



PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: SECULT – SECRETARIA DE CULTURA, TURISMO E ESPORTE.
ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DO CANTOR HENRY FREITAS, COM FUNDAMENTO NO ART. 74, INCISO II, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/21.

PARECERISTA: DR. ALLISSON LEVI DE OLIVEIRA SIMPLÍCIO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITOS CULTURAIS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DO CANTOR HENRY FREITAS. CONSAGRAÇÃO PELA CRÍTICA ESPECIALIZADA OU PELA OPINIÃO PÚBLICA NACIONAL POSSIBILIDADE JURÍDICA. ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 74, INCISO II DA LEI Nº 14.133/21.

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela **SECRETARIA MUNICIPAL DE CULTURA, TURISMO E ESPORTE**, acerca da regularidade jurídica da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com fulcro no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/21, **PARA A DO CANTOR HENRY FREITAS, PARA COMPOR A PROGRAMAÇÃO ARTÍSTICA DE SHOWS DA SEMANA DO MUNICÍPIO DE RUSSAS (SEMUR 2024), QUE OCORRERÁ ENTRE OS DIAS 03, 04 E 05 DE AGOSTO DE 2024.** O presente procedimento foi instruído com documentos essenciais à análise do caso, dos quais, destacam-se os seguintes:

- a) Termo de Referência;
- b) Documentos relacionados à habilitação jurídica e à regularidade fiscal;
- c) Release do cantor Henry Freitas;
- d) Notas fiscais;
- e) Proposta de preço atualizada; e
- f) Minuta do pretense contrato;

Eis o breve relato, passo à análise jurídica do presente caso.

II. DA ANÁLISE JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os princípios que regem a Administração Pública, estabeleceu, em seu artigo 37, inciso XXI, a necessidade de um procedimento prévio formal de escolha para as contratações de obras, serviços, compras e alienações. Esse procedimento administrativo preparatório de um futuro contrato a ser celebrado entre a Municipalidade e os particulares é o que se denomina de “Licitação”.



“Art. 37. Omissis.

[...]

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.”

Tem-se, pois, como regra geral, a obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos com particulares. Nesse diapasão, a contratação de profissionais do setor artístico enquadra-se, igualmente, na necessidade de aplicação do princípio da isonomia no âmbito das contratações públicas.

Todavia, a própria Carta Magna, entretanto, faculta a contratação direta de obras, serviços, compras e alienações pelos entes públicos, ressalvando algumas situações, a serem previstas pela legislação infraconstitucional, com o condão de isentar a Administração Pública do procedimento licitatório. São os casos de licitação dispensada, inexigibilidade e dispensa de licitação, institutos diversos previstos nos artigos 76, 74 e 75, respectivamente, da Lei nº 14.133/21.

Ressalte-se que as hipóteses legais consubstanciadas no artigo 74 da Nova Lei de Licitações são meramente exemplificativas, o que não ocorre com as dispostas no artigo 75, que taxativamente enumerou os casos de dispensa.

A análise da situação fática aqui disposta – contratação do HENRY FREITAS – busca perquirir se restou configurada uma das hipóteses de contratação direta, dispostas na Nova Lei de Licitações, mormente no que tange às situações de inexigibilidade ali apostas.

Vejamos, então, o que dispõe o artigo 74 e seu inciso II da Lei nº 14.133/21, que trata da contratação ora em discussão:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

[...]

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;”

Referido dispositivo legal contempla situações em que a Administração poderá contratar profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo. A produção artística consiste, fundamentalmente, em uma emanção da personalidade e criatividade humanas, que, via de regra, em face de seu alto grau de individualidade, inviabiliza a competição entre os artistas. Os trabalhos artísticos, na maioria





das vezes, não têm como ser comparados entre si, em virtude da dificuldade de se verificar a identidade de atuações.

Nessas situações, perfaz-se caracterizada a inviabilidade de competição, premissa básica das hipóteses legais de inexigibilidade de licitação, tendo em vista que o procedimento licitatório restaria inócuo diante da impossibilidade de competição decorrente da ausência de parâmetros e critérios objetivos para a escolha e julgamento das atuações artísticas.



Nesse sentido, trazemos a citação de MARÇAL JUSTEN FILHO¹:

“A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo, ou quando o critério da vantajosidade foi incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida.”

Ao lado da inviabilidade de competição, a doutrina administrativista elenca alguns requisitos que precisam ser atendidos a fim de que se afigure possível e regular a contratação direta de artistas. Vejamos cada um deles e sua pertinência.

a) Que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;

Segundo o entendimento de alguns administrativistas, como podemos citar Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a Lei de Licitações teria excluído a possibilidade de contratação direta de artistas amadores. Essa espécie de contratação referir-se-ia apenas aos artistas profissionais, definidos como tais através de parâmetros existentes em cada atividade ou categoria artística, nos moldes da definição contida no artigo 2º da Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de Técnico em Espetáculos de Diversões, *in verbis*:

“Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado:

I - Artista, 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;”

Referida norma exige ainda a inscrição prévia do artista no Ministério do Trabalho, nestes termos:

“Art. 6º. O exercício das profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, o qual terá validade em todo o território nacional.”

Entretanto, conforme entendimento dos Tribunais a exigência de profissionalização e registro prévio dos artistas na Delegacia Regional do Trabalho não é compatível com a ordem constitucional vigente, que traz, de forma inédita na história do constitucionalismo brasileiro,

¹ Ob cit. p. 283.



uma Seção destinada à Cultura, no Título da Ordem Social, elevando os direitos culturais ao *status* de direitos fundamentais.

Embora a Constituição brasileira não traga expressamente os princípios dos direitos culturais, segundo o doutrinador FRANCISCO HUMBERTO CUNHA FILHO² é possível inferir de sua própria estrutura normativa. Conforme sua exposição teórica, são princípios deste ramo autônomo do Direito os seguintes: a) pluralismo cultural; b) participação popular; c) atuação estatal como suporte logístico; d) respeito à memória coletiva; e e) universalidade.

Dentro dessa perspectiva, a exigência de registro prévio na Delegacia Regional do Trabalho e a exclusão da contratação direta de artistas amadores por parte do Estado violam os princípios constitucionais da atuação estatal como suporte logístico e o da universalidade, na medida em que a Constituição Federal de 1988 não faz qualquer distinção discriminatória entre o amador e o profissional, bem como não exige qualquer licença registral para a liberdade de manifestação e expressão cultural.

A exigência do registro prévio na Delegacia Regional do Trabalho representa um obstáculo inconstitucional ao exercício de um direito fundamental que, ao contrário, deve sim ser fomentado pelo Estado Democrático (Social) de Direito brasileiro.

O artigo 74, II, da Lei Federal nº 14.133/21, enquanto hipótese de contratação direta, é forma de fomento à produção e o conhecimento de bens e valores culturais. Na melhor constatação da teoria da metódica estruturante do direito constitucional, sua observância e prática no mundo jurídico são meios de concretização da própria Constituição da República de 1988, por assim dizer dos direitos culturais, normas fundamentais de nosso ordenamento jurídico, na parte prescrita pelo artigo 216, § 3º.

Nesse sentido, acentua a teoria de FRIEDRICH MÜLLER³ “a constituição orienta-se integralmente segundo normas: também a observância da norma, em virtude da qual deixa de ocorrer um conflito constitucional ou um litígio, é concretização da norma.”

Ainda nessa esteira, a mencionada Lei nº 14.133/21 não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico inaugurado pela Carta de 1988, na parte em que exige formação acadêmica ou técnico-científica para artistas, reconhecimento do sindicato de quaisquer de suas categorias ou inscrição no Ministério do Trabalho, visto que viola direito fundamental inserto no **artigo 5º, inciso IX**, que diz expressamente que **é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação independente de censura ou licença**.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da não exigência de inscrição dos músicos em conselho de fiscalização profissional diante do direito à liberdade de expressão através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 414.426/SC⁴, tendo como

2 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 65 e ss.

3 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

4 STF. RE 414.426/SC. Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, Julg. 01.08.2011, DJe nº 155 – 15.08.2011.





relatoria a Ministra Ellen Gracie, cujo trecho da ementa do referido acórdão segue abaixo transcrito:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão”.

O mesmo entendimento foi reafirmado pela Excelsa Corte em voto proferido pelo Ministro TEORI ZAVASCKI em sede de Repercussão Geral nos autos do Recurso Extraordinário nº 795.467-SP⁵, em que foi igualmente adotado o entendimento supra referido.

“EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO OBRIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão.

2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.”

Daí se infere ser pacífico no Excelso Pretório, o direito de expressão artística e do livre exercício de ofício ou profissão aos músicos amadores, sendo inconstitucional a exigência legal de sua inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como o pagamento da respectiva anuidade, para que os músicos exerçam suas atividades artísticas.

Ressalte-se, por fim, que a pretensão da Administração Pública deve ser a de contratar o artista para realização de show, sendo o objeto do contrato a sua atividade. Essa contratação constitui, portanto, típica obrigação de fazer, na modalidade *intuitu personae*, sendo vedada a substituição do artista por outrem, ainda que igualmente consagrado pela opinião pública, vez que se trata de contratação personalíssima.

Ademais, para se efetuar a contratação, a Municipalidade, sem olvidar da margem de discricionariedade que lhe é peculiar, deve fazer o confronto entre o interesse público e a





natureza da contratação, a fim de que se verifique a inafastável correlação que deve existir entre esses dois elementos.

A necessidade e o interesse público na realização do evento em evidência foi justificada pela pasta contratante, asseverando no Termo de Referência:



A semana do município da cidade de Russas desempenha um importante papel no sentido de proporcionar à seus munícipes e visitantes, acesso gratuito ao lazer, entretenimento e renda, gerando assim, em um curto espaço de tempo, um crescimento significativo nos aspectos: Econômico, Social e Cultural de seu povo, a vontade, o cuidado e o planejamento para a realização desse importante evento são fatores que reforçam o compromisso da administração em gerar a identidade do município, lembrado sempre na data oficial de emancipação política do município, com o intuito de alimentar em sua gente o senso de pertencimento. Aos artistas locais é dada a devida valorização, apoio e visibilidade.

São inúmeros empregos gerados, nas mais diversas formas diretas e indiretas, fruto de um trabalho conjunto de todos os setores que, de forma organizada e em consonância, unem-se para um único fim, entregar a população russana, o que há de melhor em entretenimento, Cultura, Emprego e renda.

Portanto, vê-se que a realização da Festa do Município encontra-se consolidada como importante data no calendário da cidade, figurando como agente indutor da criação de empregos diretos e indiretos e como fator de movimentação da rede gastronômica e do aumento do fluxo de pessoas da rede hoteleira, ocasionando o desenvolvimento do comércio da cidade e implicando em aumento da arrecadação de impostos e desenvolvimento de atividade turística.

Quanto à razão da escolha do HENRY FREITAS, segundo apontado na justificativa apresentada:

Cantor, músico e compositor. Essa é a definição do artista Henry Freitas. O Recifense de apenas 20 anos de idade chegou ao mercado fonográfico com notoriedade. Apesar da pouca idade, Henry Freitas já fez parte dos integrantes da banda de forró Farra de Rico, aonde ganhou destaque e visibilidade. É atualmente considerado por empresários do segmento um artista completo, que domina com propriedade a arte de cantar e encantar o público de forma leve e humilde.

Henrique Freitas, ou simplesmente Henry, nome artístico que adotou para lançar seu 1º CD promocional, se apresentará com um repertório viciante repleto de hits (baladeiras, românticas e versões contagiantes), além de canções de sua autoria (Sozinho tá bom demais, Decidi ser feliz, Eu tô bebendo e Paris). Com muita confiança e carisma o artista desafia o público... Ei, você consegue ficar parado? A Frase virou sua marca registrada em suas apresentações. Vale ressaltar que sua agenda de shows já possui eventos importantes e confirmados nos estados do Rio Grande do Norte, Paraíba e Pernambuco.

b) Que seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo;



A contratação pode ser feita diretamente com o artista, mas se admite também a intervenção de empresa ou empresário exclusivo, nos casos em que haja um vínculo jurídico, de natureza privada, pois, que subordine a atuação do profissional à participação de um agente.

De igual modo, ressalto o entendimento a partir da ótica dos direitos culturais de que o representante exclusivo, da mesma forma que o artista, não precisa estar inscrito no órgão do Ministério do Trabalho respectivo, nos termos da já citada Lei nº 6.533/78.

No caso em análise, verifica-se que a contratação ora almejada está sendo realizada com a empresa HENRY FREITAS PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA. que possui Carta de Exclusividade, ou seja, estamos diante de uma contratação com representante exclusivo do cantor.

c) Que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Não é o simples fato de se pretender contratar um artista que se configurará a hipótese de inexigibilidade do inciso II do artigo 74. Esse requisito exige que o artista seja renomado, devendo possuir notória consagração, seja através da opinião pública, seja pela crítica especializada.

A inexigibilidade de licitação baseia-se na fama e notoriedade do profissional a ser contratado, devendo esse reconhecimento ser demonstrado nos autos, quando da elaboração da justificativa da escolha do profissional artístico pela Administração.

A demonstração da consagração deve-se dar de forma concreta, através da juntada de *curriculum*, portfólio do artista ou release, bem como por meio de matérias jornalísticas ou informes publicitários em que se faça referência ao artista e à sua carreira.

No caso dos autos, a comprovação da notoriedade deu-se por meio de um release do HENRY FREITAS, contendo informações acerca da sua trajetória artística, sendo considerado pela crítica nacional como um dos grandes artistas de seu gênero.

Analisados os requisitos do artigo 74, inciso II, percebe-se que o caso dos autos enquadra-se na hipótese de inexigibilidade ali disposta, haja vista a possibilidade de subsunção do fato concreto à norma legal.

De qualquer modo, mesmo que se queira entender que a presente situação não se encaixa na moldura legal do referido inciso, ainda assim a inexigibilidade persistiria, primeiro ante a impossibilidade de se comparar trabalhos artísticos e segundo em face da exclusividade de representação outorgada à empresa que ora se pretende contratar. A fundamentação legal recairia, então, sobre a cabeça do artigo.

Pode o Poder Público, portanto, contratar diretamente, com base em tal artigo, sempre que restar impossibilitada a competição, pois, nesses casos, o procedimento licitatório restaria inócuo diante da impossibilidade de competição, circunstância que inviabiliza a licitação, seja por desperdício de tempo, seja por dispêndio desnecessário ao Erário.





Continuando a análise, incumbe a esta Procuradoria Geral do Município aferir o atendimento do requisito da justificativa de preço, nos termos do art. 72, inciso VII, da Lei nº 14.133/21, o qual consiste na comprovação da compatibilidade do valor da pretendida contratação com o que é efetivamente praticado no mercado, **requisito indispensável para a validade da referida contratação.**

Para tanto, imprescindível que o órgão consulente acoste ao caderno administrativo, no mínimo, orçamentos, propostas, notas fiscais, contratos, ou outros documentos suficientes para aferir a compatibilidade, os quais sejam contemporâneos à avença intentada e referentes a eventos similares para o qual será contratada a interessada, demonstrando que não há superfaturamento, em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Quanto ao pressuposto em tela, a Secretaria consulente fez acostar nos autos notas fiscais à apresentação artística do HENRY FREITAS, em outros eventos que participou no ano de 2023/ 2024, cumprido, inicialmente, as exigências consagradas na doutrina e na jurisprudência.

Acerca especificamente da razoabilidade do preço contido na proposta, **esta Procuradoria não possui competência para analisar se o quantum a ser desembolsado pelo ente público para consecução do objeto da contratação encontra-se dentro do preço de mercado, constituindo incumbência do gestor do órgão interessado avaliar seus respectivos valores e examinar se há, de fato, compatibilidade no valor proposto com o usualmente praticado.**

Restou igualmente demonstrada nos autos a disponibilidade orçamentária necessária a realização da despesa, conforme indicação constante no Termo de Referência da contratação.

Ressalte-se, não obstante tratar de situação de inexigibilidade do procedimento licitatório, todas as outras condições referentes a esse procedimento devem ser atendidas. Destarte, **é imprescindível a aferição dos documentos relacionados à habilitação jurídica e à regularidade fiscal da contratada**, caso seja formalizada a contratação pretendida, nos termos dos artigos 62 e seguintes da Lei nº 14.133/21, **ficando a eficácia do presente parecer adstrita ao atendimento dessas condições.**

O processo de inexigibilidade deve ser ratificado pelo gestor responsável e publicado nos termos da Lei nº 14.133/21.

III. DA CONCLUSÃO

Ex. positis, entende-se pela possibilidade jurídica contratação direta, por inexigibilidade de Licitação, com fulcro no artigo 74, inciso II, da Lei nº 14.133/21, para contratação direta do cantor HENRY FREITAS para compor a programação artística de shows da Festa do Município.

Por fim, impende salientar que o exame dos autos do presente procedimento administrativo restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles que estejam estritamente relacionados ao juízo de conveniência e oportunidade do gestor. Sendo assim, esta Procuradoria parte da premissa de que a autoridade consulente se municiou do



conhecimento especializado disponível para fundamentar a contratação ora pretendida, observando, ainda, os requisitos legalmente impostos.

Nesse sentido, destaca-se que, de acordo com o BPC nº 7, do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU (4ª Edição: 2016)⁶, o parecerista deve evitar emitir posicionamento conclusivo sobre temas não jurídicos, devendo se ater, portanto, a formular recomendações pontuais, desde que enfatize o caráter discricionário de seu acatamento.

Destaque-se, ainda, que a jurisprudência é uníssona em asseverar que parecer jurídico é peça meramente opinativa, não vinculando o administrador em sua decisão, senão veja o seguinte trecho do MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08, STF:

“Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.”


Reforçando o entendimento supracitado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula nº 05/2012⁷.

Destarte, a presente manifestação visa analisar tão somente as questões jurídicas pertinentes ao caso.

Este é o parecer, salvo melhor juízo da respectiva autoridade administrativa competente.

À consideração da Excelentíssima Procuradora Geral do Município.

Russas/CE, 19 de junho de 2024.


ALLISSON LEVI DE OLIVEIRA SIMPLÍCIO
SUB-PROCURADOR 2
OAB/CE Nº 41.134
PORTARIA Nº 066/2024

⁶ BPC nº 7 – Enunciado: A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

⁷ ADOVADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).