

PARECER JURÍDICO

Assunto: Contratação de serviços técnicos especializados, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação.

Interessado: Município de São Simão-GO.

I - RELATÓRIO

Vem ao exame desta Assessoria o presente processo administrativo, que trata de contratação direta, por inexigibilidade, para prestação de serviços técnicos profissionais especializados advocatícios de auditoria jurídica tributária e financeira com fins de revisão e recuperação de Valor Adicionado Fiscal (VAF), derivado da comercialização de energia elétrica produzida por usina hidrelétrica localizada no território municipal, junto ao escritório NEMUEL KESSLER SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA.

Examinando o referido processo percebe-se que o mesmo está instruído com os seguintes documentos: Ofício inicial; Termo de Referência; proposta comercial; Estimativa de Valor; Certidão Orçamentária e Financeira; Certidão de Reserva Financeira; Despacho de Autorização de contratação emitido pelo Prefeito; Termo de Autuação.

É o sucinto relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As contratações públicas devem ser precedidas em regra da realização de certame licitatório, cumprindo ao administrador a escolha da avença que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 e da Lei n.º 14.133/2021.

Como bem disserta o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello: *"a licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre*



ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar¹".

Todavia, excepcionalmente, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 74 da Lei nº 14.133/21, autorizando à Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Senão vejamos:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

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

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros, 25ª Edição, 2008, p.516

- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
 - g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;*
 - h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;*
 - IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;*
 - V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.*
- (...)*

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade. (g.n.)

Acerca da inviável competição prevista no caput do artigo supra, Marçal Justin Filho² classifica o conceito de inviabilidade de competição, segundo suas causas, em dois grupos:

*"As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado. Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado. Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. **O problema da Inviabilidade de competição não é de natureza 'numérica', mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque as características do objeto funcionam como causas impeditivas**". (g.n.)*

Assim, resta claro que os serviços supra propostos são inviáveis de licitação. Continuando.

A inexigibilidade descrita pelo inciso III do artigo 74 do novo estatuto licitatório, pressupõe a presença concomitante (e somente) dos seguintes requisitos:

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários... cit., 2005, p. 274. Vide, do mesmo autor: Ainda a inviabilidade de licitação. FCGP, ano 2, n.17, maio 2003, p. 2074

a) tratar-se de serviço técnico profissional especializado; **b)** tratar-se de profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; **c)** restar caracterizada a natureza predominantemente intelectual do serviço a ser prestado.

(a) O conceito de "serviço técnico profissional especializado" resulta da conjunção progressiva de três elementos. O serviço deve ser ao mesmo tempo: 1) técnico, entendendo-se como tal aquele em que há a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal para alterar uma dada realidade fática, dando-se aplicação efetiva às teorias e elementos científicos; 2) profissional, o que ocorre quando a habilidade necessária à realização do serviço constitui uma profissão, dotada de objeto e meios de atuação específicos, seja ela regulamentada ou não; 3) especializado, que é aquele serviço que exige uma capacitação não disponível para qualquer profissional comum, que ultrapassa o conhecimento médio dos profissionais de uma determinada área, permitindo a solução de problemas e dificuldades complexas.

(b) Acerca da "notória especialização", segundo o §3º do artigo 74, assim é considerado, o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Destaca-se que a notória especialização pode variar de acordo com a localidade da prestação contratual. Por exemplo, determinado profissional, detentor de alguns atributos ou de específica formação, pode ser reconhecido como notório especialista em uma cidade pequena ou região, embora seu trabalho e sua reputação sejam totalmente desconhecidos em uma grande capital. Essa relatividade deve ser respeitada, quando da aferição dos elementos que autorizam a inexigibilidade prevista neste dispositivo.

Noutro diapasão, convém lembrar que a notória especialização envolve elemento subjetivo, já que se refere a uma característica do particular contratado.

Conforme descrição pormenorizada no Termo de Referência, o pretenso contratado pela via da inexigibilidade deve demonstrar expertise nos assuntos ali propostos.

Assim, em que pese a manifestação supra de que a notória especialização é elemento subjetivo, isto não legitima a administração a contratar desordenadamente.

A notória especialização deve ser suficiente a indicar que o trabalho do contratado é o mais adequado à segura satisfação do objeto do contrato; ela deve decorrer de "requisitos relacionados com suas atividades", como o desempenho anterior, publicações, organização, equipe técnica, aparelhamento, entre outros.

Não se trata de ser o fornecedor ou prestador de serviço alguém de confiança do gestor, mas sim de que sua notória especialização lhe dê confiança à instituição (e não ao gestor) de que a pretensão contratual será adequadamente satisfeita.

No presente caso, deve constar no bojo do processo a capacitação da pretensa contratada, atestados de capacidade técnica e certificados de formação, especializações, artigos publicados etc., que demonstrem sua expertise no assunto almejado.

A notória especialização é pertinente às qualidades do profissional ou empresa a ser contratada, que deve demonstrar experiência, estudos aprofundados, trabalhos científicos, publicações, cursos de pós-graduação etc. É que os critérios objetivos, que demandariam a licitação, somente falecem diante de profissionais cuja experiência os singulariza, uma vez que já não é possível cotejá-los com a equidade que se requer em licitação pública, por mais que esta característica tenha sido removida da letra da NLLC. Apesar disso, exige-se que o profissional ou empresa a

ser contratada apresente realmente experiência bastante para demonstração de notória especialização.

(c) Por fim, quanto à caracterização da "natureza ser predominantemente intelectual do serviço a ser prestado", o Tribunal de Contas da União³ assim definiu:

*inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, **assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução.** (g.n.)*

No caso, as atividades jurídicas demandam intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação de elaboração de consultorias, relatórios, pareceres, enquadrando-se na redação do dispositivo.

Superada a análise pormenorizada das condições para contratação via inexigibilidade de licitação ao caso específico, é fundamental a conferência no bojo do processo, se este segue instruído com os seguintes documentos (Art. 72 da Lei 14.133/21):

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

³ TCU, Acórdão nº 601/2011, Plenário

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (g.n.)

No que respeita à minuta contratual, incumbe ao parecerista pesquisar a conformidade dos seguintes itens (art. 92 da Lei 14.133/21):

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

- VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;
- VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- IX - a matriz de risco, quando for o caso;
- X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;
- XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;
- XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;
- XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;
- XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;
- XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;
- XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;
- XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.


Assim, numa análise da redação dada à minuta contratual apresentada, concluímos que houve o cumprimento parcial das exigências da Lei de Licitações e Contratos, ao que cabe ao caso, dentro aquilo que é cabível ao atendimento do objeto pleiteado.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, opinamos pela legalidade da inexigibilidade de Licitação para contratação direta do escritório NEMUEL KESSLER SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, inscrita no CNPJ sob o nº 48.145.851/0001-59, fundamentado no art. 74, III, “c” e “e” da Lei 14.133/21, atendidas as considerações supra.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São Simão – Goiás, 16 de outubro de 2023



Alexandre Pinheiro Peres
Assessor e Consultor Jurídico
OAB/GO nº 47.376