



Parecer Jurídico Licitação n.º 05/2017-PGM

ORIGEM: Comissão Permanente de Licitação – Inexigibilidade Licitatória n.º IN 001/2017

OBJETO: Contratação de Empresa para prestação de serviços de Consultoria e Assessoria Contábil para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Breves e suas Secretarias.

PARECER JURÍDICO INICIAL

ADMINISTRATIVO- INEXIGIBILIDADE DE PROCESSO LICITATÓRIO OBJETIVANDO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA CONTÁBIL PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES E SUAS SECRETARIAS - ART. 25, II C/C ART. 13, III E § ÚNICO DO ART. 26 TODOS DA LEI N.º 8.666/93 E SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES- SITUAÇÃO EMERGENCIAL DO INÍCIO DA GESTÃO EVIDENCIADA, INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO CARACTERIZADA- NATUREZA SINGULAR DO SERVIÇO - EMPRESA COM EXPERIÊNCIA, NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO, APARELHAMENTO E EQUIPE TÉCNICA COMPROVADOS- TRABALHO ESSENCIAL E INDISCUTIVELMENTE O MAIS ADEQUADO PARA AS NECESSIDADES DA CONTRATANTE -RAZÃO DA ESCOLHA PELA MELHOR PROPOSTA JUSTIFICADA- PREÇO DENTRO DA PRÁTICA DE MERCADO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA ATRIBUÍDA AO AGENTE ADMINISTRATIVO, QUE AVALIA A EXPERIÊNCIA DOS PROFISSIONAIS COM MARGEM DE LIBERDADE- ESSENCIALIDADE DA CONFIANÇA DEPOSITADA NA CONTRATADA.

A Comissão Permanente de Licitação do Município de Breves-Prefeitura Municipal encaminha a essa Procuradoria, para análise e parecer, o Processo Licitatório que pugna pela possibilidade de Inexigibilidade do certame objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de Consultoria e Assessoria Contábil para atender as necessidades da Prefeitura Municipal de Breves e suas Secretarias.

A área requisitante indica a contratação da Empresa ALBIN CONTABILIDADE E SERVIÇOS EIRELI, empresa que presta serviços de assessoramento em contabilidade pública, que conta com responsável técnico dotado de notoriedade. Em atenção à solicitação constante do despacho emitido pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação, esta Procuradoria Jurídica passa a analisar a legalidade e conveniência da contratação de prestação de serviços desse jaez.

Esses os termos do relatório, pelo qual passamos a opinar:

Ab initio fundamental delinear a real necessidade da contratação objetivada pela administração, prestigiando o interesse público que sempre deverá ser almejado nesse tipo de inexigibilidade de certame. De fato a execução da área contábil-financeira da Prefeitura Municipal de

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE BREVES-PA

Breves deve obedecer o que determina os mandamentos legais em vigor, atendendo rigorosamente o princípio da legalidade estrita. Destarte, os atos de natureza contábil regem-se por inúmeros diplomas legais, tais como, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei n. 4.320/64 que estatui normas gerais de direito financeiro, sem contar as normatizações e regramentos de titularidade dos Tribunais de Contas, os quais, por sua vez, impõem a consecução de uma série de relatórios, demonstrativos, cronogramas, programações, publicações, que exigem um amplo, notório e específico conhecimento a respeito, sob pena de se culminar em rejeição de contas, imputação de multas, afastamento cargo, e outras penalidades ao ordenador da despesa, além, sobretudo, de prejuízos ao regular andamento da máquina municipal e, via de consequência, aos munícipes em geral.

É nesse contexto, envolto a um emaranhado normativo muito complexo que o desenvolvimento das atividades contábeis da municipalidade deve ensejar bem mais que a rotina comum de gestão e repasse de verbas, pois hodiernamente o acompanhamento e a correta destinação dos recursos cingem-se a organogramas e balancetes orçamentários cada vez mais bem elaborados e fiscalizados, prazos exíguos para cumprimento de metas e entrega de relatórios pré estabelecidos, prestação de contas muito mais detalhadas e criteriosas, etc.

No mesma senda, a eficiência técnica para a realização de tais serviços denota um conhecimento especializado e notório e engendra singularidade dos profissionais que irão executá-lo, o acompanhamento de uma consultoria permanente e diferenciada cuja atribuição é também orientar os servidores municipais investidos nas funções contábeis, a exercer de modo legal, zeloso e probo as atividades ligadas a contabilidade. Profissionais esses que não encontramos nas funções mais comuns e rotineiras desenvolvidas quadro de pessoal contido no setor contábil da prefeitura de Breves-PA.

A Constituição da República prescreve:

“Art. 37. (...)

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.”

Sabemos que a licitação é regra, sendo o procedimento administrativo formal para contratação, de forma imparcial, de serviços ou aquisição de produtos pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, donde a autoridade competente avalia, através de requisitos objetivos, aquele que melhor atende a sua pretensão. Leva em conta princípios como impessoalidade, moralidade, eficiência, legalidade, economicidade e, até onde é possível valorar objetivamente, o aspecto técnico.

Não obstante, existem exceções à obrigatoriedade de licitar. O art. 25 da Lei de nº 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação:

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

(...)

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;

(...)

§ 1.º- 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.

A situação em comento engloba a hipótese de inexigibilidade de licitação para determinados serviços técnicos, que possuam natureza singular, realizados com profissionais ou empresas de notória especialização. Esses serviços técnicos estão enumerados no art. 13 da Lei n.º. 8.666/93:

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

(...)

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

Para análise de inexigibilidade, devemos atentar para o fato de que primeiro a competição deve ser inviável. O Professor Marçal Justen Filho, em sua obra, ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 10ª edição, pág. 268 e seguintes’ discorre:

“Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição.”

Segue em suas razões:

“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.(...)”

Segue em seus argumentos Marçal Justen Filho: *“Se a Constituição impusesse a prévia licitação como regra absoluta e não excepcionável, ter-se-ia de reconhecer não uma presunção, mas uma espécie de ficção jurídica. A diferença entre os dois institutos foi longamente estudada nos diferentes ramos do Direito. A presunção absoluta consiste na determinação legal de determinado comando, a partir da experiência acerca do que normalmente ocorre. A ficção reside na imposição normativa de certo comando em dissonância com o conhecimento que se extrai do mundo físico ou social. Na presunção absoluta, o Direito acolhe e generaliza os dados recolhidos pelo conhecimento e pela experiência; na ficção, o Direito infringe e se contrapõe à ordem extrajurídica dos fatos. **Se, portanto, a Constituição proibisse em termos absolutos contratações sem prévia licitação, ter-se-ia de reconhecer uma ficção jurídica. Estaria consagrado que, sempre e em todas as hipóteses, a contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, seria obtida através do procedimento licitatório. Ora, a experiência e o conhecimento demonstram que a licitação nem sempre conduz à consecução de tais objetivos. Seria incompatível com os princípios da República, da moralidade e da isonomia impor como obrigatória, em todos os casos, solução que conducente à frustração dos objetivos norteadores da atividade administrativa. Justamente por isso, a própria Constituição ressalva, no art. 37, inc. XXI, a possibilidade de contratação sem prévia licitação, nas hipóteses disciplinadas pela legislação. Tem de reconhecer-se, portanto, o dever do legislador infraconstitucional prever as hipóteses de contratação***



direta, atentando para os casos onde realizar prévia licitação comprometeria os valores da República, da moralidade e da isonomia. Diante disso, poderia concluir-se com a constatação de que a maior peculiaridade da disciplina constitucional não consiste em “permitir” contratações diretas como exceção à regra geral da prévia licitação. Essa solução impunha-se como derivação direta e inafastável dos princípios constitucionais. Daí se extrai que a contratação direta, sem licitação, envolve o compromisso da Constituição com a aplicação da melhor solução para o caso concreto. O instituto da contratação direta se enquadra no mesmo âmbito da discricionariedade administrativa. Em todos os casos, trata-se da impossibilidade de uma disposição normativa impor, exaustiva e aprioristicamente, uma solução determinada para problemas que podem configurar-se na realidade social com as mais variadas características. Trata-se, portanto, a imposição normativa de que o aplicador do Direito adote, no caso concreto, a melhor solução possível. A consideração acima não significa afirmar que as hipóteses de contratação direta sejam disciplinadas sob regime de discricionariedade administrativa. Defendem-se, isto sim, outros dois postulados. O primeiro é o de que a imposição constitucional da obrigatoriedade da licitação comporta exceções. O segundo é o de que a interpretação das regras sobre contratação direta deverá ser norteadas pelo princípio da supremacia do interesse público. Incumbirá ao aplicador do Direito produzir a melhor solução para o caso concreto. Em suma, rejeitam-se interpretações mecanicistas, orientadas a defender soluções desvinculadas da avaliação dos efeitos concretos e da ponderação efetiva dos valores em jogo, na situação real existente. Esse postulado hermenêutico aplica-se não apenas na aplicação-interpretação da norma constitucional mas também das regras infraconstitucionais, contidas na Lei nº 8.666.” Os grifos são meus.

Para a subsunção do caso concreto ao dispositivos legais faz-se mister a existência concomitante de 02 (dois) pressupostos que determinam a inviabilidade de competição e a consequente inexigibilidade do procedimento licitatório: A natureza singular do serviço a ser prestado e a notória especialização do contratado.

Quanto ao primeiro requisito nos reportamos que serviços técnicos especializados são aqueles que envolvem alta especialização em determinada área do conhecimento, demandando um plus técnico diferenciado, requerendo um conteúdo subjetivo na sua execução, um toque de pessoalidade, que o qualifica como singular.

No dizeres de Marçal Justen Filho: “A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p.278).

Já a característica da singularidade é atribuída a um bem, no sentido de que seja inigualável, podendo ser considerado inequivocamente singular à medida que todos os outros bens lhe são diversos. Pode ser também a qualidade atribuída a um serviço, em razão de suas peculiaridades, devidas principalmente ao meio de execução e não necessariamente ao resultado.

Quanto à singularidade do objeto, mais uma vez Marçal Justen Filho nos ensina: “Em todos os casos de inviabilidade de competição há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea” “...Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite sua comparação com outro. Havendo impossibilidade de comparação entre serviços, e necessitando a Administração dessa determinada prestação, não há que falar em procedimento licitatório, por inviabilidade de licitação. Tais serviços, portanto, são denominados de natureza singular, cuja execução só pode ser atribuída a um determinado profissional ou empresa também não são os únicos do mercado, mas a singularidade do serviço e a comprovada capacitação do escolhido são denominadores comuns ao administrador a justificar a inexigibilidade de licitação”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p.272).

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE BREVES-PA

O requisito da notória especialização, por sua vez, refere-se ao conceito que o profissional goze dentre seus pares, permitindo ao Administrador um prognóstico de que o seu trabalho será essencial e, indiscutivelmente, o mais adequado à satisfação do objeto do contrato, nos termos do disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

No mais, o Enunciado nº. 39 da Súmula do Tribunal de Contas da União assim estatui: *"notória especialização só tem lugar quando se trata de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insusceptível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação"*.

Nesse sentido o mestre Marçal Justen Filho: *"Assim, a conclusão de cursos, a participação em certos organismos voltados à atividade especializada, o desenvolvimento de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras literárias (técnico científicas, se for o caso), o exercício do magistério superior, a premiação por serviços similares, a existência de aparelhamento específico, a organização de equipe técnica etc."*

A escolha de determinada empresa ou profissional, mesmo com as disposições deste permissivo legal, poderá ser bastante subjetiva, gerando problemas com os órgãos fiscalizadores da Administração Pública. Por isso, tal escolha deve ser devidamente justificada e motivada, a fim de que se torne legítima.

É o que aconselha Lucas Rocha Furtado: *"A fim de aferir a legitimidade da decisão adotada pelo administrador, no que diz respeito à escolha da empresa ou profissional a ser contratado sem licitação, deve ser considerada a margem de poder discricionário que a lei expressamente confere ao administrador. A não ser diante de casos em que fique flagrantemente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, a escolha do contratado pelo administrador, desde que demonstrados os requisitos objetivos necessários ao enquadramento no permissivo legal, deve ser considerada legítima."*

Nesse diapasão, para efeito de aferição dos requisitos objetivos necessários a consecução da inexigibilidade pretendida, balizando-se nos conceitos acima delineados de singularidade e notoriedade, e na documentação da pretensa contratada, pode-se concluir primeiramente que esta Municipalidade pretende contratar serviços de assessoramento em contabilização pública e que a proposta da prestação de serviços não apenas envolve uma assessoria pura e simples, mas sim singular dotada de um acompanhamento pormenorizado no âmbito do planejamento, da receita, da despesa e prestação de contas junto ao Tribunal de Contas, o qual enseja um amplo conhecimento técnico, de modo que um profissional ou uma empresa que não detenha em seu corpo consultores, altamente qualificados não será capaz de direcionar a contabilidade por meios eficazes e legais, o que acabará por comprometer o resultado final.

Já com respeito à notoriedade do contratado, insta dizer que decorre da documentação carreada aos autos desse processo administrativo que a empresa ora pretensa contratada, tem responsável técnico com extenso currículo técnico e, larga experiência no mercado, o que confere a Administração a segurança de que a mesma atenderá a sua necessidade de solução de suas demandas contábeis práticas, já que a mesma demonstra êxito no desempenho anterior do serviço, quando da prestação efetivada junto a outras entidades públicas, subordinadas a regime jurídico de contratação semelhante ao do Contratante. Demais disso, elucide-se quanto à notoriedade que ainda que os serviços de Assessoramento em Contabilização Pública, por mais especializados que sejam, possuem mais de um profissional ou pessoa jurídica capacitados para realizá-los, o que possibilitaria, em tese, a competição

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE BREVES-PA

entre os diversos interessados, tem-se como indubitável que esse serviço não pode ser desenvolvido sem a presença de atributos, tais como, larga experiência, criatividade e vasto conhecimento intelectual, tal qual demonstrado na documentação da Empresa, enfim, singularidades impossíveis de serem auferidas objetivamente via certame licitatório, e por isso mesmo inviabilizadores de qualquer competição.

Além de tudo há que perquirir ainda o fator confiança, que apesar de não constar expressamente em lei para hipótese de inexigibilidade, mostra-se como insuscetível de competição, e por isso, vem sendo difundido pela doutrina e jurisprudência, em situações semelhantes ao particular ora discutido. No caso ora em análise, vê-se que a contratação desejada não pode ser realizada a partir de um certame licitatório, e que a empresa escolhida demonstra através do dossiê anexo aos autos, estar no mercado desenvolvendo assessorias há certo tempo, contando com amplo conhecimento e larga experiência, donde resta evidenciada a sua notoriedade.

O voto do ministro Dias Toffoli no Inquérito 3.077-AL STF fez referência a uma questão importante nesse sentido: o âmbito de comprovação da notoriedade do profissional ou empresa. Com efeito, uma interpretação muito restritiva do âmbito da notoriedade poderia inviabilizar a aplicação do dispositivo no âmbito municipal e também dar ensejo à caracterização de indesejável reserva de mercado para profissionais determinados:

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

A existência de uma pluralidade de profissionais aptos à satisfação do objeto, como se disse, não descaracteriza a inexigibilidade, tampouco retira a carga de subjetividade relativa à execução do objeto: cada profissional ou empresa o executaria de uma forma, mediante a aplicação de seus conhecimentos, critérios, técnicas e táticas. Diante dessa pluralidade de opções para satisfazer o objeto desejado, a questão que naturalmente surge é a de como escolher a solução que melhor atenda ao interesse público, remanescendo, na espécie, típico exercício de competência discricionária. **Cabe à autoridade competente e aos seus auxiliares avaliar, motivadamente, a contratação conveniente e oportuna para o município.**

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE BREVES-PA

Assim é que diante de diversos escritórios de contabilidade que sejam portadores de especialização e reconhecimento para a efetiva execução do serviço pretendido pela Administração, a escolha que é subjetiva (mas devidamente motivada) deve recair sobre aquele que, em razão do cumprimento dos elementos objetivos (desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica) transmite à Administração a confiança de que o seu trabalho é o mais adequado (confira-se, no TCU, o Acórdão 2.616/2015-Plenário, TC 017.110/2015-7, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.10.2015).

Nesse sentido, para a correta execução desse serviço mais técnico, profundo e detalhado, mister a busca de profissionais que atendessem a demanda do município nesse sentido e, por conta disso, houve por parte dos solicitantes a pesquisa de preços junto a 03 (três) conhecidos escritórios de contabilidade : M. FAYAL & A MIRANDA ASSESSORIA CONTÁBIL LTDA; NAVEGANTE CONSULTORIA E ALBIN CONTABILIDADE E SERVIÇOS EIRELI.

Aliado ao largo conhecimento técnico já desenvolvido com êxito em outras prefeituras, aos documentos de regularidade apresentados (Certidão Conjunta Negativa, Certidão Negativa de Natureza Tributária, Certidão Negativa de Natureza Não Tributária, Certidão Negativa de Débito Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, Certificado de Regularidade do FGTS- CRF, Certidão Judicial Cível Negativa, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Certidão Simplificada Digital junto à JUCEPA, Termo de Titularidade e Responsabilidade de Certificado Digital da Pessoa Jurídica, Declaração de Enquadramento de ME) e a proposta de preço mais vantajosa para a administração, sem comprometer a qualidade dos serviços prestados, optou-se pela escolha da empresa ALBIN CONTABILIDADE E SERVIÇOS EIRELI como a mais apta e adequada ao objeto da demanda imposta pela prefeitura de Breves-PA.

Como visto, a essa Procuradoria competiu analisar a presença dos requisitos que demonstram que o serviço que se pretende contratar é técnico profissional especializado e o que melhor atende- e de forma diferenciada- às necessidades da Administração Pública . Presentes tais requisitos, expostos acima, entendemos que há a tipificação da hipótese ao tipo legal, SENDO QUE A REFERIDA CONTRATAÇÃO FICA A CRITÉRIO E AO PODER DISCRICIONÁRIO (NO QUE TANGE À SINGULARIDADE E ATENDIDOS OS DEMAIS REQUISITOS TÉCNICOS CONTIDOS NA LEGISLAÇÃO EM VIGOR) DO CHEFE DO EXECUTIVO LOCAL.

Diante do exposto, e com fulcro nas razões expostas, opinamos pela possibilidade jurídica de afastamento da licitação por inexigibilidade pela incidência do inciso II do artigo 25 c/c art. 13, III, da Lei de nº 8.666/93 e observância imperativa dos princípios da supremacia do interesse público, eficiência e o da economicidade.

Finalizando, temos que de acordo com o art. 26 da Lei nº. 8.666/93, as inexigibilidades de licitação devem ser sempre devidamente justificadas pelo órgão que as requisitou, e submetidas à autoridade superior para **ratificação no prazo de 03 (três) dias**. Após essa ratificação, o ato deve ser **publicado em até 05 (cinco) dias**, para que tenha eficácia.

É o parecer, s.m.j.

Breves (PA), 20 de fevereiro de 2017.



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE BREVES-PA

Walter Pureza

Procurador Municipal.