

PARECER

PROCESSO Nº. 018/2025.

INEXIGIBILIDADE Nº. 005/2025.

ASSUNTO: Análise de cabimento de inexigibilidade para contratação de artistas

Aprecia-se, nesta oportunidade, Processo Administrativo visando à contratação de atração artística para apresentação durante as festividades carnavalescas.

Foi instaurado o devido procedimento administrativo e solicita parecer a respeito da legalidade de contratação de artistas com base no inc. II do art. 74 da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021.

É o relatório, em síntese.

Sabemos que a regra geral para a contratação com a Administração Pública manda que se faça através de licitação pública. Porém, a lei de licitações nos apresenta exceções à regra, permitindo à Administração, em alguns casos, contratar sem licitação.

A lei de licitações nos traz alguns casos em que a obrigatoriedade da licitação é inexigível. Os casos de inexigibilidade de licitações são encontrados no art. 74, do citado diploma legal, onde temos no inciso II a permissão para, em especial, contratar diretamente ou por empresário exclusivo, profissional de qualquer setor artístico.

No entendimento do eminente Conselheiro do TCE/DF Jacoby Fernandes, em sua consagrada obra "Contratação Direta sem Licitação" (5ª ed. Brasília Jurídica, Brasília, 2000, p. 615):

"para a regularidade dessa contratação direta (artistas) existem três requisitos, além da inviabilidade de competição:

- *que o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional;*
- *que seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo;*
- *que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública"*

Prossegue o ilustrado autor, ao comentar o segundo requisito supra, que *"a contratação ou é feita diretamente com o artista ou com o seu empresário exclusivo, como tal entendendo-se o profissional ou agência que intermedeia, com caráter de exclusividade, o trabalho de determinado artista. Numa analogia, é o fornecedor exclusivo daquela mão-de-obra.*

Trazendo a previsão legal e os ensinamentos do ilustre jurista para o caso concreto podemos observar que se trata de um caso de contratação de artistas por inexigibilidade de licitação. Senão vejamos:

A principal característica da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, o que impossibilita a abertura de um certame licitatório, pois ele resultaria frustrado.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão dispostas no art. 74 da Lei nº. 14,133/2021, sendo que essas são consideradas exemplificativas, conforme já consta do próprio caput do art. 74, por meio da expressão "em especial", podendo se estender a outros casos, desde que se configure a inviabilidade de competição. Nessa esteira, temos os comentários do ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse de tal propósito".

Portanto, a inexigibilidade de licitação se caracteriza pela ausência de competição, o que impossibilita a abertura de um certame licitatório. Comparando-se a licitação e a inviabilidade de competição temos, nas palavras do professor Anderson Rosa Vaz:

"Licitação é escolha entre diversas alternativas possíveis. É disputa entre propostas viáveis. A inviabilidade de competição, essencial à inexigibilidade de licitação, quer dizer que esse pressuposto - disputa entre alternativas possíveis - não está presente. Não é possível licitação porque não existem alternativas. O que existe é uma única opção!"

A inexigibilidade para contratação de serviços artísticos encontra fundamento na subjetividade que lhe é imanente. A arte não é uma ciência, não segue métodos, não é objetiva. Antes disso, a arte é expressão da alma, do espírito, da sentimentalidade, da criatividade, por tudo e em tudo singular.

Dessa maneira é importante ressaltar que a inexigibilidade para contratar serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas mesmo assim, inexigível é a licitação, em tributo à singularidade da expressão artística que inviabiliza a disputa em um certame licitatório.

Pois bem, como podemos observar, o primeiro requisito para a contratação por inexigibilidade é a inviabilidade de competição e que, mediante nos ensina a doutrina, os serviços artísticos tem natureza singular o que inviabiliza a licitação.

A Administração Pública de Joaquim Nabuco pretende contratar a apresentação de artista para abrilhantar as festividades carnavalescas, o que, de acordo com o que demonstramos a cima é hipótese de contratação por inexigibilidade de licitação.

Porém, existem outros requisitos para que uma contratação de serviços artísticos possa ser contratada por inexigibilidade.

O segundo requisito apontado por Jacoby é a contratação de artista profissional.

Entendo que artista profissional é aquele que desenvolve a atividade artística por ofício mediante remuneração. Profissional é aquele que exerce seu ofício do qual retira seu sustento. Diferente do amador que tem a atividade como uma distração, um hobby, sem receber remuneração, sem depender seu sustento dessa atividade.

Segundo o autor Antonio Peinador Navarro, *“profissão é a aplicação ordenada e racional de parte da atividade do homem destinada a qualquer dos fins imediatos e fundamentais da vida”*. Ressalta o mesmo autor que *“não está compreendido na categoria de profissão mero exercício de uma atividade, mas atividade ordenada e dirigida a terceiros em caráter habitual. Assim, quem por diversão passa a vida ocupado em misteres que lhe tragam vantagens ou satisfação não é considerado profissional*.

Conclui o renomado autor dizendo que *“pode-se dar o nome de profissional, até que com certa propriedade científica, a todo aquele que tem exercitada, de maneira habitual, uma missão especial que cumprir em benefício dos demais, com a contrapartida a seu favor, do direito à justa compensação pelo seu trabalho”*. (Antonio Peinador Navarro, *Tratado de Moral Profesional, Madrid, BAC, 1962*).

A atração (Edu Mendonça) pretendida pela Administração de Joaquim Nabuco se enquadra na condição de profissional, visto fazer desta atividade seu ofício do qual retira seus sustentos. Trata-se de profissional conhecido no meio

artístico, com anos de carreira e reconhecimento do público que sempre lotam as apresentações.

Outro requisito apontado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é que o artista deve ser contratado diretamente o por empresário exclusivo.

Sabemos que no meio artístico relativo à música, os artistas se valem dos serviços dos empresários, especialmente em face do volume de compromissos que assumem, uma vez que, se lhes fosse atribuído gerenciar os contratos, inevitavelmente descuidariam da arte.

No presente caso a Administração Pública pretende contratar a atração artística por meio de empresário exclusivo.

De acordo com os documentos acostados aos autos do processo administrativo, a exclusividade do empresário foi comprovada por meio de contrato firmado entre o artista e seu empresário.

Sobre a necessidade de os artistas ou seus empresários possuírem registro perante a Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, conforme entendimento do TCE/PE que embasa seu posicionamento na Lei nº. 6.533/78, regulamentada pelo Decreto nº. 82.385/78, entendo que as normas supramencionadas e que vem sendo alegadas pelo TCE/PE para exigir o registro dos artistas e seus empresários, não se aplicam aos artistas do ramo de entretenimento musical.

Os cantores e músicos regem-se pela Lei nº. 3.857 de 22 de dezembro de 1960 e que exige o registro de tais profissionais na Ordem dos Músicos do Brasil. Porém, nem mesmo este registro deve ser exigido, visto que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, decidiu que o registro na OMB não é mais obrigatório para o exercício da profissão.

De acordo com Supremo Tribunal Federal a categoria profissional dos músicos não precisa mais de registro em órgão de classe para exercer a profissão. O caso foi decidido a partir da análise do caso de um músico de Santa Catarina, que procurou a Justiça ao alegar que, em seu Estado, só poderia exercer sua profissão caso tivesse registro na OMB (Ordem dos Músicos do Brasil) que cobra a carteirinha de músico em diversos estados brasileiros.

O ministro Celso de Mello afirmou que o excesso de regulamentação não pode interferir no desempenho da atividade profissional. Conforme ele, é evidente que não tem sentido, no caso da liberdade artística em relação à atividade musical, impor-se essa intervenção do Estado que se mostra tão restritiva.

A ex-ministra Ellen Gracie, relatora da ação, defendeu que o registro em órgãos de classe só pode ser exigido quando o exercício da profissão representa um "risco social", "como no caso de médicos, engenheiros ou advogados".

Vejamos o que diz o Acórdão do STF:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E 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 condicionadas 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.”

Ressalto ainda que, de acordo com os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr, a rigor jurídico, o inc. III do art. 25 da Lei nº. 8.666/93 prescreve que o artista deve ser profissional, não o seu empresário ou agente, que simplesmente intermedeia o contrato. Ademais, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos é especial no que se refere aos procedimentos para a contratação administrativa, prevalecendo sobre a Lei nº. 6.533/78.

Por fim é de se observar o último dos requisitos apontados por Jacoby Fernandes para a possibilidade de contratação de artista por inexigibilidade de licitação. Trata-se da consagração do artista perante a opinião pública ou da crítica especializada.

No que concerne à consagração, vale realçar, por vezes, o artista é condecorado pela opinião pública local ou regional, sendo o seu trabalho reconhecido e admirado, por exemplo, apenas no contexto de determinado município. Noutro giro, também é razoável observar que não se pode privar a Administração Pública, em qualquer de suas expressões federativas, de fomentar a cultura, estimulando-se o acesso a outros estilos e manifestações culturais, independente de costumes e tradições regionais.

Decerto, a consagração é circunstância extremamente dinâmica no tempo e no espaço. É imprescindível, contudo, seja reconhecida, ao menos no âmbito municipal.

Neste sentido preleciona José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

“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.”

Outro aspecto a ser considerado é que os requisitos consagração do artista pela opinião pública ou pela crítica especializada são alternativos, ou seja, vale uma coisa ou outra. Nesse sentido, é viável a contratação de determinado artista que, não obstante seja aclamado pelo público, tenha sido circunstancialmente reprovado pela crítica especializada, ou vice-versa. O que não se afigura possível é a contratação de um artista, a despeito de ter qualidade o seu trabalho, se ainda não tiver atingido a mídia ou conquistado o gosto popular.

Como podemos ver, o processo de inexigibilidade foi instruído com material informando a participação dos artistas em eventos consagrados pelo público da região. Ou seja, existe nos autos a comprovação da consagração do artista pela opinião pública. As provas apresentadas mostram que as atrações atingiram a mídia e caíram no gosto popular e, tanto é assim que tal atração artística possui contratados com outros outros municípios, comprovando que detém reconhecimento da opinião pública.

Assim, verificamos que os requisitos exigidos pela nova lei de licitações no inc. II do art.74 foram cumpridos, pelo que esta consultoria opina pela possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação.

É o parecer que submeto a apreciação.

Joaquim Nabuco, 26 de fevereiro de 2025.


ANTÔNIO FERNANDO DE A. MELO
Consultor Jurídico - OAB/PE N°. 18.841