



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

**EXCELENTÍSSIMO SENHORA DOUTORA CONSELHEIRA PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ**

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ, vem, através do Procurador de Contas que esta subscreve, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e a guarda da lei, nos termos delineados no art. 11 de sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 9/1992, com redação dada pela Lei Complementar nº 85/2013) e com fulcro nos artigos 130 da Constituição Federal e 41 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Pará, oferecer a seguinte

REPRESENTAÇÃO

em face da **Fundação Cultural do Pará**, a ser representada por sua Presidente, a **Sra. Dina Maria César de Oliveira**, pelos fundamentos de fato e de direito que se passa a expor.

I. DOS FATOS.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

Em rotina de fiscalização, atividade inerente aos seus misteres constitucionais, o Ministério Público de Contas do Estado do Pará instaurou Procedimento Administrativo Preliminar de número **2016/0140-0** com o fito de requisitar informações da Fundação Propaz, acerca das inexigibilidades licitatórias nº 2016/149865, 2016/149866, 2016/150138, 2016/150129, 2016/150110, 2016/150077, 2016/150058, 2016/150046, 2016/150035, 2016/150022, 2016/149871, 2016/149876, 2016/150180, 2016/150162, 2016/149855, 2016/14960, 2016/1149850, 2016/150157, 2016/150144, 2016/150148, 2016/150016, 2016/150198, 2016/150006 e processo de credenciamento nº 2015/252914, que corresponde ao montante total de **R\$ 745.600,00 (setecentos e quarenta e cinco mil e seiscentos reais)**.

O que mais chama a atenção, além do montante total movimentado, é que as inexigibilidades foram justificadas com base no inciso III do art. 25 da Lei 8.666/93¹, que trata da contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Requisitadas informações, a autoridade pública, através do Ofício nº 116/2016 (fl. 6) remeteu cópia integral dos processos administrativos supracitados, documentos esses que seguem anexos à presente representação.

Eis os fatos, expostos em aligeirada síntese.

Passemos ao cotejo jurídico.

¹ 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; [...]** (grifo nosso).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

II. DO DIREITO.

A. DO CABIMENTO E DA LEGITIMIDADE ATIVA.

O consagrado direito à petição, de salvaguarda constitucional, é instrumentalizado nos Tribunais de Contas através do manejo de representações e denúncias. Visam ambos os institutos a um fim único: levar ao Tribunal de Contas o conhecimento de ato administrativo reputado ilegal, ilegítimo, ou antieconômico, clamando pela atuação da Corte na sua devida apuração e correção.

O que difere, fundamentalmente, a denúncia da representação, é a qualidade do sujeito ativo, posto serem as denúncias disponíveis a qualquer um do povo, ao passo que as representações possuem rol de legitimados ativos taxativamente expressos, correspondentes a determinadas autoridades públicas com atribuição e dever de zelar pelo bom desempenho do controle externo.

No âmbito do Tribunal de Contas do Pará não é diferente.

Denúncia e representação são tratadas na mesma sessão da Lei Orgânica, e sua regulação básica se extrai a partir dos art. 39 a 42 da LOTCE/PA.

Ei-los:

“Denúncias e Representações

Art. 39. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado.

Art. 40. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal deverá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de prova ou indício concernente ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade.

Art. 41. A representação deverá ser encaminhada ao Presidente do Tribunal de Contas ou ao Conselheiro Relator, conforme o caso:

I - pelos titulares dos controles internos dos órgãos públicos, sob pena de serem considerados responsáveis solidários;

II - por qualquer autoridade pública Federal, Estadual ou Municipal;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

III - pelas equipes de inspeção ou de auditoria;
IV - pelos titulares das unidades técnicas do Tribunal.
Art. 42. A fim de preservar direitos e garantias individuais, o Tribunal de Contas dará tratamento sigiloso às denúncias e representações, até decisão definitiva sobre a matéria.
Parágrafo único. O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé”.

Por sua vez, o Regimento Interno esmiúça o procedimento das representações e denúncias do art. 226 ao artigo 234, deixando assente no art. 230 que *“Julgada procedente a denúncia e depois de esgotado o prazo para eventual recurso, a autoridade pública competente **será notificada para as providências corretivas e/ou punitivas cabíveis**”*.

Embora o artigo 230 só se refira às denúncias julgadas procedentes, sua aplicabilidade abrange também as representações, de acordo com a norma extensiva prevista no art. 234 *“Aplicam-se às representações, no que couber, os dispositivos constantes dos arts. 227 a 233”*.

Ora, não se pode haver dúvidas do cabimento da presente representação, já que a conduta administrativa impugnada diz respeito à matéria inequivocamente da jurisdição da Corte de Contas (**contratos administrativos**).

De outra banda, o autor da representação é o próprio Ministério Público de Contas, a quem a Constituição Federal atribuiu a missão de zelar pela ordem jurídica no âmbito dos Tribunais de Contas, e que é, evidentemente, autoridade pública estadual nos exatos termos no inciso II, do art. 41 da Lei orgânica do TCE.

Aliás, a legitimidade e o protagonismo do Ministério Público de Contas no oferecimento de representações são ilações que se extraem da própria lógica do sistema dos Tribunais de Contas.

O que se pretende, portanto, por meio desta representação, é provocar a exata conduta administrativa na contratação de artistas.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

B. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DE QUALQUER SETOR ARTÍSTICO.

Como se sabe, realiza-se a licitação para fins de obter a propostas que, nos termos da lei, seja considerada como a mais vantajosa para a Administração.

E é a própria Constituição Federal que torna obrigatório o dever de promover prévia e devida licitação como requisito para a formalização dos contratos administrativos, como dispõe o seu art. 37, XXI, a seguir colacionado:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A despeito de a regra ser a licitação, também é a própria Constituição Federal que autoriza a contratação direta, quer dizer, sem o manejo dos tramites licitatórios ordinários, desde que a circunstância esteja prevista em lei e desde que se funde em algum interesse público igualmente prestigiado em nosso esquema constitucional.

É o caso do art. 25 da Lei 8.666/93, que traz certas hipóteses em que é inviável a competição, um dos fundamentos básicos da licitação, porquanto sem competitividade em relação ao objeto licitado não pode ser realizada a licitação.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

Dentre as hipóteses de inexigibilidade constantes no art. 25, chama especial atenção a prevista no inciso III, que trata da contratação de profissional de qualquer setor artístico:

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

[...]

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

Inicialmente, sobre o tema, convém transcrever a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“A Administração pode promover a contratação direta, hipótese restrita, ditada pelo interesse público. Para isso, estabeleceu a Lei 8.666/93 no artigo 25, hipótese específica de inexigibilidade de licitação para contratação de artista [...]. Nesse caso, não deve ser olvidado que a individualidade de produção artística acarreta, em regra, a inviabilidade de competição. É justamente a ausência de parâmetros que assegura a criatividade humana²

Outra lição específica e aplicável ao vertente caso é a de Marçal Justen Filho:

“Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se 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. Se a contratação pode fazer-se sem licitação, é evidente que isso não significa autorizar escolhas desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito”.³

Joel de Menezes Niebuhr leciona que em se tratando da inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos:

“[...] não é qualquer serviço de natureza artística que deve ser contratado diretamente por meio de inexigibilidade de licitação pública. Tanto é assim que o legislador prescreveu três requisitos para a inexigibilidade referente aos serviços artísticos, estabelecendo parâmetros a serem levados em apreço pelos

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta de Artistas. O Pregoeiro, Brasília, n. 62, p. 13-17, junho. 2010.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 360.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

agentes administrativos. Por ordem: Em primeiro lugar, é vedada a contratação de artistas amadores. Em segundo lugar, o contrato deve ser realizado diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo. Em terceiro lugar, o artista contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”⁴.

A regularidade das contratações de artistas por meio da inexigibilidade do art. 25, III da Lei nº 8.666/93 possui três requisitos básicos que nos dedicaremos com mais detença: (a) que seja feita diretamente ou por meio de empresário exclusivo; (b) que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, e, além disso, (c) os preços cobrados devem ser o de mercado.

Esmiuçemos cada um dos requisitos necessários para a plena validade da contratação.

Adentrado no primeiro dos requisitos, qual seja, contratação feita diretamente ou por meio de empresário exclusivo, avulta a necessidade de se constatar a real exclusividade do empresário.

Nessa análise alguns pontos devem ser fielmente investigados, primeiramente deve se verificar se o agenciador está registrado no órgão do Ministério do Trabalho, respectivo, é isso que se extrai das lições Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Esse agenciador deve estar registrado no órgão do Ministério do Trabalho respectivo, mas não há nenhuma exigência sobre o meio de demonstrar a exclusividade, sendo aceita normalmente a declaração feita pelo próprio artista de que determinada pessoa é seu agente exclusivo, ou a exibição do contrato mantido entre artista e o agente, que contenha essa cláusula⁵.

⁴ NIEHBUR, Joel Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 99.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta de Artistas**. O Pregoeiro, Brasília, n. 62, p. 15, junho. 2010.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

Descendo à análise documental é imperioso destacar que alguns dos empresários exclusivos não dispõem da qualificação exigível para tal mister, é o que se percebe à vista dos seguintes documentos:

- Fl.43 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **058/2016** (Nº de Processo 2016/118691), fl. 65 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **076/2016** (Nº de Processo 2016/149976), todos referentes ao agenciador Rhuben Handrews Gonçalves Laredo;
- Fl. 22 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **061/2016** (Nº de Processo 2016/118746), fl. 30 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **062/2016** (Nº de Processo 2016/115298), fl. 50 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **063/2016** (Nº de Processo 2016/115323), fl. 34, do Processo de inexigibilidade de licitação nº **065/2016** (Nº de Processo 2016/115265), fl. 47 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **067/2016** (Nº de Processo 2016/115280), todos referentes ao agenciador Fábio Renato Nascimento de Lima;
- Fl. 24 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **071/2016** (Nº de Processo 2016/127566) e fl. 67 do Processo de inexigibilidade de licitação nº **079/2016** (Nº de Processo 2016/152038), todos em favor do agenciador Help eventos.

Noutro norte, a banda **Forró dos Malas** assinou contrato de **exclusividade com mais de um empresário**. É o que se extrai do cotejo entre os documentos de fl. 29 do processo de inexigibilidade de licitação nº **055/2016** (Nº de Processo 2016/118790) e fl. 66 do processo de inexigibilidade de licitação nº **079/2016** (Nº de Processo 2016/152038).

Destaque-se, pois, que a Banda já possuía empresário exclusivo cujo contratado possuía vigência de 180 dias (Flor Eventos), entretantes no



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

interim de apenas 19 dias pactuou outro contratado de exclusividade com outro empresário (Help Eventos).

A pactuação de novo contrato de exclusividade atesta a irregularidade da segunda contratação, realizada à luz do processo de inexigibilidade de licitação nº **079/2016**, **uma vez que descumpre o mandamento legal previsto no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992.**

É imprescindível diferenciar a representação de artista através de empresário exclusivo, **fato que em si presume uma determinada continuidade temporal**, da intermediação feita apenas para determinados eventos.

Essa última é prontamente rechaçada pelo ordenamento jurídico, devendo o contrato ser efetivado diretamente com o próprio artista em tais circunstâncias. Não nos deixa mentir sobre o fato a jurisprudência pacífica do TCU:

Já o contrato celebrado entre o artista e seu empresário exclusivo é exigido para legitimar a intermediação deste. O contrato de exclusividade deverá ser registrado em cartório e não se confunde com a autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação do artista e que é restrita à localidade do evento. No caso de o artista não possuir contrato com empresário exclusivo nos moldes exigidos pelo TCU, a contratação deverá ser feita diretamente entre o conveniente e o artista, sem a intermediação de um empresário.

(Processo nº TC 016.324/2009-3, Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, Data da Sessão: 5/4/2011, 2ª Câmara)

Tal ordem coisas se presta a diferenciar o contrato de exclusividade da mera autorização para intermediação pontual.

Nas contratações, por meio de empresário exclusivo, de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, deve ser avaliada conclusivamente a validade do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado antes do repasse dos recursos ao conveniente, observando-se que o contrato de exclusividade difere da autorização restrita à localidade do evento e concedida apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

(Processo nº 028.227/2011-5, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Data da Sessão: 27/08/2014)

Não é outro o posicionamento do judiciário pátrio:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA FESTIVAL CULTURAL POR MEIO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25, III, DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A Prefeitura Municipal de Paranapuã firmou o convênio com o Ministério do Turismo objetivando recursos públicos para realizar o "1º Festival Cultural de Paranapuã". Ocorre que a contratação de artistas junto à empresa "M. Sampaio Promoções Artísticas Ltda" foi celebrado mediante Processo de Inexigibilidade de Licitação. 2. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação dos artistas deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente. **A figura do empresário exclusivo não se confunde com o mero intermediário na medida em que este detém a exclusividade limitada a apenas determinados dias ou eventos.** 3. No caso, os atestados firmados pelos representantes legais dos artistas declaravam que a exclusividade se limitava aos shows do dia 03 ou 04 de maio no 1º Festival Cultural de Paranapuã. 4. **Assim, não foram preenchidos os requisitos do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 uma vez que a contratação não foi diretamente com os artistas ou através de empresário exclusivo, mas sim por meio de pessoa interposta.** 5. Quanto ao periculum in mora, decorre da simples presença do requisito inaugural (fumus boni iuris), já que a jurisprudência do STJ localiza no § 4º do art. 37 da Constituição a base irretorquível dessa providência, tão logo seja visível a verossimilhança das práticas ímprobas. 6. Agravo de instrumento provido para decretar a indisponibilidade de bens dos agravados.

(TRF-3 - AI: 25817 SP 0025817-27.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 25/07/2013, SEXTA TURMA)

Nessa senda, causou estranheza que a maioria dos contratos de exclusividade lançados nos processos de inexigibilidade são formalizados nas vésperas do evento artístico, **inibindo a chamada presunção de continuidade da relação de representação.**

Em algumas circunstâncias, inclusive, como no processo **2016/149976**, o contrato de inexigibilidade é posterior ao pleito de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

financiamento do show, o que faz por levantar suspeitas que os contratos lançados são feitos mais para cumprirem uma formalidade da contratação por inexigibilidade, em vez de refletirem uma verdadeira relação de representação entre empresário e artista. Em outras palavras: contrata-se o empresário, indicando-o no pleito de financiamento do evento artístico (fls. 05 do processo 2016/149976), para só depois o empresário firmar avença contratual com os possíveis artistas.

A impressão que se tem é que os contratos são criados apenas para justificar a inexigibilidade, não tendo ocorrido efetiva relação de representação artística, isto é, são contratos sem substância de fato, mas criados apenas para dar ares de legalidade ao procedimento.

Além do mais, a jurisprudência do controle externo é uníssona em exigir que os contratos de representação sejam registrados em cartório, o que não se viu na série de contratações.

Com efeito, o contrato de exclusividade, registrado em cartório, entre o empresário e o artista é documento essencial para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, não sendo admitida como forma de demonstrar o vínculo direto e privativo com o artista a contratação de intermediário, mediante simples autorização ou carta de exclusividade.⁶

A caracterização da hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de artista consagrado por intermédio de empresário artístico exige a apresentação do contrato de exclusividade, registrado em cartório, entre o artista e o empresário contratado, não se admitindo, para esse fim, a apresentação de simples autorizações ou cartas

⁶ Acórdão TCU 3530/2016-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

de exclusividade, pois tais instrumentos não retratam representação privativa para qualquer evento em que o artista for convocado.⁷

O registro em cartório é fundamental para dar conhecimento da exclusividade para terceiros, não se tratando de mera filigrana jurisprudencial.

Dando seguimento a análise dos requisitos da contratação de profissionais do setor artístico, **é imperioso verificar se o contratado é consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.**

Sobre o tema Ulisses Jacoby Fernandes disserta:

O terceiro requisito apresentado pelo inciso III do art. 25, em comento, diz respeito ao fato de que o pretense contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Essa exigência corresponde à notória especialização do inciso anterior e, embora apresente certo limite discricionário, não permite arbitrariedades. É óbvio que não se pretende que o agente faça juntar centenas de recortes de jornal, por exemplo, sobre o artista, mas que indique sucintamente o porquê se convenceu do atendimento desse requisito para promover a contratação direta, como citar o número de discos gravados, de obras de arte importantes, referência a dois ou três famosos eventos. Não se pode confundir expressões distintas atinentes à mera qualificação profissional, como frequência a conservatórios de música, à consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública. Aqui, só a fama e a notoriedade do artista permitem a contratação direta; os demais que ainda não alcançaram esse grau de reconhecimento podem ser contratados mediante concurso ou outra modalidade de licitação, ou ainda, por exemplo, na forma do inciso II do art. 24 da Lei 8.666/93⁸.

Fica claro, a partir desses argumentos, que os requisitos da consagração e da aclamação popular visam tornar mais restrito o espectro da contratação direta para apenas artistas aclamados pelo público.

É que não basta apenas que os artistas sejam profissionais, como seria o caso dos músicos de apoio, ou músicos de estúdio, **eles devem**

⁷ Acórdão TCU 3430/2015-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta de Artistas. O Pregoeiro, Brasília, n. 62, p. 15-16, junho. 2010.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

ser conhecidos em nome próprio. É a consagração do artista que impede a licitação, posto que seu dom artístico consagrado, seja pelo público, seja pela crítica, é o elemento que impede a disputa e um critério objetivo de aferimento.

Descendo aos elementos constantes dos processos de inexigibilidade estudados não fica clara a consagração da maioria, senão de todos os artistas contratados. De fato, a contratante se resume, na maioria das vezes, a juntar folders de shows aparentemente sem maior relevância, na maioria das vezes divididos com outros artistas, em que a consagração do contratado pela crítica e pelo público, se não é inexistente, é, pelo menos, bem duvidosa.

Mais parece que, na imensa maioria dos casos, a contratação poderia ter se dado perfeitamente pela via licitatória, já que não havia qualquer traço de especial capacidade criadora nos artistas contratados que não pudessem se submeter à disputa de melhor preço, ou preço e técnica.

A lei, ao exigir a consagração do artista, seja pela crítica ou pelo público (não é necessário consagração em ambos), fez por inscrever na norma um substantivo feminino muito relevante: **consagração**.

Por mais que consagração seja desses signos normativos abertos, em que a indeterminação dos conceitos acaba por conferir relativa área de movimentação interpretativa possível, não pode ser tida, de outra banda, como um cheque em branco hermenêutico, a abonar qualquer linha de intelecção, ainda que contraposta aos significados flagrantes dos verbetes empregados.⁹

Nesse diapasão, há fundada discussão na doutrina acerca da (in)existência de discricionariedade administrativa quando o ato passar pelo

⁹ MESQUITA, Patrick Bezerra. Conceitos jurídicos indeterminados e a escolha dos membros dos Tribunais de Contas. Lições de Júlio César. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3998, 12 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28235>>. Acesso em: 22 mar. 2017.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

necessário confronto de conceitos jurídicos indeterminados. Parte da doutrina, capitaneada no Brasil pelo eminente Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, reconhece discricionariedade nessas situações de vagueza linguística¹⁰.

Com a devida vênia ao gabarito do mestre, não é a tese que perfilhamos.

A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pressupõe interpretação e intelecção acerca dos significados do texto, e não movimento de volição informado por juízo de conveniência e oportunidade dentro de hipóteses igualmente legais de comportamento administrativo, como se dá com a discricionariedade.

É bem possível, aliás, que terminada a tarefa interpretativa destes termos vagos, não seja gerada qualquer alternativa comportamental à autoridade pública, visto que apenas e tão-somente uma conduta estatal seja alfim acobertada pelo ordenamento jurídico. A unicidade de atuação da administração revelará, nesse viés, vinculação completa, e não poder discricionário.

Logo, enquanto a multiplicidade de atuação válida possível é elemento conceitual da própria discricionariedade, nos conceitos jurídicos indeterminados essa mesma multiplicidade é meramente acidental.

A rigor, nos conceitos jurídicos indeterminados o que prepondera é a atividade intelectual, ao passo que o preponderante na

10 Na discricionariedade, pelo contrário, a norma reguladora carece desta precisão porque (...) ou a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável (...), ou, independentemente de haver previsão da situação (contemplada mediante conceito preciso ou impreciso), a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 26ª Edição, 2009, pg. 428)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

discricionariedade é a vontade do agente limitada pela finalidade pública e pela ordem jurídica.

Bem detectou essa questão Rita Tourinho, em excelente artigo em que trata sobre o tema. Adiantamos que são nossos os grifos:

“Ora, deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados caberá apreender-lhes o sentido através de operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos. A indeterminação dos conceitos jurídicos somente concerne ao seu enunciado e não a sua aplicação, que permite a princípio, uma única solução justa, verificados critérios de tempo e espaço. Na discricionariedade, brinda-se um conjunto opcional de soluções, devendo ser escolhida aquela que melhor convenha ao fim que recomenda o ordenamento jurídico. (...) **Em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, obviamente que nem sempre o processo interpretativo da norma jurídica levará a uma solução indubitável. Casos existirão em que não se chegará a uma única posição. Porém, não se pode daí afirmar-se estar diante de um caso de discricionariedade.**¹¹”

Pois bem. Ao exigir a **consagração** do artista, a lei prezou por sua inequívoca notoriedade, sua aprovação por uma massa considerável de pessoas que apreciam sua forma de fazer arte. Consagrado é aquele que obteve, da opinião pública, sucesso, aplauso, consideração; reconhecido, aplaudido, bem considerado.

Isto é, a despeito de todo talento que se espera de um artista, sua contratação por inexigibilidade só será possível quando esse talento estiver consagrado pelo público ou pela crítica. Normalmente a consagração de um artista é algo tautológico, perfeitamente captável pelo senso comum.

11 TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br/rede.asp . Acesso em 17/04/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

Ter dúvida sobre a consagração é um sinal que, muito provavelmente, ela não existe.

No caso dos autos, a dúvida da consagração dos artistas contratados é permanente, o que demandará atividade inspeccionatória da Corte de Contas para sua averiguação.

De mais a mais, as inexigibilidades¹² exigem profícua justificativa de preço, com aprofundada cotação de preços a partir de cesta de preços aceitáveis, notadamente tomando como comparação serviços prestados anteriormente pelos profissionais contratados.

Essa ordem de coisas traz a reboque a obrigação do gestor público em fazer constar no processo de inexigibilidade de licitação tanto a cotação de preço de outras bandas de gênero similar quanto o histórico de preços das últimas apresentações do artístico. Isso visa desestimular uma cultura, sabida e reconhecida em outros lugares, de superfaturamento do cachê artístico nas contratações efetuadas com o poder público.

O TCU desposou esse entendimento, que no âmbito do TCDF está sumulado, senão vejamos:

“[...] relativamente a Súmula de Jurisprudência Enunciado nº 68 do Tribunal de Contas do Distrito Federal: Licitação. Inexigibilidade. Profissionais do setor artístico. A consagração pela crítica e opinião pública requerida nas contratações de profissionais do setor artístico, prevista no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve ser comprovada pela apresentação de seu currículo, acompanhada de documentos que a atestem, **bem como de comprovantes de consultas preliminares sobre os valores cobrados.**”

12 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

(...) III - justificativa do preço.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

3.18 Vemos claramente que o enunciado acima alerta para a necessidade de comprovação da consagração pela crítica e opinião pública na forma mencionada, sendo imprescindíveis, também, os comprovantes de consultas preliminares sobre os valores cobrados”.

(Processo: 028.416/2008-1, 1º Câmara, Relator: VALMIR CAMPELO, Data da sessão: 08/06/2010)

Ocorre que não consta em nenhum dos processos de inexigibilidade analisados qualquer referência à cotação de preço ou solicitação do histórico de preço das últimas apresentações artísticas dos contratados.

Os processos se limitam a apresentar um genérico parecer técnico de compatibilidade de preços, sem qualquer fonte de referência de pesquisas e desprovido de base comparativa adequada. Justificativa de preços sem respaldo em preços de comparação é justificativa de preço nula, destituída que está de elemento fundamental de credibilidade.

Por fim, há ainda sérias dúvidas sobre a pertinência de determinadas atividades artísticas com os eventos em que foram realizados, como, por exemplo, no processo 2016/115314 em que para a programação do Dia Mundial de Combate ao Câncer foram contratadas três bandas de forró.

Como nos lembra uma vez mais Marçal Justen Filho, *“O limite de liberdade da administração é determinado pelas peculiaridades do interesse que se busca satisfazer. Assim, não se admite que uma festa popular envolva a contratação direta de um cantor lírico, pois as preferências artísticas dos frequentadores não serão satisfeitas através da ópera.”*



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

III. DOS PEDIDOS.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas do Estado do Pará vem, com suporte na fundamentação jurídica ora expedida, requerer:

- a) **a realização de inspeção** nos moldes do art. 82 do Regimento Interno, com o fito de apurar os fatos aqui narrados, **com especial detença**:
- na verificação da real consagração dos artistas contratados;
 - na compatibilidade dos preços praticados com os de mercado;
 - na aferição da existência de verdadeira e continuada relação de representação artística, instituída para além de cumprir mera formalidade;
 - pesquisa se os artistas contratados eram representados exclusivamente pelos empresários assinalados nos autos;
- b) detectado prejuízo ao Erário, a conversão da presente em Tomada de Contas Especial;
- c) no caso de não ser vislumbrado prejuízo ao erário, requer-se a expedição de determinação corretiva e pedagógica à unidade jurisdicionada para que nos processos de contratação vindouros de artistas por inexigibilidade, sejam observados os ditames legais, com profunda comprovação da consagração dos artistas contratados, bem como a exigência de contratos de exclusividade que efetivamente espelhem uma relação contratual de representação artística, com o devido registro em cartório, e pesquisa de



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
ESTADO DO PARÁ**
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO
5º PROCURADORIA DE CONTAS

preços com bases referenciais de sua compatibilidade com o mercado;

- d) tudo o mais que for da atribuição do controle externo e decorrer dos achados de inspeção ao longo do processo.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Belém, 23 de março de 2017.

PATRICK BEZERRA MESQUITA
PROCURADOR DE CONTAS