SOLICITANTE: PREFEITO MUNICIPAL DE MOJU.
ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL LIBERAL ESPECIALIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA À PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS CONTRATOS DE REPASSE/CONVÊNIOS FEDERAIS VIA SICONV, BEM COMO AS PRESTAÇÕES DE CONTAS DOS CONVÊNIOS ESTADUAIS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – TCE E RESPECTIVAS SECRETARIAS DE ESTADO.

Trata-se de consulta encaminhada pelo Prefeito Municipal de deste município, quanto à contratação de profissional liberal especializado na prestação de serviços de assessoria à prestação de contas dos contratos de repasse/convênios federais via SICONV, bem como as prestações de contas dos convênios estaduais perante o Tribunal de Contas do Estado – TCE e respectivas Secretarias de Estado.

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.* (grifamos).

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 da 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;*

Já 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.*

Neste ponto, cumpre fazer uma digressão para ressaltar que a contratação em análise fundamenta-se no art. 25, II e §1º da Lei 8.666/93, combinado com art. 13, III e §3º do mesmo Diploma Legal.
O art. 13, III, por seu turno, erige à categoria de serviço profissional especializado os trabalhos relativos à assessoria ou consultoria técnica, e o §3º do mesmo dispositivo vincula o corpo técnico indicado pelo contratado à execução pessoal dos serviços.

DOS SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA SINGULAR

Em análise dos documentos do profissional contratado, resta claro o nexo de causalidade entre o objeto da contratação em apreço, *in casu* contratação de profissional liberal especializado na prestação de serviços de assessoria à prestação de contas dos contratos de repasse/convênios federais via SICONV, bem como as prestações de contas dos convênios estaduais perante o Tribunal de Contas do Estado – TCE e respectivas Secretarias de Estado.
Com efeito, a contratação de prestação de serviços de assessoria e consultoria, seja por meio de profissional pessoa física, ou mesmo pessoa jurídica, **reveste-se de singularidade na medida em que exige do profissional argúcia e desenvoltura em seu mister**, para não levar à bancarrota a atividade desenvolvida pelo administrador público, que por tal motivo deve depositar confiança especial naquele contratado.
Outra argumentação doutrinária que reforça a idéia 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.* (grifo do autor e nosso, respectivamente).

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* (grifos do autor).
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, defendo assim tese de que se deve*

> *preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga* (grifamos)

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 o empresa 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**.

Ex positis, com espeque nos fundamentos de fato e de direito articulados ao norte, e para que aspectos de mero formalismo não se sobreponham a questões de fundo, somos de opinião favorável à legalidade da contratação, com fulcro no art. 25, II, §1º da Lei 8.666/93.

É o entendimento, salvo melhor juízo.
Moju, 07 de Janeiro de 2015.
Atenciosamente,

CAROL DA SILVA LOBO
OAB/PA 12.313

CAROL DA SILVA LOBO:83544070200

Digitally signed by CAROL DA SILVA LOBO:83544070200
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e-CPF A3, ou=(EM BRANCO), ou=Autenticado por AR Instituto Fenacon, cn=CAROL DA SILVA LOBO:83544070200
Date: 2016.10.19 16:40:19 -03'00'