

PARECER JURÍDICO nº 02/2024 para a Câmara Municipal de Passa Vinte-MG

Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 01/2024. Contratação de serviço técnico especializado de Consultoria Jurídica para implementação da nova Lei de Licitações e Contratos no âmbito da Câmara Municipal. Inexigibilidade de licitação. Legalidade. Conformidade do processo administrativo.

CONSULTA:

O Presidente da Câmara Municipal de Passa Vinte, Vereador Rodrigo Oliveira de Aguiar, solicitou um parecer desta Assessoria Jurídica sobre a legalidade da contratação pela Câmara, sem licitação, de um profissional especializado na área do Direito de Licitações e Contratações Públicas, para prestação de serviços de Consultoria Jurídica específica para a regulamentação e a implementação da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei federal nº 14.133/2021) no âmbito desta Câmara Municipal.

Informa, especificamente, que pretende contratar o escritório “Cláudio Souza Sociedade Individual de Advocacia”, representado pelo advogado Cláudio Henrique Maciel de Souza, pelo período de 2 meses, com preço global de R\$ 10.200,00. Tal profissional foi escolhido pelo Presidente da Câmara em virtude de sua capacitação técnica e experiência na área específica a que se destina a sua atuação, envolvendo basicamente a elaboração de atos normativos de regulamentação dos aspectos da NLLC mais relevantes para este órgão, bem como a orientação técnica aos servidores envolvidos com as atividades de compras e licitações, e ainda a elaboração de orientações sobre a composição de processos de dispensa de licitação e de alguns modelos essenciais de atos para tais processos.

Face à necessidade e ao interesse da Câmara no serviço, e por considerar a proposta de preço razoável e compatível com as atividades a serem executadas, e ainda considerando o prestígio profissional de que goza o referido profissional no seu ramo de atuação, entende o Presidente que o mesmo atende plenamente às necessidades deste órgão, e por isso pretende firmar contrato diretamente com o respectivo escritório, sem a realização de certame licitatório.

Eis, assim, o relatório.

PARECER:

O procedimento em tela foi iniciado mediante Documento de Formalização de Demanda apresentado pelo Presidente da Câmara, justificando a necessidade da contratação e descrevendo resumidamente o serviço a ser contratado. Tal documento foi acompanhado de um ETP (Estudo Técnico Preliminar) e seguido por um Termo de Referência, contendo a descrição mais detalhada dos serviços, as condições de sua execução, a estimativa de preço, as condições de pagamento, enfim todos os requisitos essenciais exigidos pelo art. 18, § 2º da Lei 14.133/21 (para o ETP) e pelo art. 40, § 1º e art. 6º, inciso XXIII da mesma lei (para o TR).

O ETP e o termo de referência também contêm o detalhamento adequado das atividades componentes do objeto da contratação, bem como as condições objetivas do contrato e principais obrigações do prestador.

Acerca da compatibilidade com o Plano de Contratações Anual (PCA), de que trata o art. 18 da Lei 14.133, a Câmara Municipal não dispõe desse documento elaborado para o exercício de 2024, visto que a nova Lei de Licitações, que instituiu esse documento de planejamento, passou a vigorar de forma obrigatória apenas a partir de 30/12/2023, razão pela qual ele não foi elaborado previamente pela Câmara. Registro que não vislumbro irregularidade neste fato, podendo o PCA ser elaborado oportunamente, tão logo seja possível. Mas sua falta não prejudica a presente contratação pela Câmara, que é a primeira deste exercício.

Ademais, o contrato de que trata o presente processo visa justamente à obtenção de consultoria para elaboração dos regulamentos necessários à aplicação dos procedimentos e disposições da Lei 14.133/21, não sendo razoável exigir-se que a Câmara já dispusesse previamente de um regulamento específico a este respeito.

Em relação ao aspecto da legalidade da contratação, tem-se que frisar primeiramente que, com base no princípio constitucional da impessoalidade, a regra geral do Direito Administrativo é de que os órgãos da Administração Pública em geral devem realizar procedimentos licitatórios para todos os contratos que forem celebrar, sejam de compras ou de serviços.

Porém, a nova lei federal que rege as licitações, na qual está sendo fundamentado o presente contrato (Lei nº 14.133/21), admite a existência de algumas exceções a essa regra, prevendo alguns casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

No presente caso, a hipótese mais apropriada é a de inexigibilidade de licitação, pelo fato de se tratar de um serviço técnico especializado, de natureza predominantemente intelectual, expressamente qualificado na alínea “c” do inciso III do art. 74 da Lei 14.133, a saber: consultoria técnica jurídica especializada.

A hipótese de contratação direta em razão da inexigibilidade de licitação aplica-se nas situações em que há inviabilidade de competição, conforme estabelecido no caput do próprio artigo 74 (“É inexigível a licitação quando inviável a competição”). E a situação de contratação de serviços técnicos especializados é uma das 5 hipóteses exemplificativas relacionadas nos incisos deste artigo.

Para o Professor Hely Lopes Meireles, "ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração." (*Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 245 e ss.*)

Conforme discorre o jurista Sidney Bittencourt ¹, “no dia-a-dia da Administração configuram-se diversas situações em que a feitura da licitação é verdadeiramente impossível, em face, principalmente, da especialização de quem se pretenda contratar ou diante de uma inevitável exclusividade jurídica. (...) Por conseguinte, por mais arguto e perspicaz que o legislador possa ser, é impossível para ele elencar situações de inexigibilidade de licitação, de modo que esse rol se torne exaustivo.”

Dessa forma, o elemento mais importante a ser analisado para caracterização da inexigibilidade é a falta de viabilidade de competição entre mais de um prestador para a realização do serviço desejado.

Nesses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade de se instaurar o certame entre eventuais competidores, ou quando o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato. Vale dizer que o legislador reconheceu no texto da lei a impossibilidade de se promover um elenco exaustivo de todas as possibilidades e situações em que ocorre a inviabilidade da competição.

E, no caso sob análise, esta inviabilidade se faz presente. Mesmo havendo outros escritórios e profissionais que podem, em tese, realizar os serviços almejados relativos à implementação local da nova Lei de Licitações e orientação de servidores da Câmara, impõe-se a constatação de ser inviável a competição entre eles, através de processo licitatório, seja pela singularidade do objeto, seja pela singularidade do prestador e pela sua expertise com o serviço que a Câmara pretende contratar, ou seja ainda pela confiança profissional que se exige na relação do órgão público com o profissional destinado à prestação dessa espécie de serviço.

Conforme discorre o jurista Sidney Bittencourt, já citado neste parecer, a confiança do Administrador Público no profissional ou empresa é um requisito indissociável da configuração da inexigibilidade, levando à conclusão discricionária de

¹ Extraído do artigo intitulado “O afastamento do procedimento licitatório, por inexigibilidade, na contratação de serviços técnico-profissionais especializados”, publicado no Boletim IOB/DCAP (Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública), edição nº 05, de maio de 1999, pág. 35.

que o trabalho do profissional ou empresa “é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Isso equivale a dizer que a lei atribui ao agente público a capacidade de, baseado em fatos subjetivamente aferíveis, concluir pela escolha de um certo profissional ou empresa, situação que não ocorreria caso se instaurasse o certame licitatório, uma vez que tal conduta poderia culminar na escolha de um profissional ou empresa impróprio.

Essa confiança, como observou certa vez o ex-Ministro do STF Eros Grau em julgamento de questão semelhante, significa, no contexto legal, uma convicção, subjetivamente manifestada, de que determinado profissional ou empresa está plenamente habilitado (em face de sua capacidade, honestidade e outros fatores que o qualificam) a prestar o serviço técnico-profissional pretendido pela Administração.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem se manifestado reiteradamente no sentido de que é dispensada a realização de procedimento licitatório para a contratação de profissional, escritório e/ou empresa para a prestação de serviços especializados, dada a necessidade de atender às complexas situações com que se depara a Administração, na condução dos assuntos de interesse público.

Entende o TJMG, em vários julgados, que não há critérios suficientemente objetivos na lei que permitam discriminar este ou aquele profissional, escritório e/ou empresa, daí porque se deve contentar com os critérios de escolha do gestor municipal, que, como representante legal do órgão, está no direito de fazer a escolha, segundo seu poder discricionário, não tendo obrigação de atender a recomendações que recaiam sobre “A” ou “B”, ainda que estas se apresentem como as que possuem especialização.

Mas, não obstante a caracterização do objeto em questão no conceito geral de inviabilidade de licitação, configura-se também a inexigibilidade em função da hipótese específica descrita no inciso III do art. 74 da Lei 14.133/2021, assim redigido:

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

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:

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

(...). “

Como se vê, o inciso III apresenta a relação dos trabalhos que considera serem “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”, e

indica expressamente os serviços de assessorias e consultorias técnicas, que corresponde ao objeto da contratação ora pretendida.

Analisando o conceito de “serviços técnicos especializados”, vale destacar a posição do Supremo Tribunal Federal, ora ilustrada através do acórdão ao Inquérito 3.077, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, de 25/09/2012, que assim se posicionou sobre o tema:

“Sabe-se que há serviços de natureza comum cuja prestação exige conhecimento técnico generalizado, o qual, todavia, pode perfeitamente ser comparado objetivamente numa licitação pública.

Há, contudo, determinados serviços que demandam primor técnico diferenciado, detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais.

Trata-se de serviço cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado ‘toque do especialista’, distinto de um para outro, e que o qualifica como singular, tendo em vista a inviabilidade de comparar com objetividade a técnica pessoal, a subjetividade, a particular experiência de cada qual dos ditos especialistas, falecendo a possibilidade de competição.

Destaque-se, mais uma vez, que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, nesta hipótese os serviços enunciados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 * podem ser prestados por vários especialistas; no entanto, todos eles os realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.”

(*) *Nota: o dispositivo citado corresponde ao atual inciso III do art. 74 da Lei 14.133/2021.*

Cite-se ainda o acórdão relatado pelo Ministro Eros Grau, na Ação 348-5, de 15/12/2006, do qual se extrai o seguinte excerto pertinente ao caso sob análise:

“Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, a Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento

objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.”

No presente caso, tem-se visíveis os requisitos da lei para a configuração da situação de inexigibilidade de licitação.

Além do enquadramento da atividade em pelo menos uma das alíneas do inciso III do art. 74, este dispositivo exige também mais um requisito: que o profissional ou empresa contratado possua notória especialização.

A este respeito, o § 3º do mesmo art. 74 da Lei de Licitações considera como detentor deste atributo “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”.

Não há meios objetivos para se reconhecer e avaliar ou comparar a notória especialização de um prestador de serviços. Trata-se de um conceito subjetivo, que se forma pelo bom desempenho do profissional ou empresa em serviços anteriores, aliado aos seus estudos, experiência e publicações. Pode também ser aferida através das referências prestadas por contratantes de trabalhos anteriores.

O portfólio e o conjunto de documentos que foram fornecidos pelo escritório à Câmara Municipal, bem como o curriculum do profissional que o representa, apontam que o mesmo possui uma sólida experiência na realização dos serviços a que se propõe, atestando também a sua especialização. A documentação é composta por uma coleção de cursos de especialização acadêmica, especialização profissional – inclusive na área específica de licitações e contratos, e comprovação de serviços prestados a vários outros órgãos públicos municipais deste Estado, todos envolvendo a prestação de serviços relacionados à implementação da Nova Lei de Licitações.

Esses elementos, aliados ao fator da confiança que o profissional recebe da Presidência da Câmara, permitiram a esta concluir que seu trabalho é essencial para a satisfação da necessidade objeto da demanda. Esta conclusão é plenamente legítima, e encerra o rol dos requisitos aptos para configurar a inexigibilidade de licitação.

Quanto ao aspecto formal, o processo está em ordem, atendendo aos requisitos exigidos pela Lei de Licitações. Primeiramente, verifica-se que constam nos autos os documentos de planejamento cabíveis à espécie, demandados pelo inciso I do art. 72 da Lei 14.133/21 (doc. de formalização da demanda, ETP e termo de referência).

Constam também: a estimativa da despesa e a comprovação de sua adequação orçamentária e disponibilidade financeira; as justificativas pela escolha do profissional a ser contratado, bem como do preço do serviço; e a documentação comprobatória da habilitação, da especialização e da experiência específica do prestador.

Pelo exposto, pode-se atestar a legalidade e a regularidade da contratação direta, pela Câmara Municipal, do serviço de consultoria jurídica especializada, conforme qualificado no preâmbulo deste parecer, com o profissional dotado de notória especialização supra identificado, através de seu escritório (pessoa jurídica), mediante inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 74, inciso III, alínea “c”, da Lei 14.133/2021.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, concluo que é perfeitamente legal e totalmente regular e legítima a contratação em referência, sem licitação, nos termos comentados neste parecer, e que o processo ora analisado atende aos requisitos legais, estando em condições de ser concluído, com a expedição da Autorização para Contratação, pelo Presidente da Câmara, e subsequente celebração do respectivo contrato, cuja minuta é, neste ato, aprovada por esta Assessoria Jurídica.

Registra-se que a Autorização para Contratação e o extrato do contrato deverão ser divulgados no sítio eletrônico oficial da Câmara Municipal, conforme determina o parágrafo único do art. 72 da NLLC.

Eis o parecer.

Passa Vinte-MG, 10 de janeiro de 2024.



Adailton Gomes Silva
Advogado - OAB/MG 76.183