

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2022/IN/SEMAP

PARECER JURÍDICO

PARECER SOBRE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2022/SEMAP/IN, REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COM NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ADVOCACIA, ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA, CONFORME TERMO DE REFERÊNCIA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO - SEMAP.

1) RELATÓRIO:

Trata-se de solicitação de despesa pela Secretaria Municipal de Administração e Planejamento - SEMAP, REFERENTE À CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COM NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ADVOCACIA, ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA, CONFORME TERMO DE REFERÊNCIA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E PLANEJAMENTO - SEMAP, bem como a plausibilidade da contratação por meio de **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, nos termos do art. 25, II da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Com vistas a assegurar a legalidade da aquisição do objeto pretendido, e em cumprimento ao que determina o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, ao determinar que as minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, devam ser previamente examinados e aprovados pela Procuradoria Jurídica da administração, razão da presente análise e emissão de parecer.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Na sequência, o processo foi remetido a esta Procuradoria Jurídica, para a análise prévia dos aspectos jurídicos da contratação, prescrita no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Este Parecer, portanto, tem o escopo de assistir a municipalidade no controle interno da legalidade dos atos administrativos praticados na fase preparatória da licitação.

É o que tínhamos a relatar.

2) PARECER:

2.1 - DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

É imperativamente relevante saber que, todas as contratações públicas devem ser precedidas da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem olvidar do 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 8.666/93, denominada Lei das Licitações.

O professor **Celso Antônio Bandeira de Mello**, ao dissertar sobre licitação, ensina que licitar 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”.

A mestra **Odete Medauar** 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”.

Na seara da obrigatoriedade de licitar, há que se observar que a própria lei promove excepcionalidades, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsão do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, autorizando à Administração a realizar contratação direta, sem licitação.

2.2 - DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A contratação tem amparo no permissivo do artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que tem a seguinte redação:

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

I - (...)

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;

E o § 1º do citado dispositivo define a notória especialização, verbis:

“§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 contratado”.

A seu turno, o artigo 13 da Lei nº 8666/93, a que faz remissão o transcrito art. 25, arrola, em seus incisos, exemplificativamente, quais são os serviços técnicos profissionais especializados que ensejam a inexigibilidade licitatória. Na espécie, a contratação estaria enquadrada no inciso V do citado dispositivo.

Art. 13 Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - *Omissis*

II - ...

III - assessoria ou consultorias técnicas e auditoria financeira ou tributárias;

V - **patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;**

A inexigibilidade de licitar, portanto, ocorrerá quando for inviável a competição entre os potenciais interessados, dada a singularidade do serviço técnico a ser contratado com profissional de notória especialização.

É que, como asseverado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, ed. Malheiros, 12ª ed., p. 468), se não há viabilidade de competição entre possíveis ofertantes, falta ao procedimento licitatório pressuposto lógico, não havendo, pois, sentido, em a Administração realizá-lo. E isto ocorre quando o objeto é singular. Discorrendo sobre a singularidade do serviço a ser contratado, assevera o citado autor:

“Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

(...).

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria -

recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para cada caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.”

Ainda sobre o tema, traz-se à colação o magistério de EROS ROBERTO GRAU:

“Isso enfatizado, retomo o fio de minha exposição para salientar, ainda, que, ser singular o serviço, isso não significa seja ele - em gênero - o único. Outros podem realizá-lo, embora não possam fazê-lo do mesmo modo, com o mesmo estilo e com o mesmo grau de confiabilidade de determinado profissional ou de determinada empresa.

Logo, é certo que os serviços de que cuidamos jamais assumem a qualificação de únicos. Único é, exclusivamente - e isso é inferido em um momento posterior ao da caracterização de sua singularidade -, o profissional ou empresa, dotado de notória especialização, que deverá prestá-lo.

Porque são singulares, a competição (= competição aferível mediante licitação, segundo as regras do julgamento objetivo) é inviável, nada obstante mais de um profissional ou empresa possam prestá-los. Mas, como devem ser contratados com o profissional ou empresa dotados de notória especialização e incumbe à Administração inferir qual desses profissionais ou empresas prestará, em relação a cada um deles, o trabalho que, essencial e indiscutivelmente, é (será) o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, neste segundo momento, quando a Administração inferir o quanto lhe incumbe, caracterizar-se-á não a unicidade do serviço, porém a unicidade do trabalho de determinado profissional ou empresa, justamente o que deve ser contratado para a prestação do serviço.” (In Licitação e Contrato Administrativo, ed. Malheiros, 1995, pp. 72/73).

Logo, considerando a Administração que o serviço a ser contratado é singular, nos termos acima postos, poderá escolher, de forma discricionária - e devidamente justificada -, o profissional para prestá-lo, fazendo-o em razão de sua notória especialização e do grau de confiança que nele deposita.

Contudo, o juízo acerca da efetiva presença de singularidade do objeto do contrato, bem como da notória especialização do contratado é de exclusiva alçada do Administrador contratante.

Ressalte-se que a viabilidade de contratação direta de serviços advocatícios já foi objeto de exame pelo Tribunal de Contas da União, cujo entendimento segue no mesmo sentido do aqui esposado. A título de exemplo, cita-se excerto do aresto a seguir:

“[VOTO]

No mérito, analiso o primeiro aspecto questionado, qual seja, a circunstância de a empresa contratar advogado particular para defender seus interesses na Justiça, apesar de contar com quadro próprio de advogados.

[...]

Contrariamente ao que alega a denunciante, portanto, este Tribunal não tem entendimento firmado de que contratação similar à que ora se examina seja necessariamente ilegal. Na verdade, o entendimento hoje prevalecente neste Tribunal sobre a matéria é de que:

1º) a circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se portanto a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;

2º) o exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador, a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar, e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade.

3º) a contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter.

4º) a contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular, não se justificando portanto firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.

[...]

Nessas circunstâncias, tal como na hipótese anteriormente apreciada pelo Tribunal, a contratação do Professor [omissis] parece justificada pela necessidade de defender adequadamente os interesses do erário, ameaçado de vultoso prejuízo pela iminência de perda da causa na demanda movida pela empreiteira contra a Rede Ferroviária.” (DC-0494-36/94-P Sessão: 02/08/94 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva - FISCALIZAÇÃO - DENÚNCIA)”

Em se tratando de serviços advocatícios, importante lembrar da visão do Ministro Sepúlveda Pertence, ao apreciar o HC no. 86.198-9-PR envolvendo inexigibilidade de serviços jurídicos entendeu que: *a presença do requisito de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, permite concluir pela inexigibilidade da licitação dos serviços advocatícios.*

No mesmo sentido, a OAB, ao defender a constitucionalidade dos dispositivos, sustenta que a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios em virtude de se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional tornam inviável a realização de licitação.

O Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de contratação direta de serviços de consultoria jurídica e patrocínio judicial do município de Joinville, decisão que teve como relator o ilustre ministro Luís Roberto Barroso e enfrentou importantes questões que devem contribuir para diminuir as tensões e colocar rumos nas ações e processos em curso a envolver o tema, conforme ementa do acórdão publicado:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. *A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa". (Inq 3074-SC, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14).*

Em outra ocasião nossa corte maior tratou sobre caso semelhante no Inquérito 3.077/AL, sendo relatado pelo ilustre ministro Dias Toffoli, foi analisada denúncia ofertada contra a então Prefeita e contra o procurador municipal (que emitiu o parecer jurídico) pela prática do crime previsto no artigo 89, caput, da Lei 8.666/93, bem como contra sócios da contratada, pela prática do crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da mesma lei. No caso, o município, alegando a necessidade de otimização da receita municipal por meio de serviços de consultoria e capacitação, contratou empresa de auditoria mediante inexigibilidade de licitação.

Nesse último julgado, merece destaque o seguinte trecho da ementa:

O que a norma extraída do texto legal exige **é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança**. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: **os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.**

Seguindo seu voto o ministro Dias Toffoli fez referência ao âmbito de comprovação da notoriedade do profissional ou empresa, uma interpretação muito restritiva do âmbito da notoriedade poderia inviabilizar a aplicação do dispositivo no âmbito municipal e também dar ensejo à caracterização de indesejável reserva de mercado para profissionais determinados:

[Há] profissionais que são conhecidos em todo o país, cujos estudos são tomados como referência aos demais que militam na área. Não haverá, aqui, dúvida alguma de que esses agregam notória especialização. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos; recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente extreme de dúvida que os mesmos não detém notória especialização. Ocorre que, entre um grupo e outro, se afigura um terceiro, composto por profissionais não tão conhecidos quanto os primeiros, nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, daqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas igualmente não podem ser reputados detentores de notória especialização. É que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados. Nesse ponto reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado. Em outras palavras, a notoriedade deve ser aferida no âmbito de atuação da própria entidade contratante. Muitas vezes não haveria sentido em se exigir a contratação de escritórios ou advogados com renome nacional e internacional cujos honorários talvez sequer pudessem ser suportados pelos cofres municipais. Especificamente no tocante à denúncia apreciada, averbou o Ministro-Relator: “Não se apurou, outrossim, que houvesse, naquela região, empresa mais bem capacitada para a realização dos serviços, tampouco que tenha havido descompasso entre o valor do contrato (de R\$ 139.068,00) e o valor real dos serviços prestados.

Não menos importante nestes casos, a extrema confiança também se manifesta como relevante, pois ela nasce entre a autoridade e o profissional a ser contratado, vínculo este que surge não apenas pela reputação, como pela convivência, que tem como pressuposto a experiência existente e que permite ser aferida, antes, durante e depois com contrato firmado entre o representante do órgão público.

Por fim, é impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-

se patente a inviabilidade de competição, posto que, a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, desta forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço), conforme voto do Ministro Napoleão Maia do STJ, REsp 1192332.

2.3 - DO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2022/IN/SEMAP

A Comissão de Licitação do Município de RURÓPOLIS deliberou, nos autos concernentes a contratação objeto do presente TERMO, sugerindo que a mesma se realizasse através de **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**.

Foi efetuado orçamento junto a empresa **MÁRCIO JOSÉ GOMES DE SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA**, no valor de **R\$ 192.000,00 (cento e noventa e dois mil reais) / ano**.

Deste modo, temos que o preço proposto é razoável e está dentro de parâmetros aceitáveis e, portanto, compatível com os preços de mercado, conforme planilha apresentada na proposta.

O referido profissional possui Atestado de Capacidade Técnica com atividades similares as ora contratadas, conforme se desprende aos autos.

Os autos, foram regularmente formalizados e encontram-se instruídos com os seguintes documentos, no que importa à presente análise:

- 1) *Pedido para a contratação/aquisição, justificativa e especificação dos serviços;*
- 2) *Solicitação de orçamento devidamente preenchido, assinado e enviado à empresa ou profissional;*
- 3) *Justificativa do preço;*
- 4) *Justificativa técnica de razão da escolha do fornecedor ou executante;*
- 5) *Declaração de existência de recursos orçamentários, com indicação das respectivas rubricas;*
- 6) *Autorização, emitida pela autoridade competente (ordenador de despesas) para realização do serviço ou aquisição;*
- 7) *Processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado;*
- 8) *Pesquisa de preços praticados pelo mercado do ramo do objeto da licitação, com o resumo da média aritmética dos preços pesquisados e/ou justificativa;*

- 9) *Certidões negativas ou positivas com efeito de negativa da Receita Federal, INSS, FGTS e Débitos Trabalhistas (CNDT);*
- 10) *Atestado de Capacidade Técnica;*
- 11) *Decisão da autoridade competente declarando a inexigibilidade do processo licitatório;*
- 12) *Designação da Comissão Permanente de Licitação;*

No que concerne a minuta do contrato, esta deve seguir as regras previstas pelo art. 55 da Lei nº 8.666/93.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;*
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;*
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;*
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;*
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;*
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;*
- VIII - os casos de rescisão;*
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;*
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;*
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;*
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;*
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*

O processo em análise, prevê as cláusulas contratuais relacionadas no corpo da minuta, desta forma, entendemos que a minuta do contrato contém as exigências previstas no artigo supracitado.

Feita a solicitação e instruindo o processo com a justificativa da contratação direta, o setor contábil informou a existência de recursos orçamentários para suportar a despesa. Em atendimento ao art. 38 da lei 8.666/93. Logo, atendida a regularidade quanto à existência de dotação orçamentária.

Quando aos demais itens estão presentes as exigências legais para prosseguimento do presente processo de **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**.

Em face de todo o exposto, entendemos pela possibilidade jurídica de contratação direta do referido profissional, por inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93, para a prestação de serviços jurídicos a esta municipalidade.

3 - CONCLUSÃO

Com base na argumentação desenvolvida, e de acordo com a documentação acostada aos autos do processo administrativo de inexigibilidade de licitação, destinado a contratação conforme objeto do presente TERMO, e estando este de acordo com os ditames da Lei nº 8.666/93, e em especial ao art. 25 II da referida lei, e cumprindo o rito estabelecido no art. 26 do mesmo diploma legal.

Somos da opinião pela **INEXIGIBILIDADE** da contratação da mencionada empresa, visto que a situação concreta está devidamente justificada, atendidos esses requisitos legais, frise-se, devendo estar evidenciados no respectivo processo de inexigibilidade, a contratação é válida.

Sendo assim, é o nosso **PARECER** pela contratação, da empresa **MÁRCIO JOSÉ GOMES DE SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA** em razão da excepcionalidade da Lei de Licitação que promove a presente modalidade **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**.

Não se incluem no âmbito de análise da Procuradoria os elementos técnicos pertinentes ao certame, como aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente da Administração Pública.

Ressaltamos que as afirmações aqui contidas são eminentemente jurídicas e não vinculativas, podendo a Administração (se julgar conveniente e o fizer de modo motivado) adotar outras medidas que julgar mais coerentes, inclusive com a consulta a outros departamentos.

É o nosso parecer, sob censura da autoridade superior.

RURÓPOLIS-PA, 04 de janeiro de 2022.

RENATO F. DE BARROS NETO
ADVOGADO OAB/PA 24.141
Prefeitura Municipal de Rurópolis
Assessor Jurídico Geral