

PARECER JURÍDICO

(Art. 38, Parágrafo Único da Lei n° 8.666/93)

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE. PROCESSO 2021.001. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA CONTÁBIL, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE PÚBLICA, REFERENTE A ORIENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DE DADOS CONTÁBEIS E BALANCETES MENSIS DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAIPAS DO TOCANTINS-TO. LICITAÇÃO. LEI 8666/93 E ALTERAÇÕES.

1. DA CONSULTA:

Os autos do Processo Licitatório cujo objeto é a **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA CONTÁBIL, PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE PÚBLICA, REFERENTE A ORIENTAÇÃO E ELABORAÇÃO DE DADOS CONTÁBEIS E BALANCETES MENSIS DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAIPAS DO TOCANTINS-TO**, veio a este Advogado para análise e Parecer Técnico acerca da contratação por inexigibilidade.

Insta mencionar que os autos vieram instruídos com documentação que segue abaixo:

- a) Autuação;
- b) Solicitação de Despesas;
- c) Termo de Referência;
- d) Solicitação para empresa apresentar proposta de preço;
- e) Proposta de preços da empresa A.R.P. ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL;
- f) Cópia do CNPJ;
- g) Carteira profissional do Contador, representante da empresa;
- h) Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União;
- i) Certidão Negativa Estadual;
- j) Certificado de Regularidade do FGTS - CRF;
- k) Certidão negativa Municipal;
- l) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas;
- m) Requerimento de Empresário;
- n) Atestados de Capacidade Técnica;
- o) Cópias de Certificados;
- p) Cópias de Termo Contratual celebrado com outros órgãos;
- q) Justificativa de Inexigibilidade;
- r) Entendimentos do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins;
- s) Entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Goiás;

- t) Solicitação e Certidão de Existência de Dotação Orçamentária;
- u) Solicitação e Certidão de Existência de Recursos Financeiros;
- v) Despecho autorizando a contratação por inexigibilidade;
- w) Portaria nomeando membros de Comissão de Licitação;
- x) Termo de abertura de Inexigibilidade;
- y) Solicitação de Parecer Jurídico;
- z) Minuta do Contrato;

É o que basta relatar.

2. DAS PRELIMINARES

O escopo de uma manifestação jurídica é responder ao Consultante acerca da Comunicação Interna expedida, buscando Parecer Técnico acerca da contratação, conforme descrito no objeto.

Todavia, foge à competência legal deste examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos.

Assim, cabe ao Ordenador de Despesas e seus auxiliares decidir se os elementos encartados nos autos atendem ao interesse público e aos princípios constitucionais da Administração Pública, pois segundo pontua no meio jurídico, **“administrar é aplicar a lei de ofício”**.

Nesse passo, até prova em contrário, **reputam-se verdadeiros os documentos carreados aos autos, cabendo ao consultante, diligenciar sobre a confiabilidade dessa documentação.**

O Parecer deste Jurídico, desde sempre, se atem aos aspectos formais, visto que as documentações encartadas nos autos, decorrem de atos administrativos, os quais gozam de presunção de legalidade e veracidade, surgindo assim, a presunção **“iuris tantum”**.

“(…) Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Só prova em contrário poderá afetar a eficácia. (...)” STJ: ROMS 8628/MG. Sexta Turma Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julg. 18/08/1998. DJU 21/09/1998. Pág. 232.

Ademais, por outro lado, temos as orientações da AGU pertinentes à atividade consultiva:

“Não é função do Órgão Consultivo, após expressar seu juízo conclusivo de aprovação acerca das minutas de editais e contratos, em cada caso concreto, pronunciar-se, posteriormente, para fiscalizar o cumprimento das recomendações ofertadas. Sempre que necessário, o conteúdo de alteração de cláusulas editalícias ou contratuais deve ser sugerida pelo Advogado Público”. (Boa Prática Consultiva – BPC nº 05)

Verifica-se, portanto, que **NÃO há previsão legal de exercício da função fiscalizatória dos atos administrativos por este jurídico**. Tal competência legal é dos órgãos de controle, interno e externo, e do próprio Gestor.

Repisa-se, os aspectos técnicos relacionados ao objeto da licitação, como justificativa e descrição dos objetos, não enquadram na opinião deste Advogado, sendo atribuições do órgão consultante, além de que a conveniência e oportunidade da contratação constitui mérito administrativo do respectivo Gestor ordenador de despesas..

Passa-se a opinar.

3. DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DO OBJETO COM BASE NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES.

Por licitação entende-se que abrange todas as modalidades do procedimento, constituindo-se, portanto, no instrumento de que dispõe o poder público para analisar e avaliar comparando as ofertas, com objetivo de decidir e julgar qual será a mais favorável e benéfica para a Administração Pública, respeitando estritamente aos princípios aplicáveis a Licitação.

Os aludidos princípios aplicáveis à licitação constante na própria lei geral de licitações, conforme Art. 3º, *ipsis litteris*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Tais princípios impõe à Administração não apenas uma atuação legal, mas também moral, ou seja, caracterizada pela obediência à ética, à honestidade, à lealdade e à boa-fé.

Ademais a Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 estabelece as Normas Gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esclarece-se que a lei geral de Licitações em seu Art. 2º e 3º traz que:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

In casu, verificando a documentação constante no processo administrativo para a contratação do objeto acima especificado, no entender deste Advogado, são suficientes para uma emissão de Parecer de mérito.

Como já aduzido acima, este procedimento é disciplinado na Constituição Federal e na Lei 8.666/90. A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.

Depreende-se da leitura do dispositivo constitucional a existência de exceção a regra geral de contratação mediante procedimento licitatório público ao possibilitar a contratação direta por inexigibilidade em casos especificados na legislação.

De acordo com esta premissa, o artigo 2º da lei 8.666/93 (licitações e contratos administrativos) consigna que:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.** (grifo nosso).

A lei de licitações e contratos administrativos seguindo, logicamente, os ditames constitucionais preceitua como regra geral o procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços; alienações, concessões, permissões e locações pela Administração Pública, e como exceção as hipóteses previstas na própria lei.

As exceções previstas na lei nº 8.666/93 estão consignadas no artigo 13 e 25. Para o presente caso cabe analisarmos o artigo 25 da mencionada lei que trata sobre a inexigibilidade de licitação e assim dispõem:

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 art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;** (grifo nosso).

Os serviços técnicos elencados no artigo 13 da lei são:

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;** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Portanto, a legislação autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação de profissional ou empresa especializada para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados para emissão de pareceres, assessoria ou consultorias técnicas.

É imperioso ressaltar que a autorização de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 da lei nº 8.666/93 determina que o serviço técnico especializado seja de **natureza singular**, executado por profissional de **notória especialização**.

José dos Santos Carvalho Filho assim conceitua:

A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero.

(...)

Além dessas características, impõem a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que "singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por

um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.

Assim, a prestação de assessoria e consultoria contábil, encaixa-se perfeitamente em um serviço técnico especializado de natureza singular, pois consiste no trabalho intelectual do contador, ligado a sua capacitação profissional, conforme se extrai da documentação juntada aos autos.

Em decorrência da complexidade ou da relevância dos serviços contábeis a serem desenvolvidos, requer a contratação de profissional de reconhecida competência e especialização na contabilidade pública.

Desta forma, deve constar nos autos documentos que atestem a notória especialização do contador no que diz respeito a sua experiência na prestação deste serviço para a Administração Pública Municipal, conforme o fez constar nos autos

Em decisão monocrática no Agravo 664.945 contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão do TJGO, o Ministro Dias Toffoli ao analisar situação semelhante afirmou inexistir ilegalidade na contratação direta de prestador de serviço contábil, vejamos a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÁBEIS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO E SINGULARIDADE VERIFICADAS. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. IMPROBIDADE NÃO

CHARACTERIZADA. (...) 2. A notória especialização guarda um conceito relativo, que pode variar de acordo com a localidade da prestação contratual, o que implica a possibilidade de determinado profissional, detentor de alguns atributos ou de específica formação, ser reconhecido como notório especialista em uma pequena cidade ou região, embora seu trabalho e sua reputação sejam totalmente desconhecidos em uma grande capital. Já o requisito da singularidade envolve elemento objetivo, sendo uma característica diferenciadora do objeto. É o serviço pretendido pela Administração que é singular e não aquele que o executa, caso contrário, estaríamos diante de uma exclusividade. 3. Inexistindo na municipalidade escritório contábil com experiência comprovada em contabilidade pública, como a empresa recorrida que, inclusive, já prestava serviços para diversas outras Prefeituras e Câmaras Municipais dos Estados de Goiás e Tocantins, não há se falar em ausência de notória especialização e singularidade a justificar a inexigibilidade da licitação. 4. Consoante recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação sistemática e teleológica da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), informa que a prática de ato ilegal, por si só, somente constituirá improbidade administrativa quando a lesão ao erário ou ilegalidade tiver motivação que atente contra as pautas de moralidade administrativa, ou seja, quando a prática de ato vedado pela lei é levada a efeito com dolo ou culpa do gestor público, notadamente porque o que a lei visou coibir foi a administração desonesta e não a insipiente, razão pela qual, ausente o elemento subjetivo, não se há falar em violação do princípio da moralidade estabelecido no caput do art. 37 da Constituição Federal/88. (ARE 664945, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 18/03/2014, publicado em DJe-057 DIVULG 21/03/2014 PUBLIC 24/03/2014)

Sobre os contratos celebrados pela administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins

públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, de acordo com tal conceituação, os contratos da Administração Pública podem reger-se pelo direito privado ou pelo direito público.

Nos contratos privados é garantida uma relação de igualdade entre a administração pública e o particular, diferente do que ocorre no contrato público, no qual são garantidas prerrogativas à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular.

É importante alertar que nos contratos, tanto no regime privado como no regime público, estão presentes a finalidade e o interesse público, os quais são pressupostos necessários e essenciais para a atuação da Administração. O que realmente os diferencia **“É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.”**³

Esta atuação da Administração na relação contratual com o particular, impondo a sua supremacia, é evidenciada através das denominadas *cláusulas exorbitantes do direito comum*, as quais não necessitam estar previstas expressamente no contrato, pois sua existência decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas não são lícitas em um contrato privado, pois desigualaria as partes na execução do ajustado, no entanto são válidas no contrato administrativo, pois visam demonstrar a supremacia da Administração.

Consideram-se como cláusulas exorbitantes:

- a) Alteração ou rescisão unilateral do contrato;
- b) Exigência de garantia;
- c) Fiscalização da execução do contrato;
- d) Aplicação de penalidades;
- e) Restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; dentre outras.

Porém, ao utilizar-se das cláusulas exorbitantes, a Administração deve garantir equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que não haja prejuízos ao contratado/particular, como elevações de preços que tornem mais onerosa a prestação ao qual está obrigado, dentre outras situações que causem ônus a parte contratada.

Esta determinação possui previsão Constitucional no artigo 37, XXI, ao afirmar que os contratos deverão conter *cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*.

Assim, garante-se uma proteção a quem contrata com a Administração, evitando que a posição de supremacia sobre o particular seja desmedida, sem qualquer controle e acabe por ferir preceitos constitucionais, bem como torna viável e seguro ao privado a contratação com a administração pública.

Diante dos conceitos e de todas estas características que identificam um contrato administrativo, e a partir da análise da minuta do contrato referente ao processo administrativo nº 2021.001, pode-se identificar tal contrato como um contrato administrativo, e o aplicar as normas do regime jurídico público, dentre elas a lei nº 8.666/1993.

A minuta do contrato referente ao processo administrativo nº 2021.001 – Inexigibilidade, contém todas as cláusulas obrigatórias para um contrato administrativo, as quais estão descritas nos incisos do artigo 55 da lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Assim, observadas as normas citadas há possibilidade de prosseguimento ao processo de contratação.

4. DA CONCLUSÃO

Ex positis, por tudo que dos autos constam manifesta-se pela possibilidade/viabilidade da contratação pelo viés da inexigibilidade de licitação, ante a comprovação dos requisitos para a sua concretização, com fundamento nos artigos 25, II e 13, III da lei nº 8.666/93.

Ressalva-se também que a minuta do contrato cumpriu com as exigências legais previstas no artigo 55 também da lei nº 8.666/93.

Em que pese a documentação trazer possibilidade/viabilidade para a contratação, do objeto, cumprindo a formalidade, necessário se faz a juntada de ato administrativo de designação de fiscal do contrato, conforme estabelece a legislação de regência.

Assim, recomenda-se retornar o processo a Comissão de Licitação para cumprimenta da recomendação e prosseguimento do feito.

É o que se tem para o momento. S M J.



Dianópolis-TO, 29 de Abril de 2021.


MARTINS AFONSO MACIEL LEMOS
OAB/TO 7834