

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Proc. de Termos Licitações e Contratos -

PARECER Nº: 0723/2017

PROCESSO:2017.02.006157

INTERESSADO: Instituto Eduardo Shinyashiki - IES

ÓRGÃO DE ORIGEM: SECRETARIA DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: Consultiva Administrativa - Contratação Direta - Inexigibilidade

Inexigibilidade de licitação. Art. 25, II, da Lei Federal n. 8.666/93. Contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei de Licitações, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Casuística e posições doutrinárias e jurisprudenciais. Aferição técnica da singularidade da prestação. Atribuição afeta à questão não jurídica. Aferição das condições jurídicas da contratação.

Trata-se de consulta manejada pela Secretaria de Educação acerca da pretensa contratação, por inexigibilidade de licitação, do Instituto Eduardo Shinyashiki (IES) no valor de R\$ 18.800,00 (dezoito mil e oitocentos reais) para "*ministração de palestras sobre relações interpessoais na educação e desenvolvimento das habilidades socioemocionais*".

Consta dos autos documentação do IES (jurídica, fiscal, atestados técnicos, etc) e comprovação de prestação de serviços para diversos outros entes (públicos e privados), com a especificação dos valores cobrados por serviços análogos aos ora pretendidos. No termo de inexigibilidade (fls. 130-131), o fundamento da contratação é dado no art. 25, II, da Lei Federal n. 8.666/93. São apontadas, assim, a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço (fls. 132).

É o relatório. Passo a opinar.

Dispõe o art. 25, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/93, que, em suma, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, trazendo em seus incisos hipóteses meramente exemplificativas nas quais se presume tal inviabilidade. Assim, caracterizam-se como situações de inexigibilidade todas aquelas passíveis de se amoldar diretamente à previsão genérica contida no aludido dispositivo, independentemente de previsão legal específica e expressa. Tal é a comprovação do exposto que o Tribunal de Contas da União já se posicionou nesse sentido:

As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei n. 8.666/93 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no *caput* do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição. (TCU – Acórdão 2.418/20006, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer – 12 de dezembro de 2006).

Em específico – e nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 –, é inexigível a licitação "*para*

à 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". A inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 demanda a concorrência de 3 (três) requisitos, a saber: (1) a necessidade de se contratar serviços técnicos especializados; (2) a "natureza singular" do objeto da contratação; e (3) a notória especialização do(s) profissional(is) a ser(em) contratado(s). Nesse sentido dispõe a Súmula n. 252 do TCU, em conformidade com os termos legais.

A noção do que caracteriza os serviços técnicos especializados não oferece maiores dificuldades, sendo aqueles constantes no rol do art. 13 da Lei Geral de Licitações. Também a forma de se aferir a notória especialização se encontra suficientemente descrita no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

Lei Federal n. 8.666/93 – Art. 25, §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.

Problema maior reside na conceituação do que seriam serviços singulares, especialmente em face da ausência de qualquer parâmetro legal a esse respeito. Não se pode simplesmente considerar como singulares todos aqueles serviços referidos no art. 13 da Lei Federal n. 8.666/93. Nesse passo, tem-se entendido que a "*natureza singular*" dos serviços passíveis de serem contratados sem licitação se caracteriza em face de uma situação incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado.

No ponto, é de ver-se que, muito embora diante de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, tem-se posição no TCU de que, ainda que o conceito de singularidade não esteja vinculado à ideia de unicidade (um único prestador possível)¹, serviço singular é aquele tido como distinto, extraordinário, incomum, impossível de ser enfrentado satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. No dizer do próprio TCU, "*envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)*".² É dizer, segundo o TCU, que nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada

¹ TCU – Acórdão 1074/2013 – Plenário – Rel. Min. Benjamin Zymler – Julgamento em 8.5.2013.

² TCU – Acórdão 2104/2012 – Plenário – Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa – Publicado em 8.8.2012.

nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.³

Em termos doutrinários – e já sobre a ausência ou não do certame licitatório em conjugação com a singularidade –, há posicionamento de jurista de escol no sentido de que a caracterização da singularidade inviabiliza a competição por patamares objetivos e afasta a licitação. Ter-se-ia, assim, o grau de subjetividade e confiança do gestor como propulsores da escolha administrativa. Nesse sentido, ainda que fosse possível uma disputa, não haveria possibilidade de competição pela ausência de parâmetros objetivos de julgamento. Veja-se:

O aspecto que ainda permanece sem definição precisa por parte do TCU diz respeito ao que se deve entender por “serviços singulares” em razão do disposto no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93. De nossa parte, entendemos que singular é o serviço técnico profissional especializado que não comporta definição e escolha por critério objetivo de julgamento, devendo necessariamente ser contratado com pessoa, física ou jurídica, de notória especialização, a fim de reduzir eventuais riscos e potencializar a melhor relação benefício-custo em razão de certas peculiaridades especiais que caracterizam a necessidade da Administração. A impossibilidade de fixar tal condição objetiva afasta a licitação, que tem como pressuposto o tratamento isonômico, e este, por sua vez, a escolha do terceiro por critério objetivo de julgamento. Ou seja, sem critério objetivo de julgamento, não há como assegurar o necessário tratamento isonômico;

O fato de existir mais de uma pessoa notoriamente especializada não afasta a possibilidade de aplicar a hipótese de inexigibilidade prevista no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 nem impõe o dever de licitar. Conforme demonstramos, o que determina a inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição, e não a impossibilidade de disputa. Assim, não se deve confundir “competição” com “disputa”, pois tais expressões possuem sentidos jurídicos diversos. Portanto, no caso do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, mesmo havendo mais de uma pessoa notoriamente especializada, a competição continua inviável pela impossibilidade de fixar critério de julgamento objetivo, pressuposto necessário da licitação. A regra é que a licitação deve ser considerada inexigível sempre que o seu pressuposto não puder ser assegurado;⁴

Sobre a temática específica – contratação de consultoria / treinamento / palestrante / professor –, é de ver-se que foi editada pelo Secretário de Assuntos Jurídicos a Orientação Normativa nº 03/2009, de seguinte teor: “*ON 03/2009. A contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, incluída a inscrição de servidor em cursos abertos, pode se dar com fundamento no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, desde que caracterizada a singularidade do objeto e a notoriedade da instituição de ensino ou do especialista contratado*” (Portaria SAJ nº 183, de 11/5/2009). Nesse mesmo sentido é a Orientação Normativa n.18/09 da AGU.

³ TCU – Acórdão 2616/2015 – Plenário – Rel. Min. Benjamin Zymler – Julgamento em 21.10.2015.

⁴ MENDES, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do TCU. In: *Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC*. Ano XVIII, n. 209, julho/2011. p. 637-638.

Uma vez que não se alça discussão sobre os demais requisitos para a contratação via inexigibilidade de licitação (serviços técnicos e notória especialização do virtual contratado, sobretudo diante de suas outras contratações por entes / órgãos públicos), a questão resta centrada na aferição da singularidade do objeto, a ensejar a impossível competição sob parâmetros objetivos e a consequente inviabilidade de licitação.

Quanto a esse derradeiro requisito – e, repita-se, conforme já explicitado –, resta justificado pelo setor técnico competente a escolha do fornecedor, não tendo o órgão jurídico, em regra, condições de aferir essa característica, salvo em relação a serviços de natureza jurídica. Há assim, ao menos em tese, uma justificação para a singularidade (conforme disposto nos autos), muito embora tal não possa ser avaliado pelo subscritor por completa ausência de expertise na temática específica. Cabe ao gestor contratante, assim, atestar / definir esse caractere, sobretudo diante dos panoramas jurisprudenciais e doutrinários acima expostos.

Por derradeiro, há de se salientar que para as contratações diretas por inexigibilidade de licitação é necessário, em regra, além da comprovação idônea da inviabilidade de competição, atentar para o cumprimento dos requisitos de ordem geral previstos no art. 26 da Lei nº 8.666/93. Tal dispositivo menciona que *“as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, [...] deverão ser comunicadas, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos”*. E continua o aludido dispositivo em seu parágrafo único:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Nesse contexto, não se vislumbra a incidência de situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa (art. 26, § único, I); a razão da escolha do fornecedor ou executante (art. 26, § único, II), conforme já debatido, reside na já debatida aferição do gestor; não há que se falar, no caso, de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, § único, IV); e a justificativa de preço (art. 26, § único, III) se dá com a comparação dos valores usualmente cobrados pela empresa interessada no fornecimento dos serviços em questão com o valor ora cobrado do Município, de modo a aferir se não há um eventual abuso de sua parte, visando um aumento arbitrário dos lucros em prejuízo da Administração.

Ainda sobre o preço, é importante atentar que a contratação direta não importa em permissão para realização de contratações inadequadas, desvantajosas. Nesse sentido, o preço cobrado pelo pretenso contratado se adequa à média de preços cobrada de outros contratantes (vide documentação nos autos).

Ante tais considerações, opino, quanto aos caracteres jurídicos, pela legalidade da contratação direta, com fulcro no art. 25, II da Lei 8.666/93 e nos termos da fundamentação que acompanha esse parecer. Reitero, ao final, a necessidade de cumprimento dos requisitos formais do art. 26 da Lei de Licitações, com as devidas publicações dos termos de inexigibilidade e a comprovação dos lastros financeiro e orçamentário para a prestação.

Nestes termos, é o parecer que submeto à consideração superior.

Recife, 01 de dezembro de 2017

Bruno Santos Cunha
Matrícula 87.476-8