



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE
DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – CAOPP**

Consulta n.º 14/2013

Comarca: Jaboticatubas

Solicitante: Promotora de Justiça Daniele Naconeski

EMENTA: Contratação de profissional do setor artístico para a realização de “shows”. Inexigibilidade de licitação. Possibilidade. Necessidade de formalização do respectivo processo para o adequado controle de legalidade e de legitimidade da despesa. Priorização dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

1. DA CONSULTA

Trata-se de consulta realizada, via ofício nº 027/2013, pela Promotora de Justiça da comarca de Jaboticatubas, Dra. Daniele Naconeski.

O cerne da questão cinge-se a verificar a legalidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de bandas regionais para a animação das festividades carnavalescas do município de Jaboticatubas, relativas ao ano de 2013.

2. DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 8.666/1993.

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹, a licitação visa “proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares”.

Nesse norte, a realização da licitação é, em regra, *conditio sine qua non* para a consecução da contratação pública. Com efeito, é preciso que a Administração obtenha a proposta mais vantajosa ao interesse público, e ainda dispense a todos os interessados igualdade de condições.

Odete Medauar² destaca que “A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo.”

Excepcionalmente, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/93, autorizando à Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

1 *In Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, página 158).

2 *In Direito Administrativo Moderno*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º 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.

Sobre o inciso I do artigo 25 da Lei n.º 8.666/1993, José dos Santos Carvalho Filho³ ensina que, de fato, se somente uma empresa fornece determinado produto, não há como se realizar o certame. O autor ressalta que a exclusividade pode ser absoluta e relativa, sendo que a primeira se caracteriza pelo fato de só existir um produtor, empresa ou representante comercial exclusivo no país, enquanto a segunda ocorre apenas na praça de aquisição do bem. Neste último caso, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial, é possível que a Administração Pública realize a licitação. Acrescenta que a exclusividade precisa ser comprovada por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local, pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou por entidades equivalentes.

Em relação ao inciso II do artigo 25 da Lei n.º 8.666/1993, José dos Santos Carvalho Filho⁴ afirma que não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados, ou seja, aqueles cuja execução depende de habilitação específica, enumerados no artigo 13 do mesmo diploma legal. Para a configuração de tal hipótese de inexigibilidade de licitação, exige, ainda, que os profissionais ou as empresas possuam notória especialização, isto é, desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade, bem como que a Administração Pública conclua que o trabalho a ser executado por determinada pessoa é essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato e que os serviços tenham natureza singular.

Por fim, o inciso III, que é o objeto de interesse deste arrazoado, dispõe ser inexigível a licitação *“para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”*.

Passemos à análise do referido dispositivo legal.

3. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ART. 25, INCISO III - PARÂMETROS

³ In *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 241.

⁴ Idem, p.242



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93 assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:

...

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, **diretamente** ou através de **empresário exclusivo**, desde que consagrado pela **crítica especializada** ou pela **opinião pública**.

A justificativa da inexigibilidade na hipótese é a inviabilidade de competição. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, não havendo, por conseqüência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório.

No entanto, ainda nas hipóteses de inexigibilidade, o administrador público não está inteiramente livre para a contratação. É preciso a observância de determinados requisitos legais e constitucionais, **tudo devidamente demonstrado em processo de inexigibilidade**.

Assim, pela redação do art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para a contratação de profissional do setor artístico é preciso:

- i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Além desses requisitos, é preciso que a contratação observe ainda o disposto no art. 26, também da Lei nº 8.666/93, que assevera:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e **publicação na imprensa oficial**, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. **O processo** de dispensa, **de inexigibilidade** ou de retardamento, previsto neste artigo, **será instruído**, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Desse modo, frise-se, apesar de ser inexigível o processo de licitação propriamente dito, a Administração não está totalmente livre para a escolha do contratado, devendo haver um



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mínimo de formalidade para possibilitar a aferição dos requisitos, os quais devem estar **prontamente evidenciados no bojo do processo de inexigibilidade**.

Assim, além dos requisitos do art. 25, é imprescindível a publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, a justificativa da escolha do contratado e, ainda, a justificativa do preço (art. 26 da Lei nº 8.666/93), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

A grande preocupação na interpretação das hipóteses de inexigibilidade, sobretudo a trazida pelo inciso III, é a abrangência das expressões contidas no permissivo legal. Em verdade, trata-se de termos jurídicos indeterminados, que concedem, em tese, certa margem de discricionariedade ao administrador.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, conceitua a discricionariedade administrativa como:

(...) a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, **segundo critérios consistentes de razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, **por força da fluidez das expressões da lei** ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Segundo os ensinamentos do grande autor, a **fluidez das expressões legais** conferem certa margem de discricionariedade ao administrador, que terá a incumbência de, no caso concreto, escolher a solução ótima dentre as possíveis.

A existência de discricionariedade administrativa diante de termos jurídicos indeterminados tem rendido profundas controvérsias no seio doutrinário, pois, para alguns, ainda que presentes expressões legais fluidas, não caberia se falar em discricionariedade, podendo haver uma ampla intervenção do Poder Judiciário.

Flávio Henrique Unes Pereira⁶, citando Antônio Francisco de Sousa, esclarece que:

(...) o tema ‘conceitos jurídicos indeterminados’ possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que **no Direito Civil e no Direito Penal, o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto** e, pois, os conceitos jurídicos indeterminados, enquanto que naquele, o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos. **A**

⁵ In **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

⁶ In **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, nº 25, mar. 2011. <> Acesso em 8 de abril de 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da Administração significaria alargar o campo da discricionariedade ao *Tatbestand* legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admitem.

Com efeito, é bastante comum o uso de termos jurídicos indeterminados nos demais ramos do direito (civil, processual, constitucional), sem se falar em discricionariedade administrativa. Nesses casos, a fixação da melhor interpretação cabe ao Poder Judiciário, que possui, no exercício da sua função jurisdicional, o caráter da definitividade (relativizável, é certo).

No entanto, o intérprete não pode adotar medidas extremas, que na maioria das vezes são guiadas mais por questões sentimentais do que jurídicas. Assim, é preciso que se reconheça a existência de certa discricionariedade à Administração na análise da norma, porém sempre deverá estar **vinculada ao atendimento do interesse público** e aos princípios constitucionais, sobretudo ao da razoabilidade e ao da proporcionalidade.

O próprio Celso de Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar a discricionariedade administrativa, conforme retrotranscrito, assevera ser essa “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, **segundo critérios consistentes de razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis”. Vê-se, pois, que o administrador deve obediência aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não podendo, sob o manto da discricionariedade, adotar medidas absurdas, danosas ao interesse público.

É de se asseverar que a doutrina e a jurisprudência vêm permitindo um maior controle da discricionariedade do administrador, mormente diante de ofensas ao princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é princípio de envergadura constitucional que decorre do devido processo legal em sua acepção substantiva. Tem por finalidade limitar a atuação do Poder Público a parâmetros constitucionalmente aceitáveis.

A proporcionalidade deve ser analisada levando-se em conta o trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que são conceitos parcelares que permitem a verificação da lisura e aceitabilidade de uma conduta estatal.

A necessidade resta presente quando a medida implementada se mostrar imprescindível à consecução do desiderato perseguido. No caso em análise, deve-se ponderar se a contratação de bandas para a animação de festas populares é necessária à promoção cultural dos municípios.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lado outro, a adequação é respeitada quando a medida tomada se mostrar coerente com o fim perseguido, se há um perfeito acoplamento entre a ação e o resultado. Seria necessário aqui ponderar se a contratação de bandas musicais seria adequada para a promoção cultural da população. Como exemplo, seria inadequada a contratação de um artista lírico para a animação de uma festa popular⁷.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito resta atendida quando houver um equilibrado custo benefício, ou seja, as melhorias trazidas pelas medidas são superiores aos seus malefícios. Destarte, a contratação de bandas de música não pode acarretar restrição orçamentária que comprometa repasses para áreas prioritárias, a exemplo da saúde e educação.

O controle da proporcionalidade dos atos administrativos (no caso, as contratações) não representa qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, tampouco malfere o denominado mérito administrativo, havendo, em verdade, expressa autorização constitucional nesse sentido. Relembre-se que o exercício da discricionariedade exige um agir razoável e proporcional.

Em relação aos gastos públicos, a proporcionalidade é analisada sob o manto do controle de legitimidade da despesa, que conta com expressa autorização constitucional.

O art. 70 da Constituição da República autoriza aos órgãos de controle interno e externo a realização de controle de legalidade, **legitimidade** e economicidade. São os seus termos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Como se percebe, em se tratando de gastos públicos, as instâncias de controle não devem observar apenas os aspectos de pura legalidade, cabendo analisar também (que não deixa de ser um viés da legalidade) os aspectos de legitimidade e economicidade.

A legalidade e a economicidade já são impostas diretamente pelos arts. 25 e 26 da Lei nº 8.666/93, que exigem a justificativa do preço e a observância dos requisitos autorizativos da hipótese de inexigibilidade.

⁷ Exemplo extraído de JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 380.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, não há expressamente no dispositivo legal apelo à verificação da legitimidade da despesa, que talvez seria o critério mais importante que se deveria analisar. Apesar da omissão, não há qualquer empecilho, pois **o controle de legitimidade decorre do próprio texto constitucional** que, diante da sua força normativa e da máxima eficácia, impõe uma atuação dos órgãos de controle para a sua concretização.

Juarez Freitas⁸ acentua que:

o constituinte originário não pretendeu oferecer ao princípio da legitimidade qualquer conotação estritamente procedimental. Serve, sim, de chamamento ao controlador para que não se cinja à juridicidade acanhada, pois deve zelar pela íntegra das diretrizes superiores. Todavia, se se limitasse a tal desiderato, não estaria indo muito além da compreensão do princípio da legalidade, assim como enfocado. **O exame da legitimidade dos atos administrativos requer mais: examinar, a fundo, a finalidade apresentada e a motivação oferecida, de modo a não compactuar, de modo algum, com a ilegitimidade.**

Com efeito, é preciso que os órgãos de controle (dentre os quais se insere, obviamente, o Ministério Público) atentem, com rigor, para a legitimidade do gasto público, não havendo com isso, repita-se, qualquer interferência na legítima esfera de atuação do administrador.

É bastante comum, em diversos Municípios do Brasil, conforme se tem notado na prática, gastos excessivos com contratação de artistas para a realização de pomposos eventos e “shows”, enquanto se depara, nesse mesmo ente, com a educação e a saúde absolutamente deploráveis.

Assim, impõe-se adotar como parâmetro para a verificação da legitimidade das despesas o atendimento dos direitos fundamentais, que receberam alta densidade normativa do Constituinte de 1988.

Conforme anota a melhor doutrina, os direitos fundamentais são o consenso mínimo da sociedade a respeito das diretrizes políticas a serem adotadas pelo Estado. Assim, em se tratando de direito fundamental, a esfera de discricionariedade do administrador fica bastante tolhida, pois o Poder Constituinte já predefiniu o caminho a ser percorrido pelo ente público. Em outras palavras, já houve, pelo Constituinte, uma predefinição das políticas públicas prioritárias.

Os principais parâmetros para se verificar a legitimidade da despesa pública, principalmente diante de contratações por inexigibilidade de licitação da espécie aqui discutida, é

⁸ *In* O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o atendimento das **despesas prioritárias** com **saúde e educação**, que receberam do Constituinte especial importância, dada a imprescindibilidade para o desenvolvimento do país.

Não se desconhece que a promoção cultural também é uma exigência constitucional, inserindo-se dentre os deveres do Estado. Porém, o que se observa da Constituição da República é que há uma priorização dos direitos fundamentais à saúde e à educação frente aos demais.

Com efeito, tal constatação é facilmente percebida diante de uma simples leitura dos artigos 212 e 216, §6º, ambos da Constituição de 1988. O art. 212 **impõe** aos entes federados a vinculação de parcela da arrecadação tributária, enquanto que o art. 216, §6º apenas **faculta** a vinculação de tais receitas.

Se não bastasse, a própria Constituição, em seu art. 167, abre uma exceção à regra da impossibilidade de vinculação da receita proveniente de impostos, a autorizando, contudo, quando se tratar de repasses destinados à saúde e à educação.

Sobre o assunto, escreve Regis Fernandes de Oliveira⁹, *in verbis*:

O constituinte originário **efetuou a primeira decisão sobre o valor que deveria pairar sobre os demais**: estabeleceu no art. 212 da CF o dever de a União aplicar nunca menos de dezoito por cento (18%) e os Estados, Município e o Distrito Federal, vinte e cinco por cento (25%), no mínimo, 'da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do **ensino**'.

Logo, **o valor maior encampado pelo constituinte originário foi o do ensino**. Privilegiou-o inequivocamente com a maior dotação orçamentária e estabeleceu exceção ao princípio da não vinculação orçamentária...

E acrescenta o autor:

Na sequência, o constituinte derivado, por força da EC n. 29/2000, assegurou recursos específicos às ações e serviços públicos de saúde (art. 198). O §2º do art. 198 estabelece a forma de vinculação de recursos a tais ações e serviços. Abriu-se nova exceção ao princípio da não vinculação de impostos (inciso IV do art. 167 da CF).

A **segunda opção do constituinte** foi destinada às ações e serviços de saúde. **Elencou, pois, dois direitos que entende serem essenciais, quais sejam: educação e saúde. Dois valores a que deu relevância constitucional.**

Vê-se, pois, que há uma inegável priorização dos direitos à saúde e à educação, que, sem sombra de dúvidas, devem nortear a administração municipal.

⁹ In Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 287/288.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se, mais uma vez, que não se está a desprezar o direito à cultura, que, como já mencionado, também é um direito de envergadura constitucional, mas apenas se fazendo aplicar a “vontade” da Constituição, a qual já realizou, nesse tocante, a devida ponderação entre os direitos fundamentais, priorizando os direitos à educação e à saúde.

Diante disso, é possível traçar alguns parâmetros para que se verifique a conformidade da contratação de artistas (para a realização de “shows” e eventos) com a Constituição da República e com a Lei nº 8.666/93, quais sejam:

- i) contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública;
- iii) razão da escolha do profissional do setor artístico;
- iv) justificativa de preço;
- v) publicidade da contratação; e
- vi) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Cabe tecer algumas considerações sobre os requisitos listados nos itens “i”, “ii” e “iv”.

Quanto ao item “i”, é preciso que a Administração Pública firme contrato com o **próprio contratado**, tencionando a lei a evitar que intermediários tornem a contratação mais onerosa aos cofres públicos, ou por meio de **empresário exclusivo**, pois, em havendo pluralidade, cabível é a licitação diante da viabilidade de competição.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ esclarece que “a proibição de contratar com empresário não exclusivo é medida prestada a impedir que terceiros auferam ganhos desproporcionais à custa dos artistas”.

É de se asseverar, neste tocante, que a exclusividade de empresário não se confunde com a simples autorização. Enquanto aquela se refere a uma representação perene e duradoura, esta se restringe a determinadas festividades ou a curtos períodos de tempo.

A mera autorização para a contratação com o ente público não preenche o requisito legal, tratando-se de artifício utilizado para burlar a exigência de licitação. Com efeito, caso fosse admitido, o artista poderia firmar quantas autorizações quisesse, com quantas pessoas quisesse (o que faria surgir vários “empresários” ou representantes), o que demonstraria a viabilidade de competição, desautorizando a inexigibilidade para a contratação.

¹⁰ In *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública* – São Paulo – 2003 – Dialética – p. 204



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O TCU¹¹ assim ponderou:

(...) deve ser apresentada **cópia do contrato de exclusividade** dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que **o contrato de exclusividade difere da autorização** que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento.

Sobre o tema, também já se manifestou o TCEMG, entendendo pela impossibilidade:

“(...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, III da Lei de Licitações. (...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas aprazadas, específicas, eventuais. (...)”. (Denúncia n.º 749058. Sessão do dia 09/10/2008)

A contratação do artista, por inexigibilidade, visa a prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização do certame. No entanto, caso haja pluralidade de empresários, possível é a competição entre eles, impondo-se a prévia licitação.

Quanto ao item “ii”, há grande dificuldade em se realizar o devido controle sobre os seus requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados, o que muitas vezes pode encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, escreve José dos Santos Carvalho Filho¹²:

Entendemos que **consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço**. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. **Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação**. A nosso sentir, quis o legislador **prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal**, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração.

11 Processo n.º TC-003.233/2007-3. Acórdão n.º 96/2008 – Plenário.

12 *In Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 236.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De fato, não há um conceito padrão sobre o que seria “**consagração pela crítica especializada**” ou “**consagração pela opinião pública**”. Como afirmado alhures, são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo, dificultando a atuação dos órgãos de controle.

No entanto, é possível visualizar uma **zona de certeza positiva** e uma **zona de certeza negativa** sobre o conteúdo dessas expressões. A título de exemplo, há um consenso positivo quanto ao preenchimento do requisito legal a cantora Ivete Sangalo. Sem sombra de dúvidas, refere-se a uma cantora consagrada nacionalmente.

Por outro lado, haverá um campo de certeza negativa quanto a ausência de consagração em relação ao neófito na carreira, que ainda não realizou um número considerável de eventos. Nessa situação, não poderá haver a contratação por inexigibilidade, com base no inciso III do art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Nesse ponto, oportuna a seguinte indagação: a “crítica especializada” ou a “opinião pública” devem ser local, regional ou nacional?

Não há previsão legal para a resposta. Porém, Diógenes Gasparini¹³ sugere a adoção de um critério interessante, a depender do valor da contratação. Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional. São as suas palavras:

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. **Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional?** Cremos que se pode dizer que **é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, 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**. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.

Com efeito, a consagração do artista, se não for notória, deve ser **devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade**, seja mediante a juntada de noticiários de jornais, seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

¹³ *In* **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 323.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Há situações, contudo, que se colocam em uma zona cinzenta, na penumbra, entre a zona de certeza positiva e a zona de certeza negativa. Assim, para alguns restarão atendidos os requisitos legais (consagração do artista), para outros não.

Nos **campos de certeza**, seja positiva ou negativa, caso haja desvio administrativo, admite-se um **amplo controle judicial**, uma vez que vulnerada a própria legalidade. O ponto fulcral da controvérsia, no entanto, de difícil solução, refere-se à zona cinzenta, em que não há precisão conceitual. Nessa hipótese, o controle judicial é mais restrito.

Sobre o assunto, relevantes as palavras de Gustavo Binbenbojm¹⁴:

quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (**zona de certeza positiva**) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (**zona de certeza negativa**), **o controle jurisdicional é pleno**. Entretanto, **na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas**, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se **admite controle jurisdicional parcial**.

Assim, tem-se que em havendo contratação de personalidades artísticas que não preencham os requisitos legais (certeza negativa), haverá grave crise de legalidade, cabendo o acionamento judicial do administrador público. No entanto, caso a hipótese de contratação se localize numa zona de penumbra (alguns entendem que a personalidade artística é consagrada, outros entendem que não), deve-se deixar a critério da Administração, cabendo o controle apenas quanto aos demais requisitos, sobretudo a legitimidade da despesa (incidência do princípio da proporcionalidade), conforme mencionado alhures.

Por fim, quanto ao item “iv”, que se refere à necessidade de justificativa do preço (o valor deve ser razoável), é possível se utilizar como parâmetro para aferir a sua razoabilidade as contratações pretéritas perante outros entes públicos ou mesmo junto aos particulares.

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão n.º 822/2005 (Plenário), asseverando que:

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

¹⁴ Apud Marcelo Lamy. **Conceitos Indeterminados: limites jurídicos de densificação e controle**. Disponível em < <http://www.hottopos.com/rih11/lamy.pdf>>. Acesso em 8 de abril de 2013.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido, tem-se a orientação normativa nº 17 da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

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

Além do mais, a necessidade de justificativa (estimativa) de preços está em conformidade com o disposto nos artigos 7º, §2º, inciso II, e 40, §2º, inciso II, ambos da Lei nº 8.666/93.

A estimativa de preço para a contratação deverá, conforme averbado supra, pautar-se por critérios objetivos, nos quais se insere a média aritmética das últimas contratações firmadas pelo profissional.

Forte no princípio da razoabilidade, afeiçoa-se cabível a utilização do critério semestral para a estimativa dos preços, de modo que a Administração deverá fundamentar o valor da contratação com base na média de todos os contratos celebrados pelo profissional do setor artístico nos últimos 6 (seis) meses.

Nem se argumente que o critério aqui proposto resvalaria no direito à intimidade do contratado, pois, em um Estado Republicano, que pressupõe prestação de contas, transparência e exclusividade do emprego de recursos públicos para a satisfação do interesse coletivo, não há espaço, na espécie, para negociações e contratações sigilosas, dado que o patrimônio público é indisponível, devendo reinar a mais ampla transparência, bastante fomentada com a edição da recente Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação.

Assim, preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição das exigências (**todas as exigências devem estar devidamente demonstradas nos autos da inexigibilidade**), é possível a contratação de personalidades do setor artístico por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

4. CONCLUSÃO

Com base na argumentação desenvolvida, entendemos plenamente possível a contratação de personalidades do setor artístico, por inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais, e respeitada a necessidade de formalização do respectivo processo para a aferição e comprovação das exigências, quais sejam:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- i) contrato deve ser firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo;
- ii) consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública deve está devidamente demonstrada nos autos da inexigibilidade, salvo se notória;
- iii) razão da escolha do profissional do setor artístico;
- iv) justificativa de preço (preço deve ser razoável e similar a outros contratos firmados pelo contratado, baseado na média aritmética dos contratos firmados nos últimos 6 (seis) meses);
- v) publicidade da contratação; e
- vi) comprovação da aplicação do mínimo constitucional nas áreas de saúde e educação.

Caso não atendido algum desses requisitos, os quais, frise-se, devem estar evidenciados no respectivo processo de inexigibilidade, a contratação é inválida, cabendo o acionamento do administrador público e dos demais participantes para a invalidação do contrato, bem como para a imposição, se for o caso, de sanções em razão da prática de ato de improbidade administrativa.

Na oportunidade, colocamo-nos à disposição para eventuais esclarecimentos.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2013.

LEONARDO DUQUE BARBABELA
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPP