

PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO nº. 006/2023-001 – Inexigibilidade de Licitação
PARECER JURÍDICO ANALÍTICO DO PROCESSO

Ementa: Parecer Jurídico Analítico do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº. 06/2023-001, que objetiva a contratação de empresa especializada em serviços de assessoria e consultoria Advocatícia objetivando a tomada de todas as medidas administrativas e judiciais para reconhecimento do Município ao recebimento e/ou aumento da parte que lhe cabe como compensação financeira pela exploração mineral – CFEM.

Empresa: CUNHA PONTES SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ nº. 06.226.354/0001-35

Trata-se de pedido requerido pela Secretaria Municipal de Fazenda cuja contratação a ser realizada por meio da modalidade de inexigibilidade de licitação, ainda sob o manto da Lei 8.666/93, art. 25, III, c/c 13 e 26 do referido ordenamento, objetivando o desenvolvimento de serviços de assessoria e consultoria Advocatícia para a tomada de todas as medidas administrativas e judiciais à elevação dos índices da compensação financeira pela exploração mineral – CFEM.

I – DO RELATÓRIO

Consta dos autos:

- 1) Que a Secretária de Fazenda, senhora Maria José Braga de Almeida Sousa, Portaria nº. 022/2022 encaminhou memorando, justificativa e Termo de Referência para a contratação da empresa especializada **CUNHA PONTES SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ nº. 06.226.354/0001-35**, objetivando o desenvolvimento de assessoria e consultoria Advocatícia, administrativa e judiciais à elevação dos índices da compensação financeira pela exploração mineral- CFEM;
- 2) Foi encaminhado pela empresa interessada a proposta de honorários, incluindo currículo, definição do objeto, prazo, rescisão, responsabilidade técnica, além da Alteração do Contrato Social da empresa, averbado na OAB-SP; Documentos pessoais do sócio;

- Certificado de Doutorado em Direito na área de concentração Direito Econômico e Financeiro; Certificado emitido pela Harvard Law School, para o Programa f Instruction for Lawyers, Attestados de Capacidade Técnica emitido pelo Município de Itaituba, Contrato Administrativo 040/2022/SEMAG, processo nº. 018/2022, firmado com o Município de Santarém; Cartão CNPJ; Certidão Federal, FGTS; Trabalhista; Estadual do Pará; Estadual do Estado de São Paulo; Municipal do Estado de São Paulo; Demonstração de resultado (Balanço Patrimonial não assinado digitalmente nem registrado), Declaração de que não contrata menor elaborado e encaminhado pelo contratado a empresa Helenilson Cunha Pontes, OAB-SP 006473;
- 3) Ofício 012/2022/PMEC/SEMFAZ emitido pelo Secretário de Administração solicitando à Coordenadora do Departamento de Compras senhora Josy Kalyne Brarros, Portaria 0557/2021, a realização de pesquisa de preços de mercado, a fim de comparar os valores praticados no mercado interno, dentro do Estado do Pará, para o desenvolvimento de atividades semelhantes. Para tanto, faz a juntada de informações retiradas do Mural de Licitações do TCM-PA, ocasião em que: i) O Município de Tucuruí, processo 06/2021-004, contrato nº. 2021.0100, contratou a empresa MC- CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA, CNPJ 83.939.199/0001-45, ao valor de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) a ser pago em 12 (doze) parcelas de R\$ 30.000,00 (trinta mil) para desenvolver objeto mais abrangente e semelhante;
 - 4) Despacho do Secretário de Administração solicitando ao Departamento Contábil a informação sobre a existência de recursos orçamentários, contendo elemento, dotação e sub-elementos para cobrir a despesa mensal proposta;
 - 5) A Prefeita Iara Braga Miranda emitiu a Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira, nos termos da LC 101/00, que a despesa ora contratada está em consonância com o PPA, LDO e LOA para o ano de 2023;
 - 6) Despacho emitido pela Prefeita Iara Braga Miranda autorizando a CPL para que proceda à abertura do processo para a contratação da empresa;
 - 7) CPL procede a autuação do processo nº. 006/2023, modalidade Inexigibilidade; Inclui Portaria 100/2022 que constitui a Comissão de Licitação e designa Pregoeiro etc;
 - 8) A CPL assina documento do processo de inexigibilidade, contendo: fundamentação legal; Justificativa da contratação da empresa **CUNHA PONTES SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA**, Singularidade do objeto; Notória especialização e razão da escolha;

Justificativa do preço; Segue ainda a Minuta do contrato, contendo os elementos básico exigidos pelo art. 55 da Lei 8.666/93;

DA ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, cumpre observar que o exame dos presentes autos restringe-se aos aspectos jurídicos, excluídos aqueles de natureza técnica e discricionária da motivação da contratação. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação ao interesse público, tendo observado todos os requisitos legalmente impostos.

É importante deixar claro que os pontos porventura debatidos e os questionamentos levantados não visam afrontar o poder discricionário dado à Autoridade Competente, todavia, como órgão responsável pela orientação jurídica da Administração Pública Municipal, **apesar do cunho opinativo e não decisório deste parecer**, esta Assessoria Jurídica tem o dever de apresentar os parâmetros legais a serem atendidos na presente contratação por essa modalidade escolhida - Inexigibilidade de licitação.

Quanto à justificativa, esclarecemos que não compete ao órgão jurídico adentrar o mérito - oportunidade e conveniência - das opções do Administrador, exceto em caso de afronta aos preceitos legais, **mas a motivação dos atos administrativos** que declarem a inexigibilidade de processo licitatório é essencial para a validade do procedimento, cujo respaldo se dá na forma do artigo 20 da LINDB e regulamentado pelo Decreto 9.830/19.

O papel do Órgão jurídico é recomendar que a justificativa seja a mais completa possível, orientando o Órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para eventuais questionamentos. Observamos inicialmente que foi apresentado, pela Autoridade Competente, a necessidade de contratação de empresa para prestação de serviços **de consultoria e assessoria técnica jurídica em recuperação tributária, com ênfase no levantamento, apuração e recuperação da CFEM.**

Assim, excluindo-se os aspectos técnicos e econômicos que consubstanciaram o pedido de contratação por inexigibilidade de licitação, passemos, *estritamente, a análise dos elementos/requisitos jurídicos* do presente processo, respeitando-se aos conceitos de "serviços especializados" e "empresas de notória especialização", que norteiam o objeto da almejada contratação.

De modo que, regra geral, é que todas as Unidades da Federação Brasileira e seus Poderes sujeitem-se à obrigatoriedade de licitar, salvo nos casos/exceções previstos pela Lei de licitações (Lei nº 8.666/93), estabelecidos, por exemplo, no caso do art. 25, onde a Administração Pública está autorizada a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas, com o fornecedor, sem a concretização de certame licitatório.

Marçal Justen Filho, tecendo comentários à Lei de Licitações (art. 25), aduz que *"é imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação."*

O art. 25 da Lei nº 8.666/93 define o instituto da inexigibilidade de licitação, relacionando-o às situações em que a competição entre os potenciais interessados é inviável. Além disso, o referido dispositivo exemplifica algumas situações comuns em que a licitação não será exigida. Leia-se o dispositivo em sua íntegra:

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 frita 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 art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 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.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Perceba que a inviabilidade de licitação não decorre da ausência de pluralidade de pessoas ou objetos para a competição, como ocorre no inc. 1 do mesmo artigo, *mas sim a ausência de critérios objetivos para a comparação entre os potenciais interessados.*

A grande questão é que não há como realizar uma avaliação comparativa entre profissionais técnicos com notória especialização. Esses profissionais destacam-se dos demais justamente por terem experiência e conhecimento peculiares, o que inviabiliza o estabelecimento de critérios objetivos para comparação.

Assim, como não há possibilidade de fixação dos critérios de comparação entre os diferentes interessados, a competição torna-se inviável, o que fulmina a razão de ser do certame licitatório.

É justamente para situações como essa que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, com o apoio do permissivo constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, tornou inexigível a licitação pública para algumas contratações. De acordo com Renato Geraldo Mendes, em artigo recente publicado na Revista Zênite2:

"Assim, a licitação não deve ser realizada quando: a) a isonomia não puder ser assegurada em razão de uma condição de exclusividade, tal como ocorre na hipótese do ins. 1 do art. 25 e no inc. X do art. 24 da Lei 8.666/1993; b) não for possível definir um critério objetivo para escolher o terceiro razão das peculiaridades especiais que caracterizam o objeto e inviabilizam a possibilidade de competição jurídica, tal como na hipótese descrita no cavut e nos incisos II e III do art. 25 e nos incisos XIII, parte inicial e XV do art. 24 da Lei no 8.666/1993.

Em todas as hipóteses acima, além de a vedação decorrer da impossibilidade de haver condições de assegurar igualdade entre os agentes por ser impossível a escolha objetiva, a questão se relaciona diretamente com a ideia de contratação eficiente, conforme já destacamos."

Como exposto, o art. 13 da Lei nº 8.666/93 estabelece um rol com os "serviços técnicos profissionais especializados". Como se pode perceber, esses serviços configuram atividades intelectuais específicas, cujo exercício depende de habilidade e qualificação especializada. Leia-se:

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

Os serviços elencados no art. 13 da Lei nº 8.666/93 não foram declinados em lei apenas para efeito de complementar o inc. II do art. 25. O § 1º do art. 13 indica que esses serviços devem ser contratados preferencialmente mediante a realização de licitação pública na modalidade concurso, quando não for o caso de sua inexigibilidade. Ainda, o § 29 do art. 13 reforça a aplicabilidade do art. 111 da mesma lei, prevendo que a "Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração". E, por fim, o § 3º do art. 13 determina que o prestador de serviços técnicos especializados que apresentar "relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato".

Assim, *in casu*, temos três requisitos a serem cumpridos:

- a) O legal, referente ao enquadramento dos serviços no rol taxativo do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (serviço especializado);
- b) O subjetivo, consistente nas qualificações pessoais do profissional (notória especialização);

c) O objetivo, consubstanciado na singularidade do objeto do contrato, ou seja, do serviço a ser contratado.

O primeiro dos critérios a justificar a inexigibilidade da contratação, o aspecto legal, impõe que se trate de serviços técnicos especializados. Nesse sentido, os serviços prestados pela empresa, descritos na documentação apresentada, em especial no seu objeto social, revelam-se compatíveis com o art. 13, III, da Lei nº 8.666/ 93.

Desta forma, é que o ordenamento jurídico permite a contratação direta de tais serviços, inexigindo o procedimento licitatório, tendo em vista a "impossibilidade lógica" de a Administração pretender o melhor serviço pelo menor preço, nessas condições.

A manifestação do Tribunal de Contas dos Municípios do Pará na consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Canaã dos Carajás, que culminou com a Resolução nº 11.495/2014, confirma a possibilidade de contratação de consultoria jurídica e contábil por meio da inexigibilidade, senão vejamos:

"1. Primeiramente destaco que este Tribunal vem acatando as contratações desta natureza, quando configurados os elementos que distinguem a contratação excepcional, pela via da inexigibilidade licitatória.

2. Verificada a realidade dos municípios, jurisdicionados deste TCM/PA é certo que algumas atividades jurídicas e contábeis, de interesse da administração pública não encontram pessoal qualificado, quer 'na administração pública, quer no próprio município, para atender a tais necessidades, impondo aos ordenadores à busca de prestadores de serviços qualificados junto à iniciativa privada."

Ao final, consignou-se:

"Concluo, assim, que as contratações de assessoria jurídica ou contábil, por meio da exceção licitatória contida no permissivo de inexigibilidade de licitação, devem ser sempre apreciadas caso a caso, com base no objeto perseguido e indispensável ao atendimento das necessidades da municipalidade, o qual deverá estar assentado, ainda, no tripé singularidade, especialidade e confiança, onde caberá, a consideração acerca das condições específicas da unidade contratante, a qual comporta grande diversidade, quando vislumbramos a realidade de cada um dos 144 (cento e quarenta e quatro) municípios sob jurisdição desta Corte de Contas, no que se consagra a máxima constitucional do tratamento isonômico, dando-se tratamento igual aos iguais e, desigual aos desiguais."

Acerca da inviabilidade de competição em decorrência da notória especialização, convém citar a Súmula 252 do TCU:

"A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado."

É bom que se diga que essa análise deve estar relacionada com as finalidades do objeto. Para Marçal Justen Filho, a notória especialização "dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada." Depreendem-se da análise dos autos que a empresa que se pretende contratar, a fim de demonstrar a notória especialização no objeto da contratação, juntou aos autos os documentos abaixo elencados:

Ao **conceituar "notória especialização", o dispositivo legal** encerra com a expressão "que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato". Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma análise subjetiva da autoridade competente para celebrar o contrato.

Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas.

Mais uma vez nos socorreremos de excerto do já citado **Acórdão 439/98-Plenário, TCU**, que traz citação de brilhante lição de Eros Roberto Grau:

"Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: '...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança**. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de

notória especialização do contratado ou contratada.' (Eros Roberto Grau, in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Em relação a essa afirmação, no mesmo precedente, encontramos as palavras de Jacoby, in verbis:

"Portanto, cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é 'essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato', (...) Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. ('in' Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306) (grifo acrescentado)

O legislador exigiu ainda, que os serviços contratados tenham natureza singular. Tal posicionamento da Corte de Contas encontra-se, inclusive, sumulado pelos verbetes nº 39/2011, in verbis:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Acrescento ainda que conforme prevê a Lei 14.039/20 a contratação desse tipo de profissional, quando comprovada a notória especialização, por si só configura um serviço especializado, fato que dificulta a promoção da competição ensejadora da licitação.

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Assim, para elucidar a questão, colaciono um trecho do artigo¹ escrito pela Professora Gabriela Pércio para colaborar com o entendimento proposto:

Nesta esteira de entendimento não se pode olvidar que, ao se tratar de serviços advocatícios e contábeis, é quase impossível estabelecer critérios objetivos que possibilitem a comparação objetiva de propostas, tendo em vista as características individuais do executor do serviço, e neste caso importante observação realizada pelos nobres articulistas e professores Gabriela Pércio e Ronny Charles, que através da notoriedade que os cercam, encartam entendimento, em artigo publicado na página do Professor Ronny, inclusive à luz da jurisprudência do TCU, de que:

“Não quer significar, em última análise, que somente um particular terá condições de executar o serviço a contento ou que somente um dentre os vários será digno da confiança da autoridade competente, **mas, sim, que um deles será escolhido por ela porque, na sua percepção, oferece maiores chances de alcançar os resultados pretendidos.** A discricionariedade é elemento intrínseco claro e irrefutável a essa hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme igualmente reconhecido pela doutrina e pelo TCU na Decisão 439/1998 – TCU/Plenário, proferida em caráter normativo.^[1] (grifo nosso)

Ultrapassadas tais premissas, a Lei foi mais célere que o próprio Supremo Tribunal Federal – STF, que desde o ano de 2011, está de posse de um

¹ <https://ronnycharles.com.br/a-lei-14039-2020-reflexoes-acerca-da-sua-adequacao-legal-e-constitucional-nas-contratacoes-publicas/>

processo (concluso os autos para o relator em 22 de abril de 2020) acerca da possibilidade de contratação direta de serviços jurídicos por entes públicos, através do Recurso Extraordinário (RE) 656558, com repercussão geral reconhecida, que tinha como relator, o ministro Dias Toffoli.

Entendeu o ministro que a contratação é possível, tomadas as devidas precauções, e para que tal ato configure improbidade administrativa é necessária a comprovação de presença de dolo ou culpa por parte dos agentes envolvidos

Pois bem. O serviço a ser contratado é caracterizado como sendo um **serviço técnico profissional especializado, tendo a sua natureza singular atestada** pela Autoridade Competente, conforme acima citado.

É mister esclarecer que a atividade de **consultoria que se pretende contratar, possui natureza predominantemente intelectual, e por tal motivo, é personalíssima e singular**. Os serviços prestados por tal profissional decorrem de **conhecimentos individuais**, destreza na análise dos dados apresentados e fluência na matéria contábil e tributária. Nesta linha, é impossível à administração municipal traduzir tantos adjetivos em critérios eminentemente objetivos que possam ser mensurados pelo menor preço.

Importante citar o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União quanto à conceituação de **"singularidade"**, senão vejamos:

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. (..)

"Primeiramente, porque o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade. Para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, entendo não existir um serviço que possa ser prestado apenas e exclusivamente por uma única pessoa. A existência de um único sujeito em condições de ser contratado conduziria à inviabilidade de competição em relação a qualquer serviço e não apenas em relação àqueles considerados técnicos profissionais especializados, o que tornaria letra morta o dispositivo

legal." "Em segundo lugar, porque singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado." Seguindo o voto do relator, as justificativas dos responsáveis foram acatadas pelo Plenário. (Acórdão 1074/2013-Plenário, TC 024.405/2007-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 8.5.2013)

O Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do **Acórdão nº 1.437, publicado em 03 de junho de 2011, aprovou a Súmula nº 264**, consignando que a inexigibilidade de licitação não se verifica apenas pelos seus critérios objetivos, mas pela subjetividade da escolha de um profissional ou empresa de confiança para execução do serviço de natureza singular. Eis:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, **capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação** inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei no 8.666,4)3. (grifei).

O **elemento confiança** traz naturalmente a discricionariedade da autoridade administrativa na escolha da empresa ou profissionais. Nesse sentido traz-se trecho do voto do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva na **Decisão-TCU nº 565/95**:

"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." (grifamos)

No Acórdão 1397/2022 - Plenário da Corte de Contas, o relator ponderou que:

Portanto, a contratação direta por inexigibilidade, com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, exige simultaneamente a demonstração dos seguintes requisitos: **(i) que o objeto se inclua entre os serviços técnicos especializados do artigo 13 da Lei de Licitações; (ii) que tenha natureza singular; e (iii) que o contratado detenha notória especialização.** Não posso deixar de observar o fato de que a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) acabaram por excluir a exigência de que o serviço tivesse natureza singular, tal como previsto no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, fato suficiente, a meu ver, para que esta Corte de Contas revise o seu entendimento da matéria. A exigência de singularidade sempre foi particularmente complexa de ser demonstrada para a contratação de serviços técnicos especializados, mas a jurisprudência do TCLI caminhava no sentido de que a singularidade não poderia ser equiparada à unicidade do prestador de serviços.

Visando embasar seu posicionamento, o relator citou os seguintes posicionamentos doutrinários:

"A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. [...]

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a

Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação, pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização." [JUSTEN FILHO, Marçal. "Comentários à lei de licitações e contratos administrativos", 14 a ed., 2010, Dialética, São Paulo, p. 371].

Mais adiante, o relator tratou mais precisamente da singularidade:

"Adentrando no exame da singularidade do objeto, ênfase que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. (...)

O relator citou o **Acórdão 204/2005-TCU-Plenário**, concluindo pela caracterização da **singularidade do objeto** em tela e motivação na escolha dos contratados:

"Nesse sentido, o TCU proferiu o Acórdão 204/2005-TCU-Plenário, que ratificou permanecer a critério do gestor público a escolha do contratado, visando à satisfação adequada do interesse público: "

16. Verifica-se, então, do entendimento desse texto que o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão."

Essa é a melhor interpretação da Súmula 264 do TCU, de que a contratação de serviços por notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de

ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Nesse ínterim, observo que os integrantes da Cigi não se limitaram a prestar meros serviços de supervisão e acompanhamento das investigações, mas emprestaram os seus nomes, sua reputação, para que os resultados alcançados fossem considerados isentos, imparciais e independentes, deforma a obter a aceitação dos órgãos reguladores e dos agentes de mercado. Embora isso não necessariamente torne os contratados da Cigi como prestadores de serviço exclusivos, não se pode olvidar que justifica sua contratação, caso presentes os requisitos exigidos para o enquadramento da contratação no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993.

Saliento que o fato da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha dos profissionais a serem contratados, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação. Portanto, com as vênias de estilo ao entendimento da unidade técnica e do MP/TCU, julgo que resta caracterizada a singularidade do objeto em tela e que a escolha dos contratados foi devidamente motivada."

Quanto à necessidade de ***justificativa de preço***, a jurisprudência do TCU sinaliza no sentido de que em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93):

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados_ pelo_fornecedor junto_a_outras instituições _públicas _ou_ privadas. Pedidos de Reexame interpostos por gestores do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) questionaram deliberação pela qual o TCU aplicara multas aos recorrentes em razão, dentre outras irregularidades, da "aquisição de equipamentos, por dispensa de

licitação (art. 24, XXI, da Lei 8.666/93), por preços unitários superiores ao menor preço obtido na cotação/pesquisa de mercado, sem justificativa para a escolha do fornecedor e do preço praticado". Ao analisar as razões recursais, o relator entendeu que a escolha dos fornecedores para as aquisições "foi tecnicamente motivada pela entidade". Quanto ao preço, destacou que, "mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art 26,III, da Lei 8.666/93 ", ressaltando ainda que "o Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar - justificativa circunstanciada (...). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme ...o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas". Nesse sentido, concluiu o relator que, no caso concreto, a prática adotada pelo Inmetro para os casos de dispensa de licitação estaria de acordo com o entendimento do TCU. Quanto aos casos de inviabilidade de licitação, observou que não fora comprovado "que a entidade tenha promovido alguma medida tendente a verificar outros preços praticados pelo fornecedor exclusivo do microscópio". Considerando que a manutenção da multa aplicada aos gestores seria medida de extremo rigor, "especialmente frente à ausência de dano ao erário", o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, deu provimento aos pedidos de reexame, afastando a sanção imposta aos responsáveis. (Acórdão 15652015- Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rego, 24.6.2015)

Parece estranho falar em "justificar a compatibilidade do preço_ contratado com os preços praticados no mercado" quando o assunto é inexigibilidade. Se nessa modalidade de contratação a competição é inviável, como demonstrar a compatibilidade do preço contratado com o preço praticado no mercado?

A Advocacia Geral da União, por meio da **Orientação Normativa nº 17**, de 1º de abril de 2009, se pronunciou que:

"A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos".

O TCU, no **Acórdão 2380/2013-Plenário**, exarou o seguinte entendimento: "*É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.*"

Finalmente, visando reforçar a tese avençada, cabe assentar (em analogia) que o próprio STF vem seguindo o entendimento pela legitimidade da contratação se serviços de consultoria jurídica especializada, a exemplo do Inquérito 3.077/AL, onde o tribunal tratou com proficiência a questão, assentando que o que a norma extraída do **texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança e que em havendo no caso concreto requisitos suficientes para o enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, inexistente ilegalidade**, configurando-se fato atípico.

Por tudo o que foi exposto, dos documentos anexados extrai-se que conforme solicitado pela Secretária de Fazenda, existe a demanda necessária e especializada a ser contratada, a fim de melhorar a receita tributária oriunda do CFEM que é destinado ao Município.

De modo, a *motivação procedimental* resta estabelecida. No que se refere à singularidade do objeto contratado, entendo pertinência, uma vez que é necessário conhecimentos específicos, técnicos e individualizados para a consecução do objetivo que se busca, e a equipe técnica do Município não possui condições de executar.

Já no que **tange à notoriedade**, como os próprios dispositivos legais informaram em linhas supra, a empresa e o profissional contratado possui expertise que juntas somam-se na comprovação da sua capacidade, a qual além da titulação de Doutorado em Direito Financeiro, possui vários atestados de capacidade técnica com outros Municípios em que já presta serviços semelhantes.

Alia-se a esse arcabouço o **elemento "confiança"** que não é só subjetiva pela própria natureza da prestação individual dos serviços, mas também, pela confiança objetiva decorrente dos documentos apresentados.

Outro requisito cumprido é a **pesquisa de preço**, uma vez que o **valor ofertado na proposta** encontra-se compatível, indicando preço menor do que os praticados outras Prefeituras da região que também contratam serviço semelhante, tais como: Prefeitura de Parauapebas, Tucuruí, Câmara de Parauapebas; Novo Progresso etc..

Contudo, há que se ressaltar que a presente contratação se fará com dois tipos de pagamentos de verba honorária: 1) caráter mensal: no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) outro no 2) Êxito da demanda judicial, no importe de 20% (vinte por cento) do valor total apurado;

Sob essa questão, é necessário informar que esse acordo de vontades é típica da discricionariedade praticada pelo Gestor Público/Ordenador. Contudo, como o Parecer é responsável pelas características jurídicas -formais deste acordo.

Nesse sentido, **entendo e recomendo que a proposta da contratada precisa ser melhor discriminada, no que tange aos serviços executados mensalmente, com emissão de relatórios a cada nota fiscal emitida, a fim da Administração Pública aferir o cumprimento efetivo do contrato, nos termos do artigo 63, § 2º, III da Lei 4.320/64 e justificar o valor acertado.**

Já no que se refere às verbas honorárias ad exitum recebidos ao final do processo judicial ou administrativo do CFEM, entendo e recomendo que sejam percebidos, somente a diferença do aumento do benefício econômico auferido pela empresa contratada, uma vez que o Município já possui uma receita de CFEM, com repasse mensal.

Da minuta do contrato verifico que os requisitos do art. 55 da Lei Geral de Licitações, contém as cláusulas necessárias e indispensáveis à sua formalização, do processo.

Contudo, recomendo que sejam inseridas, caso o Gestor entenda necessário, os dispositivos supracitados que se encontram em negrito, a fim de resguardar a Administração Pública de quaisquer diligências.

DA CONCLUSÃO

Face ao exposto, resguardado o poder discricionário do Gestor público quanto à conveniência e oportunidade da prática do ato administrativo, não vislumbro, até o momento, óbice ou máculas ao prosseguimento do feito, uma vez que entendo preenchidos, até o momento, os requisitos legais para a contratação da empresa **CUNHA PONTES SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ nº. 06.226.354/0001-35, no valor global de R\$**

180.000,00 (cento e oitenta mil reais), distribuídos em 12 (doze) parcelas de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) acrescidos de honorário ad exitum equivalente a 20% (vinte) por cento da receita incrementada/ benefício econômico auferida pelo trabalho desenvolvido.

Todavia, antes da assinatura do contrato,

- ✓ *recomendo que a proposta da contratada precisa ser melhor discriminada, no que tange aos serviços executados mensalmente, com emissão de relatórios a cada nota fiscal emitida, a fim da Administração Pública aferir o cumprimento efetivo do contrato, nos termos do artigo 63, § 2º, III da Lei 4.320/64 e justificar o valor acertado.*
- ✓ *Já no que se refere às verbas honorárias ad exitum recebidos ao final do processo judicial ou administrativo do CFEM, entendo e recomendo que sejam percebidos, somente a diferença do aumento do benefício econômico auferido pela empresa contratada, uma vez que o Município já possui uma receita de CFEM, com repasse mensal e que inclua esse objetos e itens no contrato a ser firmado.*
- ✓ *Seguem os autos ao Departamento de Licitações para os demais procedimentos cabíveis, contudo, antes recomendo que a CPL inclua a Consulta ao Cadastro Nacional de empresas inidôneas e suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).*

Posteriormente a isso, o processo poderá seguir seu curso normal para avaliação do Controle Interno, contratação e publicação e demais atos, salvo entendimento diverso.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Eldorado do Carajás - PA, 06 de Janeiro de 2023.

Roberta dos Santos Sfair
Assessoria Jurídica
OAB-PA 21.144-A