PARECER JURÍDICO
PROCESSO Nº 03/2021

I – A CONSULTA

A Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Igarapé-Miri solicita pronunciamento acerca das implicações jurídicas de contratação direta, por *inexigibilidade de licitação*, da empresa E A C DA SILVA CONTÁBIL EIRELI, CNPJ nº 23.652.978/0001-33 para Prestação de Serviço Técnico Especializado de Assessoria e Consultoria Contábil.

II – ANÁLISE JURÍDICA

Procederemos ao estudo acerca da possibilidade jurídica de enquadramento da hipótese debatida numa das disposições legais cuja contratação prescinde de certame licitatório, por inexigibilidade. Ressaltamos que, previamente, o órgão requisitante procedeu à avaliação de mérito, colhendo o material que julgou necessário para comprovar a singularidade do caso.

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."

Licitar é a regra. É procedimento administrativo pelo qual o ente público – inclusive a Sociedade de Economia Mista – procede a uma seleção, de forma imparcial, entre interessados, avaliando 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.

Entretanto, a teor do que enuncia o dispositivo supra, há exceções à obrigatoriedade de licitar. O art. 25 da Lei de nº 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação:

"O art. 25 do referido diploma legal traz exemplificações de hipóteses de inexigibilidade:

"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;

(...)

- *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.***

O presente caso envolve 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°. 8.666/93 e são taxativa ou restritivamente os seguintes:

"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.

- **1o Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação,** os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

- 2o Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

- 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 de licitação, ficará obrigada a garantir que

os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato." (negritos de ora)

Essa é a capitulação a que a hipótese descrita pelo órgão requisitante se subsume e a possibilidade sobre a qual passaremos a discorrer. Partimos para o desmembramento dos conceitos encadeados.

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.(...)" (grifo nosso)

Segue em seus argumentos Marçal Justen Filho[1]:

"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 norteada 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 n° 8.666." (grifo nosso)

Na sequência o autor citado enumera os requisitos de uma inexigibilidade de licitação:

- ausência de alternativas: há uma única solução para a Administração e um único particular capaz de prestá-la;

- ausência de mercado concorrencial;

- ausência de objetividade na seleção do objeto: existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo;

- ausência de definição objetiva da prestação a ser executada. "(grifo nosso)

No expediente que gerou este parecer, observamos que os argumentos fáticos e jurídicos consubstanciados nos documentos constantes da proposta e projeto básico são robustos, completos e atende à exaustão os requisitos legais e ou jurídicos. Ainda, no que tange às condições de preço/comerciais, temos entendimento doutrinário e do Tribunal de Contas que a nosso ver foram atendidos pela documentação supracitada.

No que concerne à inexigibilidade de torneio licitatório, como vimos, a Lei n° 8.666/93 estabelece hipóteses nas quais, se configuradas, impõe-se a obrigatoriedade de contratação direta da Administração Pública com o particular, haja vista a realização do

procedimento licitatório ser materialmente impossível (inexigibilidade fática) ou não atender as necessidades públicas da melhor forma possível (inexigibilidade jurídica). Acerca de inexigibilidade de licitação fática e jurídica temos outra lição lapidar de Marçal Justen Filho:

"Uma terceira alternativa se configura no caso do inc. II, ainda que existam semelhanças com a situação anteriormente examinada. O inc. III disciplina hipótese em que a prestação buscada pelo Estado produzirá a materialização de valores estéticos. No caso do inc. II, a atuação do particular consubstancia valores de outra ordem. A categoria disciplinada pelo art. 25, inc. II, abrange diferentes manifestações de habilidade. Certamente, porém, essas habilidades não podem ser reconduzidas à dimensão puramente estética. Os contratos a que alude o dispositivo não se apresentam como via para execução de obras de arte — o que permite clara e inquestionável diferenciação com o repertório disciplinado pelo inc. III do mesmo artigo. Consideram-se, no caso do inc. II, serviços técnicos ("profissionais especializados"), o que significa uma atuação de natureza utilitária ou pragmática. ***No caso do inc. lido art. 25, a contratação é instrumento de produção de alteração no mundo físico ou social, através da aplicação do conhecimento teórico-científico e da habilidade prática. Por outro lado, os serviços técnicos albergados no inc. II refletem também, a atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta****. No caso, a necessidade experimentada pela Administração Pública, que motiva a contratação administrativa do particular, poderá demandar a aplicação de instrumentos e equipamentos — mas apenas poderá ser satisfeita por meio da utilização da capacidade humana de transformar conhecimento teórico em solução prática. Embora algumas características sejam melhor avaliáveis através do exame da natureza "singular" do objeto — tema que será examinado adiante —, os dados acima permitem identificar as particularidades da inviabilidade de competição peculiar à situação do inc. II.* ***A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Isso significa que cada prestação traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de 'intermediação' (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada presta-dor do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade — criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca. A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectiva extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real.*** *(...)* ***Ou seja, não basta o domínio abstrato da teoria. Nos casos de serviços técnicos profissionais especializados, é imperioso ser titular de habilidades e conhecimentos que permitam executar concretamente, de modo satisfatório, a prestação de que a Administração necessita****. (...)"(grifo nosso)*

Ainda 'bebendo da boa doutrina' para fundamentar a inexigibilidade pretendida segundo Hely Lopes Meirelles:

procedimento licitatório ser materialmente impossível (inexigibilidade fática) ou não atender as necessidades públicas da melhor forma possível (inexigibilidade jurídica). Acerca de inexigibilidade de licitação fática e jurídica temos outra lição lapidar de Marçal Justen Filho:

"Uma terceira alternativa se configura no caso do inc. II, ainda que existam semelhanças com a situação anteriormente examinada. O inc. III disciplina hipótese em que a prestação buscada pelo Estado produzirá a materialização de valores estéticos. No caso do inc. II, a atuação do particular consubstancia valores de outra ordem. A categoria disciplinada pelo art. 25, inc. II, abrange diferentes manifestações de habilidade. Certamente, porém, essas habilidades não podem ser reconduzidas à dimensão puramente estética. Os contratos a que alude o dispositivo não se apresentam como via para execução de obras de arte — o que permite clara e inquestionável diferenciação com o repertório disciplinado pelo inc. III do mesmo artigo. Consideram-se, no caso do inc. II, serviços técnicos ("profissionais especializados"), o que significa uma atuação de natureza utilitária ou pragmática. ***No caso do inc. lido art. 25, a contratação é instrumento de produção de alteração no mundo físico ou social, através da aplicação do conhecimento teórico-científico e da habilidade prática. Por outro lado, os serviços técnicos albergados no inc. II refletem também, a atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta.*** *No caso, a necessidade experimentada pela Administração Pública, que motiva a contratação administrativa do particular, poderá demandar a aplicação de instrumentos e equipamentos — mas apenas poderá ser satisfeita por meio da utilização da capacidade humana de transformar conhecimento teórico em solução prática. Embora algumas características sejam melhor avaliáveis através do exame da natureza "singular" do objeto — tema que será examinado adiante —, os dados acima permitem identificar as particularidades da inviabilidade de competição peculiar à situação do inc. II.* ***A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Isso significa que cada prestação traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de 'intermediação' (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada presta-dor do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade — criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca. A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectiva extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real.*** *(...)* ***Ou seja, não basta o domínio abstrato da teoria. Nos casos de serviços técnicos profissionais especializados, é imperioso ser titular de habilidades e conhecimentos que permitam executar concretamente, de modo satisfatório, a prestação de que a Administração necessita.*** *(...)"(grifo nosso)*

Ainda 'bebendo da boa doutrina' para fundamentar a inexigibilidade pretendida segundo Hely Lopes Meirelles:

A escolha de determinada empresa ou profissional, mesmo com as disposições do permissivo legal supra, poderá ser bastante subjetiva, gerando problemas com os órgãos fiscalizadores da Administração Pública. Por isso, como ocorreu no presente caso de forma inequívoca, tal escolha deve ser devidamente justificada e motivada, a fim de que se torne legítima.

Quanto aos serviços advocatícios, entende Lucas Rocha Furtado:

"A contratação de advogados para o 'patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas', como visto, depende de prévia licitação. Essa é a regra a ser seguida. ***Porém, se se tratar de causa judicial tão cheia de particularidades que apenas determinado profissional ou escritório, em fase de sua notória especialização, teria condições de defender a Administração, a contratação sem licitação seria justificada.****"(grifo nosso)*

Outro aspecto a ser verificado na inexigibilidade de licitação, que também se estende aos casos de dispensa, refere-se aos preços. Não pode haver a figura do superfaturamento, que ocorre quando o valor contratado se apresentar superior ao praticado no mercado. Portanto, faz-se necessária a comparação.

No presente caso entendemos que apresenta-se extremamente importante que um jurista de expressivo calibre posicionem-se em Parecer. É que o Parecer é uma opinião pensada que enfrenta o contraditório com argumentos objetivos e fundamentação suportada pelo arcabouço legal. Não se trata unicamente de uma defesa de causa judicial, mas, refrise-se, de uma opinião abalizada e respeitada.

Como visto, ao requisitante competiu, portanto, 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 no caso em comento. Presentes tais requisitos, expostos acima, entendemos que há a tipificação da hipótese ao tipo legal.

Quanto ao preço, reiteramos que o artigo 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/93 diz que o processo deve ser instruído com a justificativa de preço, o que como vimos foi robustamente observado. Foi demonstrado com a juntada de documentos ao processo, que o preço praticado é razoável em relação ao valor de serviços análogos praticados no mercado.

Quer-se evitar o superfaturamento, com a norma infra. O artigo 25, § 2º da Lei n.º 8.666/93 preceitua que, nessa hipótese de elevação excessiva do preço do objeto, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor e o agente público responsável.

III – CONCLUSÃO

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

princípios da supremacia do interesse público, eficiência e o da economicidade no caso proposto.

Finalizando, temos que de acordo com o art. 26 da Lei n°. 8.666/93, as inexigibilidades de licitação e as dispensas previstas nos §§ 2o. e 4o. do art. 17 e nos incisos III e seguintes do art. 24, devem ser sempre devidamente justificadas pelo órgão que as requisitou, e submetidas à autoridade superior para ratificação no prazo de três dias. Após essa ratificação, o ato deve ser publicado em até cinco dias, para que tenha eficácia.

É o Parecer, s.m.j.

Igarapé-Miri, 19 de janeiro de 2021.

AMADEU PINHEIRO CORRÊA FILHO
OAB/PA nº 9363
Assessoria Jurídica

AMADEU PINHEIRO CORREA FILHO:49127870278

Assinado de forma digital por AMADEU PINHEIRO CORREA FILHO:49127870278