitu personae*, isto é, em função da singularidade da performance artística em si. Porque será feita por determinado artista consagrado, resulta a inviabilidade de competição, a amparar a contratação, deste artista, sem licitação.

Há aqui uma escolha discricionária – sempre com aplicação do bloco de legalidade em causa - da Administração Pública: não basta que seja um produto elaborado por um artista qualquer, onde apenas a qualidade do produto artístico em si (trabalho) seria levada em consideração quanto ao julgamento do desempenho do artista, hipótese em que caberia o concurso, mas, de outro modo, pretende-se que o trabalho seja elaborado por um artista específico, para que a obra leve o seu nome e as características específicas que decorrem de sua personalidade e de seu modo de fazer arte.

Assim, é este por natureza um campo de aplicação privilegiada para o ajuste direto, procedimento não precedido de qualquer anúncio, em que a entidade adjudicante convida diretamente uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta, podendo com elas negociar aspetos da execução do contrato a celebrar.

Assim, qualquer que seja o objeto do contrato a celebrar, o procedimento de ajuste direto pode ser adotado nomeadamente quando:

- a) Na medida do estritamente necessário, por motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis que não sejam da responsabilidade do contratante, não possam ser cumpridos os prazos dos outros procedimentos (artigo 24.º, n.º 1, alínea c) do CCP);
- b) Por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a prestação de direitos exclusivos, a prestação do objeto do contrato só possa ser confiada a uma entidade determinada (artigo 24.º, n.º 1 alínea e) (aquisições ou contratações que os responsáveis artísticos referenciem como sendo a única que pretendem que seja efetuada, em razão das suas características)

---

64 SANTOS, Susana Isabel Pinto Ferreira dos, *O enquadramento jurídico-laboral dos profissionais de espetáculos algumas reflexões*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Disponível em [https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/5818/3/Tese\\_Mestrado.pdf](https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/5818/3/Tese_Mestrado.pdf), 2004.

Pode ainda ser adotado o procedimento de ajuste direto, no caso de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis, quando se trate de substituição ou ampliação de bens ou equipamento específico de uso corrente à mesma entidade com a qual se celebrou o contrato inicial e a mudança de fornecedor origine incompatibilidade ou dificuldades técnicas (artigo 26.º, n.º 1 alínea a) e nos casos de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis e contratos de aquisição de serviços: quando se trate de adquirir serviços ao abrigo de um acordo quadro (artigos 26.º, n.º 1 al. e) e 27.º, n.º 1 al. h) e artigos 258.º e seguintes do CCP).

Posto isto, vejamos, então, o que estipula a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP: “As prestações que constituem o objeto do contrato só possam ser confiadas a determinada entidade por uma das seguintes razões:

- i) O objeto do procedimento seja a criação ou aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico;
- ii) Não exista concorrência por motivos técnicos;
- iii) Seja necessário proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual”.

Impõe, assim, esta norma a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Que o recurso ao ajuste direto se fundamente em motivos artísticos ou técnicos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos; e
- ii) Que a prestação do objeto do contrato, por tais motivos, só possa ser confiada a uma determinada entidade.

Pela conjugação dos referidos requisitos não basta, pois, que se conclua pela existência de motivos técnicos, artísticos ou jurídicos, é imprescindível que a entidade adjudicante comprove inequivocamente que por esses motivos (um ou mais) só uma única entidade está habilitada a prestar o serviço em causa.

Ao citado normativo, acresce um outro, o n.º 4 do artigo 24.º, que, referindo-se às subalíneas ii) e iii) do seu n.º 1, estipula que o ajuste direto “só pode ser adotado quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.”

Quis assim o legislador, nesta norma, reforçar e reiterar a determinação de que o ajuste direto é um procedimento pré-contratual excecional, exigindo para a sua adoção a fundamentação do critério material em questão.



Mas está de facto em causa a chamada “exceção artística”<sup>65</sup>. O critério da alínea e) do artigo 24.º pressupõe a infungibilidade do co-contratante, na medida em que se afirma que a prestação objeto do contrato só pode ser confiada a determinada entidade, por “motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos”.

Ou, como sugerem OLIVEIRA e OLIVEIRA<sup>66</sup>, pode ser legítimo lançar mão ao ajuste direto “quando um município pretende adquirir uma obra do único pintor reputado aí nascido” ou quando um museu queira completar “o seu acervo de obras surrealistas ou neo-realistas com um quadro de António Pedro, o único celebrado pintor português desse movimento ou tertúlia”.<sup>67</sup>

Nestes casos, mais do que irrelevante ou inútil, a imposição de um procedimento burocrático e formal para a formação desse contrato poderia, em rigor, assumir-se até como lesiva para o interesse público: é que, nesse cenário, a Administração estaria obrigada a protelar a celebração de um contrato relevante para a satisfação de uma necessidade de interesse geral apenas com o propósito de cumprir um conjunto de formalidades que, afinal, não teriam qualquer efeito útil para o ordenamento jurídico.

Ora, a opção pelo ajuste direto tendo como fundamento a alínea e) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP só ocorrerá, no caso vertente, quando no mercado, por razões técnicas, artísticas ou de proteção de direitos exclusivos, apenas exista ou se mostre habilitada uma empresa capaz de executar a prestação/fornecimento de serviço, pelo que não faria sentido a Administração ter de se socorrer do procedimento concursal quando de antemão sabia que só aquela empresa poderia ser admitida.

Assim, o uso de critérios materiais deve ser assumido pela entidade adjudicante mais vezes, acentuando precisamente desta forma o princípio da boa administração e da eficiência administrativas.<sup>68</sup> Deve ser bem fundamentado e respeitar o princípio da proporcionalidade, na medida em que, por estarem causa uma derrogação do princípio da igualdade de tratamento, é um dos

---

65 Já constava do n.º 1 do artigo 86.º do Decreto-Lei n.º 197/99 comando normativo similar ao actualmente vigente, já que ali se previa que o “... ajuste directo pode ter lugar, independentemente do valor, quando: (...) d) Por motivos de aptidão técnica ou artística ou relativos à protecção de direitos exclusivos ou de direitos de autor, a locação ou o fornecimento dos bens ou serviços apenas possa ser executado por um locador ou fornecedor determinado ...”.

66 OLIVEIRA e OLIVEIRA, ob.cit., p.759.

67 No Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 41/96, de 22 de julio, em articulação com os Informes 31/96 y 35/96, atendeu-se ao argumento utilizado pelo Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música que afirmara que “las razones artísticas son suficientes para considerar que solo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario”, já que “todo lo artístico es único. Consustancial a la esencia de lo artístico es precisamente la originalidad e individualidad”. A Junta Consultiva coonestou esta interpretação, ao afirmar que “las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuando una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica”.

68 Neste sentido, Guilherme W. d’Oliveira MARTINS, *Ajuste direto e critérios materiais: receios injustificados?*, O Observador, 1 de julho de 2019. Num outro sector, veja-se o *EUA REPORT - A comparative analysis of public procurement frameworks and practices in universities in Portugal and selected EU member states*, by Thomas Estermannand Veronika Kupriyanova, November 2018, colectando recomendações e boas práticas quanto à susceptibilidade de utilização do ajuste directo.

critérios que mais tem justificado a censura do Tribunal de Justiça da União Europeia, bem como do Tribunal de Contas Europeu.

“Quanto aos motivos artísticos, falamos de contratos que só podem ser executados por alguém com mérito próprio para elaboração de uma obra artística, que não pode ser feita por outrem. Torna-se necessário demonstrar que a prestação objeto do contrato "só pode ser confiada" a uma entidade determinada. Também neste caso a interpretação deve ser estrita, mas não deve ser proibitiva. A restrição apenas deve obrigar o decisor a fundamentar, mas não devendo prevalecer questões de "gosto". O legislador está apenas a prever que a execução do contrato não deve ser fungível, algo que requer fundamentação do decisor.”<sup>69</sup>

Se no entender do Tribunal de Contas, o fundamento material é aceitável apenas quando, para além das reconhecidas razões técnicas, exista um só operador capaz de executar a prestação pretendida e que essa exclusividade não seja imputável à própria entidade adjudicante<sup>70</sup>, o que tem que ficar claro – v.g. face a jurisprudência do Tribunal de Contas<sup>71</sup> - é que ainda que como é referido no Acórdão do STA n.º 011/1172, “o procedimento de ajuste direto só se mostrará legitimado quando a entidade adjudicante demonstre que só aquele concreto prestador de serviços está técnica ou artisticamente habilitado ou detém direitos exclusivos objeto de proteção para executar o serviço pretendido” – é precisamente esta demonstração que resulta clara nos termos expostos e que importa ser reconhecida numa previsão expressa aperfeiçoada da lei<sup>73</sup>, que naturalmente nunca prescindirá de um exigente dever de fundamentação.

Acresce que mais do que com a contratação da obra de arte/espetáculo artístico em si, se prende com as necessidades afins, como “a aquisição de serviços de transporte de obras de arte ou instrumentos musicais”, e o “comércio de bens e serviços regulares e de consumo e da construção”. Além da contratação da obra de arte/espetáculo artístico em si, suscita-se a questão da delimitação

---

69 *Idem*. Também Jorge Andrade da SILVA, *Código dos Contratos Públicos anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2015, 5ª edição, p. 107, nota 11, já dizia que são conceitos indeterminados, cujo conteúdo e extensão, portanto, devem ser preenchidos em cada caso concreto.

70 Mário Esteves de OLIVEIRA e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011, p.758.

71 *Public Procurement Audit*, 2010, Tribunal de Contas, Documents prepared by:• EU Contact Committee Public Procurement Working Group, EU Contact Committee Public Procurement Updating Group (SAIs of Belgium, Cyprus, Czech Republic, Denmark, European Court of Auditors, Finland, Germany, Hungary, Ireland, Luxembourg, Portugal, Slovenia and United Kingdom), Edited by Tribunal de Contas, Portugal, 2010, com especial referência ao Judgment of 10 April 2003, joined cases C-20 and 28/01, Commission/Germany - *Negotiated procedure without prior publication of a contract notice – Technical of artistic reasons, or reasons connected with the protection of exclusive rights – Environmental protection*.

72 Esta prevalência compreende-se, conforme resulta, aliás, da jurisprudência constante do STA e do Tribunal de Contas - Acórdão do STA 011/11, de 21.06.2011, 2ª Subsecção do CA; Acórdãos do Tribunal de Contas n.ºs 20/07, de 20.11, em recursos ordinários n.ºs 23/2007 e 4/2008, de 12.02.2008, 29/2008 e 6/2008, de 10.03.2008.

73 V.g. para efeitos do capítulo IV do *Guia Prático para profissionais sobre a prevenção dos erros comuns em projetos financiados pelos FEEI e CAIXA DE FERRAMENTA -DOCUMENTO 7 - REDAÇÃO DO CADERNO DE ENCARGOS*, p. 83.

das necessidades afins, como a contratação de serviços associados e em que medida lhes poderá ser (ou vir a ser) aplicado o disposto no artigo 24.º. Não está já em causa a criação/aquisição da obra de arte ou do espetáculo artístico em si, mas impõe-se ainda assim que seja abarcado pelo artigo 24.º/1, e) i) do CCP, já que será fácil compreender que dificilmente se poderão escolher por critério que não o material.

De facto, repare-se que em muitos casos, a própria noção de artes performativas implica a convocação de atividades afins – v.g. como o design<sup>74</sup> para efeitos de divulgação. Também A. DONATI regista que em muitos casos, a obra imaterial se acompanha de diversas práticas de documentação para o seu projeto e memória.<sup>75</sup>

Há também situações de contratação de conferencistas ou pensadores em que vários auditores consideram não dever enquadrar-se no âmbito deste artigo 24.º o que é obviamente muito complicado de aceitar (não podemos escolher conferências por preço mais baixo naturalmente). Algumas vezes também, apesar da necessidade de contratar ser decorrente da contratação artística de um espetáculo por exemplo, o facto de serem necessidades afins, não excluindo que se classifiquem também como contratações artísticas, por exemplo, figurinistas, cenógrafos, fotógrafos, para esse mesmo espetáculo.

Assim, admite-se que a alteração da expressão legal possa, por exemplo, seguir o polaco *Act on Public Procurement Law*: "The provisions of the Act shall not apply to contracts with a value smaller than the EU thresholds: [...] *the subject of which are supplies or services in the field of cultural activities related to the organization of exhibitions, concerts, competitions, festivals, shows, theatre performances, and educational undertakings in the field of culture or the collection of library materials by libraries or museum items by museums, as well as in the field of archival activities related to the collection of archival materials, if these orders do not serve to equip the contracting authority with fixed assets intended for ongoing support of their activities*" [i.e. purchases of equipment made by cultural institutions/libraries/museums are subject to the Act on Public Procurement Law].

Para o efeito, deverá ser mencionado nestes critérios materiais, expressamente, o âmbito objetivo das atividades abrangidas pelas alíneas d) '*Atividades de natureza artística*' as atividades

---

74 Sobre o valor acrescentado do design, veja-se <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3152/3/Cap.%20II%20-%20ESTADO%20DA%20ARTE%20-%20Design.pdf> . Neste sentido de valorização da arte conceptual, A. ALBERRO, *Arte concettuale e strategie pubblicitarie*, Johan & Levi, Monza, 2011, p. 147, e A. ALBERRO, B. STIMSON (eds.), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999.

75 *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, Giuffré, Milán, 2012, p. 188.

ligadas à criação, execução e interpretação de obras; e) '*Atividades de natureza técnico-artística*' as atividades ligadas aos materiais, equipamentos e processos produtivos de suporte às artes do espetáculo ou do audiovisual e f) '*Atividades de mediação*' as atividades relacionadas com a produção, a realização e divulgação de artes de espetáculo ou de audiovisual, incluindo a valorização e divulgação das obras e dos artistas do artigo 1.º-A da Lei n.º 4/2008, de 7 de fevereiro (artísticas, técnico-artísticas e de mediação). Esta previsão poderá ser acompanhada de uma cláusula de salvaguarda de modo a precisar em que termos as “necessidades afins”, onde se pode integrar o design, a arquitetura, por exemplo, poderão integrar o objeto de contratação por uma modalidade que não a do concurso público. Essa cláusula deverá corresponder a formas de demonstração da conexão com o espetáculo ou obra de arte.<sup>76</sup>

***3. Inclusão dos documentos que instruem o procedimento de contratação pública no Registo Nacional de Profissionais do Setor das Atividades Artísticas, Culturais e de Espetáculo (RNPSAACE), registo que deverá ser obrigatório para efeitos de contratação pública;***

Em alternativa, solução talvez mais simples, seja a de promoção de um registo nacional de artistas simplificado e um registo de profissionais de serviços essenciais artes performativas – pois permitiria a redução dos elementos necessários para as fases pré-contratuais e contratuais, na medida em que se o sector for regulado e os profissionais devidamente registados, podemos reduzir o nível de exigência no momento da contratação.

***4. Previsão da possibilidade de junção de documentos em momento posterior ao da celebração de contratos, nomeadamente a tradução de documentos. Esta possibilidade poderá ser limitada a situações de contratação que envolvam mais que um país/ordenamento jurídico, devendo a norma fixar as sanções aplicáveis em caso da falta de junção ou junção extemporânea dos documentos.***

De facto, e em termos procedimentais, parece-nos que estas possibilidades claramente se inscrevem no quadro da Diretiva, nos termos dos respetivos considerandos 86 e 87:

---

<sup>76</sup> Em alternativa, ou para melhor explicitação do que ora nos ocupa, entende-se que poderiam ficar abrangidos, com alguma reminiscência na enunciação francesa a partir do artigo 30.º do referido *Décret n.º 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*:

- i. serviços de conceção, produção, distribuição, projeção, produção e promoção ou publicidade de filmes ou obras audiovisuais e multimedia;
- ii. serviços de espetáculos de música, dança, teatro, representação artística e circo, espetáculos de filmes e shows de iluminação, preparados por produtores ou artistas amadores ou profissionais;
- iii. serviços auxiliares de atividades de espetáculo que realizam a reabilitação e instalação de decorações e sonorização, a conceção e a reabilitação de trajes, a cenografia, ou a tradição de espetáculos;
- iv. serviços de design artístico;
- v. serviços de agência de imprensa, fotografia, rádio ou televisão ou cinematográfica.

*(86) Poderá obter-se uma maior simplificação, tanto para os operadores económicos como para as autoridades adjudicantes, mediante a utilização de um formulário-tipo para as declarações sob compromisso de honra, o que poderá reduzir não só os problemas relacionados com a redação exata das declarações formais e declarações de consentimento, mas também os problemas linguísticos.*

*(87) A Comissão disponibiliza e gere um sistema eletrónico – o e-Certis, que neste momento é atualizado e verificado a título voluntário pelas autoridades nacionais. O objetivo do e-Certis é facilitar o intercâmbio de certificados e outros documentos comprovativos frequentemente exigidos pelas autoridades adjudicantes. A experiência adquirida até ao momento indica que a atualização e a verificação voluntárias são insuficientes para que o e-Certis possa concretizar todo o seu potencial para simplificar e facilitar os intercâmbios de documentos em benefício, sobretudo, das PME. Deverá começar-se, pois, por tornar obrigatória a manutenção do sistema. O recurso ao e-Certis será exigido numa fase posterior.*

Assim, e para além de recurso, nos casos aplicáveis ao e-Certis, impõem-se regras de flexibilização das exigências dos artigos 55.º, 58.º, 81.º, 83.º-A e 86.º do CCP em especial no caso de co-contratantes estrangeiros e/ou em digressão, bem como do artigo 4.º da Portaria n.º 372/2017 de 14 de dezembro e do artigo 440.º do Código Processo Civil.

Acresce ainda que, como resulta do considerando 65 da Diretiva, [A] *qualquer momento do período de vigência do sistema de aquisição dinâmico, as autoridades adjudicantes deverão ser livres de exigir aos operadores económicos que apresentem, dentro de um prazo adequado, uma declaração sob compromisso de honra, nova e atualizada sobre o cumprimento dos critérios de seleção qualitativa. Deverá ser recordado que a possibilidade, prevista nas disposições gerais sobre os meios de prova da presente diretiva, de solicitar aos operadores económicos a apresentação de documentos complementares, bem como a obrigação idêntica imposta ao proponente ao qual a autoridade decidiu adjudicar o contrato, se aplicam igualmente no contexto específico dos sistemas de aquisição dinâmicos.*

A limitação desses requisitos, por exemplo mediante a utilização de um Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP), constituído por uma autodeclaração atualizada, poderá resultar numa simplificação considerável em benefício tanto das autoridades adjudicantes como dos operadores económicos. O proponente a quem for decidido adjudicar o contrato deverá, todavia, ser obrigado a apresentar as provas pertinentes, e as autoridades adjudicantes não deverão celebrar contratos com proponentes que não o possam fazer. As autoridades adjudicantes deverão também poder solicitar em qualquer momento a totalidade ou parte dos documentos complementares, sempre

que considerem que tal é necessário ao correto desenrolar do procedimento. Tal pode ser nomeadamente o caso dos procedimentos em duas fases – concursos limitados, procedimentos concorrenciais com negociação, diálogo concorrencial e parcerias para a inovação – em que as autoridades adjudicantes façam uso da possibilidade de limitar o número de candidatos convidados a apresentar uma proposta. Exigir a apresentação dos documentos complementares no momento da seleção dos candidatos a convidar poderá justificar-se para evitar que as autoridades adjudicantes convidem candidatos que na fase de adjudicação não possam apresentar os documentos complementares, impedindo deste modo a participação de candidatos qualificados.

**SÃO ESTAS, POIS, AS PROPOSTAS QUE JURIDICAMENTE SE CONSIDERAM JUSTIFICADAS.**

## IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV, *Atas da Conferência – A revisão do Código dos Contratos Públicos*, disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/11040/view>, 2016
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Coimbra, Almedina
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “O direito ao espectáculo”, Estudos em memória do Professor Paulo Cunha, Lisboa, pp.132-141, 1989
- BAPTISTA, Albino Mendes, “Subsídios para a criação de um regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos”, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 27-58
- BENTLY, L., SHERMAN, B., *Intellectual Property Law*, Oxford, IV.<sup>a</sup> ed., 2014, pp. 340 y ss.
- BOURDIEU, P., *The Field of Cultural Production: Essays on Art and Literature*, Columbia University Press, 1993.
- BOYD, W. L., “Museums as Centers of Controversy”, en *Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, 128, 1999.
- BRACONNIER, S., *Le nouveau code des marchés publics*, Jurisclasseur Contrats et marchés publics, fasc. 1, Actualité, 8-2004, n° 4.
- BRITO, Miguel Nogueira, “Ajuste Direto” in *Estudos de Contratação Pública*, II, MELO, A.M. Barbosa *et al.*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 297-340, 2010
- BROWN, C. (ed.), *Inspiring Action: Museums and Social Change: a Collection of Essays*, Museums Etc, Edimburgo, 2009.
- CABRAL, Margarida Olazabal, *Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos*, comunicação oral apresentada no IX Seminário dos Cadernos de Justiça Administrativa, realizado em Ofir a 15-16 de junho de 2007. Comunicação disponível online em [www.mlghts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/440.pdf](http://www.mlghts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/440.pdf)
- CABRAL, Margarida Olazabal, “O artigo 55º, alínea j), do Código dos Contratos Públicos: mais vale ser do que parecer” in *Revista de Contratos Públicos* n.º 1, janeiro a abril de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 125-171, 2011
- CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Turín, 2012
- CARNEIRO, Joana, “O Contrato de Trabalho Intermitente – A relação laboral cimentada na segurança do emprego através do trabalho descontínuo”, *Questões laborais*, A. 17, n.º 35-36 (Jan.-Dez. 2010), p. 203-242, Coimbra, Coimbra Editora, 1994
- CASINI, L. (ed.), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bolonia, Il Mulino, 2010
- CASSESE, S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 261 ss

- CERULI IRELLI, V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padua, Cedam, 1983
- CROCE, B., *Breviario di estetica. Quattro lezioni*, Laterza, Bari, 1913
- D'ALBERTI, M., “Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici”, en *Dir. Amm.*, 2008, pp 297 ss
- DERIEUX, F. (ed.), *Harald Szeeman: Individual Methodology*, JRP|Ringier, Zúrich, 2007
- DIAS, José Eduardo Figueiredo & Oliveira, Fernanda Paula, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “La relacion laboral de caracter especial de los artistas de espectaculos públicos”, *Revista de Derecho Privado*, pp 123-166, 1983
- DONATI, A., *Law and Art, Diritto civile e arte contemporanea*, Giuffrè, Milán, 2012
- DUARTE, Tiago, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da Idade do Armário à Idade dos Porquês”, in *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra Editora, pp. 147-180, 2008
- DURÃO, José Carlos Marques, “O renovado artigo 127.º do Código dos Contratos Públicos” in *Publicações CEDRIPE Online* 9, março de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- ECO, U., *Opera aperta*, Bompiani, Milán, 1976
- ESTORNINHO, Maria João, “A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português” in *Revista de Contratos Públicos* n.º 1, janeiro, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, pp. 21-30, 2011
- FERNANDES, António Monteiro, “O triste fado dos maestros titulares ou o problema da subordinação jurídica invisível. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/11/2013”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 4, 119-140, 2013
- FERNANDES, Paula Baptista, *Ajuste directo*, tese de mestrado em Direito Administrativo, apresentada à Universidade Católica Portuguesa, 2012
- FERRARIS, M., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, 2009
- FERREIRA, Jefferson Oliveira, *Da inexigibilidade de licitação com fulcro no inciso III, do Art. 25, da Lei n.º 8.666/1993* Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 abr 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42649/da-inexigibilidade-de-licitacao-com-fulcro-no-inciso-iii-do-art-25-da-lei-no-8-666-1993>
- FICINO, Marsilio, *Teologia platónica, IV*, trad. it Bompiani, Milán, 2011
- FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2012
- FONSECA, Isabel Celeste M., *Direito da Contratação Pública. Uma Introdução em dez aulas*, Almedina, Coimbra, 2011



- GASPARINI, Diógenes, *Direito Administrativo*, 6ª ed. rev., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 2001
- GIANNINI, M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963.
- GOLDSTEIN, P., “Derivative Rights and Derivative Works in Copyright”, *30 Journal of the Copyright Society of the USA*, 1983
- GOMES, Júlio, “Da fábrica à fábrica dos sonhos –primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais”, *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p.197-231
- GONÇALVES, Pedro, “O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo” in *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 569-626, 2008
- HACHE, O., «Les marchés publics dans le secteur culturel », in *Modes de gestion des équipements culturels*, sous la dir. de E. Baron et M. Ferrier-Barbut, PUG, 2003, pp. 175 s.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativo*, 10ªed., Dialética, 2005
- KEARNS, P., *The Legal Concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998
- KIRKBY, Mark, “O diálogo concorrencial” in *Estudos da Contratação Pública I*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 275-326, 2008
- LANGE, D. D., “Recognizing the Public Domain”, *44 Law and Contemporary Problems*, 1981, pp. 171 ss., [http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/824](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/824). DOI: doi.org/10.2307/1191227.
- LEWITT, S., “Paragraphs on Conceptual Art”, en ALBERRO, A., STIMSON, B. (eds.), *Conceptual Art: A Critical Anthology*, MIT Press, Boston, 1999
- LINDITCH, F., « Le nouveau droit des marchés publics de la culture », *AJDA* mars 2002, pp. 210 ss, p. 212.
- MATOS, Manuel Pereira Augusto (2012), “A escolha dos procedimentos pré-contratuais”, comunicação apresentada no âmbito do curso pós-graduado “Contratos Públicos em tempos de crise”, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Texto disponível online em [www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto\\_manuel\\_pereira\\_augusto\\_de\\_matos.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/texto_manuel_pereira_augusto_de_matos.pdf)
- MAZZONI, Guiliano, “Le travail et le sport. L’amateur et le professionnel”, Primeiro Congresso Internacional de Direito do Desporto, México, 1977
- MCCLEAN, D., SCHUBERT, K. (eds.), *Dear Images, Art Copyright and Culture*, Ridinghouse, Londres, 2002.
- MEDEIROS, Rui, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, N.º 69, Maio/Junho 2008, p. 4.
- MELO, A.M. Barbosa *et al.*, *Estudos da Contratação Pública II*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

MORENO MOLINA, JA *et al.*, “Informe Jurídico sobre el uso obligatorio de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la LCSP”, disponível em linha em [https://es.vortal.biz/system/files/vortal\\_informejuridicosobreelusoobligatoriodemedioselectronicosinformaticostelematicosenlalcsp.pdf](https://es.vortal.biz/system/files/vortal_informejuridicosobreelusoobligatoriodemedioselectronicosinformaticostelematicosenlalcsp.pdf)

NETO, Joana, *Na boca de cena da (des)regulação: o regime jurídico do contrato de trabalho dos profissionais de espetáculo*, Vila Nova de Famalicão, Editorial Novembro, 2019

NETO, Joana, *Redesenhar o trapézio sem rede da proteção laboral dos artistas : problemas e pistas para alterações à Lei 4/2008, de 12 de fevereiro*, Questões laborais, Coimbra, Coimbra Editora, A. 26, no 54 (Jan.-Jun. 2019) , p. 107-156

OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Coimbra, Almedina, 2011

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública” in Estudos de Contratação Pública I, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, pp. 51-113, 2008

PALMA, G., *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Jovene, Nápoles, 1971

PINHEIRO, João Henriques, “Âmbito de Aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação” in Publicações CEDRIPE Online 5, fevereiro de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

PIRES, Miguel Lucas, “Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo” in Publicações CEDRIPE Online 3, novembro de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

POLICE, A. (eds.), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milán, Giuffrè, 2008

PONTIER, Jean-Marie, *Marchés publics et culture*, LEGICOM 2004/2 (Nº 31), pp 65-82.

PONTIER, V. J.-M., J.-C. Ricci, J. Bourdon, *Droit de la culture*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1998

PORTELA, Augusto Pereira, *O estatuto profissional do artista –Regime laboral e de Segurança Social*, Porto, Fundação GDA (Gestão dos Direitos dos Artistas), 2018

PORTO, Margarida, “Uma nova filosofia de intervenção na prestação de serviços públicos: a experiência portuguesa nos sectores das energias, comunicações, transportes, abastecimento de água e saneamento” in Revista de Direito Público e Regulação n.º 2, julho de 2009, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, pp. 103-120, 2009

PUGLIATTI, S., *Beni e cose in senso giuridico*, Giuffrè, Milán, 1962

RAIMUNDO, Miguel Assis, “Alterações ao Código dos Contratos Públicos –o Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro” in Revista de Direito Público e Regulação n.º 5, março de 2010, Centro

- de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, pp. 81-102, Revista Cadernos de Justiça Administrativa, CEJUR, Braga, 2010
- RAIMUNDO, Miguel Assis, “Exclusividade e fungibilidade do objeto no ajuste direto em razão de critérios materiais (artigo 24.º/4 anteprojecto)”, disponível em <https://contratospublicos.net/2016/10/01/exclusividade-e-fungibilidade-do-objeto-no-ajuste-direto-em-razao-de-criterios-materiais-artigo-24o4-anteprojecto/>
- RAMALHO, Maria Rosário Palma, *Direito do Trabalho –parte II –Situações laborais individuais*, Coimbra, Edições Almedina, 2010
- RAMALHO, Maria Rosário Palma, “O contrato de trabalho dos profissionais de espectáculos: algumas notas”, Estudos de Direito do Trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes, Vol. II, Capítulo IX, Nova Causa, pp.224-246, 2018
- RISPOLI, m. G. BRUNETTI (ed.), *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Bolonia: Il Mulino, 2009
- RODRIGUEZ, Américo Pla, “Derechos laborales de los deportistas profesionales y de los artistas”, Revista del Instituto de Derecho del Trabajo e investigaciones sociales, Publicación Semestral – Enero-Diciembre de 1984 –Ano XV, n.ºs. 25-26, p.6-34, 1984
- ROQUETA, Remedios Buj, *El trabajo de los Artistas*, Valência, 1995
- SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “A adoção (excecional) do ajuste direto por motivos artísticos para a elaboração de projectos de arquitetura”, Revista de Contratos Públicos, n.º 10, 2014, pp. 56-57
- SANTIAGO, Marta Cristina Jesus (2008), “Os ajustes diretos em Portugal” in Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE) n.º 15, julho, agosto e setembro 2008, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. Artigo disponível online em [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/SANTIAGO.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SANTIAGO.pdf)
- SANTOS, Eurico, *Regime dos contratos de trabalho dos profissionais de espetáculos e estabelece o regime de segurança social: texto actualizado de acordo com os seguintes diplomas: Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro; Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro; Lei n.º 28/2011, de 16 Junho, 2011*, disponível em linha em <https://www.homepagejuridica.pt/>
- SANTOS, Susana Isabel Pinto Ferreira dos, *O enquadramento jurídico-laboral dos profissionais de espetáculos algumas reflexões* [Em linha]. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, disponível em [https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/5818/3/Tese\\_Mestrado.pdf](https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/5818/3/Tese_Mestrado.pdf), 2004
- SAVATIER, Jean, “Quel âge limite pour le personnel d’un corps de ballet? Droit Social, n.º4, Abril 1996, pp. 359-362
- SCHWARTZ, H., *The Culture of The Copy: Striking, Likenesses, Unreasonable Facsimiles*, The MIT Press, Cambridge MA, 201

- SILVA, Jorge Andrade, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, Coimbra (5ª edição), 2015
- SILVA, Jorge Andrade, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2010
- SMITH, T., *Thinking Contemporary Curating*, Independent Curator International, Nueva York, 2012.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, Edições Lex, Lisboa, 1994
- STOKES, S., “Art and copyright: some current issues”, en *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2006, 1, pp. 272 ss.
- TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 164- 165
- TESTAL, Helena Garcia, “La finalización del contrato de trabajo del artista: extinción de contratos temporales e inexecución del contrato”, *Revista de Información Laboral*, 2016
- VIANA, Cláudia, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- VIANA, Cláudia, “O diálogo concorrencial” in *Revista de Contratos Públicos* n.º 1, janeiro a abril de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, pp.105-124, 2011.
- VICENTE, Joana, *A disciplina do contrato a termo dos profissionais de espectáculo: relações de tensão entre a Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro e a CRP e o Direito da União Europeia*”, *Prontuário de Direito do Trabalho II*, Almedina, pp.259-270, 2018
- VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar*, Guias de leitura e aplicação, Almedina, Coimbra, 2008
- WALRAVENS, N., “La remise en cause des notions traditionnelles”, en *L’Art contemporain confronté au droit, L’Art contemporain confronté au droit, atti del Seminario del 8 giugno 2006*, Univ. Panthéon-Assas Paris II, p. 13
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “As Leis dos Espectáculos e Direitos Autorais”, *Do Teatro à Internet*, Coimbra, Almedina, 2002
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “Contratos de trabalho dos profissionais de espectáculos (direito aplicável), *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano I (2.ª Série), p. 109 e ss, 1986

## **V.ANEXOS**

## **ANEXO I**

**QUESTION LAUNCHED BY PEARLE OFFICE TO ALL FULL MEMBERS ON 10<sup>TH</sup> JANUARY WITH DEADLINE TO REPLY 21<sup>ST</sup> JANUARY 2020, FOLLOWING THE ISSUE RAISED BY PERFORMART AT PEARLE MEMBERS CONFERENCE IN PORTO (29-30 NOVEMBER 2019)**

---

18.2.20 Performart, the Portuguese association of performing arts, raised at the Pearle conference in Porto an issue they have regarding public procurement on which they wish to gather information from other countries.

The European Directive on public procurement, which applies to public bodies was revised in 2014. It had to be transposed into national legislation by 18 April 2016. Before that, at the time of the negotiations, Pearle was able to secure special treatment for cultural services and for other services (such as works). More particularly, the European Directive foresees high thresholds and waives certain administrative obligations.

I hereby attach the flow chart and an analysis of the issues of relevance for our sector to freshen up your memory.

As Performart would like to collect information on the situation in other countries, please reply to this message by answering following questions:

1. In your country do you benefit of simplified (lighter) regimes for cultural services? If so, what's the threshold?
  2. In your country does the law also foresees lighter regime for public supply or public service contracts? if so, what's the threshold?
  3. In your country are you required to publish (on your website) the contract awarded? Or do you have an exemption or lighter regime as regards the information and publication requirements?
-

THERE WERE 6 RESPONSES RECEIVED

---

## DENMARK

The answer to the first two questions is “no”

Regarding the third question it depends on the status of our member organisation as some are municipal or state owned and therefore obliged to follow the codes of conduct for publicly run organisations. Self-governed organisations can be more loose but are always observant on transparent administration. And in general, there is a good understanding and obedience to EU-rules.

---

## SPAIN

1) Cultural services in Spain do not benefit from simplified (lighter) regimes in public procurement;

2) Yes, the Spanish legislation on public sector contracts foresees minor contracts (lighter regimes) with the following thresholds: for projects up to 40,000 euros, for services and supplies up to 15,000 euros. Nothing is said specifically about cultural contracts, but it is admitted that they fall within the scope of service contracts.

---

3) Yes, in Spain there is an obligation to publish all contracts awarded on the websites of the contracting authority in compliance with the law on contracts and the law on transparency, access to public information and good governance. Contracts for artistic and literary creation and performance and those for entertainment are classified as the Administration's private contracts. This means that they must be processed in accordance with the general regulations of the law on contracts, but private law is applied to their effects.

---

## HUNGARY

In your country do you benefit of simplified (lighter) regimes for cultural services? If so, what's the threshold?

The Hungarian Public Procurement Act (PPA) foresees simplified rules for the procurement procedures of cultural services. In case the value of a cultural service contract is less than € 750 000 (threshold for cultural public services in European law), according to Article 111 (c) of PPA it doesn't fall under public procurement rules in national level. In National Regime this subject matter of procurement is an exception, a contract allowed to be concluded without a public procurement procedure.

Above € 750 000 contract value the rules of the lighter National Regime need to be applied by the contracting authorities according to Article 21 (2) of PPA. National Regime provides reduced administrative burdens, fulfilling of certifications with statements, shorter procedural deadlines, and negotiated procedure type is freely applicable. These lightening guarantee faster procurements.

In your country does the law also foresees lighter regime for public supply or public service contracts ? if so, what's the threshold?



The Hungarian Public Procurement Act requires public procurement procedures for contracts purchasing public supply, services and works below the thresholds of the EU Directive. However, the rules in National Regime are simpler, and both national and EU regimes contain exceptions, where contracting authorities are not obligated to proceed public procurement.

Thresholds in National Regime:

for public supply and public services: 15.000.000 HUF ~ € 47.087

for public works: 50.000.000 HUF ~ € 156.956

In your country are you required to publish (on your website) the contract awarded? Or do you have an exemption or lighter regime as regards the information and publication requirements?

The awarded contract of a public procurement must be published immediately after its conclusion in a dedicated electronic public contract database (CoRe) maintained by the National Public Procurement Authority.

Exemptions, or different rules: Contracts classified as being protected for national security purposes or for the protection of classified information are not mandatory to published.

According to the Act CXII of 2011 on Freedom of Information all the contracts supplied by national budget with a value of 5 million HUF or more, require to be published (on the purchasing bodies website) as well.

---

## AUSTRIA

1. In your country do you benefit of simplified (lighter) regimes for cultural services? If so, what's the threshold?

a. *No, there are no simplified (lighter) regimes for cultural services in our country.*

2. In your country does the law also foresees lighter regime for public supply or public service contracts ? if so, what's the threshold?

a. No, there is no lighter regime for public supply or public service contracts.

3. In your country are you required to publish (on your website) the contract awarded? Or do you have an exemption or lighter regime as regards the information and publication requirements?

a. No, we are not required to publish things on our website.

---

## ESTONIA

As I am not entirely sure that I understand the problem and therefore the questions in the right way, I'll attach the Act in English: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/525032019011/consolide>

I believe the relevant clauses are § 50 and § 127, especially § 127.

### **§ 50. Use of negotiated procedure without prior publication in public procurements with estimated value below international threshold**

In addition to the grounds provided for in § 49 of this Act, the contracting authority or entity has the right to use a negotiated procedure without prior publication where the estimated value of the public procurement is below the international threshold and:

6) the subject-matter of the public contract is a record, publication, a licence to use publications or a thing of **cultural value** for the purpose of including it in a museum collection, provided that the contracting authority is a museum, archive or library;

### **§ 127. Reservation of public contracts for social and other specific services**

(1) In the procurement documents, the contracting authority or entity may limit the circle of economic operators participating in the public procurement, allowing only legal persons corresponding to the characteristics specified in subsection 2 of this section to participate in the specific procedure of social and other specific services, provided that the subject-matter of the public contract is the provision of such health, social and **cultural services**, which are covered by CPV codes 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, 85000000-9–85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

---

## POLAND

In Poland, in the Act on Public Procurement Law, the following exemption is included:

"The provisions of the Act shall not apply to contracts with a value smaller than the EU thresholds: [...] 2) the subject of which are supplies or services in the field of cultural activities related to the organization of exhibitions, concerts, competitions, festivals, shows, theatre performances, and educational undertakings in the field of culture or the collection of library materials by libraries or museum items by museums, as well as in the field of archival activities related to the collection of archival materials, if these orders do not serve to equip the contracting authority with fixed assets intended for ongoing support of their activities" [i.e. purchases of equipment made by cultural institutions/libraries/museums are subject to the Act on Public Procurement Law].

As of now, for artistic performance contracts whose value is between 30.000 euros and 221.000 euros, we can act on a single source basis in choosing the artist/ensemble/company we contract, however the accordance of such procedure with public procurement law must be referenced in the preamble to the contract, i.e. relevant provisions of the Act must be quoted.

We don't have to compare the chosen offer with other offers in the marketplace and justify why we are choosing this artist and not another one.

Artist contract are confidential, which means they are not published in the public domain, and their content can be disclosed only to tax authorities and/or social security authorities or other supervisory bodies, if applicable.

Artists/ensembles/agents can send their offers and contract drafts to us in their own language, it is for us to translate them into Polish as we are bound by law to translate anything we sign with international contractors into Polish.

There is no requirement for proving a clean criminal record re artistic performance contracts.

## ANEXO II

### GRELHA COMPARATIVA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DAS ARTES PERFORMATIVAS

	Espanha	França	Grécia	Itália
Existe algum modelo simplificado para a contratação pública de serviços de âmbito cultural aplicáveis ao sector das artes performativas?	Não. Não é feita nenhuma referência específica relativamente a contratos no sector da cultura, mas o entendimento geral em Espanha é que os mesmos estão inseridos no âmbito da prestação de serviços.	Não. Mesmo nos casos onde se pode optar por um procedimento <i>adaptée</i> é necessário ter em atenção que os serviços “sociais e culturais” não abarcam todo o tipo de contratação efetuada neste sector.	Não.	Não.
Existe legislação específica aplicável à contratação pública, nomeadamente aplicável à prestação de serviços ou a contratos de fornecimento? Se sim, quais os seus limites?	Sim, foi efetuada a <b>transposição das diretivas comunitárias</b> <i>sem</i> definir patamares intermédios. Os limites são equivalentes aos que existem em Portugal.	Sim, foi efectuada a <b>transposição das directivas comunitárias</b> <i>com</i> a definição de patamares intermédios.	Sim, foi efetuada a <b>transposição das diretivas comunitárias</b> <i>com</i> a definição de patamares intermédios	Sim, foi efetuada a <b>transposição das diretivas comunitárias</b> <i>sem</i> definir patamares intermédios. Os limites são equivalentes aos que existem em Portugal.
Existem regras de transparência ou de concorrência associadas à contratação pública, nomeadamente relativamente à publicidade da celebração de contratos públicos? Ou existem modelos de exceção ou regimes simplificados relativamente ao dever de informação sobre os processos?	Em Espanha as entidades adjudicantes estão obrigadas a publicar nos seus <i>websites</i> informação relativa aos contratos adjudicados (incluindo estes), em conformidade com a lei legislação em vigor. Os contratos de criação e performance artística e os contratos de entretenimento são classificados como contratos privados da Administração Pública. Isto significa que, tal como em Portugal, devem ser observadas as regras da contratação pública. Em particular, o <i>e-procurement</i> é obrigatório em Espanha desde 09 de março de 2018. É possível, porém o recurso à contratação simplificada por negociação sem publicação prévia, nos termos do artigo 168.º da LCSP.	O novo CCP Francês, o <i>code de la commande publique</i> , entrou em vigor no dia 1 de abril de 2019, substituiu a <i>Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015</i> que efectuou a transposição das directivas europeias de contratação pública. Foram conservados os limites das directivas, e os mesmos princípios e ampliadas as exigências.	A Lei 4412/2016, publicada a 8.8.2016, alterou o panorama da contratação pública na Grécia, muitas vezes criticado pelas instituições europeias pela respetiva complexidade. Realce-se a competência da Hellenic Competition Commission.	A Lei Sblocca Cantieri modernizou recentemente o ordenamento italiano nesta matéria e permitiu agregar e reorganizara um vasto conjunto de legislação. Por motivos históricos, a ANAC (entidade responsável pelo combate à corrupção) tem poderes de supervisão em matéria de contratação pública. Em Itália apenas existe a obrigação de utilizar serviços de <i>e-procurement</i> nas contratações efectuadas através de entidades de compras centralizadas. À semelhança dos demais países, existem diversas disposições específicas para a preservação da herança e do património cultural e, também, para o sector da cultura, no entanto, na legislação administrativa italiana, não é criado nenhum regime específico para facilitar a contratação pública no âmbito das artes performativas.
Legislação relevante	<i>Ley de Contratos del Sector Público</i>	<i>Code de la commande publique</i>	<i>Lei 4412/2016</i>	<i>Codice dei contratti pubblici</i>

## ANEXO III

### TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIAS PARA AS AUTARQUIAS LOCAIS E PARA AS ENTIDADES INTERMUNICIPAIS (LEI N.º 50/2018, 16 DE AGOSTO)

DIPLOMA LEGAL	DESCRIÇÃO	RESUMO
Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto	<i>Lei-quadro da transferência de competências para as <b>autarquias locais</b> e para as entidades <b>intermunicipais</b></i>	Reforça o processo de descentralização, é complementada e concretizada pelos Decretos-Lei <i>infra</i> .
DL n.º 22/2019, de 30 de janeiro	Concretiza o quadro de transferência de competências para os <b>órgãos municipais no domínio da cultura</b>	<p>Nos termos do presente Decreto-Lei é da competência dos órgãos municipais:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• A gestão, valorização e conservação dos imóveis que, sendo classificados, se considerem de âmbito local, identificados no anexo I do Decreto-Lei;</li> <li>• A gestão, valorização e conservação de museus que não sejam denominados museus nacionais, identificados no anexo II do Decreto-Lei</li> <li>• O controlo prévio e fiscalização de espetáculos de natureza artística;</li> <li>• O recrutamento, seleção e gestão dos trabalhadores afetos ao património cultural que, sendo classificado, se considere de âmbito local e aos museus que não sejam denominados museus nacionais.</li> </ul> <p>Com esta alteração passam a constituir receita do município:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• A receita obtida com a utilização de espaços e a captação e imagem e realização de filmagens, que envolvam os imóveis e os museus sob sua gestão;</li> <li>• O produto da cobrança de ingressos, nos imóveis e museus sob sua gestão;</li> <li>• O produto das taxas devidas pelas meras comunicações prévias de espetáculos de natureza artística.</li> </ul> <p>Não obstante o acima indicado, os valores de ingresso e respetivas isenções nos imóveis e museus sob gestão municipal são fixados nos termos do disposto no artigo 21.º do Regime Financeiro das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais, aprovado pela Lei n.º 73/2013, de 3 de Setembro, na sua redação atual, assim como, o montante e a forma de pagamento das taxas devidas pelas meras comunicações prévias de espetáculos de natureza artística são fixados pela assembleia municipal, mediante proposta da câmara municipal, nos termos do disposto na Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, na sua redação atual.</p>

<p><b>DL n.º 57/2019</b>, de 30 de janeiro</p>	<p>Concretiza a transferência de competências dos <b>municípios</b> para os <i>órgãos das freguesias</i>.</p>	<p>Com esta alteração legislativa, passam a ser da competência dos órgãos das freguesias:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• A gestão e manutenção de espaços verdes;</li> <li>• A limpeza das vias e espaços públicos, sarjetas e sumidouros;</li> <li>• A manutenção, reparação e substituição do mobiliário urbano instalado no espaço público, com exceção daquele que seja objeto de concessão;</li> <li>• A gestão e manutenção corrente de feiras e mercados;</li> <li>• A realização de pequenas reparações nos estabelecimentos de educação pré-escolar e do primeiro ciclo do ensino básico;</li> <li>• A manutenção dos espaços envolventes dos estabelecimentos de educação pré-escolar e do primeiro ciclo do ensino básico;</li> <li>• A utilização e ocupação da via pública;</li> <li>• O licenciamento da afixação de publicidade de natureza comercial, quando a mensagem está relacionada com bens ou serviços comercializados no próprio estabelecimento ou ocupa o domínio público contíguo à fachada do mesmo;</li> <li>• A autorização da atividade de exploração de máquinas de diversão;</li> <li>• A autorização da colocação de recintos improvisados;</li> <li>• A autorização da realização de espetáculos desportivos e divertimentos na via pública, jardins e outros lugares públicos ao ar livre, desde que estes se realizem exclusivamente na sua área de jurisdição;</li> <li>• A autorização da realização de acampamentos ocasionais;</li> <li>• A autorização da realização de fogueiras e do lançamento e queima de artigos pirotécnicos, designadamente foguetes e balonas, bem como a autorização ou receção das comunicações prévias relativas a queimas e queimadas.</li> </ul> <p>Como regra geral, as transferências de competências têm carácter universal, sendo diferenciadas em função da natureza e dimensão das freguesias, considerando a sua população e capacidade de execução.</p> <p>Ademais, a assembleia municipal, sob proposta da câmara municipal, pode deliberar manter no âmbito de intervenção do município as competências acima referidas, no todo ou em parte, que se revelem indispensáveis para a gestão direta pelo município e tenham natureza estruturante para o município ou para a execução de missões de interesse geral e comum a toda ou a uma parte significativa do município.</p> <p>Ficou também previsto neste diploma legal a possibilidade de reversão das competências, por acordo entre as partes.</p> <p>Este diploma foi objecto da <b>Declaração de Rectificação n.º 21/2019</b>, de 13 de maio.</p>
<p><b>DL n.º 90/2019</b>, de 30 de Janeiro</p>	<p>Altera o regime de funcionamento dos <i>espetáculos de natureza artística</i>.</p>	<p>Este decreto-lei complementa o Decreto-Lei n.º 22/2019 (cfr. <i>supra</i>), na medida em que altera o Decreto-Lei n.º 23/2014, de 14 de Fevereiro, que define o regime de funcionamento dos espetáculos de natureza artística e de instalação e fiscalização dos recintos fixos destinados à sua realização, e de classificação de espetáculos de natureza artística e de divertimentos públicos.</p>