



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER PRELIMINAR

DATA: 25/07/2024

EMENTA – EVENTUAL POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS (ASSESSORIA E CONSULTORIA) POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ARTS. 25, II C/C ART. 13, III, AMBOS DA LEI Nº 8.666/93 (REVOGADA) – LEI Nº 14.133/2021, ART. 74, III, ALÍNEAS “C” E “E” – CONTRATAÇÃO QUE DEVERÁ OBSERVAR A IDEOLOGIA DA NATUREZA SINGULAR OU NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PARA SUA EFETIVAÇÃO – EXIGÊNCIA QUANTO A REAL NECESSIDADE DEVE ESTAR DEVIDAMENTE COMPROVADA E NÃO HAJA NENHUM IMPEDIMENTO LEGAL – STF RES-656.558 E RES-610.523 – ADC Nº 45 STF - PRECEDENTE FAVORÁVEL TCE/MS - PROCESSO TC/MS 10829/2013, ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO, RELATOR: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES – TCE/MS DECISÃO SINGULAR DSG – G.FEK – 7121/2022 – TCE/MS – AC01-G.WNB-1044/2014 – PARECER TCE-MS Nº 00/0032/01 - OBSERVÂNCIA DAS SÚMULAS Nº 252/10 E Nº 264/11 DO TCU – SÚMULA TC/MS Nº 62 – LEI FEDERAL Nº 14.039/2020 E DECRETO MUNICIPAL Nº 3.790/2023.



Trata-se de análise sobre a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço técnico especializado de (assessoria e consultoria), envolvendo conhecimentos específicos na área de contabilidade/assessoria jurídica especializada, **nos Termos da Súmula 264 do TCU, com supedâneo na Lei Federal nº 14.039/2020.** Ademais, há que se demonstrar, irrefutavelmente, tratar-se de empresa/pessoa jurídica de notória especialização e larga experiência no objeto contratual. Cabe à pessoa jurídica anexar ao processo todas as informações necessárias objetivando



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL Estado de Mato Grosso do Sul

a comprovação de serviço singular de notória especialização pautado em trabalhos anteriores já realizados, sob pena de indeferimento.

Contratação de empresa para prestação de serviços técnicos de consultoria e assessoria jurídica especializada, administrativa e judicial, AD EXITUM, visando recuperação de créditos, com o projeto de recuperação de créditos de IRRF e decorrentes de recolhimentos indevidos ao INSS e a incrementação da arrecadação mensal do FPM.



SÚMULA TC/MS Nº 62

Contrato. Advogado. Serviço técnico profissional. Conceito notório. Natureza singular do serviço. Inexigibilidade de licitação. Legalidade. Regularidade.

"OS SERVIÇOS DE NATUREZA TÉCNICO-JURÍDICO, DE INTERESSE DA COISA PÚBLICA EM DEFESA NAS CAUSAS JUDICIAIS, ASSESSORIA OU CONSULTORIA, PODERÃO SER CONSIDERADOS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO, DESDE QUE SEJA CONSIDERADO O MAIS ADEQUADO À SATISFAÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO, ESTE FIRMADO COM DISPENSA DO PROCESSO LICITATÓRIO."

SÚMULA No 264

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei no 8.666/1993.

[ADC 45](#)

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 21/05/2020

Publicação: 25/05/2020



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Decisão

Decisão: 1. Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objeto os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Em síntese, discute-se a constitucionalidade da contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação. 2. Foram formulados 7 (sete) pedidos de ingresso no feito como amicus curiae. De acordo com o art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999, tal admissão pode ocorrer, a critério do relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade do postulante. No caso, a importância da matéria é inequívoca. Quanto à representatividade, tenho utilizado os seguintes critérios: (i) a sua amplitude, (ii) a pertinência do objeto da entidade com o tema versado e (iii) a necessidade de assegurar voz a representantes de pontos de vista diversos. 3. Com base nesses parâmetros, defiro o ingresso no feito, como amici curiae: (i) da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM (peça nº 35); (ii) da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE (peça nº 41); (iii) do Tribunal de Contas da União - TCU (peça nº 49); (iv) da Associação Nacional dos Advogados da União - ANAUNI (peça nº 60); e (v) do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA (peça nº 68). 4. Deixo, porém, de admitir: (i) o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA (peça nº 22), uma vez que seus interesses e pontos de vista já estão adequados e suficientemente representados nos autos pelo próprio requerente; e (ii) o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - SINPROFAZ (peça nº 54), pois os pontos de vista da Advocacia Pública já contam com 3 (três) entidades a ingressar nos autos, uma de cada esfera federativa (ou seja, a ANPM, a ANAPE e a ANAUNI), sendo que as manifestações já apresentadas convergem com o entendimento exposto pelo postulante. Registro, todavia, que todos os arrazoados apresentados serão levados em consideração no julgamento da causa. 5. Considerando que a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE e o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA ainda não expuseram, em suas petições de ingresso, as teses com as quais pretendem contribuir para a formação do convencimento do Tribunal, estabeleço o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de suas manifestações. 6. Decorrido o prazo, voltem-me conclusos. Publique-se. Brasília, 21 de maio de 2020. Ministro Luís Roberto Barroso Relator.

DA ANÁLISE JURÍDICA

De acordo com o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal e no art. 2º da Lei nº 14.133/2021, a licitação será sempre exigida para a aquisição de produtos e contratação de serviços por órgãos públicos, ressalvados os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Não obstante a licitação seja a regra definida por lei para as contratações públicas, em determinadas situações, o próprio texto legal regulamenta e admite a celebração de contratos sem a realização do prévio procedimento.

Nesse sentido, conforme a legislação ora vigente, a dispensa e a inexigibilidade de licitação configuram situações em que a administração pode contratar sem a necessidade de realização do procedimento licitatório, denominadas de situações de contratação direta.

De acordo com o art. 25 da Lei 8.666/93 (revogada) – **Lei nº 14.133/2021, art. 74**, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição pelo Poder Público. Este artigo



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

contém cinco incisos de cunho exemplificativo e cuja leitura é essencial para a conceituação de viabilidade de competição.

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;

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.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

Da leitura do dispositivo mencionado se infere que a inexigibilidade de licitação ocorre em situações de inviabilidade de competição. **Isto ocorre quando a necessidade da Administração somente pode ser atendida por um bem singular, em relação ao qual não haja como se estabelecer critérios objetivos de comparação.**

Sob este enfoque, verifica-se a previsão expressa da inexigibilidade, **consoante a inteligência do art. 74, III da Lei nº 14.133/2021.**

Art. 74, III –

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:

O próprio artigo define que se considera inviável a competição nos casos de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Nesse sentido, o voto do Relator: Conselheiro Iran Coelho das Neves – Processo TC/MS 10829/2013 – externando o seguinte entendimento:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

A controvérsia, contudo, tem emergido a partir da natureza dos serviços advocatícios contratados. Nem todos os serviços advocatícios obedecem aos mesmos critérios daqueles exigidos cotidianamente. Em se tratando de serviços especializados alheios ao domínio técnico dos serviços pertencentes ao quadro de pessoal do órgão demandante e, uma vez comprovadas tais demandas, inexiste óbice de ordem jurídica para a contratação de serviços advocatícios de natureza especializada, visto prevalecer a defesa do interesse público.

Hipóteses fáticas podem surgir em que os recursos humanos existentes nos quadros dos órgãos demandantes se mostram insuficientes para o exercício de defesa ou produção de ato jurídico ou administrativo que assegure o melhor resultado na defesa do interesse público ou do patrimônio dos referidos órgãos.

Examinando os autos, tem-se efetivamente que a contratação guarda conformidade com as disposições legais aplicáveis à espécie, uma vez que a

Administração agiu dentro dos limites estabelecidos no artigo 25 da Lei Federal nº

8666/93 ao tornar inexigível a licitação em tela, senão vejamos:

Para este tipo de contratação direta os profissionais ou empresas devem se revestir de dois requisitos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

I - qualificação de notória especialização, isto é, aquele que desfrute de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade, Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

ou seja, é imperioso que a Administração considere que o trabalho a ser executado pelo profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto contratado;

II – natureza singular, que são aqueles executados segundo características próprias do executor. São os serviços prestados de certa maneira e com grau de confiabilidade por um profissional ou empresa.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

SUMULA TC/MS Nº 0062. Contrato. Advogado. Serviço Técnico Profissional. Conceito notório. Natureza singular do serviço. Inexigibilidade de licitação. Legalidade. Regularidade.

Merece transcrição, pela pertinência temática, a doutrina autorizada

de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Contratação Direta Sem Licitação. Ed. Forum,

9ª edição. P. 620), versando sobre o tema nos seguintes termos, verbis;

(...)

Há porém, um elemento que parece ser considerável para o STF na decisão do gestor público: confiança. Note-se que a literalidade da norma, ao conceituar notório especialista, permite ao gestor **inferir** que aquele profissional é essencial e indiscutivelmente o mais adequado a plena satisfação do objeto. (grifo no original)

Esse escólio resolve, de forma lapidar, a difícil questão prática de ocorrência frequente, em que o objeto é singular mas existe mais de um notório especialista capaz, em tese, de realiza-lo. Por isso, a opção guarda certa discricionariedade. Note-se, porém, que para ser notório especialista, nos termos da lei, é necessária a satisfação de algum dos elementos do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, fato que limita a discricionariedade.

Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

GAB. CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

Detalhes da Jurisprudência

Processo

108292013 MS 1426982

Partes

PREFEITURA MUNICIPAL DE APARECIDA DO TABOADO

Publicação

Diário Oficial do TCE-MS n. 1019, de 11/12/2014

Relator

IRAN COELHO DAS NEVES



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Corroborando com o tema, o Entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria:

Inexigibilidade de Licitação

Caracteriza-se inexigibilidade de licitação por haver apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda as necessidades da Administração. Na inexigibilidade, a licitação não é possível pela inviabilidade de competição e, portanto, desnecessário o procedimento licitatório. Na contratação de serviços, o objeto deve ter natureza singular, ser técnico especializado e o futuro contratado possuir notória especialização.

As hipóteses arroladas no art. 25 da Lei no 8.666/1993 autorizam o gestor público, após comprovada a inviabilidade de competição, contratar diretamente o objeto da licitação. É importante observar que o rol descrito no art. 25 da Lei no 8.666/1993 apresenta elenco exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação. Além da inviabilidade de competição referida no *caput* do art. 25, a inexigibilidade de licitação pode ser utilizada na contratação de: materiais, equipamentos ou gêneros que só possam • ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca. Deve a Administração, nesse caso, verificar a exclusividade, mediante documentação autêntica que comprove essa condição; • serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; • profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por intermédio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Os exemplos a seguir auxiliam no entendimento de contratação por inexigibilidade.

Exemplo 1:

Ha necessidade de a Administração adquirir tratores do modelo “A” do fabricante CATERP, pois somente esse modelo consegue, em razão da potencia, abrir estradas na floresta amazônica. Só o fabricante do trator comercializa o produto. Nesse caso, configura-se a inexigibilidade de licitação para aquisição do objeto.

Nesse sentido, os seguintes acórdãos do TCU:

Não prescinde da avaliação subjetiva, a contratação por inexigibilidade de licitação em virtude de objeto singular e de notória especialização do contratado, no que pertine a escolha da empresa ou do profissional a ser contratado. É necessário, no entanto, que tal escolha guarde inteira consistência com outros elementos de caráter objetivo a serem devidamente explicitados.

Acórdão 2142/2007 Plenário (Sumário)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Para que a contratação por inexigibilidade de licitação com base no art. 25, inciso II, da Lei no 8.666/1993, seja considerada legal, e necessária, sem prejuízo de outros requisitos, a demonstração da singularidade do objeto contratado.

Acórdão 935/2007 Plenário (Sumário)

A inexigibilidade de licitação é indevida quando não for devidamente comprovada a inviabilidade de competição.

Acórdão 827/2007 Plenário (Sumário)

O reconhecimento de situação de inexigibilidade não autoriza a Radiobras que cobre pelos serviços prestados preços incompatíveis com os praticados no mercado.

Acórdão 689/2007 Plenário (Sumário)

Ademais, de bom grado suscitarmos o voto do relator: Min. Dias Toffoli – julgamento conjunto dos REs 656.558 e 610.523 (STF) – no qual proferiu entendimento favorável quanto a possibilidade de eventual contratação de advogados por ente público mediante inexigibilidade de licitação. Para o Ministro é constitucional a regra insculpida no art. 25, II da Lei nº 8.666/93 que estabelece ser inexigível a contratação para serviços técnicos enumerados no art. 13 da mesma lei, desde que observados os seguintes quesitos:

- 1) preenchidos os requisitos nela estabelecidos;
- 2) não haja norma impeditiva para a contratação nesses termos; e
- 3) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange a execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

A referida regra foi recepcionada pela Lei nº 13.133/2021, vide art. 74, III – possuindo como supedâneo a Lei Federal nº 14.039/2020, vejamos:

LEI Nº 14.039, DE 17 DE AGOSTO DE 2020

Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares,



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Art. 2º O art. 25 do [Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946](#), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

.....

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.” (NR)

A própria AGU encaminhou ao STF manifestação pela constitucionalidade dos dispositivos da lei de licitações que permitem a contratação de advogados por entes públicos pela modalidade de inexigibilidade de licitação. A manifestação se deu na (ADC 45), proposta pela CFOAB.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5030897>

ADC 45

PROCESSO ELETRÔNICO

PÚBLICO

MEDIDA LIMINAR

NÚMERO ÚNICO: 4003252-92.2016.1.00.0000

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Origem: DF - DISTRITO FEDERAL

Relator: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator do último incidente: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO (ADC-ED-segundos)

REQTE.(S)

ADV.(A/S)

ADV.(A/S)

INTDO.(A/S)

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO (18958/DF, 167075/MG, 2525/PI, 259423/RJ, 463101/SP)

EGON RAFAEL DOS SANTOS OLIVEIRA (73476/DF)

PRESIDENTE DA REPÚBLICA



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

Conforme argumentação da AGU, aqueles serviços advocatícios revestidos de singularidade e, assim, executáveis somente por profissionais dotados de notória especialização, são passíveis de contratação direta, sem a observância do regular procedimento licitatório.

Nesse sentido, os seguintes precedentes favoráveis do TCE/MS:



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 7021/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/19896/2017
PROTOCOLO	: 1846566
ENTE/ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE CORUMBÁ, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS E GESTÃO
JURISDICIONADO	: ALBERTO SABURO KANAYAMA
CARGO	: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E GESTÃO (1/11/2017 – 8/10/2018)
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 3/2017
PROCEDIMENTO	: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N. 8020/2017
CONTRATADO(A)	: J REMONATTO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA
OBJETO	: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA JURÍDICO ADMINISTRATIVA-TRIBUTÁRIA PARA A RECUPERAÇÃO DE DIREITOS DO MUNICÍPIO.
VALOR INICIAL	: DE R\$ 0,15 DE CADA R\$ 1,00 ACRESCIDO DO ÍNDICE DE ARRECADAÇÃO DO ICMS APLICADO NO EXERCÍCIO DE 2017, ATÉ O LIMITE DE R\$ 400,000,00 A SEREM PAGOS A PARTIR DA DIVULGAÇÃO DO ÍNDICE DEFINITIVO, EM 12 PARCELAS MENSAS.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

Assessoria



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Nos termos do art. 25 da Lei (Federal) n. 8.666, de 1993, a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial, para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (inciso II).

Friso que existe um encadeamento lógico para a averiguação dos requisitos em comento, sendo que, se o contratado não comprovar a adequação do objeto à prestação de serviço técnico especializado, sequer se avançará para a análise sobre a natureza singular e a notória especialização.

Sendo assim, no que compete à prestação de serviços técnicos, o art. 13 da citada lei geral de licitações e contratos estabelece que:

Art. 13. Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

Posto isso, cumpre analisar o preenchimento dos requisitos inscritos no inciso II do art. 25 da Lei (Federal) n. 8.666, de 1993, quanto à natureza singular do objeto e a notória especialização do profissional contratado, conforme as razões a seguir.

Diante da descrição dos serviços acima, verifico que há singularidade do serviço técnico profissional especializado contratado, pelo fato de ser necessário conhecimento específico acerca da recuperação e aumento de arrecadação de valores sobre os repasses do ICMS, com base nas regras da Lei Complementar (federal) n. 63, de 1990 (*dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências*); e Lei Complementar (estadual) n. 57, de 1991 (*dispõe sobre a regulamentação do artigo 153, parágrafo único, II, da Constituição do Estado*).

Da notória especialização do profissional ou empresa que irá prestar o serviço:

Outro requisito exigido pelo inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93 diz respeito à comprovação de notória especialização do profissional ou empresa que irá prestar o serviço à Administração Pública Municipal.

A notória especialização está descrita no § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93:

§ 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



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

No Âmbito deste Tribunal de Contas, cito o teor da **Súmula n. 62**, abaixo transcrita:

Os serviços de natureza Técnico-Jurídico, de Interesse da coisa pública em defesa nas causas judiciais, assessoria ou consultoria, poderão ser consideradas de notória especialização, desde que seja considerado o mais adequado à satisfação do objeto do contrato, este firmado com dispensa do processo licitatório (grifo nosso).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pag. 808), leciona que:

Com relação à notória especialização, o §1º do art. 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexistência (grifo nosso).

A definição de notória especialização envolve elemento subjetivo, pois faz referência às características do profissional contratado.

Cumpra anotar que, recentemente, a Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, passou a prever no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) que o serviço de advocacia já traz em si a natureza de serviço técnico e singular, devendo ser demonstrada apenas a notória especialização. É o que prescreve o art. 3º A abaixo colacionado:

Art.3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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 (grifo nosso).



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

ACÓRDÃO DA 1ª CAMARA : AC01-G.WNB-1044/2014
PROCESSO TC/MS : TC/106276/2011
PROTOCOLO : 1226891
ORDENADOR DE DESPESAS : MATEUS PALMA DE FARIAS
CARGO DO ORDENADOR : PREFEITO
ÓRGÃO : PREFEITURA MUNICIPAL DE CAARAPÓ
CONTRATADO : BROWN & ORTIZ ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S
ASSUNTO DO PROCESSO : CONTRATO ADMINISTRATIVO CONTRATO -
RELATOR : CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL CONSOANTE REGRAS PRECONIZADAS PELA LEI Nº 8666/93. EXECUÇÃO CONTRATUAL. DESPESA DEVIDAMENTE LIQUIDADA. REGULARIDADE DA EXECUÇÃO FINANCEIRA CONTRATUAL.

1. É considerado legal o certame licitatório quando observado os fundamentos estabelecidos pela Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93). 2. Por sua vez considera-se regular e legal o contrato dele decorrente estando ele formalizado em conformidade com termos do certame licitatório e da proposta a que se vincula, e uma vez guardada observância às regras estabelecidas pela Lei acima citada, quanto à formalização dos contratos por ela regulados; 3. Consigna-se, por fim, regular a execução do contrato, como aqui se verifica, quando essa espelhar correspondência aos parâmetros financeiros e executórios definidos pelo mesmo, traduzida, aliás, por meio da conciliação físico-financeira contratual e mediante a devida liquidação da despesa, à luz da Lei Federal nº 4.320/64.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

Diante do exposto, contrario os apontamentos da equipe técnica e o Parecer do Ministério Público de Contas. Assim, profiro meu **VOTO** no seguinte sentido:

I – Pela legalidade e regularidade do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo nº 215/2011, firmado entre a Prefeitura Municipal de Caarapó e a Empresa Brown e Ortiz Advogados Associados S/S, conforme inciso I, do art. 311 c/c inciso I, primeira parte, do art. 312, ambos da Resolução Normativa TCE/MS nº 057/2006, tendo como base a previsão do art. 25, inciso II c/c art. 13, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, **DECLARANDO-SE A DECLARAR A LEGALIDADE E REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 215/2011, BEM COMO, DA EXECUÇÃO DO CONTRATO, FIRMADO ENTRE A PREFEITURA MUNICIPAL DE CAARAPÓ - MS E A EMPRESA BROWN E ORTIZ ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros José Ricardo Pereira Cabral e Ronaldo Chadid.

Presente, também, o Exmo. Sr. Procurador de Contas por substituição legal Terto de Moraes Valente.

Campo Grande, 13 de maio de 2014.

WALDIR NEVE BARBOSA
Conselheiro Relator

Na (ADC 45), o(a) CFOAB afirma que, apesar de os arts. 25, II e art. 13, V – ambos da Lei nº 8.666/93, estabelecerem com total transparência a possibilidade de contratação pela Administração Pública, de advogado pela hipótese de inexigibilidade de licitação, os dispositivos, em questão, vêm sendo alvo de relevante controvérsia judicial. Nas razões apresentadas, o(a) CFOAB sustenta a constitucionalidade dos dispositivos reiterando que a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios em virtude de se enquadrarem como serviço técnico



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional tornam inviável a realização de licitação.

O(A) CFOAB sustenta que a própria lei enuncia os requisitos necessários inerentes a configuração da inviabilidade de competição, quais sejam:

- a) **Os serviços têm de ostentar natureza singular;**
- b) **Os profissionais ou empresas a contratar devem possuir notória especialização.**

“Logo, apenas aqueles serviços advocatícios revestidos de singularidade e, assim, executáveis somente por profissionais dotados de notória especialização são passíveis de contratação direta, sem a observância do regular procedimento licitatório. Não se enquadram nesse caso aqueles serviços de advocacia comuns, isto é, cujo grau de singularidade e complexidade não se revelem idôneos para autorizar o abandono da observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração - objetivos da licitação expressos no art. 3.º da lei 8.666.”

O Ministro Dias Toffoli asseverou que, **apesar da regra geral determinando a competição pública, há serviços que exigem “primor técnico diferenciado” ou o denominado “toque do especialista”, mesmo que não exista apenas um fornecedor exclusivo.**

Na concepção do Ministro a advocacia é um dos casos peculiares, pela falta de critérios objetivos – a disputa por preço não se aplica, e o estatuto da classe proíbe que os profissionais tentem captar causas. Logo, a inexigibilidade de licitação pode existir, ainda que existam vários especialistas aptos a prestar o mesmo serviço.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

“Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado”, escreveu Toffoli. Ele entende, porém, que essa liberdade tem limites, dependendo de certos requisitos objetivos: a experiência do especialista, sua boa reputação e o grau de satisfação obtido em outros contratos, por exemplo.

O relator disse ainda que a simples existência de procuradores municipais não impede a contratação de advogados qualificados. Embora a [Associação Nacional dos Procuradores Municipais \(ANPM\)](#) considere “absurda” essa prática quando há profissionais da área no próprio quadro administrativo, Toffoli diz que isso é possível em serviços singulares ou complexos por um certo período.

(<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/contratar-advogado-licitacao-nem-sempre-improbidade-toffoli>)

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** (anexo 1), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (anexo 2), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, com base no art. 103, inc. VII e art. 102, inc. I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inc. VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão exarada nos autos da Proposição n. 49.0000.2016.005431-6/Conselho Pleno (certidão anexa), propor

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente, nota-se que a inexigibilidade de licitação é único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública.

Isso porque, a inexigibilidade de licitação pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor variáveis em maior ou menor grau, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.

Nesse sentido, esclarece o Min. Eros Grau:

“Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo.”

Ainda concernente à confiabilidade, José Afonso da Silva acrescenta (anexo 3 - p. 4) que “a peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no princípio da confiança, que repugna o processo licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais”.

A confiabilidade é, portanto, um dos critérios que impedem a exigibilidade da licitação para a contratação do serviço advocatício. Outro elemento impeditivo é a vedação da mercantilização da advocacia, conforme a Súmula n. 5/2012/COP (anexo 5) editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.¹⁰



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, cujos parâmetros são deveras ampliativos a permitir uma determinação precisa caso a caso. Isso porque, poderia se avaliar tanto títulos acadêmicos, quanto publicações, tempo de atividade, sucesso nas causas judiciais sem poder inferir qual critério se sobressairia ao outro, face à evidência da subjetividade.

Nessa senda, apontou a Min. Cármen Lúcia na já citada AP 348 de Relatoria do Min. Eros Grau:

"No caso de contratação de advogado, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o art. 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos pelo art. 3º é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Esse é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação – artigo 25 c.c. artigo 13."

Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é, conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

VII – DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL** requer:

a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, em razão da existência de controvérsia judicial relevante, face ao reiterado afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, o que caracteriza repetidas declarações incidentais de inconstitucionalidade, em analogia a Súmula Vinculante 10;



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

e) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993.

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em razão da impossibilidade de quantificar seu conteúdo econômico.

Termos em que, espera deferimento.

Brasília/DF, 10 de agosto de 2016.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RS 22.356


Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958

Conforme a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus nº 86198-PR (Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29-06-2007) a Primeira Turma do Excelso Pretório proferiu acórdão substanciado na seguinte ementa:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

“I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93.

II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente.

III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).”

Mais recentemente, em Acórdão preferido pelo Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma enumerou os parâmetros de observância obrigatória para a contratação direta de escritório de advocacia sem licitação:

“IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.” (Inq. 3074-SC, Min. ROBERTO BARROSO, DJe-193, de 3-10-2014)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

As Súmulas nº 252/10 e 264/11 do TCU, sintetizam com absoluta prioridade a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, vejamos:

Súmula 252/10 (TCU) – “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea e três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

Súmula 264/11 (TCU) – “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, II da Lei nº 8.666/93”.

Por sua vez, a Nova Lei de Licitações – Lei Federal nº 14.133/2021, assim determinou em seu art. 74, III, alíneas ‘c’ e “e”:

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 comerciais 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;



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL Estado de Mato Grosso do Sul

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas:

TCU – Acórdão 4.050/2011:

ACÓRDÃO:
Acórdão 4050/2011-Segunda Câmara

DATA DA SESSÃO:
14/06/2011

RELATOR:
AROLDO CEDRAZ

ÁREA:
Licitação

TEMA:
Inexigibilidade de licitação

SUBTEMA:
Serviços advocatícios

OUTROS INDEXADORES:
Pré-qualificação, Notória especialização, Singularidade do objeto

TIPO DO PROCESSO:
PRESTAÇÃO DE CONTAS

ENUNCIADO:

A contratação de serviços advocatícios e de consultoria jurídica mediante inexigibilidade de licitação demanda comprovação simultânea da notória especialização do contratado e da singularidade do objeto. Quando a competição por serviços advocatícios revelar-se inviável, deve ser realizada pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços demandados.

Nas lições de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 17ª Edição, 2016) no que concerne ao art. 13, V da Lei nº 8.666/93:

8) O inc. V

O inc. V alude a serviços de advocacia, envolvendo atuação tanto na fase não judicial (dita administrativa) como perante o Poder Judiciário. Sobre o tema, consultem-se os comentários ao art. 25, eis que as dúvidas mais complexas surgem a propósito de contratações diretas.

Anote-se que o dispositivo alude à atuação em causas judiciais ou administrativas. A regra abrange tanto atuação contenciosa como não litigiosa. Nas hipóteses de serviços de advocacia contenciosa, está compreendido o desempenho perante tribunais judiciais ou arbitrais.

O patrocínio em causas administrativas se refere a atividades perante órgãos da própria Administração Pública. A redação do dispositivo indica a existência de uma “causa”, o que implica a existência de uma pretensão a ser exercitada em face de terceiro. Não significa a exigência de um processo, em que a Administração contendesse com outrem. É perfeitamente possível que a Administração pleiteie algo perante outro órgão administrativo, em circunstâncias que envolvam o desenvolvimento de serviços técnicos profissionais especializados.

Jurisprudências do TCU:

- “14. Marçal Justen Filho, tecendo comentários à Lei de Licitações (art. 25), aduz que inviabilidade da licitação é uma consequência que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10. ed., p. 269).



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

15. Sem esgotar o leque de possibilidades que podem ensejar a ausência de pressupostos necessários à realização da licitação – a justificar a aplicação da inexigibilidade do certame – aquele autor enumera quatro hipóteses que se subsomem ao caso: i) ausência de pluralidade de alternativas de contratação (art. 25, inciso I, da Lei de Licitações); ii) inexistência de mercado concorrencial (art. 25, inciso II, da Lei de Licitações); iii) ausência de objetividade na seleção do objeto (art. 25, inciso III, da Lei de Licitações); e iv) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.

16. Os três primeiros exemplos acima mencionados são de fácil assimilação, porquanto se referem aos dispositivos legais expressamente mencionados no Estatuto das Licitações. A quarta hipótese alberga, v. g, a contratação de um advogado para defender a Administração em juízo. Nesse caso, contrata-se um profissional, especialista na matéria, exigindo-lhe o dever de realizar a melhor defesa possível, mas não se pode exigir-lhe a vitória da demanda, pois esta depende, por óbvio, de fatores alheios à sua vontade.

17. Todavia, cabe notar que, em todas as situações mencionadas para se justificar o afastamento do certame mediante inexigibilidade, há um traço comum, qual seja, não há ofensa ao princípio da isonomia, pois somente um fornecedor ou prestador do serviço é capaz de atender à demanda da Administração.

18. Prosseguindo com as lições de Marçal Justen Filho, tem-se que este arremata asseverando que: ‘Em todos os casos de inviabilidade de competição, há um objeto singular. A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse público dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea’ (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10. ed., p. 272)” (Acórdão 2.585/2014, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

• “(...) 2. O Tribunal de origem considerou justificada a contratação direta porque a empresa é bem conceituada, e o serviço de revisão da arrecadação do ICMS, para controle da quota-parte na repartição de receitas, demanda conhecimentos técnicos especializados.

3. Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) serviço técnico listado no art. 13; (b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; (c) natureza singular do serviço a ser prestado.

4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior de (a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, (b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONG’s etc.).

5. Recurso Especial parcialmente provido” (REsp 942.412/SP, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28.10.2008, DJe de 09.03.2009).

• “(...) o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993 não se



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento do mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado.

9. Até porque, caso o conceito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se-ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/1993. Não teriam, pois, qualquer aplicabilidade as disposições do inciso II desse artigo, que exigem o atributo da singularidade para as contratações diretas de serviços especializados com profissionais e empresas de notória especialização” (Acórdão 7.840/2013, 1.^a Câm., rel. Min. Benjamin Zymler).

- “(...) singularidade, a meu ver, significa complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado” (Acórdão 1.074/2013, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

Jurisprudência do STF:

- “6. Contratação direta de empresa especializada em assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária, visando, dentre outros serviços, à implantação de cadastro técnico multifinalitário. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados, o que não é um plus que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, e sim a consequência lógica da tipificação de uma dessas hipóteses. Contratada, ademais, que já havia prestado outros serviços de mesma natureza, mas de menor complexidade, à Prefeitura contratante e a outro município de grande porte da região. Empresa que gozava da confiança dos administradores. Juízo de adequação típica negativo” (AP 560/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 2.^a T., j. em 25.08.2015, DJe de 10.09.2015).

- “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, 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’ (cf. o § 1.^o do art. 25 da Lei 8.666/1993). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança” (AP 348/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007).



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

PARECER-C Nº 00/0032/01

DE 27 DE JUNHO DE 2001

PROCESSO TCE-MS Nº

003420/2001

ASSUNTO

Consulta

INTERESSADO

Câmara Municipal de Mundo Novo

RELATOR

Conselheiro-Substituto-Relator GAZI MOHAMED ESGAIB

Resposta:

Considerando que, salvo melhor juízo, o artigo 13 mantém consonância direta com o artigo 25, inciso II, ambos da Lei Federal nº 8666/93, entende-se ser possíveis as contratações dos profissionais expostos na presente indagação, desde que sejam contratados para serviços singulares e sejam profissionais de notória especialização.

Convém frisar os ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro¹:

“Havendo impossibilidade de comparação entre os serviços, e necessitando a Administração dessa determinada prestação, não há que se falar em procedimento licitatório, por inviabilidade de licitação. Tais serviços, portanto, são denominados de natureza singular, cuja execução só pode ser atribuída a um determinado profissional ou empresa especializada. Obviamente, esse profissional ou empresa também não são os únicos no mercado, mas a singularidade do serviço e a comprovada capacitação do escolhido são denominadores comuns do administrador a justificar a inexigibilidade de licitação”.

Logo, se a competição inexistente, não há que se falar em licitação; desde que a inviabilidade reste adequadamente comprovada.

¹ Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos. 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 123.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

Ademais, salienta-se que não há que se falar em ausência de previsão da presente hipótese no artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, pois as hipóteses dispostas na lei não são taxativas, mas meramente exemplificativas, ou seja, mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível.

Isso porque, o legislador não conseguiu esgotar todas as hipóteses em que um certame licitatório se torna inviável, motivo pelo qual deve ser respeitado o Princípio da Eficiência.

Este princípio tornou-se expresso com o advento da EC 19/98, não obstante o dever de atuar buscando a obtenção de resultados positivos. Eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, com um bom desempenho funcional.

Denota-se que o princípio supracitado, ainda que não tenha previsão expressa na Lei das Licitações, configura princípio norteador da Administração Pública, devendo no presente caso, ser observado conjuntamente com o interesse público.

Dessa forma, a Administração Pública tem o dever de observar a viabilidade dos procedimentos, devendo ser dispensadas as formalidades desnecessárias, configurando hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, de acordo com cada caso concreto.

Conforme já mencionado, a Lei Federal nº 14.039/2020 – trouxe a prerrogativa necessária, alicerçando a própria Lei de Licitações nº 14.133/2021 – quanto a viabilidade da prerrogativa acerca da natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e profissionais de contabilidade, vejamos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

LEI Nº 14.039, DE 17 DE AGOSTO DE 2020

Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo, nos termos do parágrafo 5º do art. 66 da Constituição Federal, a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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."

Art. 2º O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

"Art. 25.

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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." (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de agosto de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

ACÓRDÃO:
[Acórdão 2503/2017-Plenário](#)

DATA DA SESSÃO:
08/11/2017

RELATOR:
WEDER DE OLIVEIRA

ÁREA:
Licitação

TEMA:
Inexigibilidade de licitação

SUBTEMA:
[Serviço técnico especializado](#)

OUTROS INDEXADORES:
Abrangência

TIPO DO PROCESSO:
DENÚNCIA

ENUNCIADO:
A contratação direta por inexigibilidade de serviços técnicos especializados não se subsume à hipótese do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, uma vez que as situações elencadas nos incisos desse artigo são exemplificativas. Na presença de situações outras em que o atendimento das necessidades da Administração implique a inviabilidade de competição, admite-se a contratação direta por inexigibilidade com fulcro no art. 25, caput.

Por fim, o Decreto Municipal nº 3.790/2023, contemplou a seguinte prerrogativa acerca dos serviços de Assessoria e/ou consultoria jurídica ou contábil nos termos da Lei nº 14.039/2020:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

Art. 2º. Os serviços continuados, prestados por terceiros, que podem ser contratados pela Administração Pública Municipal, são aqueles que apoiam a realização das atividades essenciais ao cumprimento da missão institucional do Município, havendo alocação de empresas para executar os serviços que seguem uma rotina continuada, a luz do art. 57 II, da lei 8666/93 e art. 107 da Lei nº 14/133/2021, quais sejam:

1. Coleta de lixo hospitalar;
2. Coleta, transporte e destinação de resíduos sólidos urbanos e comerciais, recicláveis ou não;
3. Coleta de Resíduos de Saúde, Canil/UVZ e Resíduos Perigosos (CTR);
3. Serviços de limpeza e manutenção de prédios públicos;
4. Varrição e limpeza de ruas e bocas de lobo;
5. Transporte escolar por ônibus ou afins;
6. Serviços de poda de árvores e corte de grama;
7. Serviços de transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais (classe IIA e IIB NBR 10.004 ABNT);
8. Serviços de manutenção da rede elétrica nos prédios públicos municipais e iluminação pública;
9. Serviços de assessoria, consultoria e elaboração de projetos na área de engenharia, bem como, fiscalização de obras;
10. Serviços de assessoria e/ou consultoria jurídica ou contábil, nos termos da Lei nº 14.039/2020;

DA ANÁLISE CONCLUSIVA

Portanto, considerando o teor do Processo Administrativo Virtual nº 918/2024, e seus respectivos documentos, pautado no entendimento exposto acima, alicerçado nas Jurisprudências dos Tribunais de Contas, nas Leis Federais nº 14.039/2020 e 14.133/2021, bem como nos precedentes do Egrégio TCE-MS, na ACD 45 STF e nas Súmulas do TCU; compreende-se pela possibilidade de contratação por eventual inexigibilidade de licitação, desde que observado com o máximo rigor as explanações proferidas no presente Parecer pelo Assessor Jurídico subscritor, pautando-se pelos seguintes parâmetros:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
Estado de Mato Grosso do Sul

- a) Existência do procedimento administrativo formal;
- b) Notória Especialização Profissional;
- c) Natureza Singular do Serviço;
- d) Demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos servidores/agentes públicos integrantes do Poder Público;
- e) Cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, vide Orientação Normativa nº 17 - Advocacia Geral da União, e Acórdão do Tribunal de Contas da União nº 2.611/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, j. em 05.12.2007.

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Súmula 252/10 (TCU) – “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea e três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado”.

Súmula 264/11 (TCU) – “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, II da Lei nº 8.666/93”.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL

Estado de Mato Grosso do Sul

LEI Nº 14.039, DE 17 DE AGOSTO DE 2020

Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu promulgo, nos termos do parágrafo 5º do art. 66 da Constituição Federal, a seguinte Lei:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Art. 2º O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 17 de agosto de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

É o Parecer, S.M.J.

Encaminhe-se a autoridade solicitante para ciência e ulterior deliberação.

Waldo de Campos Gouvêa Neto

Portaria 458/2016 – Substituída Pela Portaria nº 086/2021

ASSESSOR JURÍDICO



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

ACÓRDÃO DA 1ª CAMARA : AC01-G.WNB-1044/2014
PROCESSO TC/MS : TC/106276/2011
PROTOCOLO : 1226891
ORDENADOR DE DESPESAS : MATEUS PALMA DE FARIAS
CARGO DO ORDENADOR : PREFEITO
ÓRGÃO : PREFEITURA MUNICIPAL DE CAARAPÓ
CONTRATADO : BROWN & ORTIZ ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S
ASSUNTO DO PROCESSO : CONTRATO ADMINISTRATIVO CONTRATO -
RELATOR : CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL CONSOANTE REGRAS PRECONIZADAS PELA LEI Nº 8666/93. EXECUÇÃO CONTRATUAL. DESPESA DEVIDAMENTE LIQUIDADADA. REGULARIDADE DA EXECUÇÃO FINANCEIRA CONTRATUAL.

1. É considerado legal o certame licitatório quando observado os fundamentos estabelecidos pela Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/93). 2. Por sua vez considera-se regular e legal o contrato dele decorrente estando ele formalizado em conformidade com termos do certame licitatório e da proposta a que se vincula, e uma vez guardada observância às regras estabelecidas pela Lei acima citada, quanto à formalização dos contratos por ela regulados; 3. Consigna-se, por fim, regular a execução do contrato, como aqui se verifica, quando essa espelhar correspondência aos parâmetros financeiros e executórios definidos pelo mesmo, traduzida, aliás, por meio da conciliação físico-financeira contratual e mediante a devida liquidação da despesa, à luz da Lei Federal nº 4.320/64.

AC Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na 07ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara, de 13 de maio de 2014, ACORDAM os Senhores Conselheiros, na conformidade da respectiva ata de julgamento, por unanimidade, em declarar a legalidade e regularidade do Procedimento Licitatório e da Formalização do Contrato Administrativo nº 215/2011, bem como, da Execução do Contrato, firmado entre a Prefeitura Municipal de Caarapó - MS e a empresa Brown e Ortiz Advogados Associados S/S , nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de maio de 2014.

Cons. Waldir Neves Barbosa – Relator



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

O presente processo diz respeito ao Contrato Administrativo nº 215/2011, firmado entre a Prefeitura Municipal de Caarapó e a Empresa Brown e Ortiz Advogados Associados S/S, tendo por objeto a Contratação de Empresa ou Sociedade de advogados para prestação de serviços de reestruturação, revisão e acompanhamento do valor adicionado que compõe a base de cálculo da contribuição do ICMS.

A 3ª Inspeção de Controle Externo exarou a Análise Processual nº 6039/2012 e, tendo em vista a ocorrência de irregularidades, sugeriu a notificação do responsável, com o fim de que este encaminhasse a esta Corte de Contas documentos e justificativas que comprovassem a regularidade e legalidade do procedimento licitatório em comento.

Notificado na forma regimental, o responsável pelo órgão enviou os documentos e as justificativas via ofício 943/2012.

Analizados os novos documentos pelos técnicos da 3ª Inspeção de Controle Externo, esta exarou a Análise Conclusiva nº 14237/2013 e entendeu pela irregularidade e ilegalidade da formalização contratual, conforme artigos 311, inciso I e 312, inciso II, primeira parte, ambos da Resolução Normativa TCE/MS nº 057/2006, e pela aprovação da fase de execução, de acordo com os artigos 311, inciso II c/c 2ª parte do inciso I, do art. 312, ambos da Resolução Normativa TCE/MS nº 057/2006.

O Ministério Público de Contas exarou o Parecer nº 13766/2013, manifestando-se no seguinte sentido:

I – Pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo nº 215/2011, com lastro nas disposições insculpidas no art. 311, inciso I, c/c art. 312, inciso II (primeira parte), ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 057 de 7 de junho de 2006.

II – Pela ilegalidade e irregularidade da execução do Contrato Administrativo nº 215/2011, com lastro no artigo 311, inciso II c/c artigo 312, inciso II (2ª parte), ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 057 de 7 de junho de 2006.

III – Pela aplicação de multa ao responsável, pela prática de ato com grave infração à norma legal, com lastro no artigo 197, incisos II, da Resolução Normativa TC/MS nº 057 de 07 de junho de 2006.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

É o relatório.

Analisando os autos em epígrafe, verifica-se que o objeto do contrato em comento é a contratação de advogado, para prestar serviços junto a Prefeitura Municipal de Caarapó.

É sabido que em casos especiais, ou seja, para contratação de serviços técnicos especializados ou de natureza singular, é admitida a contratação direta, sem a realização de concurso público, o que ocorre no caso dos autos, vez que o objeto do contrato, qual seja, contratação de empresa ou Sociedade de advogados para prestação de serviços de reestruturação, revisão e acompanhamento do valor adicionado que compõe a base de cálculo da contribuição do ICMS, comprova tais situações especiais.

A exceção supracitada está expressamente prevista no artigo 25, inciso II c/c artigo 13, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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;

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Nesse sentido, é entendimento da jurisprudência atual:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.
2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012.
3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.
4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.
5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).
6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.
7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa (REsp



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

1192332/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)

Conclui-se, então, que não há necessidade da realização de concurso público para a contratação em apreço, tendo como fundamento o art. 25, inciso II c/c art. 13, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93.

Quanto à publicação do aviso de licitação na modalidade Convite, prevista e regulamentada pela Lei nº 8666/93, diferentemente das outras modalidades ali disciplinadas, não se vislumbra a obrigatoriedade de que ocorra em imprensa oficial, regra esta disposta no art. 21 da referida Lei para as demais modalidades (concorrência, tomada de preços, concurso e leilão).

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

(...)

Nos termos da lei, quando se tratar de Convite, basta seu envio (normalmente através de Carta-Convite) aos interessados e a afixação do instrumento convocatório resumido em local apropriado na unidade administrativa, comumente junto ao quadro de avisos, conforme disposto pelo art. 22, § 3º, da Lei supracitada.

Ressalte-se que, não se olvida, entretanto, da importância do ponto levantado pelo Ministério Público, podendo e devendo, contudo, tal destaque servir em verdade como recomendação quando do julgamento dos autos, a fim de atuar como caráter pedagógico e balizador da atuação do administrador.

Embora não exista uma obrigatoriedade estrita quanto à publicação do Convite resumido em imprensa, sua prática não há de ser considerada proibida, ou muito menos ser reprimida se assim fizer a administração, até porque, tal prática vai de encontro ao interesse público, imprimindo, senão, maior competitividade e trazendo consequentemente preços mais vantajosos ao certame, e sem dúvida, garante também maior transparência à atuação da Administração Pública.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

No que pertine à execução financeira do contrato em análise, quando da elaboração do Regimento Interno deste Tribunal, entendeu-se por bem traçar uma linha divisória entre as fases de formalização e execução do contrato administrativo, estabelecendo-se julgamentos distintos para cada uma delas, através da redação do art. 311, incisos I e II.

Assim sendo, não se pode estender à segunda fase o resultado do primeiro julgamento, até porque ali já se estabeleceu sanção pela falha cometida, de modo que uma nova penalidade, fundada no mesmo fato, caracterizaria *bis in idem*, o que não se admite em nossa legislação pátria.

Pois bem, no caso dos autos, verifica-se que a execução do contrato em comento restou cabalmente, através da planilha confeccionada pela 3ª Inspeção de Controle Externo, nos seguintes termos:

- Valor do Contrato: R\$ 72.000,00
- Valor Empenhado: R\$ 72.000,00
- Comprovantes de Despesas: R\$ 72.000,00
- Comprovantes de Pagamentos: R\$ 72.000,00

Assim, estando a execução financeira do presente contrato devidamente comprovada nos autos, nos exatos termos da lei, razão não há para se falar em vício da mesma.

Diante do exposto, contrario os apontamentos da equipe técnica e o Parecer do Ministério Público de Contas. Assim, profiro meu **VOTO** no seguinte sentido:

I – Pela legalidade e regularidade do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo nº 215/2011, firmado entre a Prefeitura Municipal de Caarapó e a Empresa Brown e Ortiz Advogados Associados S/S, conforme inciso I, do art. 311 c/c inciso I, primeira parte, do art. 312, ambos da Resolução Normativa TCE/MS nº 057/2006, tendo como base a previsão do art. 25, inciso II c/c art. 13, inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93.

II- Pela legalidade e regularidade da execução do contrato administrativo nº



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

215/2011, nos termos do art. 311, inciso II c/c art. 312, inciso I, segunda parte, ambos da Resolução Normativa TCE/MS nº 057/2006.

III- Pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados, com base no art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012;

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, DECLARANDO-SE A DECLARAR A LEGALIDADE E REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 215/2011, BEM COMO, DA EXECUÇÃO DO CONTRATO, FIRMADO ENTRE A PREFEITURA MUNICIPAL DE CAARAPÓ - MS E A EMPRESA BROWN E ORTIZ ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros José Ricardo Pereira Cabral e Ronaldo Chadid.

Presente, também, o Exmo. Sr. Procurador de Contas por substituição legal Terto de Moraes Valente.

Campo Grande, 13 de maio de 2014.

WALDIR NEVE BARBOSA
Conselheiro Relator



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Distribuição por Prevenção ao Min. Dias Toffoli

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **Claudio Pacheco Prates Lamachia** (anexo 1), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório específico incluso (anexo 2), endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF e endereço eletrônico pc@oab.org.br, com base no art. 103, inc. VII e art. 102, inc. I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inc. VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão exarada nos autos da Proposição n. 49.0000.2016.005431-6/Conselho Pleno (certidão anexa), propor

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

tendo por objeto os arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que *regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*, o que o faz pelos seguintes fundamentos:





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

I – DA DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO

A presente ação objetiva a declaração de constitucionalidade dos artigos 13, inciso V e 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que permitem a contratação de advogados por ente público pela modalidade de inexigibilidade de licitação.

Cumpre informar que no âmbito desta Suprema Corte tramita o Recurso Extraordinário n. 656.558/SP em que se discute tema correlato ao objeto da presente ação. Trata-se de demanda cuja controvérsia assenta na discussão se a contratação de serviços de advocacia por entes públicos, na modalidade de inexigibilidade de licitação, configura improbidade administrativa à luz do art. 37, § 4º da Constituição Federal. O processo está sob a relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli.

Em função da pertinência temática, o art. 286 do Novo Código de Processo Civil dispõe que serão distribuídas por dependência as causas que se relacionam por conexão, o que se denota no presente caso. Nessa senda, convém trazer à baila a jurisprudência do STJ:¹

O conceito de conexão continua o mesmo (art. 55, caput, do Novo CPC e art. 103 do CPC/1973), ainda que tenha sido substituído o termo "objeto" por pedido, confirmando-se dessa forma a interpretação do art. 103 do CPC/1973 feita pela melhor doutrina no sentido de que a identidade de pedido ou causa de pedir gera conexão. Com a nova redação fica consagrada legislativamente tal interpretação.

Também o efeito da conexão continua a ser o mesmo: reunião das ações conexas para decisão conjunta perante o juízo prevento. Registre-se apenas que o art. 105 do CPC/1973, ao tratar da reunião das ações conexas, previa que as ações seriam julgadas simultaneamente, enquanto o art. 55, § 1.º, do Novo CPC prevê "decisão conjunta" das ações. Entendo que houve tão somente uma mudança redacional, conforme se constata da redação do art. 58 do Novo CPC ao dispor que as ações reunidas em razão da conexão ou continência sejam "decididas simultaneamente".

Não é preciso muito esforço para compreender a razão do julgamento conjunto (ou simultâneo). Ocorre, entretanto, que excepcionalmente o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o julgamento de ações reunidas por conexão em momentos procedimentais distintos, quando uma das ações já estiver em condições de decisão de mérito imediata e a outra ainda demandar atividade jurisdicional para atingir o mesmo patamar de desenvolvimento. Tal realidade não deve se modificar.

O § 1º do art. 55 do Novo CPC prevê que não haverá reunião de processos de ações conexas se um deles já tiver sido sentenciado, entendimento já consagrado em súmula do Superior Tribunal de Justiça. No §, 2º do mesmo artigo, mais uma consagração de entendimento jurisprudencial: a existência de conexão entre execução de título extrajudicial e ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico. E no mesmo

¹STJ, 1ª Seção, CC 55.584/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.08.2009, DJe 05.10.2009.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

parágrafo há a consagração de conexão entre execuções fundadas no mesmo título executivo.

As hipóteses previstas nos dois incisos do §2º do art. 55 do Novo CPC versam sobre a conexão que envolve execução, mas, como acertadamente indicado no Enunciado 236 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), o rol legal é meramente exemplificativo. Há, portanto, possibilidade de haver conexão envolvendo processo de execução ou cumprimento de sentença além das hipóteses consagradas em lei.

Novidade significativa quanto ao efeito da conexão é encontrada no §3º do artigo em comento. O dispositivo prevê a reunião de processos, mesmo não conexos, sempre que exista risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso sejam decididas separadamente (diferentes juízos). A reunião nessas circunstâncias já vinha sendo aceita pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que por meio da extensão do conceito de conexão.

Extraí-se, portanto, a possibilidade de reunião das ações em comento, ainda que no citado RE 656.558/SP já tenham sido prolatados sentença e acórdãos, a fim de propiciar um julgamento uníssono quanto à questão, conforme previsão do art. 55, §3º do NCPC².

Dessa forma, em razão da afinidade da matéria constante no referido Recurso Extraordinário com a presente ação, requer-se a sua distribuição por prevenção ao eminente Ministro Dias Toffoli, com base no disposto nos arts. 286, inc I e 55, § 3º, ambos do NCPC.

II – DO ATO NORMATIVO CUJA CONSTITUCIONALIDADE SE QUER VER DECLARADA:

A presente ação tem por finalidade provocar a declaração da constitucionalidade dos arts. 13, V e 25, II da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, cujo teor é a seguir reproduzido:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

² “Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. (...) §3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.” Cf.: NCPC.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

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;

Os dispositivos mencionados preveem a contratação, pela Administração Pública, de advogado na modalidade de inexigibilidade de licitação. Trata-se de dispositivo que reconhece a impossibilidade da realização de licitação para os casos de contratação de serviço advocatício.

Apesar da clareza do texto da lei *per se*, a legislação em apreço vem sendo alvo de controvérsias judiciais em diversas jurisdições do país, ao passo em que os advogados que contratam com a Administração sofrem reiteradamente condenações por improbidade administrativa.

É certo, conforme será demonstrado, que essa Suprema Corte já se posicionou pela legitimidade da contratação de advogados privados pela Administração Pública, afastando a referida imputação de improbidade administrativa. Contudo, a proliferação de decisões controversas pelo país enseja uma manifestação definitiva desse Eg. Tribunal.

III – DO CABIMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A análise da jurisprudência brasileira (Item IV) permite inferir que não há uniformidade acerca da contratação de serviço advocatício pela Administração Pública, em especial, quando se analisa os casos concretos.

Em razão das diversas condenações por improbidade administrativa, nota-se que o advogado que contrata com a Administração, nos termos dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, encontra-se desprovido de amparo jurídico, a detrimento da previsão legislativa expressa.

As decisões proferidas provocam, de forma reflexa, a perda da coercitividade da norma, tornando-a inócua. Nessa senda, ainda que a discussão jurisprudencial não utilize e trate expressamente da constitucionalidade do texto, ao afastar reiteradamente a sua aplicação indicam a incongruência da norma aos ditames constitucionais.

A controvérsia em torno da matéria e a criminalização dessa prática legalmente admitida traz à tona que o cerne da questão se assenta na discussão da





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

compatibilidade do texto normativo ao ordenamento jurídico, em destaque, à Constituição Federal.

Aplica-se, por analogia, a Súmula Vinculante 10, a qual dispõe que, ainda que não haja discussão quanto à compatibilidade do texto legal com a Constituição Federal, o afastamento da incidência da norma implica a apreciação de constitucionalidade, o que é matéria de competência do Plenário:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O caso que ensejou a edição da referida súmula tratava-se de Recurso Extraordinário que contestava a não aplicação do art. 3º da LC 118/2005 pelo STJ, em detrimento da previsão do art. 4º da mesma lei e do art. 106, I, do Código Tributário Nacional. Na oportunidade, a interpretação dessa Suprema Corte foi no sentido de que “ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial”.³

Por tal razão, faz-se indispensável a declaração, por essa Eg. Corte, da plena aplicabilidade da norma, a fim de revitalizar o seu caráter coercitivo e restabelecer a segurança jurídica, impedindo que as imputações de improbidade administrativa causem a inaplicabilidade dos dispositivos.

Dessa forma, por meio da propositura da presente ação, pugna-se para que não haja distinção interpretativa que extrapole ou restrinja indevidamente o texto legal ou afaste reiteradamente a aplicação da norma, à revelia da vontade do legislador.

Isso porque, vislumbra-se situações em que os arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993 deixaram de ser aplicados em razão da alta subjetividade dos critérios da notória especialização e da singularidade do serviço, os quais se submetem a todo

³ "Discute-se no recurso extraordinário se o acórdão recorrido violou a reserva de Plenário para declaração de inconstitucionalidade de lei (art. 97 da Constituição), na medida em que deixou de aplicar retroativamente o art. 3º da LC 118/2005, como determinam o art. 4º da mesma lei e o art. 106, I, do Código Tributário Nacional. (...) Ao deixar de aplicar os dispositivos em questão por risco de violação da segurança jurídica (princípio constitucional), é inequívoco que o acórdão recorrido declarou-lhes implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial. (...) Portanto, ao invocar precedente da Seção, e não do Órgão Especial, para decidir pela inaplicabilidade de norma ordinária federal com base em disposição constitucional, entendo que o acórdão recorrido deixou de observar a necessária reserva de Plenário, nos termos do art. 97 da Constituição". (RE 482090, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 18.6.2008, DJe de 13.3.2009)





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

momento ao crivo interpretativo de cada magistrado. A consequência prática desse cenário é a destituição da força normativa do texto legal, caracterizando as decisões proferidas em declarações incidentais da inconstitucionalidade dos dispositivos, ainda que de cunho parcial.

Neste contexto, recorre-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade como única medida cabível para dirimir as controversas em torno dos dispositivos.

De acordo com a Lei 9.868/1999, a admissibilidade para a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pressupõe existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto do pedido⁴. Acerca da exigência legal, Gilmar Ferreira Mendes observa:

“Embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias, mormente às ações declaratórias de conteúdo positivo.

Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma.

Evidentemente, são múltiplas as formas de manifestação desse estado de incerteza quanto à legitimidade da norma.

A insegurança poderá resultar de pronunciamentos contraditórios da jurisdição ordinária sobre a constitucionalidade de determinada disposição.”⁵

Adotando-se tal posicionamento e à luz das inúmeras decisões divergentes que serão posteriormente relatadas, observa-se o preenchimento do quesito da controvérsia jurídica relevante, face ao potencial multiplicador da discussão e em razão dos diversos certames em que ocorre o afastamento da aplicação do texto legal, impondo-se a manifestação dessa Suprema Corte a fim de afastar a insegurança jurídica em torno da matéria.

IV – DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 13, INC. V E 25, INC. II, DA LEI N. 8.666/1993:

Cumprе esclarecer que a realização de procedimento licitatório é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, os artigos em apreço preveem hipóteses em que esse processo é inviável em razão da impossibilidade de competição.

⁴ “Art. 14. A petição inicial indicará: [...]”

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.219.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Depreende-se da leitura do art. 13, inciso V, que se consideram serviços técnicos especializados o trabalho concernente ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. É dizer que, a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios, em virtude deles se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional, tornam inviáveis a realização de licitação.

A respeito dos critérios de singularidade e notória especialização nos casos de inexigibilidade de licitação, esclarece o Min. Carlos Átila Álvares da Silva:⁶

Note-se que o adjetivo 'singular' não significa necessariamente 'único'. O dicionário registra inúmeras acepções, tais como: invulgar, especial, raro, extraordinário, diferente, distinto, notável. A meu ver, quando a lei fala de serviço singular, não se refere a 'único', e sim a 'invulgar, especial, notável'. Escudo essa dedução lembrando que na lei não existem disposições inúteis. Se 'singular' significasse 'único', seria o mesmo que 'exclusivo', e portanto o dispositivo seria inútil, pois estaria redundante o inciso I imediatamente anterior.

Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e consequentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha 'notória especialização': será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretende celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.

Consoante essa interpretação, esclarece o jurista ADILSON DE ABREU DALLARI que 'não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas', sendo claro, por outro lado, que inexiste um trabalho advocatício 'equivalente perfeito' ao outro.⁷

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau afirma que a singularidade está atrelada à confiabilidade que é depositada a um determinado profissional ou empresa. Para o Min., ser um serviço singular, não significa que ele seja necessariamente o único,

⁶ TCU, TC 010578/95-1, BLC n. 3, 1996, p.122

⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na obra Licitações, 1985, Revista dos Tribunais, p. 15.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

já que outros poderiam realizá-lo. A distinção encontra-se no modo e no estilo de determinado contratado.⁸

Em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente, nota-se que a inexigibilidade de licitação é único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública.

Isso porque, a inexigibilidade de licitação pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor variáveis em maior ou menor grau, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.

Nesse sentido, esclarece o Min. Eros Grau:

*“Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo.”*⁹

Aplicando sua teoria, o mesmo Min. Eros Grau, em sede do julgamento da AP 348, apontou a inviabilidade de licitação em virtude da confiabilidade:

“[...] o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para 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

⁸ “Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. (...) Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.” Extraído do artigo inexigibilidade de Licitação – serviços técnicos especializados – notória especialização, in RDP 99/70.

⁹ Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93)'.

Ainda concernente à confiabilidade, José Afonso da Silva acrescenta (anexo 3 - p. 4) que “a peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no princípio da confiança, que repugna o processo licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais”.

A confiabilidade é, portanto, um dos critérios que impedem a exigibilidade da licitação para a contratação do serviço advocatício. Outro elemento impeditivo é a vedação da mercantilização da advocacia, conforme a Súmula n. 5/2012/COP (anexo 5) editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.¹⁰

Acrescenta-se, ainda, que a mercantilização da advocacia é também vedada pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo artigo específico é abaixo transcrito:

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Verifica-se, portanto, que a instauração de procedimento licitatório para a contratação de advogado é ato administrativo pelo qual o profissional participante poderia incorrer em punição junto ao seu Órgão de Classe, face à impossibilidade do estabelecimento da livre concorrência entre os candidatos, o que concretizaria na mercantilização do serviço.

Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira, analisando a jurisprudência do STJ quanto ao tema, assinalam que esse Tribunal Superior já se posicionou no sentido de que “o estatuto da advocacia estabelece preceito que veda ao advogado mercantilizar e aviltar o valor dos honorários (...), circunstância que não

¹⁰CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-05-2012-COP.pdf>>. Acesso em 08/04/2016.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

poderia ser observada quando se constata, de grande parte dos editais de licitação, que a contratação feita pelo poder público objetiva, em geral, o menor preço”¹¹.

Frisa-se, ainda, o entendimento de Hely Lopes Meirelles quanto à matéria:¹²

Não só existe a impossibilidade jurídica de competição de preço ou de técnica entre os serviços jurídicos, como também a instauração de licitação contraria as normas do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados e respectivo Código de Ética (arts. 39 e 41 [art. 48, §6º NCE] e Precedentes do Tribunal de Ética 1.062, no Processo E-1.355). Assim, nem mesmo o concurso seria viável.

Do exposto, a vedação à mercantilização inviabiliza a licitação de serviços advocatícios, conforme bem pontuado pela doutrina e jurisprudência.

Além dos pressupostos da mercantilização da atividade advocatícia, do elemento da confiabilidade da relação profissional e da discricionariedade do ato, infere-se, ainda, que os critérios da notória especialização e da singularidade do serviço são intrínsecos à atividade profissional em si, sendo inviável sua aferição por meio de competição objetiva entre os candidatos.

A corroborar com esse entendimento, o Dr. Sérgio Ferraz já manifestou – Processo nº PRO-0034/2002/COP deste Conselho Federal – que “o que é singular se revela insuscetível de confronto”, pois a “confluência da especialidade da matéria com a singularidade do prestador veda a cogitação lógica ou jurídica de licitação, em tais eventualidades”.

No tocante à notoriedade, Joel de Menezes Niebuhr esclarece os equívocos na determinação da notória especialização quando se busca a aplicação desse elemento aos casos concretos:¹³

Ressalva-se, contudo, ser equivocado apurar a notória especialização pela notoriedade da pessoa. O sujeito pode ser em tudo conhecido, mas não necessariamente por seus méritos profissionais. A notoriedade é da especialização do profissional e não do profissional em si. Outrossim, a notória especialização deve ser apreciada no meio que atua o profissional. De um jeito ou de outro, o termo notoriedade induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afere

¹¹ *Inexigibilidade de licitação para contratação de advogados na jurisprudência dos tribunais superiores*. In: O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello / Coordenadores Flávio Henrique Unes Pereira; Márcio Cammarosano; Marilda de Paula Silveira; Maurício Zockun. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 475.

¹² *Licitação e Contrato Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 155 e 116.

¹³ *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

discrecionabilidade em sua apreciação. A determinação do grau mínimo de notoriedade necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa”

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, cujos parâmetros são deveras ampliativos a permitir uma determinação precisa caso a caso. Isso porque, poderia se avaliar tanto títulos acadêmicos, quanto publicações, tempo de atividade, sucesso nas causas judiciais sem poder inferir qual critério se sobressairia ao outro, face à evidência da subjetividade.

Nessa senda, apontou a Min. Cármen Lúcia na já citada AP 348 de Relatoria do Min. Eros Grau:

“No caso de contratação de advogado, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o art. 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos pelo art. 3º é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Esse é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação – artigo 25 c.c. artigo 13.”

Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é, conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

Nesse diapasão, Lucas Rocha Furtado esclarece que “a não ser diante de casos em que fique flagrantemente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, a escolha do contratado pelo administrador, desde que demonstrados os requisitos objetivos necessários ao enquadramento no permissivo legal, deve ser considerada legítima”¹⁴.

Trata-se de previsão que privilegia o princípio da supremacia do interesse público, cujo cerne assenta-se no benefício da coletividade, ainda que a ação vise algum interesse estatal imediato. Diante da inviabilidade da realização do processo licitatório, a administração pública não deve ficar desamparada, impondo-se que, pela supremacia do

¹⁴ *Curso de Licitações e contratos administrativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 102.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

interesse público, seja realizada a contratação de advogado pela modalidade da inexigibilidade de licitação.

Acrescenta-se que, tal determinação legal possui amparo no princípio da eficiência, cujo cerne é a procura de produtividade e economicidade, impondo a execução dos serviços públicos com presteza e rendimento funcional. Como requisito desse princípio, Eduardo Azeredo Rodrigues, incrementa os critérios de qualidade, celeridade, desburocratização e flexibilização¹⁵.

Ainda sobre o princípio da eficiência, convém esclarecer que a realidade dos Municípios brasileiros exige a contratação de advogado nessa modalidade, sob pena do ente federativo ficar desamparado juridicamente. Sobre a questão denota José Afonso da Silva (anexo 3 – p. 6):

(...) os Municípios não estão contemplados nessa institucionalização constitucional [arts. 131 e 132 da CF], sem embargo de poderem ter suas procuradorias, como por certo os Municípios das Capitais dos Estados e Municípios maiores as têm. Mas há centenas de Municípios que não as têm, porque sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um serviço permanente de sua estrutura. Por isso, têm que recorrer à contratação de um profissional habilitado para prestar-lhes tais serviços, quando as circunstâncias o exigem. Demais, as próprias entidades federadas que têm suas procuradorias e consultorias jurídicas, não raro, se veem na contingência de contratar advogado para pareceres ou para a defesa de seus interesses em juízo.

Além de se subsidiar no princípio da eficiência, esclarece-se que o procedimento licitatório, por estar previsto e regulamentado pela Lei n. 8666/93, também observa o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Nesse sentido, observa-se que os critérios da discricionariedade¹⁶ e da inexigibilidade de licitação possuem amparo legal, cuja violação implica em aviltamento do preceito constitucional da legalidade. “Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”¹⁷, requisito que se encontra devidamente preenchido.

Nessa escoreita, acentua-se que o respeito ao princípio da legalidade garante o resguardo ao princípio da segurança jurídica, o qual comporta dois vetores

¹⁵ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. Lumen Juris. 2012. p. 91-99.

¹⁶ “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;” Cf.: Lei n. 9784/1999.

¹⁷ *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2016. p. 20.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

básicos quanto às perspectivas do cidadão, cuja definição é apresentada por José dos Santos Carvalho Filho:¹⁸

De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico, de uso mais constante no direito privado.

Aplicando-se tal princípio ao caso em apreço, extrai-se que as diversas decisões judiciais que divergem quanto à interpretação dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, afetam o preceito da segurança jurídica ao retirarem a coercitividade do texto legal e a expectativa de direito.

Urge-se, portanto, a submissão da presente questão à interpretação soberana dessa Eg. Suprema Corte, a fim declarar a constitucionalidade dos referidos dispositivos, restaurando sua plena eficácia normativa, face a sua verificada compatibilidade com o com os princípios regentes da Constituição Federal.

V – DA EXISTÊNCIA DE RELEVANTE CONTROVÉRSIA JUDICIAL SOBRE A APLICABILIDADE DOS ARTS. 13, INC. V E 25, INC. II, DA LEI N. 8.666/1993:

À revelia dos argumentos apresentados, a jurisprudência brasileira tem demonstrado alta controvérsia jurídica quanto à temática.

Observa-se que, apesar da expressa previsão legal, advogados estão sendo condenados pela suposta prática de ato de improbidade administrativa por terem entabulado contrato com entes públicos para a prestação de serviço por inexigibilidade de licitação, conforme denota:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS.

(...)

3. A contratação embasada na inexigibilidade de licitação por notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitação) requer: formalização de processo para demonstrar a singularidade do serviço técnico a ser executado; e, ainda, que o trabalho do contratado

¹⁸ *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2016. p. 38.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

4. O contrato para prestação de serviços técnicos no assessoramento à Câmara Municipal de Raposos/MG nas áreas jurídica, administrativa e parlamentar (fls. 45-46) não preenche os requisitos do art. 25, II e § 1º, da Lei de Licitação, não configurando situação de inexigibilidade de licitação.

5. A conduta dos recorridos — de contratar serviços técnicos sem prévio procedimento licitatório e de não formalizar processo para justificar a inexigibilidade da licitação — fere o art. 26 da Lei de Licitação e atenta contra o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade

7. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992

(...)

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1038736/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 28/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. INVIABILIDADE.

(...)

5. Quanto ao mérito, a questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93 - que refere-se à inexigibilidade de licitação.

6. Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

7. No entanto, apesar do caso tratado nos autos não ser hipótese de dispensa de licitação, o pedido do recorrente de que o advogado efetue a devolução dos valores recebidos não pode prosperar. Este Tribunal entende que, se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

8. A interposição do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional também exige que o recorrente cumpra o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, o que não ocorre na espécie.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(STJ. REsp 1238466/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. HISTÓRICO

(...)

6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO

8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.

9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.

(...) Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica.

14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.

15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

(...).

ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

19. A conduta dos recorridos - de contratar diretamente serviços técnicos sem demonstrar a singularidade do objeto contratado e a notória especialização, e com cláusula de remuneração abusiva - fere o dever do administrador de agir na estrita legalidade e moralidade que norteiam a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade.

20. É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, corroborada pelos sucessivos aditamentos contratuais, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem o procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação).





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(...)

22. *Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, consubstanciado na infringência aos princípios da legalidade e da moralidade, cabe aos julgadores impor as sanções descritas na mesma Lei, sob pena de tornar impunes tais condutas e estimular práticas ímprobas na Administração Pública.*

DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

23. *De acordo com o exposto, a contratação de escritórios profissionais de advocacia sem a demonstração concreta das hipóteses de inexigibilidade de licitação (singularidade do serviço e notória especialização do prestador), acrescida da inserção de cláusulas que transformam o prestador de serviço em sócio do Estado, negam aplicação ao art. 37, caput, e inciso XXI, da CF/1988.*

(...)

(REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014)

Das decisões acima, cumpre frisar que no REsp 1377703/GO de Relatoria da Ministra Eliana Calmon, há a análise da disciplina constitucional que envolve a contratação de advogado por inexigibilidade de licitação.

Observa-se, portanto, que a Ministra se debruça, conforme o item 23 da ementa transcrita, sobre os paradigmas constitucionais da temática, o que reforça a tese apresentada de que o afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993 constitui declaração incidental de inconstitucionalidade, à evidência de que a matéria apreciada, ainda que implicitamente, é de cunho constitucional. Reitera-se, nesse ponto, o cabimento da interpretação, por analogia, da Súmula Vinculante 10.

No certame, a e. Min. afastou – da mesma forma em que fizeram os Ministros dos dois julgados antecedentes – a incidência dos dispositivos citados e caracterizou a contratação realizada como ato de improbidade administrativa face a não demonstração da singularidade do serviço prestado. *Data venia*, esclarece-se que a ilustre Ministra desconsiderou o preceito da mercantilização da advocacia; a confiabilidade intrínseca da relação cliente/advogado e a condição de que esse ato administrativo é de cunho discricionário.

Ressalta-se, contudo, que em contraposição às decisões colacionadas acima, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de afastar a suposta improbidade administrativa nos casos de contratação de serviço advocatício por inexigibilidade de licitação:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

(STF. Inq 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PARLAMENTAR FEDERAL. DENÚNCIA OFERECIDA. ARTIGO 89, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. ARTIGO 41 DO CPP. NÃO CONFORMIDADE ENTRE OS FATOS DESCRITOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA E O TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

(...)2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...) Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput).

(STF. Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

Nesse mesmo sentido, pronunciou-se o Conselho Nacional do Ministério Público, em sede de análise do Processo n. 0.00.000.000171/2014-42 de Relatoria do e. Conselheiro Antônio Pereira Duarte, pela Recomendação aos membros do Ministério Público de se absterem de adotar medidas contrárias ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1.192.332/RS), que autoriza o ente público a contratar





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

advogado por inexigibilidade de licitação, assegurando a inviolabilidade ao seu exercício profissional. Restou, formulada a Recomendação n. 36/2016 (anexo 4), cujo teor segue abaixo:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação

Acrescenta-se, ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria:

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO SUBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

4. Na hipótese em apreço, o órgão acusatório considerou irregular a contratação direta pela administração pública pelo fato da agência de fomento presidida pelo paciente contar com um corpo jurídico próprio, o qual seria apto a defendê-la na demanda que é objeto do contrato.

5. O fato da agência de fomento presidida pelo paciente possuir um corpo jurídico próprio, por si só, não torna ilegal a contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade do certame licitatório, mormente pela existência de conflito de interesses de membros daquele com a demanda.

6. Constatando-se que a contratação direta ocorreu dentro dos limites legais, afasta-se a tipicidade da conduta, sendo imperioso o trancamento da ação penal em apreço.

(...)





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

8. *Ordem concedida para reconhecer a atipicidade da conduta atribuída ao paciente, determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada, estendendo-se os efeitos desta decisão aos demais corréus.*

(HC 228.759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012)

A assunção de que o serviço advocatício contratado na modalidade de inexigibilidade de licitação enseja improbidade administrativa, em razão do não preenchimento dos requisitos da singularidade do serviço e notória especialização, é uma anomalia jurídica.

Tais critérios são de caráter subjetivo, o que dá abertura para interpretações e posicionamentos divergentes. Nesse contexto, sobre um mesmo caso concreto, magistrados de diferentes instâncias judiciais proferiram decisões díspares no enfrentamento do tema da inexigibilidade de licitação quando verificado à luz dos referidos critérios imprecisos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 854.079 - GO (2016/0022963-9). RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS. AGRAVADO: CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANO DO BRASIL. DECISÃO.

O Ministério Público do Estado de Goiás agravou da decisão denegatória de seguimento ao recurso especial interposto por si com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição da República, contra o acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça da mesma unidade federativa, assim ementado (e-STJ fls. 472):

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. CRIAÇÃO DA PROCURADORIA MUNICIPAL. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA E CORRELATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF.

1. *A criação da procuradoria municipal e preenchimento dos respectivos cargos via concurso público é matéria vinculada ao mérito administrativo, não podendo ser imposta pelo julgador, haja vista o princípio da separação dos poderes constituídos, insculpido no artigo 2º, da Carta Magna vigente.*

2. *A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93.), em diversas oportunidades, abre espaço para a atuação discricionária do administrador, em especial nas hipóteses de inexigibilidade, onde há permissão de contratação direta, para alcançar o objeto desejado pela Administração Pública.*

3. *Considerando a impossibilidade de julgamento objetivo acerca das propostas apresentadas pelos advogados/licitantes, e verificado o vínculo de confiança que circunda a contratação do representante judicial, além das naturais dificuldades em se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício judicial da defesa do município, os serviços de advocacia revelam-se inconciliáveis com a licitação.*





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Precedentes do STF. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E PROVIDAS.

(...)

É o relatório.

Decido.

(...)

A questão cinge-se na contratação de serviços advocatícios por Câmara Municipal sem licitação com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, que se refere a inexigibilidade de licitação.

Colaciono o artigo retro mencionado a título de fundamentação:

(...)

Conforme se depreende do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.

A notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável - que fala por si. No entanto, o acórdão ao proferir seu entendimento, posicionou-se no sentido de que a prestação do serviço de advocacia é incompatível com o incitamento à competição e com o julgamento objetivo das propostas inerentes ao procedimento licitatório. Eis trecho do acórdão recorrido:

Valioso destacar que, ao apreciar caso análogo ao ora analisado (Apelação cível nº 16119-13.2007.8.09.0051, relatado pela eminente Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco), esta Corte de Justiça entendeu ser inexigível o procedimento licitatório para a admissão de advogados pelos municípios.

Isso porque a licitação busca selecionar a proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93. Na hipótese em embate, a licitação imporia franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela Lei Federal nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, inciso VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Some-se a isso a impossibilidade de julgamento objetivo acerca das propostas apresentadas pelos causídicos licitantes, haja vista o vínculo de confiança que circunda a relação entre constituinte e constituído, além das naturais dificuldades de se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício da advocacia.

Dessa forma, porquanto incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 50, da Lei Federal nº 8.906/94), os serviços de advocacia revelam-se, também, inconciliáveis com a licitação. Esta interpretação é, inclusive, adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete final da Constituição. [...]

Ora, o artigo mencionado traz como requisitos para a inexigibilidade da licitação, a especialidade do técnico associada à singularidade do serviço contratado. Em conclusão, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

No caso em espécie, o acórdão recorrido autoriza que, em qualquer hipótese, a contratação de serviços prestados por advogado seja realizada com inexigibilidade de licitação antes a inviabilidade de competição em razão do "vínculo de confiança entre constituinte e constituído".

Contudo, é cediço que a defesa de causas judiciais ou administrativas bem como elaboração de pareceres ou peças processuais são atividades genéricas que demandam conhecimentos aprofundados, que não possam ser enfrentados por diversos advogados ou escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública.

Por tal razão, descabida a afirmação de inviabilidade de competição para a contratação do serviço.

Outrossim, é impróprio utilizar como fundamento para a inexigibilidade de licitação a confiança da Administração no causídico, pois a contratação deve se orientar no interesse público, não sendo admitidas quaisquer preferências de cunho pessoal.

(...)

Portanto, deve ser reformado o acórdão para restabelecer a parte da sentença que dispõe sobre a necessidade de realização do procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação. (...)

A análise da decisão monocrática transcrita permite extrair as incongruências das interpretações adotadas pelos julgadores quando da aplicação dos dispositivos da Lei n. 8.666/1993. Ao apreciar a apelação, o e. Desembargador Jeová Sardinha de Moraes do TJGO assenta pela impossibilidade da realização de processo licitatório para a contratação de serviço advocatício em razão do vínculo de confiança “que circunda a relação entre constituinte e constituído”, associada às “dificuldades de se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício da advocacia”. O i. Desembargador ressalta, ainda, o risco de se incorrer na vedada mercantilização da advocacia nos casos de imposição de livre concorrência.

Contraditoriamente, no AREsp n. 854.079/GO, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell, decidiu-se que a contratação de advogado sem licitação estava adstrita a casos excepcionais, cuja notoriedade jurídica e singularidade do serviço deveriam ser demonstradas.

De outro giro, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no Inquérito 3.077 Alagoas de Relatoria do Min. Dias Toffoli, destacou que “se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade, e





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública”.¹⁹

Denota-se, portanto, que os critérios subjetivos de notória especialização e singularidade do serviço causam grave insegurança jurídica e afetam a expectativa de direito, impossibilitando a devida aplicação da norma nas relações sociais.

Nesse sentido, ao retirar a exigibilidade do texto legal em apreço, as decisões judiciais demonstradas caracterizam-se como declarações incidentais de inconstitucionalidade, cuja coercitividade deve ser reestabelecida por essa Suprema Corte em razão da demonstrada constitucionalidade dos dispositivos.

À evidência dos julgamentos díspares apresentados, resta comprovado o preenchimento do requisito da controvérsia jurídica relevante a ensejar o conhecimento e apreciação da presente ação, a fim de seja declarada a constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, dirimindo as interpretações divergentes que reputam a contratação como ato de improbidade, a fim de se reconhecer que a contratação de advogado é ato discricionário da Administração Pública, face a inviabilidade de realização de procedimento licitatório.

VI - DA MEDIDA CAUTELAR

Incontroverso é que a Lei emanada pelo Congresso Nacional exsurge dotada de presunção de constitucionalidade, possuindo caráter cogente desde logo em vigor.

Ocorre que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, possibilita o controle difuso da constitucionalidade, permitindo a todos membros do Poder Judiciário a incidental declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos.

Casos há em que se revela imprescindível a pronúncia deste Egrégio Supremo Tribunal, guardião institucional da Constituição, firmando natureza absoluta à presunção de constitucionalidade atribuída ao ato normativo.

Tal necessidade de declaração advém da imperiosa manutenção da segurança jurídica, pilar de sustentação do ordenamento jurídico, apto a garantir a estabilidade das instituições democráticas.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Disponível em <Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012>





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Nesse sentido, o ilustre voto do Ministro Moreira Alves, para quem a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado:

(...) não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação (...) levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

(ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1.12.93, DJU 16.6.95)

E é nesse diapasão que segue este caso sob análise.

A *probabilidade do direito* foi exaustivamente demonstrada no bojo dessa peça, ressaltando-se que os dispositivos legais cuja constitucionalidade quer se ver declarada resguardam os princípios da eficiência, legalidade e supremacia do interesse público, estando em plena compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a manifesta insegurança jurídica causada pelo afastamento reiterado da incidência dos dispositivos em análise e as reiteradas condenações de advogados que contratam com a Administração Pública, demonstram o *perigo de dano*, capaz de causar graves lesões a preceitos fundamentais, caso a presente cautelar não seja deferida. Reitera-se que as condenações sofridas pelos advogados podem ser irreversíveis ao tempo do julgamento definitivo da presente ação, o que caracterizaria perecimento de direito.

Conforme demonstrado, a instabilidade jurídica engendrada através da não aplicação dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, abala a esfera jurídica de diversos advogados que são contratados pela Administração.

A medida cautelar é instrumento eficaz e indispensável no caso concreto para a manutenção da segurança jurídica e para a tutela da legítima expectativa dos advogados e dos gestores da Administração que realizam a contratação por inexigibilidade de licitação.

As decisões proferidas que afastam a incidência dos citados dispositivos e caracterizam-se por declarações incidentais de inconstitucionalidade abrem perigosos





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

precedentes, a conclamar o imediato posicionamento dessa Egrégia Corte em razão da vultosa repercussão emanada ao ordenamento jurídico, tanto pela dimensão quantitativa, quanto pela fundamentalidade dos valores constitucionais em xeque.

Desta feita, verificando-se que o RE n. 656.558/SP está pronto para julgamento e encontra-se incluso na pauta dessa Suprema Corte, requer-se que a presente cautelar seja apreciada liminarmente, conforme previsão do art. 170, §2º RISTF e do art. 10, §3º da Lei n. 9868/99, com o intuito de que seja firmada jurisprudência uníssona quanto ao tema.

Requer-se, ainda, o deferimento da cautelar *ad referendum* do plenário, aplicando-se por analogia o art. 321, §5º do RISTF, a fim de determinar que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que discutam sobre a contratação de advogado pela modalidade da inexigibilidade de licitação, nos termos dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, em especial dos processos em que se apure ato de improbidade administrativa – em atenção a Recomendação 36 do CNMP (anexo 4), com destaque para o RE n. 656.558/SP, até o definitivo julgamento desta ação declaratória.

VII – DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL** requer:

a) seja admitida e conhecida a presente ação declaratória de constitucionalidade, em razão da existência de controvérsia judicial relevante, face ao reiterado afastamento da incidência dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II da Lei n. 8.666/1993, o que caracteriza repetidas declarações incidentais de inconstitucionalidade, em analogia a Súmula Vinculante 10;

b) o deferimento da medida cautelar, visando a suspensão das decisões proferidas;

c) sejam requisitadas informações à Presidência da República e ao Congresso Nacional (art. 6º da Lei nº 9.868/99);

d) seja determinada a intimação do Sr. Procurador Geral da República para manifestação na forma do art. 19 da Lei nº 9.868/99;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

e) após o devido processamento, seja julgado procedente o pedido de declaração de constitucionalidade dos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/1993.

Caso seja necessário, requer seja deferida a produção de provas (art. 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em razão da impossibilidade de quantificar seu conteúdo econômico.

Termos em que, espera deferimento.

Brasília/DF, 10 de agosto de 2016.

Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/RS 22.356

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais
OAB/DF 18.958

Bruna de Freitas do Amaral
OAB/SP 339.012

Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992





Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 7021/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/19896/2017
PROTOCOLO	: 1846566
ENTE/ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE CORUMBÁ, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS E GESTÃO
JURISDICIONADO	: ALBERTO SABURO KANAYAMA
CARGO	: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E GESTÃO (1/11/2017 – 8/10/2018)
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 3/2017
PROCEDIMENTO	: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N. 8020/2017
CONTRATADO(A)	: J REMONATTO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA
OBJETO	: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CONSULTORIA JURÍDICO ADMINISTRATIVA-TRIBUTÁRIA PARA A RECUPERAÇÃO DE DIREITOS DO MUNICÍPIO.
VALOR INICIAL	: DE R\$ 0,15 DE CADA R\$ 1,00 ACRESCIDO DO ÍNDICE DE ARRECADAÇÃO DO ICMS APLICADO NO EXERCÍCIO DE 2017, ATÉ O LIMITE DE R\$ 400,000,00 A SEREM PAGOS A PARTIR DA DIVULGAÇÃO DO ÍNDICE DEFINITIVO, EM 12 PARCELAS MENSAS.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria em exame refere-se ao procedimento de **Inexigibilidade de Licitação n. 8020/2017**, à formalização do **Contrato Administrativo n. 3/2017**, celebrado entre o Município de Corumbá, por intermédio da Secretaria Municipal de Finanças e Gestão, e J. Remonatto Sociedade Individual de Advocacia (OAB n. 12.812), à formalização do **1º Termo Aditivo e do Termo de Apostilamento n. 1**, tendo como objeto a contratação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídico administrativa-tributária para a recuperação de direitos do município, decorrentes do exercício da competência tributária ativa e da sua sujeição passiva tributária, que implique na obtenção de receita ou desobrigação de pagamentos envolvendo a área de transferências constitucionais (ICMS) e administração tributária.

Ao examinar os documentos dos autos, a então 1ª Inspeção de Controle Externo (1ª ICE) concluiu na Análise ANA-61648/2017 (pç. 24, fls. 107-117) pela **irregularidade** da Inexigibilidade de Licitação e da formalização contratual e na análise ANA-21029/2018 (pç. 32, 191-195) ratificou o entendimento anterior e concluiu pela **regularidade** do Termo de Apostilamento n. 1 e do Termo Aditivo n. 1, ao Contrato Administrativo n. 3/2017.

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR - 4ª PRC - 23652/2018 (pç. 36, fls. 254-257), opinando pela adoção do seguinte julgamento:

I - ilegalidade e irregularidade da inexigibilidade de licitação e da formalização do contrato, nos termos do art. 59, inciso III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, combinado com o art. 120, incisos I “b” e II, e art. 121, incisos I e II, ambos do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013, pela infringência aos artigos 25, § 1º, 27, IV, c/c inciso V e



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

29 e da Lei Federal n. 8.666/93 e artigo 40, *parágrafo único* da Resolução TC/MS n. 54/2016;

II - ilegalidade e irregularidade da formalização do termo de apostilamento n. 1 e termo aditivo n.1, nos termos do art. 59, inciso III, da Lei n.160/2013 c/c o art. 120, inciso II, § 4º II e III da Resolução Normativa TC/MS n.076/2013, pela infração aos artigos 25, § 1º, 27, IV, c/c inciso V e 29 e da Lei Federal n. 8.666/93 e artigo 40, *parágrafo único* da Resolução TC/MS n. 54/2016;

III - multa ao Jurisdicionado, Senhor Alberto Saburo Kanayama, CPF n. 471.697.108-20, com fulcro no art. 77, VIII, da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com o art. 44, I, da Lei Complementar n. 160/2012, pela infração aos artigos 25, § 1º, 27, IV, c/c inciso V e 29 e da Lei Federal n. 8.666/93 e artigo 40, *parágrafo único* da Resolução TC/MS n. 54/2016;

IV - comunicação do resultado do julgamento aos interessados, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal/ 88 (os destaques constam do texto original).

É o Relatório.

DECISÃO

Inicialmente, destaco que a unidade de auxílio técnico identificou a ausência de documentos necessários à correta instrução processual, sendo eles:

1. documentos que comprovem a “notória especialização” da empresa, em atendimento ao disposto no art. 25, II da Lei n. 8.666, de 1993;
2. informações sobre o preço dos serviços e as condições de pagamento à contratada, em conformidade o art. 40, da Resolução TC-MS n. 54/2016 (vigente à época);
3. Certificados de Regularidade Fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, de acordo com o art. 29, III, da Lei n. 8.666, de 1993;
4. Certidão Negativa de Débito (CND) perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (GTS), em consonância com o art. 29, IV, da Lei n. 8.666, de 1993;
5. CND perante a Justiça do Trabalho, de acordo com o art. 29, V, da Lei n. 8.666, de 1993.

Diante das impropriedades assinaladas, o ordenador de despesas - Sr. Alberto Saburo Kanayama - foi intimado para apresentar documentos imprescindíveis à correta instrução processual, conforme consta da intimação INT - 1ICE-25868/2017 (pç. 16, fls. 86-88), ao que encaminhou as justificativas e os documentos (fls. 90-95 e 97-104), a fim de sanar as irregularidades previamente identificadas.

Assim sendo, passo à análise e ao julgamento da matéria.

1. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 8020/2017 foi realizado com fundamento nas regras dos arts. 25, II, e 13, III, da Lei n. 8.666, de 1993, tendo como objeto a contratação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídica administrativa-tributária, visando a recuperação e o aumento de arrecadação de



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

valores correspondentes aos repasses do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços).

Nos termos do art. 25 da Lei (Federal) n. 8.666, de 1993, a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial, para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (inciso II).

Friso que existe um encadeamento lógico para a averiguação dos requisitos em comento, sendo que, se o contratado não comprovar a adequação do objeto à prestação de serviço técnico especializado, sequer se avançará para a análise sobre a natureza singular e a notória especialização.

Sendo assim, no que compete à prestação de serviços técnicos, o art. 13 da citada lei geral de licitações e contratos estabelece que:

Art. 13. Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

Posto isso, cumpre analisar o preenchimento dos requisitos inscritos no inciso II do art. 25 da Lei (Federal) n. 8.666, de 1993, quanto à natureza singular do objeto e a notória especialização do profissional contratado, conforme as razões a seguir.

Da natureza singular do objeto da contratação:

O ponto central para identificar a singularidade do objeto envolve especificar a natureza da prestação do serviço, pois existe relevante diferença entre o desempenho de atividades jurídicas cotidianas da Administração Pública e o desempenho de atividades jurídicas singulares, ou seja, específicas, como é o caso de consultoria jurídica administrativa-tributária para a recuperação de direitos, visando a recuperação e aumento de arrecadação de valores correspondentes ao ICMS do município.

No caso de atividades jurídicas singulares, o objeto precisa ser claro e preciso para ser executado, sendo objeto alheio à atividade ordinária da Administração Pública, além de demandar expertise jurídica específica para a sua execução.

Nesse sentido, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 45, do STF, o voto do Relator, acompanhado pela maioria, estabeleceu o sentido da singularidade do serviço, expondo que:

(...) 6. Natureza singular do serviço (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar-se profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. Existência de característica própria do serviço que jus-



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

tifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006.

Para o preenchimento do requisito “singularidade”, o objeto do contrato deve comprovar a necessidade de um profissional que foge dos padrões comuns do mercado, não bastando apenas averiguar se o objeto é diverso daquele usualmente executado pela Administração. Por isso, existe uma importante relação entre a singularidade e a notória especialização do contratado.

No caso dos presentes autos, a descrição dos serviços a serem executados pela empresa contratada encontra-se apenas no Termo de Referência (fl. 32), sendo eles:.

- a) Análise e revisão das DAM ICMS de contribuintes do município;
- b) Análise de notas fiscais avulsas;
- c) Análise e conferência dos relatórios da Secretaria de Estado e Fazenda (SE-FAZ/MS), referente aos índices de participação do município (IPM);
- d) Demonstrar as imprecisões matemáticas e legais dos cálculos que ocasionaram os pagamentos/recolhimentos indevidos;
- e) **Qualificar as parcelas e montantes recuperáveis** demonstrando a forma correta e legal de apuração dos mesmos;
- f) **Adoção de medidas administrativas e judiciais para recuperação e aumento de arrecadação de valores correspondentes ao ICMS;**
- g) **Emissão de parecer técnico apontando percentuais positivos e/ou negativos**, e as formas de correção para recuperação e aumento dos valores correspondentes ao ICMS.

Diante da descrição dos serviços acima, verifico que há singularidade do serviço técnico profissional especializado contratado, pelo fato de ser necessário conhecimento específico acerca da recuperação e aumento de arrecadação de valores sobre os repasses do ICMS, com base nas regras da Lei Complementar (federal) n. 63, de 1990 (*dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências*); e Lei Complementar (estadual) n. 57, de 1991 (*dispõe sobre a regulamentação do artigo 153, parágrafo único, II, da Constituição do Estado*).

Da notória especialização do profissional ou empresa que irá prestar o serviço:

Outro requisito exigido pelo inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93 diz respeito à comprovação de notória especialização do profissional ou empresa que irá prestar o serviço à Administração Pública Municipal.

A notória especialização está descrita no § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93:

§ 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



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

No Âmbito deste Tribunal de Contas, cito o teor da **Súmula n. 62**, abaixo transcrita:

Os serviços de natureza Técnico-Jurídico, de Interesse da coisa pública em defesa nas causas judiciais, assessoria ou consultoria, poderão ser consideradas de notória especialização, desde que seja considerado o mais adequado à satisfação do objeto do contrato, este firmado com dispensa do processo licitatório (grifo nosso).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 32ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pag. 808), leciona que:

Com relação à notória especialização, o §1º do art. 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexistência (grifo nosso).

A definição de notória especialização envolve elemento subjetivo, pois faz referência às características do profissional contratado.

Cumpra anotar que, recentemente, a Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, passou a prever no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) que o serviço de advocacia já traz em si a natureza de serviço técnico e singular, devendo ser demonstrada apenas a notória especialização. É o que prescreve o art. 3º A abaixo colacionado:

Art.3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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 (grifo nosso).

Compulsando os documentos anexados aos autos, verifico que, a fim de comprovar o requisito da “notória especialização”, a empresa contratada apresentou as cópias dos seguintes documentos:

- da carteira de advogado do Sr. Jardel Remonato, inscrito na OAB, sob o n. 12812 (pç. 7, fls. 50-51);
- da declaração sobre as atividades laborais desenvolvidas junto ao Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul, no período de 3/4/2000 a 16/10/2014 (pç.7, fl. 39) ocupando, a princípio, o cargo de Assistente Técnico em Informática (DOE n. 5238 de 6/4/2000), de Assessor Técnico (DOE n. 5933, de 6/2/2003) e por fim de Assessor Setorial (DOE n. 6879, de 31/12/2006);



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

- pós-graduação *lato sensu* em nível de especialização em “MBA em Gestão pública com ênfase em Controle Externo”, pela Faculdade Internacional de Curitiba (UNINTER), de 7/11/2011 (pç. 7, fl. 40);
- certificado de curso de “Contabilidade Pública”, promovido pela PROMOEX, realizado no período de 22/9/2008 a 3/10/2008 (pç. 7, fl. 41);
- certificado de curso de “Direito Administrativo”, promovido pela PROMOEX, realizado no período de 18/8/2008 a 5/9/2008 (pç. 7, fl. 43);
- certificado de curso de “Finanças Públicas”, promovido pela PROMOEX, realizado no período de 21/7/2008 a 1/8/2008 (pç. 7, fl. 45);
- certificado de curso de “Direito Constitucional”, promovido pela PROMOEX, realizado no período de 24/11/2008 a 5/12/2008 (pç. 7, fl. 47);
- Atestado de capacidade técnica, de **26/9/2016**, emitido pela Câmara Municipal de Paranaíba – atestando que o advogado Dr. Jardel Remonato, através da sua empresa Assessoria Contábil Ltda –ME (CNPJ 18.180.813/0001-76), realiza serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa (pç. 7, fls. 52);
- Atestado de capacidade técnica, de **26/9/2016**, emitido pela Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul – atestando que o advogado Dr. Jardel Remonato, através da sua empresa Assessoria Contábil Ltda. –ME (CNPJ 18.180.813/0001-76), realiza serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa (pç. 7, fl. 53).

Considerando os certificados e atestados referidos acima, constato que o contratado não logrou êxito em demonstrar o requisito da notória especialização. Primeiro, porque o contratado não demonstrou possuir especialização na área tributária, essencial para o entendimento completo do objeto do contrato, já que envolve o aumento de arrecadação do ICMS pelo Município. Segundo, porque nenhum dos certificados de cursos (todos realizados na mesma instituição, Promoex (atual Escoex – do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul), e todos datados de 2008), está relacionado diretamente com áreas afetas ao objeto do contrato. Terceiro, porque os dois atestados técnicos apresentados em nada se referem à adoção de medidas administrativas e judiciais para recuperação e aumento de arrecadação de valores correspondentes ao ICMS, ou seja, não demonstram que o contratado já possuía experiência anterior nessa área. Desse modo, a meu ver, a notória especialização da empresa contratada não resultou configurada, infringindo o disposto no art. 25, §1º, da Lei n. 8.666, de 1993.

Nesse contexto, oportuno transcrever o trecho abaixo extraído do Parecer Jurídico n. 443/2017 da Procuradoria Geral do Município de Corumbá, emitido em 12/6/2017 (fls. 16-17), que apontou o seguinte:

(...) não paira dúvidas de que a natureza do serviço técnico a ser contratado pela Administração e a notória especialização do contratado a que alude a Lei nº 8.666/93, para fins de aplicação do inciso II do art. 25, devem estar intrinsecamente relacionados. No caso dos autos, salvo melhor juízo, a documentação acostada, apenas o certificado de fls. 17/18 são relacionados ao que se pretende contratar. Os demais certificados, e os atestados de capacidade técnica, ainda que louváveis, **não estão relacionados ao objeto** definido pela Secretaria Municipal de Finanças e Gestão.



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

Contudo, após solicitação da Secretaria Municipal de Finanças, a Procuradoria emitiu, em 18/7/2017, um novo Parecer Jurídico n. 547/2017 (fls. 23-29), cujo entendimento foi pela legitimidade dos documentos e adequado ao interesse público, do qual colaciono o seguinte trecho:

No presente caso, verifica-se por documentos acostados aos autos, que o indicado para a contratação já vem realizando serviço de recuperação de direitos de município decorrentes do exercício de competência tributária ativa, e da sua sujeição passiva tributária, que implique na obtenção de receita ou desobrigação de pagamentos, levantamento, verificação e interposições de recursos administrativos relativos ao índice de participação dos Municípios no rateio do ICMS (fl. 26).

Em que pese a alteração de entendimento contida no segundo Parecer Jurídico quanto ao atendimento da notória especialização da empresa contratada e mencione que restou demonstrado tal requisito, constato que não foram juntados aos autos novos documentos capazes de demonstrar que o contratado tem expertise no serviço de recuperação de direitos do município, decorrentes do exercício de competência tributária ativa, carecendo, por conseguinte, de comprovação de tais atividades desenvolvidas pelo profissional.

É certo que embora seja da discricionariedade do agente administrativo a escolha do profissional ou da empresa para a execução dos serviços, vale lembrar que essa liberdade de escolha não é absoluta, porquanto está delineada ao atendimento dos requisitos da singularidade dos serviços e da notória especialização dos serviços.

Diante dos fatos e fundamentos jurídicos considerados, verifico correta a adoção do procedimento de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, para a contratação direta de profissional do direito - advogado inscrito na OAB - para prestar serviços de assessoria e consultoria jurídica administrativa e tributária à Administração Pública, visando o aumento da arrecadação do ICMS do Município (atendimento ao requisito da natureza singular do serviço). Contudo, diante dos documentos anexos a estes autos, a meu ver, a empresa contratada não demonstrou possuir expertise na área relacionada ao objeto da contratação.

No que concerne à **justificativa de preço** a ser pago pelo serviço (pç. 5, fl. 31), verifico que o jurisdicionado, em conformidade com o art. 48, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, fundamentou que a proposta de preço, a título de honorários advocatícios, levou em consideração a complexidade e/ou responsabilidade do serviço contratado, de modo que foi inviável a pesquisa de preços de forma convencional, conforme se segue:

Ressalta-se que por se tratar da prestação de serviços de alta complexidade, a pesquisa de preço de forma convencional torna-se inviável e sem efeito, porém ainda assim, se faz necessário a demonstração de que os valores que serão cobrados estejam dentro da faixa da razoabilidade.

Para tanto, observou-se que a proposta apresentada pelo Profissional, e juntada ao presente processo, condiz com o valor cobrado por ele a outro Município, o



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

que comprova que a proposta apresentada encontra-se em total compatibilidade com os praticados no mercado.

Desta forma, restou demonstrado que a proposta apresentada ao Município de Corumbá encontra-se dentro da normalidade em se tratando ao valor de mercado (fl. 31).

O valor e as condições do pagamento foi apresentado, inicialmente, no Termo de Referência (pç. 6, fl. 32), posteriormente no Termo de Ratificação de Inexigibilidade de Licitação – Processo n. 8020/2017 (pç. 8, fl. 54), e por fim, definido na cláusula terceira do Contrato Administrativo n. 3/2017 (pç. 11, fl. 71), nos seguintes moldes:

(...) à título de honorários advocatícios serão estes devidos na proporção de R\$ 0,15 (quinze centavos) de cada R\$ 1,00 (um real) do acréscimo do índice de arrecadação do ICMS aplicado no exercício de 2017, divulgado através de Resolução/SEFAZ N° 2.773, de 26 de outubro de 2016, apurado na divulgação do índice definitivo de arrecadação do ICMS para aplicação no exercício de 2018, também divulgado através de Resolução da SEFAZ/MS, até o limite de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), a serem pagos a partir da divulgação do índice definitivo, em 12 (doze) parcelas mensais, sendo que os valores serão verificados mensalmente, sobre os repasses do ICMS;

Diante do teor da citada cláusula contratual, o gestor foi intimado (INT – 11CE – 25868/2017, pç. 16, fls. 86-88) para esclarecer as condições de pagamento, pois não restou clareza na forma e condição de pagamento:

(...) entendendo este corpo técnico que seus honorários devam ser recebidos pelo acréscimo de arrecadação do ICMS, por intermédio de seus serviços, única e exclusivamente e não somente pelo acréscimo conforme índice de arrecadação, nos parecendo que independente do resultado de seu trabalho, mesmo havendo algum acréscimo alheio a isso, o Contratado irá receber seus honorários (pç. 16, fl. 88).

Embora o jurisdicionado tenha se manifestado nos autos, apresentando sua resposta à intimação (fls. 92-95 e 97-104), observo que os documentos e justificativas apresentadas não foram suficientes para sanar as irregularidades sobre o valor e as condições do pagamento da contratação.

No âmbito das contratações entre particulares existe a possibilidade de celebração de contratos cujo pagamento depende do êxito obtido (*ad exitum*), isto é, as partes convencionam que a remuneração do contratado ocorrerá mediante uma participação nos resultados se ao término da prestação de serviços resultar o sucesso e/ou proveito econômico esperado. São serviços cuja natureza implica na impossibilidade de determinação do efetivo montante a ser percebido pelo ente contratante.

Essa prática é comumente utilizada por profissionais da advocacia, que se propõem ao patrocínio de demandas nas esferas administrativas, judiciais e até mesmo particulares, cuja remuneração dos honorários contratuais ocorre somente com trânsito em julgado ou efetivo proveito econômico revertido à parte, sendo pactuada em percentual sobre a vantagem que resultou ao seu cliente (cláusula *quota litis*).



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

A respeito da efetiva participação da empresa contratada, saliento que houve sucesso e/ou proveito econômico esperado, de acordo com a elaboração do Recurso Administrativo que impugnou dados econômicos relativos à Resolução/SEFAZ/MS n. 2.850, de 2017, sobre os valores adicionados das operações e prestações realizadas nos municípios, no exercício de 2016, bem como os índices de participação no produto da arrecadação do ICMS, para o exercício de 2018 (fls. 140-150).

O índice de participação do ICMS de Corumbá para o exercício de 2017 era de 8,6135%, passando, após a interposição do recurso, para 9,2510% no exercício de 2018. Portanto, de acordo com o relatório da Assomasul (fls. 151-164) houve uma diferença de 0,6375, correspondendo em porcentagem a 7,40% (fl. 152).

Destarte, quanto à inadequação da redação da respectiva cláusula contratual (cláusula terceira – do preço e condições de pagamento), assiste razão à 1ª ICE – 61648/2017 (pç. 24, fl. 115), já que não há menção clara de que a contratada somente será remunerada em decorrência de serviços por ela prestados, dando margem a recebimento de valores por qualquer aumento no índice de arrecadação do ICMS, independentemente da efetiva participação da contratada.

Outras irregularidades apontadas pela equipe técnica no âmbito da inexigibilidade de licitação estão relacionadas com as condições de habilitação da empresa contratada, pois não atende às disposições da Lei (federal) n. 8.666, de 1993. Isso porque, não compõem os documentos de habilitação da empresa J Remonatto Sociedade Individual de Advocacia, **o Certificado de Regularidade perante a Fazenda Municipal e a Certidão Negativa de Débito (CND) perante a Seguridade Social**, deixando de comprovar que tal empresa estava quite com suas obrigações fiscais junto ao município onde encontra-se estabelecida e perante o INSS, com infringência ao disposto no art. 27, IV e 29, II e IV da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e art. 195, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual *“a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”*.

Cumprе destacar que os demais documentos de habilitação foram devidamente apresentados, sejam eles:

- Certificados de Regularidade Fiscal perante as Fazendas Federal (pç. 19, fl. 94) e Estadual (pç. 19, fl. 92), de acordo com o art. 29, III da Lei n. 8.666, de 1993;
- Certidão Negativa de Débito (CND) perante ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) (pç. 19, fl. 95), em consonância com o art. 29, IV da Lei n. 8.666, de 1993;
- CND perante a Justiça do Trabalho (pç. 19, fl. 93), de acordo com o art. 29, V da Lei n. 8.666, de 1993.

2. DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 3/2017

No que tange ao Contrato Administrativo n. 3/2017 (pç. 11, fls. 70-73), celebrado entre o Município de Corumbá, por intermédio da Secretaria Municipal de Finanças e Gestão, e a empresa J Remonatto Sociedade Individual de Advocacia, para a prestação de serviços técnicos especializados de consultoria jurídico administra-



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

tiva-tributária para recuperação de direitos, contados a partir da sua assinatura, com prazo de vigência de 12 (doze) meses (24/7/2017 – 24/7/2018), prorrogado de acordo com a cláusula quarta.

Neste contexto, verifico que os documentos do Contrato Administrativo n. 3/2017 estão em consonância com as disposições da Lei (federal) 8.666/93, bem como com o Anexo VI, item 4 da Resolução TCE-MS n. 54/2016 (vigente à época).

Em relação ao **Termo de Apostilamento n. 1** (pç. 27, fls. 129-133), formalizado pelo Município de Corumbá, em 19/1/2018, observo que teve como objeto a atualização da dotação orçamentária da cláusula quinta do Contrato Administrativo n. 3/2017, com efeitos a contar de 1/1/2018, tendo como fundamento o art. 65, §8º da Lei (federal) n. 8.666, de 1993.

Quanto ao **Termo Aditivo n. 1** ao Contrato Administrativo n. 3/2017 (pç. 30, fls. 183-188), assinado em 12/4/2018, observo que teve por objeto a modificação da cláusula terceira do contrato, aditivando, a título de honorários advocatícios, a proporção de 15% (quinze por cento) do valor acrescido do índice de arrecadação do ICMS aplicado no exercício de 2017, divulgado por intermédio da Resolução/SEFAZ/MS n. 2.773/2016, apurado na divulgação do índice definitivo de arrecadação do ICMS para aplicação no exercício de 2018, também divulgado através da SEFAZ/MS, até o limite de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), a serem pagos no exercício de 2018, conforme cláusula segunda.

A justificativa para a alteração da forma de pagamento se deu, pois, *“se tornou inviável para o Município efetuar o pagamento referente aos honorários da contratada a partir do mês de setembro/2017 (que foi quando o índice definitivo foi divulgado), vista que os valores puderam ser apurados somente a partir de janeiro/2018”* (pç. 30, fl. 152 e 175-178).

Assim, é possível observar que no mês de janeiro de 2018 com base no novo índice (9,2510%) o repasse foi de R\$ 17.364.719,93 (dezessete milhões trezentos e sessenta e quatro mil setecentos e dezenove reais e noventa e três centavos), uma diferença a maior de R\$ 1.284.989,27 (um milhão e duzentos e oitenta e quatro mil e novecentos e oitenta e nove reais e vinte sete centavos), com relação ao índice antigo de 2017. E no mês de fevereiro, o repasse utilizando o novo índice (9.2510%) foi de R\$ 13.449.674,27 (treze milhões e quatrocentos e quarenta e nove mil e seiscentos e setenta quatro reais e vinte sete centavos), uma diferença a maior de R\$ 995.284,90 (novecentos e noventa e cinco mil e duzentos e oitenta e quatro reais e noventa centavos) em relação ao índice antigo (fls. 169-171).

O valor dos honorários calculado em 15% incidiu sobre o valor recebido de R\$ 1.284.989,27 em janeiro e R\$ 995.284,90 de fevereiro, correspondendo a R\$ 192.748,39 (cento e noventa e dois mil e setecentos e quarenta e oito reais e trinta e nove centavos) e 149.292,74 (cento e quarenta e nove mil duzentos e noventa e dois reais e setenta e quatro centavos), respectivamente, totalizando o valor de R\$ 342.041,13 (trezentos e quarenta e dois mil e quarenta e um reais e treze centavos). Porém, o valor documentado e calculado nos autos foi de R\$ 341.041,13 (trezentos e quarenta e um



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

mil e quarenta e um reais e treze centavos), conforme tabela elaborada pela empresa contratada (fl.137).

MES REFERÊNCIA	ÍNDICE APLICADO EM 2017	ÍNDICE APLICADO EM 2018	DIFERENÇA RECEBIDO À MAIOR	HONORÁRIOS 15%
JANEIRO	R\$ 16.079.730,66	R\$ 17.364.719,93	R\$ 1.284.989,27	R\$ 192.748,39
FEVEREIRO	R\$ 12.454.389,37	R\$ 13.449.674,27	R\$ 995.284,90	R\$ 149.292,74

Assim, a fim de evitar prejuízo para ambas as partes, ficou acordado o pagamento de R\$ 341.041,12 (trezentos e quarenta e um mil quarenta e um reais e treze centavos), em 4 (quatro) parcelas de R\$ 85.260,28 (oitenta e cinco mil duzentos e sessenta reais e vinte e oito centavos) iniciando-se em abril de 2018, sendo que na última parcela, caso houvesse ganho, seria acrescida a diferença que faltar para alcançar o valor de R\$ 4000.00,00 (fls.171 e 179).

Na Planilha de Execução Financeira Contratual (fl. 253), realizada com base no levantamento dos documentos da despesa (nota de empenho, nota fiscal e ordem de pagamento) observo que houve o pagamento de 3 (três) parcelas no valor de R\$ 85.260,28 (oitenta e cinco mil e duzentos e sessenta reais e vinte e oito centavos) e 2 (duas) parcelas no valor de R\$ 72.109,58 (setenta e dois mil cento e nove reais e cinquenta e oito centavos), totalizando o valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Portanto, verifico que foi cumprido o pactuado, não ultrapassando o limite estabelecido no contrato inicial, não acarretando prejuízo à Administração Municipal.

Logo, o aditamento do contrato por meio do respectivo termo aditivo se encontra nos moldes o art. 65, II, c, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, bem como com o Anexo VI, item 4.1 da Resolução TCE-MS n. 54/2016 (vigente à época).

Convém observar que nos termos dispostos no art. 121, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o exame da prestação de contas, perante o TCE/MS, de uma contratação feita pelo Poder Público, ocorre de forma distinta e autônoma, na medida em que a irregularidade de uma fase anterior não acarreta, necessariamente, a irregularidade da fase seguinte.

Nesse sentido, colaciono o Acórdão do TCE/MS AC01 –660/2016, TC/3567/2003 –Primeira Câmara, da relatoria do Conselheiro Jerson Domingos, julgado em 15/03/2016:

EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA –PROCEDIMENTO LICITATÓRIO JULGADO IRREGULAR –INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES –IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES –FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO –JUSTIFICATIVA –PARECER JURÍDICO –AUTORIZAÇÃO –EXECUÇÃO FINANCEIRA –NOTA DE EMPENHO –NOTAS FISCAIS –TERMO DE ENCERRAMENTO –TEMPESTIVIDADE DA PUBLICAÇÃO E REMESSA DOCUMENTAL –REGULARIDADE.

O julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório não acarreta a irregularidade das fases posteriores em razão da independência e autonomia das fases de prestação de contas.

São regulares a formalização de termo aditivo e execução financeira de contrato que realizadas de acordo com a lei (grifo nosso).



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

Portanto, ante a constatação de irregularidades da Inexigibilidade de Licitação n. 8020/2017, as mesmas não maculam, apenas por consequência, as fases posteriores da prestação de contas, evidentemente porque esta atendeu a todos os requisitos das disposições legais e regulamentares que lhes são aplicáveis.

Diante do exposto, acompanho parcialmente os entendimentos da então 1ª Inspeção de Controle Externo (1ª ICE) e do Ministério Público de Contas (MPC), e **decido** nos seguintes termos:

I- declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a irregularidade** do procedimento de **Inexigibilidade de Licitação n. 8020/2017**, realizado pelo Município de Corumbá, por intermédio da Secretaria Municipal de Finanças e Gestão, em favor da empresa J Remonatto Sociedade Individual de Advocacia, em face das seguintes infrações:

- a) falta de comprovação do requisito de notória especialização da empresa contratada, com infringência ao disposto no art. 25, §1º, da Lei n. 8.666, de 1993;
- b) falta de apresentação do Certificado de Regularidade perante a Fazenda Municipal e a Certidão Negativa de Débito (CND) perante a Seguridade Social, com infringência ao disposto no art. 27, IV, e 29, II e IV, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e no art. 195, §3º, da Constituição Federal;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a regularidade**:

- a) da formalização do **Contrato Administrativo n. 3/2017**, celebrado entre o Município de Corumbá, por intermédio da Secretaria Municipal de Finanças e Gestão, e J. Remonatto Sociedade Individual de Advocacia;
- b) da formalização do **Termo Aditivo n. 1** ao Contrato Administrativo n. 3/2017;
- c) **Termo de Apostilamento n. 1**, ao Contrato em referência;

III – aplicar multa no valor equivalente ao de **50 (cinquenta) UFERMS ao Sr. Alberto Saburo Kanayama**, Secretário Municipal de Finanças e Gestão, pelas infrações descritas no termo dispositivo do inciso I, “a” e “b”, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput*, IV e IX, 44, I e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

IV- fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras dos arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);



Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul
GAB. CONS. FLÁVIO ESGAIB KAYATT

V – intimar os interessados acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

É a Decisão.

Campo Grande/MS, 02 de setembro de 2022.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

MCL/SupervisãoLAC

PARECER-C Nº 00/0032/01

DE 27 DE JUNHO DE 2001

PROCESSO TCE-MS Nº

003420/2001

ASSUNTO

Consulta

INTERESSADO

Câmara Municipal de Mundo Novo

RELATOR

Conselheiro-Substituto-Relator GAZI MOHAMED ESGAIB

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de consulta formulada pela Câmara Municipal de Mundo Novo.

O egrégio Tribunal Pleno, em Sessão de 27 de junho de 2001, preliminarmente conheceu da consulta, acolhendo o parecer do Ministério Público Especial e de conformidade com o voto do Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Substituto-Relator GAZI MOHAMED ESGAIB, decidiu, por unanimidade de votos, responder nos seguintes termos:

Pergunta:

Qual o conceito da expressão “Natureza Singular” contida no inciso II do artigo 25 da Lei Federal Nº 8666/93, para efeito de contratação de serviços técnicos especializados elencados no artigo 13 desse mesmo Diploma Legal?

Resposta:

O conceito de “Natureza Singular” quer dizer que a singularidade do objeto a ser contratado indica que os serviços revestem de uma atividade personalíssima, é a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador, que inviabiliza a comparação de modo objetivo.

Pergunta:

A inexigibilidade de licitação prevista no artigo 25 e seu inciso II, combinado com o artigo 13, ambos da Lei Federal nº 8666/93, com suas alterações

posteriores, aplicam-se à contratação temporária de serviços técnicos profissionais com retribuição pecuniária mensal?

Resposta:

A inexigibilidade de licitação não se aplica à contratação temporária, tendo em vista que esta possui regramento próprio (inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal) que não se confunde com aquela (inciso II do artigo 25 da Lei Federal nº 8666/93).

Pergunta:

Os serviços técnicos profissionais inerentes a Médico, Cirurgião-Dentista, Fisioterapeuta, Psicólogo e Assistente Social enquadram-se nas disposições do inciso I do artigo 13 da Lei Federal nº 8666/93?

Resposta:

Considerando que, salvo melhor juízo, o artigo 13 mantém consonância direta com o artigo 25, inciso II, ambos da Lei Federal nº 8666/93, entende-se ser possíveis as contratações dos profissionais expostos na presente indagação, desde que sejam contratados para serviços singulares e sejam profissionais de notória especialização.

Pergunta:

Para efeito da dispensa de licitação prevista no inciso II do artigo 24 da Lei Federal nº 8666/93, quando se tratar de prestação temporária de serviço pessoal, considerar-se-á o valor da retribuição mensal contratada ou o montante de sua multiplicação pelo período contratado?

Resposta:

Considera-se o valor total do serviço contratado, ou seja, multiplica-se o valor mensal pelo período de vigência do contrato.

Pergunta:

Ao ente público que contar com Advogado em seu quadro pessoal permanente e estando provido o seu cargo de Procurador-Geral, é lícito contratar terceiros para defesa de causas judiciais já em tramitação ou para assessoria jurídica externa, diuturna, com a mesma finalidade?

Resposta:

É licita a contratação pretendida, desde que seja para casos singulares, existindo ainda a inviabilidade de competição e o profissional contratado possua notória especialização para o caso sub judice. Vale salientar ainda que não é possível tal contratação para o patrocínio de causas rotineiras de advocacia, mesmo de profissionais renomados.

Secretaria das Sessões, 27 de junho de 2001.



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 449B-24F3-258C-B354

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:



WALDIRO DE CAMPOS GOUVEA NETO (CPF 046.XXX.XXX-50) em 25/07/2024 14:25:14 (GMT-04:00)

Papel: Parte

Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://chapadaodosul.1doc.com.br/verificacao/449B-24F3-258C-B354>