



PARECER JURÍDICO N°. 023/2020

PROCESSO ADMINISTRATIVO DE INEXIGIBILIDADE N° 06/2020-001

INTERESSADO: Prefeitura Municipal

ASSUNTO: Inexigibilidade. Contratação de serviços técnicos de advocacia com especialidades nas áreas do Direito Tributário e Financeiro, para fins de recuperação de receitas da compensação financeira pelo uso de recursos hídricos (CFURH), Royalties e CEFEM (royalties da energia elétrica e dos recursos minerais) para o Município de Novo Repartimento. Singularidade do serviço. Notória especialização. Minuta da carta contrato.

1. RELATÓRIO

Trata-se de emissão de parecer a respeito da viabilidade legal da contratação do Escritório de Advocacia EDSON PEREIRA NEVES ADVOGADOS ASSOCIADOS E CONSULTORES S/S inscrita no CNPJ sob o nº 92.098.441/0001-96, estabelecida na Avenida Carlos Gomes, nº. 700, anexo 502, bairro Auxiliadora, Porto Alegre/RS, CEP: 90.480-000, para prestar serviços técnicos de advocacia com especialidades nas áreas do Direito Tributário e Financeiro, visando a recuperação de receitas da compensação financeira pelo uso de recursos hídricos (CFURH), Royalties e CEFEM (royalties da energia elétrica e dos recursos minerais) para o Município de Novo Repartimento, sem a necessidade de processo licitatório.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

O processo está instruído com a solicitação da contratação, informação de existência de dotação orçamentária, declaração de adequação orçamentária e financeira, ato de nomeação da CPL, autorização para abertura do processo e minuta do contrato.

Nestes termos vieram os autos para emissão de parecer.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Inexigibilidade

Para Administração Pública adquirir produtos e/ou serviços necessita realizar procedimento de licitação pública, na qual selecionará a proposta mais vantajosa entre as oferecidas pelos interessados em contratar com o ente público.

O procedimento possui como objetivo garantir a moralidade administrativa vedando a contratação de qualquer particular sem a demonstração de que seja o melhor para o interesse público. Possui também a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades a todos que têm o interesse em contratar com a Administração Pública, permitindo a competitividade que é essencial para a licitação. Assim é garantida a impessoalidade na escolha do contratado. Tal procedimento é disciplinado na Constituição Federal e na Lei 8.666/93.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

dalei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Depreende-se da leitura do dispositivo constitucional a existência de exceção a regra geral de contratação mediante procedimento licitatório público ao possibilitar a contratação direta em “...casos especificados na legislação...”.

De acordo com esta premissa, o artigo 2º da lei 8.666/93 (licitações e contratos administrativos) consigna que:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (grifo nosso).

A lei de licitações e contratos administrativos seguindo, logicamente, os ditames constitucionais preceitua como regra geral o procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços; alienações, concessões, permissões e locações pela Administração Pública, e como exceção as hipóteses previstas na própria lei.

As exceções previstas na lei nº 8.666/93 estão consignadas no artigo 17, 24 e 25. Para o presente caso cabe analisarmos o artigo 25 da mencionada lei que trata sobre a inexigibilidade de licitação e assim dispõem:

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



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

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;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (grifo nosso).

Os serviços técnicos elencados no artigo 13 da lei são: (i) - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; (ii) - pareceres, perícias e avaliações em geral; (iii) - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (iv)-fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; **(v)-patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;** (vi) - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; (vii) - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Portanto, a legislação autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação de profissional ou empresa especializada para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

É imperioso ressaltar que a autorização de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da lei nº 8.666/93 determina que o serviço técnico especializado seja de **natureza singular**, executado por profissional de **notória especialização**.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua estes dois requisitos da seguinte maneira:

A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

Além dessas características, impõem a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que “singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.¹

Assim, a atuação do referido escritório de advocacia, encaixa-se perfeitamente em um serviço técnico especializado de natureza singular, pois consiste no trabalho intelectual do advogado, ligado a sua capacitação profissional.

Em decorrência da complexidade ou da relevância dos serviços a serem desenvolvidos, requer a contratação de profissionais com reconhecida atuação profissional da área a que se propõe.

Desta forma, deve constar nos autos documentos que atestem a notória especialização do escritório e seu corpo técnico, no que diz respeito a sua experiência na prestação deste serviço para a Administração Pública Municipal.

Sobre o assunto, a egrégia Suprema Corte assim decidiu:

Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395

¹ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 269/270.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

do mesmo diploma legal. **2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.** **3. 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.** 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput). **INQUÉRITO 3.077 ALAGOAS. MIN. DIAS TOFFOLI.**

Sobre a possibilidade da Contratação de resultado e no referido percentual, em ações voltadas para recuperação de receitas municipais constitucionais, posicionam-se os Tribunais, *verbis*:

DIREITO TRIBUTÁRIO - VAF - VALOR ADICIONAL FISCAL - PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA AUMENTAR O ÍNDICE - CONTRATO DE RESULTADO - COBRANÇA - RESULTADO NÃO COMPROVADO - ADICIONAL DEFINITIVO - AUMENTO DEVIDO A OUTROS FATORES - PEDIDO IMPROCEDENTE. Tratando-se de contrato de resultado, em que a empresa se obriga a dar assessoria técnica ao município, visando aumentar a sua arrecadação tributário-fiscal para obter aumento no índice de participação no VAF, que é o valor adicionado fiscal, a obrigação somente se perfaz com a efetiva prova de que foram os serviços da contratada que acarretaram efetivamente o aumento do valor adicionado definitivo. **O contrato se configura como de risco ou de resultado em face da própria estipulação do preço, acordado em 20% sobre o valor efetivamente adicionado, conforme cláusula contratual. A cláusula é clara e permite a incidência do percentual de 20% sobre o valor aumentado em virtude dos serviços prestados, entendimento que se coaduna com o princípio da moralidade da administração pública, pois não pode o prestador de serviços ao município**



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

participar de arrecadação a que não deu causa. Não comprovado que o aumento do VAF definitivo se deu em virtude dos serviços prestados, mas em razão de outras circunstâncias, devidamente certificadas pela Fazenda, não tem direito a prestadora de serviços ao percentual avençado. (TJMG, 1ª Câmara Cível, AC Nº 1.0151.02.002198-7/001; Comarca de Cássia; Relatora a Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade; Minas Gerais de 03.12.04).

“Ementa: Constitucional e Administrativo. Ação popular. Contratos de prestação de serviços profissionais especializados. Inexistência de lesividade e de ilegalidade. A ação popular tem como pressupostos essenciais a ilegalidade do ato administrativo e a lesividade ao patrimônio público. A autorização legal e a causa regularmente justificada para a contratação de serviços profissionais especializados de natureza singular, com prévio procedimento de inexigibilidade de licitação, bem como a inexistência de prova de desvio ou de prejuízo patrimonial ao ente público inviabilizam a procedência dos pedidos de declaração de nulidade dos contratos e de ressarcimento do erário. Rejeitam-se as preliminares e dá-se provimento aos recursos.”
(TJMG, AC 1.0461.03.011108-6/001; 4ª - Câmara Cível - Relator Desembargador Almeida Melo, DJ de 02/09/08).

Esta questão também já foi enfrentada pelo Tribunal de Contas que assim decidiu:

[...]18. O conhecimento e experiência acumulados não poderiam ser desconsiderados. Assim, aliado a essa circunstância, ocorreram negociações para alterar a forma como seriam calculados os honorários, acontecendo, nesse ínterim e em razão dessas tratativas, o distrato do primeiro contrato. As novas bases equiparam-se àquelas definidas para o patrocínio da causa da CHESF contra o consórcio CBPO/CONSTRAN/MENDES JÚNIOR, relativo à inclusão do fator K no contrato de obras civis da Usina de Xingó. E a cláusula de êxito ficou limitada a R\$ 3,5 milhões, em caso de vitória absoluta da estatal.”

[...]“132. Considerando que a contratação com fundamento em inexigibilidade de licitação se deveu ao renome e conhecimento especializado do primeiro advogado aliado aos conhecimentos da causa adquiridos no curso do recurso de Apelação junto ao TJ/PE, temos que sua participação nos serviços contratados deve ser sempre garantida, em conformidade com o art. 13, § 3º, da Lei nº 8.666/93, in verbis:

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

... omissis

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

... omissis

§ 3º. A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.’ (grifamos) 133. Pelo exposto, entendemos que **não houve irregularidade na celebração do Contrato nº CT-E-92.98.1850 e opinamos no sentido de que a presente Representação seja, no mérito, considerada improcedente, determinando-se à CHESF que promova a repactuação da cláusula 1.2 do Contrato nº CT-E-92.98.1850, de forma a garantir que os serviços contratados tenham sempre a participação do Advogado José Paulo Cavalcanti Filho.**

17. No que se refere à segunda contratação do Escritório de Advocacia José Paulo Cavalcanti, por inexistência de licitação, também considerada irregular pela SECEX/BA, cabe ressaltar, de início, que foi efetuada em bases distintas da primeira. Já nessa época, o mencionado escritório, pela experiência acumulada no primeiro contrato, habilitou-se como a alternativa que melhor atenderia aos interesses da CHESF. Nesse sentido, registrou a CI-ADJ/PR-019/98 encaminhada ao presidente da estatal (fls. 84/87 do volume II): “Na Apelação da qual resultou a anulação da decisão de 1ª instância e reinício do processo a partir de sua origem o Escritório José Paulo Cavalcanti, através dos Drs. José Paulo Cavalcanti Filho e Alcides Espíndola para produzirem a peça de defesa da CHESF, que obteve total aceitação na 2ª Câmara Cível do T.J. de Pernambuco, acumulou um notável acervo de dados e argumentos essenciais para os embates jurídicos previstos no desenvolvimento da nova tramitação da Ação de Cobrança.” E que “(...) ficando o Escritório José Paulo Cavalcanti obrigado a garantir que os referidos profissionais se responsabilizem pessoal e diretamente pelos serviços técnicos especializados objeto do Contrato, estarão plenamente atendidas as condições de inexistência estabelecidas na Lei 8.666.”

[...]” (TCU – Processo n. 006.761/2002-8 – Acórdão n. 88/2003 – 2ª Câmara)

Portanto, resta demonstrada a legalidade na contratação na forma apresentada pela consulente.

2.2 Minuta da Carta Contrato

Sobre os contratos/cartas contratos celebrados pela administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² afirma que:

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 300.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, de acordo com tal conceituação, os contratos da Administração Pública podem reger-se pelo direito privado ou pelo direito público. Nos contratos privados é garantida uma relação de igualdade entre a administração pública e o particular, diferente do que ocorre no contrato público, no qual são garantidas prerrogativas à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular.

É importante alertar que nos contratos, tanto no regime privado como no regime público, estão presentes a finalidade e o interesse público, os quais são pressupostos necessários e essenciais para a atuação da Administração. O que realmente os diferencia **“É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo³.”**

Esta atuação da Administração na relação contratual com o particular, impondo a sua supremacia, é evidenciada através das denominadas *cláusulas exorbitantes do direito comum*, as quais não necessitam estar previstas expressamente no contrato, pois sua existência decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas não são lícitas em um contrato privado, pois desigualaria as

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. Pág. 226.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

partes na execução do ajustado, no entanto são válidas no contrato administrativo, pois visam demonstrar a supremacia da Administração.

Consideram-se como cláusulas exorbitantes: (i) alteração ou rescisão unilateral do contrato; (ii) exigência de garantia; (iii) fiscalização da execução do contrato; (iv) aplicação de penalidades; (v) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; dentre outras.

Porém, ao utilizar-se das cláusulas exorbitantes, a Administração deve garantir equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que não haja prejuízos ao contratado/particular, como elevações de preços que tornem mais onerosa a prestação ao qual está obrigado, dentre outras situações que causem ônus a parte contratada. Esta determinação possui previsão Constitucional no artigo 37, XXI, ao afirmar que os contratos deverão conter *cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*. Assim, garante-se uma proteção a quem contrata com a Administração, evitando que a posição de supremacia sobre o particular seja desmedida, sem qualquer controle e acabe por ferir preceitos constitucionais, bem como torna viável e seguro ao privado a contratação com a administração pública.

Diante dos conceitos e de todas estas características que identificam um contrato/ carta contrato administrativa, e a partir da análise da minuta da carta contrato referente ao processo administrativo em tela, pode-se identificar tal carta contrato como um contrato administrativo, e o aplicar as normas do regime jurídico público, dentre elas a lei nº 8.666/1993 e alterações posteriores.



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

A partir de então, é necessário averiguar se a minuta da carta contrato referente ao processo administrativo em tela contém todas as cláusulas obrigatórias para sua efetivação, o que comprovou-se em parte.

Em relação a cláusula 5.4, entendo que a mesma é prejudicial à Administração, devendo ser substituída por outra que preveja a atualização pelos índices legais e juros aplicáveis a caderneta de poupança, os quais somente poderão incidir em caso de não pagamento dos honorários pactuados, após a recuperação efetiva dos créditos/valores.

Recomendo, também, a exclusão do item IV da cláusula oitava, visto que todos os custos relacionados à prestação dos serviços são de responsabilidade da contratada, não havendo motivos para a existência de despesas extras.

No mesmo sentido, por não haver amparo legal, recomendo a exclusão do item 10.2.1 da cláusula décima.

Assim, observadas as normas citadas, bem como as recomendações, opino pelo prosseguimento do feito.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, observada as recomendações abaixo indicadas, entende esta Assessoria Jurídica pela possibilidade/viabilidade da contratação direta por inexigibilidade de licitação (processo nº 6/2020-001), ante a comprovação dos requisitos para a sua concretização, com fundamento nos artigos 25, II e 13, V da lei nº 8.666/93, bem como entende que preenchidas as exigências legais previstas no artigo 55 da lei nº 8.666/93 a minuta da carta contrato possui legalidade, devendo retornar o processo a Comissão de Licitação para as providências cabíveis, bem como para cumprimento das seguintes recomendações:



ESTADO DO PARÁ
MUNICÍPIO DE NOVO REPARTIMENTO
CNPJ: 34.626.416/0001-31
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM

- a) Readequação da cláusula 5.4, conforme fundamentação acima;
- b) A exclusão do item IV da cláusula oitava, visto que todos os custos relacionados à prestação dos serviços são de responsabilidade da contratada, não havendo motivos para a existência de despesas extras;
- c) Por não haver amparo legal, recomendo a exclusão do item 10.2.1 da cláusula décima;
- d) Recomenda-se remessa ao controle interno para análise e parecer.
- e) Respeito a publicidade, na forma da Lei.

É o parecer, salvo melhor juízo. 12 Laudas.

Novo Repartimento/PA, 14 de Fevereiro de 2020.

AVEILTON SOUZA
Procurador-Geral
OAB/PA 19.366
Portaria 017/2020