

PARECER JURÍDICO NÚMERO 019/PROJUR

**PROCESSO LICITATÓRIO-INEXIGIBILIDADE Nº 001/2023 PMON
PROCESSO ADMINISTRATIVO: 0006/2023**

**ÓRGÃO INTERESSADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE OURILÂNDIA DO
NORTE**

ASSUNTO: PROCESSO LICITATÓRIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

EMENTA: A CONTRATAÇÃO QUE ENVOLVE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA SINGULAR, CONTRATAÇÃO DIRETA. DO ARTIGO 25, CAPUT, e 26 DA LEI Nº 8.666/93. **PARECER FAVORÁVEL À LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.**

RELATÓRIO

Em despacho no presente processo o senhor Presidente da Comissão Permanente de Licitação, submete a exame e parecer desta Assessoria Jurídica a posposta de contratação de empresa Teixeira Dias Assessoria em Gestão Pública Ltda, para que a mesma possa prestar serviços fornecer para a Prefeitura Municipal de Ourilândia do Norte.

Trata-se de consulta encaminhada pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação para análise e emissão de parecer jurídico concernente ao procedimento administrativo na modalidade INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, cujo objeto é a contração de empresa para consultoria e assessoria em Licitações para o Município.

Depreende-se dos presentes autos: solicitação de abertura de processo; ofício endereçado à empresa escolhida para prestação dos serviços; termo de referência; proposta financeira da empresa; documentos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação econômico financeira, atestados de capacidade técnica que comprovam notória especialização da empresa, bem como declaração nos termos do inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal; pesquisa de mercado; dotação orçamentária; termo de autorização de despesa; ato de designação da Comissão Permanente de Licitação – CPL; autuação do processo

administrativo; minuta do contrato e despacho de encaminhamento dos autos à esta Procuradoria para análise e parecer.

É o breve relatório. Passamos a análise jurídica

PARECER

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto à outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.

Portanto, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora perquiridas.

O Processo Administrativo de **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO** cujo objeto é a **contração de empresa para consultoria e assessoria em controle interno municipal, abrangendo a estruturação da controladoria, bem como elaboração de documentos.**

A priori, 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 - ressaltados 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. (grifo nosso)

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.

Neste sentido, o art. 25 da Lei 8.666/93 regula as hipóteses de inexigibilidade de licitação. O caput do dispositivo trata da hipótese em que simplesmente há inviabilidade de competição, enquanto 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;

O inciso II do supracitado art. 25 prevê a inexigibilidade para os serviços técnicos especializados, referenciados no art. 13 da Lei 8.666/93.

Dentre os serviços técnicos para cuja realização a licitação é inexigível, estão incluídos os serviços de **assessorias ou consultorias técnicas (art. 13, III)**. Vê-se, portanto, que a própria lei especifica os casos de exceção à regra geral, uma vez que determina a inexigibilidade de licitação para esses casos.

Destarte, percebe-se de forma cristalina a possibilidade da atividade de fornecimento e implementação de sistema de gestão pública ser enquadrada, para fins de acerto legal, no inciso III do art. 13 da Lei 8.666/93, que traz rol exemplificativo de atividades que podem ser contratadas através de inexigibilidade de licitação, uma vez que se trata de assessoria e consultoria técnica de serviço especializado.

Ademais, reforçando a possibilidade de contratação de assessoria e consultoria técnica de serviço especializado por meio de inexigibilidade de licitação, foi promulgada a Lei 13.303/2016, que estabelece no bojo de seu art. 30, II o seguinte:

Lei nº. 13.303/2016

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

[...]

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

[...]

c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Destarte, nota-se que a Lei 13.303/2016 reconheceu a umbilical relação entre os conceitos de natureza singular e notória especialização, optando pela comprovação da notória especialização do contratado.

Também não se pode olvidar da natureza singular do serviço aludido, considerando que o programa de aqui tratado possui notória especialização na área, sendo referência no seu setor de atuação.

Neste sentido, a Súmula nº 39 do TCU é extremamente elucidativa, reforçando o entendimento quanto ao tema, senão, vejamos:

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.

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

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

“Temos, portanto, de examinar se as regras que regulam o exercício da atividade são compatíveis com a natureza do certame licitatório. e isso propicia uma distinção fundamental, entre

atividades empresariais ofertadas ao mercado, que se fazem sob regime competitivo, e atividades que não se fazem sob regime competitivo. posso imaginar que há certo tipo de atividade que é caracteristicamente atividade empresarial, em que a estruturação da atividade é busca de clientela e de oferta permanente de contratação no mercado. quando se trata de serviços que retratam uma atividade subjetiva, psicológica, que são, em última análise, continuação de uma manifestação interna de liberdade, não podemos assemelhar o desempenho da atividade a uma empresa como regra”.

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

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

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

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

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

Inobstante, a configuração da situação de inexigibilidade de licitação para o caso sub examine, por dever de ofício, e sobretudo buscando assegurar que a contratação desse serviço técnico especializado seja precedida das inarredáveis cautelas para a idônea satisfação da necessidade pública ora identificada, tornam-se judiciosas as seguintes ponderações:

I. Sendo o serviço uma prestação que satisfaz uma obrigação de fazer, impõe-se a exigência legal da clara e precisa definição do objeto e das condições contratuais, artigo 55 da Lei 8.666/93, que deverão ser consignadas num contrato administrativo formalizado por escrito, com vistas ao cumprimento das disposições legais vigente e da fiel execução do objeto;

II. Respeitante à exigência contida no artigo 111 do Estatuto das Licitações, cabe ressaltar que se a Lei diz “contratar”, subentende-se que no contrato fique tudo especificado, não sendo necessário falar-se em receber o serviço exclusivo, pois a feitura dele já está subsumida à cessão dos direitos patrimoniais fixados no contrato;

III. Não obstante tratar-se de serviço exclusivo, e que por isso mesmo pode dificultar a comparação de valores monetários, é de cautela a adoção da providência expressa no inciso IV do artigo 43 (conformidade com os preços do mercado) da Lei 8.666/93, ou então, a manifestação por quem de direito de que o preço ajustado é compatível com o objeto pretendido, notadamente em razão da previsão legal explícita no § 2º do artigo 25;

Também, nos termos do parágrafo único do artigo 61, a publicação resumida do instrumento de contrato no prazo da Lei é condição indispensável para a sua eficácia.

Com efeito, percebe-se que o objeto da presente contratação não se trata de um serviço geral, onde qualquer programa satisfaria as necessidades da Prefeitura de Ourilândia do Norte/PA.

Trata-se, sim, de serviço especializado, cuja demanda requer fornecimento específico de serviço.

Ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a administração bem entender, sem cautelas nem documentação.

CONCLUSÃO:

Ante todo o exposto, à luz das disposições normativas pertinentes, em especial o disposto nos artigos 25 c/c o artigo 13, inciso III e 26 da Lei 8.666/93, hipótese em que configurando assim o interesse público e a preservação de seu patrimônio, bem como estando inviável o procedimento competitivo pelos motivos já apresentados, **manifestamo-nos favoráveis à legalidade da Inexigibilidade de Licitação em comento e posterior contratação direta de empresa de contratação de empresa de Assessoria Teixeira Dias Assessoria em Gestão Pública, para que a mesma possa prestar serviços para a Prefeitura Municipal de Ourilândia do Norte**, conforme solicitação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Retornem-se os autos a Comissão Permanente de Licitação para as providências cabíveis.

Ourilândia do Norte/PA, 09 de fevereiro de 2023.

PEDRO ALMEIDA DE OLIVEIRA
Procurador
OAB/PA nº 31.576-A OAB/DF 41539