

PARECER JURÍDICO Nº 1125/2023

Município de Cametá/PA

Solicitante: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Interessado: administração Pública

Processo administrativo n. 6167/2023

Trata-se de pedido de análise e emissão de parecer, apresentado pela Comissão Permanente de Licitação, em relação processo de inexigibilidade de licitação, que tem como objeto a contratação de empresa especializada em assessoria e consultoria tributária, no âmbito administrativo, visando a recuperação de tributos de competência municipal, junto aos seus contribuintes, empresas de telefonia, estabelecidas no Município de Cametá, envolvendo o cadastramento in loco dos seus imóveis e/ou equipamentos, caso necessários, enquadramento legal, cálculo dos encargos legais, cálculos de atualização monetária, apuração total e cobrança do débito. O processo licitatório está instruído, até o presente momento, com:

- Capa;
- Ofício do Secretário de Finanças para o Prefeito encaminhando Termo de Referência e documentos;
- Proposta apresentada pela Empresa GS SERVIÇOS DE ASSESSORIA TÉCNICA E CONSULTORIA LTDA - EPP;
- Documentação de habilitação jurídica e técnica da empresa GS SERVIÇOS DE ASSESSORIA TÉCNICA E CONSULTORIA LTDA - EPP;
- Justificativa do Presidente da Comissão Permanente de Licitação;
- Minuta do Contrato;

É o relatório. Passo a opinar.

PRELIMINARMENTE

Em caráter preliminar vale registrar que incumbe a esta Procuradoria Geral do Município prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando, portanto, na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Ressalte-se que o parecer jurídico visa a informar, elucidar, enfim, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumpra esclarecer, também, que toda verificação desta procuradoria tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública.

Portanto, tornam-se as informações como técnicas, dotadas de verossimilhanças, pois não possui a procuradoria do município o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados, impulsionados pelo processo licitatório.

Toda manifestação expressa posição meramente opinativa sobre a contratação em tela, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe a análise dos aspectos de legalidade nos termos do inciso VI do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Esses limites à atividade deste órgão jurídico se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa e do disposto no enunciado nº7 do manual de boas práticas consultivas da Advocacia – Geral da União – AGU, *in verbis*:

“O órgão consultivo não deve emitir manifestação conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade”.

Nota-se que em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

DA ANÁLISE JURÍDICA

A Constituição Federal de 1988, em capítulo reservado aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, notadamente em seu art. 175, condicionou a prestação de serviços públicos à realização de prévio procedimento licitatório.

De outro lado, a própria Carta Magna, em capítulo destinado à Administração Pública, ressalva casos em que a legislação infraconstitucional confere ao Poder Público a faculdade de contratar sem a necessidade de tal procedimento, conforme se depreende do inciso XXI do art. 37, abaixo transcrito:

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.

De tal missão se incumbiu a Lei 8.666/93, que em seus artigos 24 e 25 excepcionou a regra da prévia licitação, ora em razão de situações de flagrante excepcionalidade, onde a licitação, em tese, seria possível, mas pela particularidade do caso, o interesse público a reputaria inconveniente, como é o caso da dispensa, ora em razão da inviabilidade da própria competição ou da falta de condições para a Administração confrontar ou cotejar determinados bens ou serviços, que por sua singularidade ou características do executor deixam de apresentar semelhança com outros, como é o caso dos presentes autos o procedimento de inexigibilidade.

O art. 25 da Lei 8.666/93 regula as hipóteses de inexigibilidade de licitação. O caput trata da hipótese em que simplesmente há inviabilidade de competição e seus incisos I e II, disciplinam, respectivamente, a contratação direta em função da exclusividade do fornecedor em face do produto ou serviço e a contratação de empresas ou profissionais de notória especialização, com o fito de executar serviços técnicos, conforme se infere *ipsis litteris*:

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

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

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

Todavia, o § 1º desse mesmo dispositivo, traz o conceito legal de notória especialização nos seguintes termos:

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

Nessa senda, cumpre fazer uma digressão para ressaltar que a contratação em análise se fundamenta no art. 25, II e §1º da Lei 8.666/93, do mesmo Diploma Legal.

Além disso, o art. 13, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos, estabelece como serviços profissionais técnicos especializados as assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias. Contudo sabemos que o mero enquadramento da atividade no referido artigo, por si só, não é suficiente para que a Administração Pública contrate diretamente o particular sob a égide do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Para que se configure a situação de inexigibilidade facultada pelo inciso II, do art.25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade

expressamente previsto no caput do art. 25, qual seja, a inviabilidade de competição, que, em tais situações, somente se perfaz, através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

Assinale-se que a inviabilidade de disputa poderá decorrer tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular, ou seja, quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, por exemplo, ensejando o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual, restará inútil a competição.

Não obstante os requisitos dispostos acima necessários à contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, há de se ressaltar também que o Gestor deve instaurar um processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da inexigibilidade, assim como, os requisitos dispostos no parágrafo único, do art. 26, da Lei Nº 8.666/93:

Art.26 (...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II – razão na escolha do fornecedor ou executante; III – Justificativa do preço; IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa dos quais os bens serão alocados.

Ressaltamos, por oportuno, que o processo administrativo da inexigibilidade de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se também a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no art. 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

Além dos requisitos legais autorizadores (inviabilidade de competição, singularidade do objeto, notória especialização, instauração de processo administrativo prévio), deve ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado no mercado, como bem pontuou a Jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF:

“IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTACAUSA. A contratação direta do escritório de advocacia, sem a 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 de serviços 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 , diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa. (Inq. 3074/SC – SANTA CATARINA INQUÉRITO Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO julgamento: 26/08/2014. Órgão julgador: Primeira Turma.).

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.

Quanto à minuta de contrato apresentado, entendo que está em conformidade com o disposto no artigo 55 Da Lei de Licitações, eis que verificando seu conteúdo estão presentes todas as cláusulas necessárias a todo contrato administrativo.

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.

Deste modo, observa que a jurisprudência corrobora com entendimento da possibilidade da inexigibilidade de licitação do objeto em apreço, o que se verifica adequado o procedimento.

DOS SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA SINGULAR

Em análise dos documentos da empresa, resta claro o nexo de causalidade entre o objeto da contratação em apreço, in casu, contratação de pessoa jurídica especializada especializados a contratação de empresa especializada em assessoria e consultoria tributária, no âmbito administrativo, visando a recuperação de tributos de competência municipal, junto aos seus contribuintes, empresas de telefonia, estabelecidas no Município de Cametá,

envolvendo o cadastramento in loco dos seus imóveis e/ou equipamentos, caso necessários, enquadramento legal, cálculo dos encargos legais, cálculos de atualização monetária, apuração total e cobrança do débito, fundamentado com base legal no art. 25, inciso II, da lei nº 8.666. Todavia, há considerações a serem feitas.

A primeira, condiz a estimativa do preço do serviço que ora se pretende contratar, considerando que os Tribunais de Contas exigem que seja demonstrada a economicidade da contratação, através de justificativa do preço. O que se encontra preenchido, tendo em vista os contratos com outros entes públicos que a empresa contratada celebrou e executou os seus serviços, como extraio a informação dos autos do procedimento ora analisado. Neste contexto, consta nos autos notas fiscais de serviços e fornecimentos a outros contratantes. Vejamos o que a nova lei de licitações diz sobre o tema:

Lei 14.133, Art. 23, §4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela administração, ou por outro meio idôneo, o que consultando os autos verifica-se a juntada de notas fiscais de serviços prestados ao serviço que se pretende contratar.

A segunda, condiz a dotação orçamentária expedida pela Secretaria Municipal de Finanças, pelo Departamento de Contabilidade que informa a existência de dotação para pagar o serviço que se pretende contratar.

A terceira, condiz há autorização do gestor público para abertura do procedimento.

Outra argumentação doutrinária que reforça a ideia da singularidade da prestação de serviços é a que ressalta as peculiaridades dessa prestação quanto ao caráter individualíssimo e de cunho não mercantil.

É da lição de Marçal Justen Filho, in Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, nº 6. p. 274-5, que se extrai a conclusão de que é inviável e incompatível com a natureza do interesse público a ser satisfeito a competição de cada advogado por critérios objetivos, senão vejamos:

Temos, portanto, de examinar se as regras que regulam o exercício da atividade são compatíveis com a natureza do certame licitatório. E isso propicia uma distinção fundamental, entre atividades empresariais ofertadas ao mercado, que se fazem sob regime competitivo, e atividades que não se fazem sob regime competitivo. Posso imaginar que há certo tipo de atividade que é caracteristicamente atividade empresarial, em que a estruturação da atividade é busca de clientela e de oferta permanente de contratação no mercado. Quando se trata de serviços que retratam uma atividade subjetiva, psicológica, que são, em última análise, continuação de uma manifestação interna de liberdade, não podemos assemelhar o desempenho da atividade a uma empresa como regra.

No caso em estudo, ainda que se cogitasse não haver singularidade no objeto contratual, o que se admite apenas ad argumentandum, já que resta claro que a própria natureza dos serviços prestados é singular, é importante destacar que o rol de situações elencadas pelo legislador, aptas a ensejarem a contratação direta por inexigibilidade de licitação, estão dispostas em números apertus, ou seja, estão listadas de forma exemplificativa, de forma a contemplar outras situações onde há inviabilidade de competição.

Acerca do assunto, José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 14ª ed., Ed. Lúmen Juris, 2005, p. 217, assim externa sua convicção:

No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta e locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.

Perfilhando tal entendimento, Eros Roberto Grau, hoje Ministro do Certe Execelsa, em matéria publicada na RDP 100, p. 32, sob o título Inexigibilidade de licitação: Aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico, preleciona o seguinte:

Assim, temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de competição: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado quando houver inviabilidade de competição inscrito no caput desses mesmos preceitos normativos.

Nessa esteira, não há como conceber a possibilidade de competição no serviço prestado, pois cada um é dotado de qualidades, de técnica, enfim, de atributos personalíssimos que os fazem particularmente singulares em relação a cada um.

DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

É a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 25, § 1º, que estabelece o que vem ser a notória especialização. É aquela detida por profissional ou empresa, no campo de sua especialidade.

É quase unânime que o conceito de notória especialização traz em si mesmo certa propensão à ambigüidade. Tem-se embutido aí, para alguns, a característica de exclusividade. A ser verdade isso, seria redundante o inciso I do art. 25 da referida Lei, restando inútil a previsão do inciso II. Neste particular, corrobora a sempre veiculada jurisprudência do TCU quanto ao assunto, calcada no destacado voto do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, constante da Decisão-TCU nº 565/95, parcialmente transcrito a seguir:

Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e conseqüentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha ‘notória especialização’: será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendendo assim tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.

E conforme Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Edição, Dialética, São Paulo, 1998, p. 265, **“não se exige que o profissional tenha reconhecimento de sua capacitação e especialização perante a comunidade. Exige-se, isto sim, que se trate de profissional destacado e respeitado no seio da comunidade de especialistas em que atua.”**

Por isso mesmo, permitindo-nos reafirmar o que foi dito, não é de se admitir que a notória especialização requeira, necessariamente, o caráter de exclusividade. E dessa forma, não se está aqui a defender que somente a empresa/pessoa contratada poderia ser a única a executar, de forma competente, os serviços objetos do ajuste. Pode haver outros. Mas a competição entre eles encontraria óbices práticos, estratégicos e quiçá legais, conforme documentação anexada aos autos, a empresa juntou documentação que demonstrava sua notória expertise no serviço que pretende contratar a administração pública, nesta esteira, cabendo ao controle interno averiguar mais aprofundado, caso entenda ser prudente, para o critério jurídico que depreende este parecer considera-se preenchido o referido ponto, sem realizar juízo de valor que não cabe a esta procuradoria municipal realizar.

CONCLUSÃO

Diante disto, com fulcro nos fundamentos de fato e de direito articulados ao norte, e para que aspectos de mero formalismo não se sobreponham a questões de fundo, esta procuradoria **OPINA FAVORÁVEL** ao procedimento licitatório de inexigibilidade de licitação que ora analisado.

Registra-se que o presente parecer tem natureza opinativa, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 (Julgados STF: MS n.º 24.073-3-DF- 2002; MS n.º 24.631-6-DF-2007), e apresenta como respaldo jurídico os fatos e fundamentos colacionados.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Cametá/PA, 16 de novembro de 2023.

MAURICIO LIMA BUENO
Procurador do Município
D.M.n 296/2021 – OAB/PA n. 25044