



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

MANIFESTAÇÃO M.P.C. Nº 719/2015

PROCESSO nº 26994-15

ENTIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE VERA CRUZ

RELATOR: CONSELHEIRO PAOLO MARCONI

RESPONSÁVEL: ANTÔNIO MAGNO DE SOUZA FILHO

ASSUNTO: TERMO DE OCORRÊNCIA. IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

EXERCÍCIO: 2014

I. Relatório

Trata-se de **Termo de Ocorrência** lavrado pela 1ª Inspeção Regional de Controle Externo, no qual detectou-se a irregular contratação, por inexigibilidade de licitação, da empresa Brito & Sampaio, para prestação de serviços de consultoria jurídica no âmbito da administração, no valor total de **R\$ 180.000,00** (cento e oitenta mil reais), em hipóteses não enquadráveis como de inexigibilidade de licitação.

Consoante narrado pelo Inspetor Regional, o objeto contratual não é singular, posto que *“representa serviços típicos da Administração Pública, denotando a terceirização pela consultoria contratada, de atividades-fins inerentes aos servidores municipais, principalmente da Secretaria Municipal da Fazenda e da Procuradoria Municipal, já que não se destinam ao atendimento de uma matéria específica, particular, excepcional, mas uma variedade de atividades de rotina, do cotidiano da administração”*. De igual sorte, no entendimento da IRCE, a empresa contratada não detém notória especialização, visto que foi constituída recentemente, na data de 18/07/2012.

Por fim, a Unidade Técnica destacou impropriedades na formalização do processo de inexigibilidade, especialmente no que tange à ausência de exposição dos motivos da escolha do prestador de serviços (art. 26, II), ausência da justificativa do preço (art. 26, III), ausência de apresentação da proposta de preço dos serviços



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

pela empresa contratada (art. 38, IV), ausência de Parecer Jurídico da Procuradoria Municipal sobre a inexigibilidade (inciso IV, do art. 38).

O processo foi instruído com a cópia do processo administrativo nº 03/2014, que trata da contratação em tela, conforme fls. 08/54.

Devidamente notificado, o senhor Antônio Magno de Souza Filho, Prefeito à época dos fatos, colacionou sua defesa às fls. 65/77, acompanhada dos documentos de fls. 78/179. Nesta oportunidade, o gestor pugnou pela regularidade da contratação direta feita através do processo nº 03/2014, sob a alegação de se tratar de serviços técnicos especializados, para prestação de consultoria e assessoria na área jurídica, amparado no art. 25, II, da Lei Federal nº 8.666/93.

No seu entendimento, em apertada síntese, a caracterização da natureza singular da contratação emerge da pessoa e não do serviço a ser contratado, na medida em que tais serviços se apresentam características essencialmente intelectuais, que comprometem a aferição por critérios objetivos através de processo licitatório. Nessa esteira, a escolha do executante do serviço pela administração se pauta essencialmente no “grau de confiança” que a própria deposita nele e que acredita melhor atender ao interesse público.

O processo em epígrafe foi submetido à apreciação da Assessoria Jurídica vinculada à esta Corte de Contas, que apresentou, em suma, as considerações abaixo transcritas (fls. 182/198):

In casu, a contratação do escritório BRITO & SAMPAIO CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA LTDA para “defesa do Município, para defesa do Município em juízo, ativa e passivamente, em todas e quaisquer ações fiscal, trabalhista e patrimonial auxiliar a cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa e demais créditos do Município, elaboração das informações



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA Controle Externo da Administração Pública Municipal

prestadas pelas autoridades do Poder Executivo Municipal em mandados de segurança, emissão de pareceres sobre processo administrativo e matérias relacionadas com processos judiciais de interesse do Município, análise dos atos de alienação do patrimônio imobiliário municipal, bem como autorização, permissão e concessão de uso, consultoria jurídica aos órgãos do Poder Executivo e da Administração Direta em geral”, conforme processos administrativos e de pagamento acostados pela Regional aos autos, não conduz, de forma inequívoca, à ausência de pluralidade de alternativas, uma vez que a empresa contratada não representa, em face a diversidade de empresas e profissionais no ramo de consultoria/assessoria advocatícia, a única capaz e disponível a apresentarem solução para o caso, ou ainda, a única em condições de executar os objetos supracitados, a tornar, por conseguinte, o processo licitatório, imprestável.

(...)

Desta forma, verifica-se que não houve por parte, da defesa, a comprovação da existência dos requisitos da SINGULARIDADE DO OBJETO e da NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO, ensejadores da contratação direta por inexigibilidade de licitação, em face da necessária habilidade técnica excepcional para satisfazer a necessidade estatal diferenciada e incomum.

Em seguida, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria de Contas para emissão de opinativo (fl. 235).

É o relatório.

II. Fundamentação

A Licitação, nas palavras do renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo, é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Paulo: Malheiros. 2012. p. 517).

A Carta Magna determina, como regra geral, que todo contrato público deve ser precedido de procedimento licitatório, para que, a partir da pluralidade de propostas, a Administração empreenda a contratação que seja mais favorável à satisfação do interesse público.

Ressalta-se que a própria Constituição Republicana, no seu art. 37, XXI, permite que a Lei aponte situações excepcionais em que a Administração Pública poderá efetuar contratação direta, dispositivo que foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93, ao disciplinar os institutos jurídicos da dispensa e inexigibilidade de licitação.

Neste contexto, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 elenca algumas hipóteses nas quais é admitida a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, ressaltando-se que tal rol é meramente exemplificativo, pois, sempre que for inviável a realização do processo de licitação, admitir-se-á a contratação direta.

Uma das hipóteses de inexigibilidade contempladas no Estatuto da Licitação consiste na contratação de serviços técnicos especializados, *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.

Constata-se, pois, que a Lei fixou três pressupostos condicionantes à contratação destes serviços por inexigibilidade, quais sejam: (i) o serviço tem que ser técnico e deve constar do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, (ii) o serviço deve ter



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

natureza singular, (iii) o profissional contratado deve ter notória especialização.

Corroborando com tal entendimento, vale transcrever posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“A contratação de serviços técnicos (caso dos autos) sem licitação, depende, portanto, de três condições: 1) a enumeração do serviço no dispositivo legal supracitado (art. 13); 2) sua natureza singular, isto é, não basta estar enumerado no art. 13 da Lei nº 8.666/93, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância; e 3) a notória especialização do profissional (conforme disposto no § 1º do art. 25 acima transcrito). Assim, não é qualquer serviço descrito no art. 13 da Lei nº 8.666/93 que torna inexigível a licitação, mas aquele de natureza singular, que exige a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.” (STJ, Resp. 513.747/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, Julgado em 28.01.2003)

O Tribunal de Contas da União traz três súmulas com posicionamento que convergem no mesmo sentido no que tange aos requisitos necessários para a espécie de contratação em voga, a saber:

Súmula nº 391 – A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com a alínea “d” do art. 126, §2º, do Decreto-lei 200, de 25.2.67, **só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum**, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido por critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Súmula nº 2522 – 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 de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.**

¹TCU Súmula nº 39 – Aprovada na sessão de 17/05/73.

²TCU – Súmula nº 252 – Aprovada na Sessão Ordinária de 31/03/10.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Súmula nº 2643 – A inexigibilidade de licitação para 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 licitatório, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Pela simples leitura do dispositivo legal, conclui-se que a singularidade não se refere à pessoa contratada, mas sim ao objeto do serviço, que deve possuir características incomuns, anômalas, não usuais, que demandem a contratação de um profissional notoriamente especializado, não havendo como sustentar a tese da defesa de que a singularidade recairia sob a pessoa contratada, entendimento confirmado pelos julgados supratranscritos.

Nesta linha, convém pontuar que não basta, para autorizar a contratação direta, que o serviço técnico esteja elencado no art. 13 da Lei de Licitações, pois tais serviços, a depender da situação concreta, podem englobar tanto situações padrões, comuns ou usuais, como casos excepcionais, marcados pela singularidade.

Assim, a depender do prisma desenhado, o mesmo serviço pode (ou não) apresentar “natureza singular”, sendo esta característica pressuposto à contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Desta forma, deve-se separar os serviços advocatícios considerados comuns, hipótese em que será imprescindível a realização da licitação, daqueles que ostentam natureza singular, situação em que será autorizada a contratação direta, desde que preenchidos os demais requisitos legais, entendimento perfilhado pela doutrina e jurisprudência dominantes.

³TCU – Súmula nº 264 – Aprovada na Sessão Ordinária de 01/06/11.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

A despeito da utilização pela lei de um conceito jurídico indeterminado provocar o surgimento de uma zona cinzenta, certo é que alguns serviços sem maiores esforços interpretativos não podem ser considerados singulares. A título exemplificativo, as relações jurídicas de massa, bem como aquelas objeto de contratos de prestação de serviço de natureza continuada claramente não podem ser caracterizados como serviços singulares, esse inclusive é o entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 5318/2010-2, entre outros).

Desta forma, convém de plano afirmar ser perfeitamente possível a utilização de critérios objetivos para delimitar a contratação de serviços advocatícios comuns pela Administração Pública, estabelecendo-se parâmetros claros para julgamento e seleção da melhor proposta, como a comprovação de experiência, por meio da apresentação de certidões e atestados que evidenciem a atuação em causas da mesma natureza, sendo adequada a adoção dos tipos de licitação “técnica e preço” ou melhor “técnica”, a depender da situação vivida pela Administração, já tendo, inclusive, o Tribunal de Contas da União referendado contratações de serviços advocatícios de baixa complexidade pela modalidade pregão, cuja aplicação do tipo “menor preço” é impositiva.

No contrato ora analisado, observa-se que o amplo rol de atividades objeto da avença dizem respeito essencialmente à prestação continuada de assessoria jurídica municipal, de modo que não vislumbro nela características incomuns a demonstrar que apenas determinada empresa, ou profissional, teria condições de realizá-lo a contento. A rigor, o objeto diz respeito a atividades extremamente corriqueiras da Administração, tais como representação judicial e extrajudicial do Município, a promoção de ações de cobrança da dívida ativa, solicitações e representações a órgãos governamentais. Com efeito, pouco seriam escritórios de advocacia inaptos a executá-los.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Ao entabular no art. 25, II, da Lei de Licitações como requisito para a contratação por inexigibilidade a “natureza singular”, o legislador pretendeu evitar a disseminação da contratação direta indistintamente para todos os casos elencados no art. 13 da referida norma. Portanto, entende-se inadequada uma exegese ampliativa do dispositivo legal em comento, concedendo amplo caráter subjetivo ao conceito de singularidade, e possibilitando contratações por inexigibilidade de serviços técnicos especializados única e exclusivamente calcadas no fator confiança.

Não se pode conceber que atividades do cotidiano da administração, mesmo que no âmbito jurídico, que podem ser executadas por servidores efetivos do Município, sejam passíveis de contratação desprovidas de licitação, pelo simples critério do fator confiança. Se assim o fosse, haveria flagrante inobservância ao art. 3º da Lei de nº 8.666/93, ferindo o princípio da isonomia e da proposta mais vantajosa, além de serem preteridos importantes princípios republicanos, dentre eles o da moralidade, isonomia e da impessoalidade.

Nesse diapasão, ponderou o professor Joel de Menezes Niebuhr⁴:

A priori, a contratação por inexigibilidade dos serviços jurídicos sujeita-se às mesmas regras dispostas para os casos de serviços técnicos de natureza singular, isto é, requerem a concorrência dos pressupostos objetivo e subjetivo, bem como a existência entre eles. Quer-se dizer que o serviço há de ser singular, sem que se admita a inexigibilidade para a contratação de prestações rotineiras ou comuns. O serviço, por ser singular, demanda a intervenção dum especialista cuja experiência o singulariza. Ademais, o perfil do especialista deve ser apropriado à consecução das utilidades pretendidas pela Administração Pública através do serviço, revelando a necessidade de nexos entre o objeto do contrato e o sujeito contratado. (destaques acrescentados)

⁴NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2.ed.rev. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 94.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

No mesmo sentido são os ensinamentos do administrativista Lucas Rocha Furtado⁵:

O último requisito relacionado à contratação, sem licitação, de serviços técnico-profissionais especializados prestados por profissionais ou empresas de notória especialização diz à singularidade do serviço a ser prestado.

Para melhor entender esse último requisito, podemos tomar como exemplo, apenas a título ilustrativo, os serviços advocatícios, que estão indicados no referido art. 13. O Tribunal de Contas da União, em alguns julgados, tem considerado irregular a contratação de escritórios de advocacia em face da ausência de demonstração da singularidade dos serviços a serem prestados. Em outras hipóteses, a contratação dos mesmos serviços tem sido considerada regular em face de sua complexidade e características singulares.

Devemos deixar claro e evidente, portanto, que não é apenas o fato do serviço a ser contratado ser considerado técnico-profissional especializado que justifica a contratação sem licitação, por inexigibilidade.

A contratação de advogados para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, como visto, depende de prévia licitação. Essa é a regra a ser seguida. Porém, se se tratar de causa judicial tão cheia de particularidades que apenas determinado profissional ou escritório, em fase de notória especialização teria condições de defender a Administração, a contratação sem licitação seria justificada. (destaques acrescidos)

Pela exegese do próprio dispositivo legal, reforçada pela interpretação conferida pela doutrina e jurisprudência majoritária, conclui-se que a natureza singular refere-se ao tipo de serviço a ser executado, não guardando relação com os atributos pessoais do executante. Aliás, as características pessoais do contratado dizem respeito ao terceiro requisito listado na lei, qual seja a comprovação de que o executor detenha inquestionável especialidade sobre a matéria objeto da contratação.

⁵FURTADO. Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 94/95.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Nesse sentido, o Estatuto da Licitação, no seu art. 25, § 1º, dispõe que *“considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”*.

Note-se que a lei, ao aliar os três requisitos para permitir a contratação direta, reveste-se de significativa logicidade. Explique-se melhor. Para que um serviço técnico seja contratado de forma direta pelo Poder Público, afastando-se a regra geral da licitação, o mesmo deve ser revestido de natureza singular, pois um serviço comum, corriqueiro, deve ser contratado em obediência à regra geral. Ademais, é justamente essa peculiaridade do serviço que autoriza a contratação de um profissional de notória especialização, pois os serviços comuns não são necessariamente contratados com profissionais diferenciados, eis que, na maioria das vezes, estes praticam um preço superior ao de mercado.

Desta forma, a contratação direta fundada no art. 25, II, da Lei de Licitações pressupõe, inexoravelmente, a reunião de todos os requisitos previstos na lei, não sendo legítima a substituição destes pelo critério “confiança”, como pretende o alcaide de Vera Cruz.

Ressalte-se que o requisito confiança, invocado pelo gestor de Vera Cruz como critério para seleção do contratado, não está previsto de forma expressa na legislação, a qual elencou apenas os três requisitos dantes citados.

Em verdade, o critério confiança deve ser aplicado pela Administração para identificar o profissional de notória especialização, eis que a lei atribuiu certa



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

discricionariedade ao gestor, ao dispor que considera-se de notória especialização o profissional cuja experiência *“permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”*. Desta forma, o critério confiança norteará a escolha daquele que será contratado, mas, para que esta contratação seja feita sem licitação, devem estar presentes os requisitos elencados no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

O que se quer transmitir com estas explanações é que o critério confiança não pode substituir os requisitos previstos na legislação, devendo ser aplicado na leitura e interpretação daqueles.

Ademais, convém assentar que a *“ideia de confiança não é um predicado que resulta da mera consideração de cunho subjetivo (pessoal) de quem decide (agente), mas de condição objetiva decorrente do conceito que envolve a notória especialização”*.⁶

Nesta senda, conclui-se que a confiança não decorre de um desejo pessoal do gestor, mas sim da notória especialização do executor, que deve estar cabalmente comprovada nos autos do processo administrativo de dispensa. Pode ser que o gestor sequer conheça pessoalmente o executor, pois a confiança, neste caso, é objetiva, decorrendo diretamente da inquestionável notória especialidade do contratado.

Ao analisar este aspecto, o entendimento do Tribunal de Contas da União coaduna com o deste *parquet*, no sentido de que o critério confiança não pode ser invocado para substituir os requisitos previstos na Lei, cuja reunião é imprescindível para autorizar a contratação direta, devendo estar comprovada a singularidade do objeto e notória especialização do contratado. Vejamos:

⁶Mendes, Renato Geraldo. A inexigibilidade de licitação na visão do TCU. *In*: Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XVIII. Nº 2009. Julho de 2011.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

[Recurso de reconsideração interposto pela Transportadora Brasileira Gasoduto Bolívia-Brasil S/A - TBG contra o acórdão 5.441/2009-2ª Câmara, mantido pelo acórdão 2.901/2010-2ª Câmara, ambos prolatados nos autos da prestação de contas de 2004 daquela empresa e interposto com o intuito de que o Tribunal cancelasse a determinação feita na assentada anterior].
[VOTO]

3. O presente recurso é interposto com pedido para que este Tribunal cancele a determinação contida no subitem 1.4.2. do acórdão atacado, a seguir transcrita:

1.4. Determinar [omissis] que:
"1.4.2. se abstenha de prorrogar o contrato firmado com o Escritório [...] Advogados [...] para a prestação de serviços jurídicos referentes às demandas com o Tribunal de Contas da União (TCU), contratado por inexigibilidade de [...], sem estarem caracterizadas a inviabilidade fática de competição e a singularidade do objeto, bem como promova licitação para novas contratações que tenham o mesmo objeto."

4. O pedido da recorrente se pauta, essencialmente, no argumento de que a complexidade na atuação em ações perante este Tribunal e os riscos dessa atuação justificam a escolha do escritório de advocacia pelo critério da confiança e que esse atributo é que valora o requisito da singularidade do objeto. [...] Conclui que os serviços de que trata o contrato questionado seriam singulares justamente por necessitarem de estrita relação de confiabilidade.

5. A Serur entendeu que o fator "confiança" não pode ser antecedido da análise quanto à singularidade do objeto e que a recorrente se equivoca ao afirmar que o contrato seria singular por necessitar de estrita relação de confiabilidade. [...], concluiu que o objeto contratado neste caso não é singular, mas sim genérico, ante a amplitude de matérias que compõem o escopo da atuação do TCU.

6. A unidade técnica acrescentou que, quando se contrata mediante processo licitatório, a contratante pode construir critérios objetivos que assegurem avaliar a competência/eficiência dos escritórios advocatícios dele participantes, sem restringir a competitividade.
[...]

8. Considero que as peculiaridades que envolvem os processos desta Corte de Contas não são suficientes para justificar a contratação direta de escritório de advocacia, tampouco preenchem os requisitos de singularidade exigidos por lei.
[...]

10. [...], acolhendo a análise empreendida pela Serur, defendo que o recurso de reconsideração interposto pela [omissis] seja conhecido, para no mérito, negar-lhe provimento.
[ACÓRDÃO]

9.1. conhecer do recurso de reconsideração apresentado pela [omissis] para, no mérito, negar-lhe provimento, [...];



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

(Acórdão 0686-03/12-2, Sessão de 07/02/2012, Ministro Relator Ana Arraes)

[[Relatório de Auditoria. Sistema "S". Inexigibilidade de licitação. Os serviços advocatícios devem ser licitados, sendo os casos de inexigibilidade exceções à regra geral do dever de licitar. No caso de a competição revelar-se inviável, deve ser realizada a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados. Determinação]]

5. **Quanto aos argumentos utilizados pelo recorrente no sentido de que 'a contratação de escritórios de advocacia ou de advogados decorre do fator 'confiança' existente entre o contratante e o contratado', há que se registrar, preliminarmente, que a lei não previu tal hipótese (necessidade de confiança) como suficiente para a inexigibilidade do certame.** Ademais, não creio que, nesse particular, tais serviços difiram substancialmente de tantos outros que, apesar dos pesares, submetem-se ao regime da licitação, a exemplo das empresas de auditoria independente, das consultorias e até mesmo das empresas de engenharia, sem mencionar tantos outros ramos. Aliás, vale frisar mesmo que o anteprojeto que regulamenta as licitações aplicáveis aos entes que integram o denominado Sistema 'S', acordado por participantes dos diversos entes e remetido a este Tribunal, não contempla a hipótese de inexigibilidade em decorrência do 'fator confiança', evidentemente porque tal regulamentação careceria de qualquer base legal, como, diga-se, ocorre com a regulamentação interna do Sebrae que hoje assim dispõe.

6. Ademais, há que se registrar que mesmo nas situações em que resta comprovada a inviabilidade de competição - que, repito, não creio estar presente neste caso - deve ser atendido o princípio da impessoalidade, consagrado explicitamente no 'caput' do art. 37 da Constituição e implicitamente repetido em seu inciso XXI ('...processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...'). (...)

(Acórdão nº 2012-40/07-P, Sessão de 26/09/2007, Ministro Relator Augusto Sherman)

Nesse contexto, respeitando-se os critérios de oportunidade e conveniência da administração, é compreensiva a existência do elemento confiança numa contratação para serviços técnicos especializados singulares. **Entretanto, o vínculo de confiança não respalda, por si só, a contratação direta dos serviços advocatícios, sendo necessário que a administração observe, previamente, se**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

a atividade exigida à satisfação do interesse público pode ser considerada singular, sendo conveniente lembrar que a confiança autorizada não é aquela que se extrai das convicções particulares do gestor, mas aquela que decorre, objetivamente, da notória especialização do contratado.

Caso não preenchidas tais formalidades autorizadoras da inexigibilidade de licitação, impõe-se que o trâmite da contratação seja trilhado pelas vias ordinárias, obedecendo-se ao processo regular licitatório.

De maneira análoga, conclui Elyesley Silva do Nascimento⁷:

Por derradeiro, vale consignar que a contratação de serviços de escritório de advocacia com arrimo na inexigibilidade de licitação afigura-se legítima, desde que presentes a singularidade do serviço e a notória especialização. A singularidade fica afastada diante da contratação de escritório de advocacia de notória especialização para defender o Estado em toda e qualquer causa em que se figure como parte. Como é de perceber não há nada de singular em tais serviços. Todavia, em se tratando, por exemplo, de contratação de escritório de notória especialização em Direito Tributário para defender determinado município em ação judicial que envolva matéria tributária de vultuosos valores e alta complexidade, não há qualquer óbice a contratação direta com justificativa em inexigibilidade de licitação.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as decisões seguiram a mesma rota:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93

⁷NASCIMENTO. Elyesley Silva do. Curso de Direito Administrativo. Niterói, Rio de Janeiro, Impetus, 2013, p. 485.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.

(Resp 488842/SP, Ministro João Otávio de Noronha, sessão de 17/04/08)

Ante o exposto, conclui-se que a contratação por inexigibilidade de serviços advocatícios só pode ocorrer quando reunidos todos os requisitos previstos no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, devendo os serviços advocatícios comuns serem contratados com o regular trâmite do processo licitatório.

Analisando as circunstâncias que envolvem o caso concreto deste Termo de Ocorrência, este *Parquet* de Contas entende acertado o entendimento da Inspeção de Controle Externo consignado na inicial, e manifesta total concordância com os argumentos oferecidos no parecer de fls. 182/198 da unidade consultiva deste TCM, os quais consideram-se incorporados à fundamentação deste parecer. Em arremate, conclui-se que a contratação direta do escritório de advocacia “Brito & Sampaio Consultoria, por meio de inexigibilidade de licitação, foi irregular, eis que não foi demonstrada a natureza singular dos serviços contratados, configurando infração aos arts. 2º e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Em adição, resta claro que a inexigibilidade *in casu* aventada serviu como instrumento de burla ao procedimento licitatório adequado, indicando, a partir de um juízo preliminar, a possível adequação típica da conduta ora analisada ao comando penal inserido no artigo 89 da Lei nº 8.666/938, que estabelece:

⁸Sobre o tema, é pertinente ao caso em tela a observação tecida por Cezar Roberto Bitencourt em seu “Direito Penal das Licitações”, São Paulo: Saraiva. 2012. p. 146: “*Em outros termos, configura-se o crime quando se tratar de invocação falsa, por não haver correspondência entre a realidade*”



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público

Ainda sob esse enfoque, merece ainda considerações que mesmo nos casos em que é admitida a contratação direta, permanece o gestor obrigado ao cumprimento dos requisitos formais estatuídos na Lei de Licitação, os quais, *in casu*, também foram desrespeitados pelo responsável.

Como bem apontado pelo corpo técnico da Inspeção, no processo administrativo em comento não houve cuidado da administração no momento da instrução dos respectivos autos. De fato, não há nos autos exposição de motivos da escolha da empresa contratada, tampouco a justificativa do preço pactuado e a proposta de preço da contratada, configurando inequívoca violação ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei de Licitações.

A título ilustrativo, o gestor registra de forma genérica e acrítica a justificativa da licitação como *“a presente solicitação fundamenta-se no inciso II, do art. 25, combinado com o art. 13, incisos III e V da Lei nº 8.666 – que defere ao gestor a possibilidade de contratar sem a necessidade de licitação devido a impossibilidade de competição. Além do art. 13 da referida lei quando da contratação da natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Assim, justificamos que a contratação é essencial e adequada ao serviço público,*

fática e o conteúdo descrito na hipótese legal invocada, não havendo, por conseguinte, subsunção de fato e norma, por absoluta inadequação fática. Exemplificando, configurará a infração penal, por exemplo, se o gestor público invocar situação de emergência, mas faticamente ela não existir, ou, se afirmar que se trata de profissional com notória especialização, mas, in concreto, o contratado não tiver essa qualificação.”



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

satisfazendo de maneira eficaz o serviço público em sua totalidade (fls. 10)”.

De igual sorte, o órgão técnico verificou outra falha no processo administrativo nº 03/2014, referente à ausência de parecer jurídico acerca da inexigibilidade e do contrato firmado pela administração. O gestor, por ocasião da defesa, sustentou que esta falha seria meramente formal, suprida posteriormente pela administração (fls. 77).

Nenhuma razão assiste o gestor também neste item. Com o escopo de demonstrar que não se trata apenas de falha formal ou protocolar, cumpre relembrar a importância do parecer jurídico no âmbito das licitações e contratos. Com este objetivo, aponta-se que o legislador deu grande realce ao exame das contratações pela Assessoria Jurídica (art.38, da Lei nº8.666/93), **cuja a manifestação e aprovação prévia das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes, independem da modalidade de licitação a se realizar e são indispensáveis para a regularidade da etapa interna do procedimento licitatório.** Este importante requisito, ao que tudo indica, não foi observado pelo gestor no procedimento nº 03/2014.

Logo, entendo que os esclarecimentos trazidos à lume pelo responsável não são suficientes para afastar as irregularidades consignadas na inicial, razão pela qual acolho a análise efetuada pela unidade técnica nestes itens.

III. Conclusão

Ante o exposto, esta Procuradoria de Contas opina pelo **conhecimento e procedência** do presente termo de ocorrência, aplicando-se multa proporcional às ilegalidades cometidas, com fulcro no art. 71, inciso II, da Lei Complementar nº 06/91.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
Controle Externo da Administração Pública Municipal

Em tempo, recomenda-se o envio de cópia destes autos ao Douto Ministério Público Estadual para apuração de eventuais ilícitos civis e criminais.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 21 de julho de 2015.

ALINE PAIM MONTEIRO DO REGO RIO BRANCO
Procuradora-Geral de Contas

