



PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA Nº 251/2021

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Assessoria Jurídica, na qual se requer análise acerca da legalidade do texto da minuta do Contrato celebrado entre a PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA, SERGIPE e MONTEIRO E MONTEIRO ADVOGADOS ASSOCIADOS, ambos já qualificados nos autos da Inexigibilidade de Licitação no qual emitimos parecer, tudo em conformidade com o disposto na Lei nº 8.666/1993, mais especificamente o inciso II do art. 25, cabendo a esta a contratação de prestação de Serviços advocatícios para que patrocine demanda judicial visando à recuperação dos valores não repassados corretamente ao FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da educação, por repercussão da inobservância do piso mínimo estabelecido para o VMAA do antigo FUNDEF (já extinto) no ano de 2006.

Eis, em breve síntese, o relatório. Adiante segue parecer.

Ab initio, cumpre registrar que esse parecer jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a comissão de licitação ou o administrador na prática de atos ou no desfecho de processos administrativos.

É certo, que as normativas afirmam que alguns atos/processos administrativos devam ser precedidos de parecer jurídico para sua prática, sendo este apenas o requisito que o antecederá, obrigando o administrador a solicitá-lo, o que chamamos de parecer obrigatório.

Todavia, a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico não vincula o administrador à fundamentação ou conclusão sugerida pelo parecerista, forçando-o apenas a solicitá-lo da assessoria jurídica por força de lei, podendo ele, inclusive, agir de forma contrária ao sugerido por seu prolator.

Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre os pareceres:

"(...) Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2010, p. 197)".

Atente-se ao teor da Súmula nº 05/2012/CAOP do Conselho Federal da OAB, que possui a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

000222
W

Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).”

Sendo assim, reforço que o presente Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão do Administrador.

A Constituição Federal estabelece o regramento da Administração Pública no território nacional a partir de seu art. 37. Um dos temas que mereceu maior preocupação do constituinte de 1988 foram as contratações realizadas pelo Poder Público, por toda a repercussão financeira e social que envolve.

Por isso, pode-se dizer que a pretensão do constituinte foi afastar, tanto quanto possível, a discricionariedade administrativa do campo das contratações governamentais. Sujeitou à legislação infraconstitucional de regência a regulamentação minuciosa de suas hipóteses, estabelecendo como princípio maior a existência de licitação pública como *canditia sinequa nan* para a realização lícita e legítima de contratações públicas.

Entretanto, o legislador constituinte, ciente das dificuldades que a realidade apresenta, fez constar que a licitação é, em termos jurídicos, a regra geral para a celebração de contratos administrativos, *ressalvados as casas especificados na legislação*, situações estas nas quais a Administração Pública estará autorizada a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório, sendo a dispensa e a inexigibilidade de licitação as suas modalidades.

Todavia, não se pode confundir dispensa com inexigibilidade de licitação. Para tanto, *ab initio*, apresento os ensinamentos trazidos pelo professor JOEL DE MENEZES NIEBUHR (2003, p. 122), autor de uma das melhores monografias a respeito de dispensa e inexigibilidade de licitação elaboradas no Brasil. Diz o professor paulista:

“(...)Ao lado do tema da obrigatoriedade de licitação pública, vem a talho o seu inverso, isto é, a inexigibilidade e a dispensa dela. A inexigibilidade acarre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia a sentida da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportadas. Nesta ordem de ideias, os casos de inexigibilidade, por se referirem à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, a rigor, nem precisam de norma jurídica que os autorize. (...)”.

No mesmo sentido foram traçadas as lições trazidas pelo então Ministro do Tribunal de Contas da União BENJAMIM ZYMLER (2006, p. 95), que diferencia as situações de dispensa e inexigibilidade de licitação em razão de critérios lógicos de etapas sucessivas, afirmando a



necessidade de primeiro se verificar se a competição é viável ou não (caso em que se aplica a inexigibilidade) para, apenas posteriormente, sendo ela viável, decidir-se se ela será ou não realizada (dispensa de licitação). Vejamos a lição:

"(...)A contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº. 8.666/1993) decorre da inviabilidade de competição. Já a contratação direta com arrimo na dispensa de licitação tem por pressuposto a viabilidade de competição. No entanto, dispensa-se a licitação em virtude de circunstâncias peculiares que acabam por excepcionar o princípio da isonomia. Assim sendo, por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se o licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação.(...)"

A inexigibilidade de licitação, como dito, tem azo quando ocorre uma situação fática em que não é possível realizar-se a disputa. Justamente por isso, o rol legal não é taxativo, mas apenas dimensiona que, em todos os casos nos quais não possa haver competição (seja pela inexistência de critérios de julgamento, seja pela exclusividade na prestação de certa atividade, entre outros), é impossível também a licitação.

Sendo assim, primeiro, questiona-se: é viável a licitação? Para dar uma resposta a esta pergunta torna-se necessário a análise dos pressupostos específicos da inexigibilidade de licitação, os quais variam conforme o caso tratado.

O artigo 25 da Lei nº 8.666/93 define ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, a saber:

Art. 25. É inexigível o 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 poro serviços de publicidade e divulgação;

Nesse sentido, faz-se necessária a análise do artigo 13 da referida norma:

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

(...) V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

O art. 25 em seu §1º retrata outro requisito para referida contratação

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho



anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ultrapassadas essas considerações teóricas, damos início à análise do objeto do presente contrato para o fim de fornecer uma resposta ao questionamento acima formulado.

Pois bem, trata-se da prestação de Serviços Advocatícios para que patrocine demanda judicial visando à recuperação dos valores não repassados corretamente ao FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da educação, por repercussão da inobservância do piso mínimo estabelecido para o VMAA do antigo FUNDEF (já extinto) no ano de 2006.

É certo que esses critérios inserem em rubrica extra-orçamentária do Município e são receitas adicionais que advêm de sua preservação arrecadatória, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo o Município, para tanto, contratar assessoria especializada para proceder aos trabalhos. Diante disto, é imprescindível tal contratação na medida em que é objeto altamente especializado e que o Município carece de aptidão para fazê-lo com sua própria assessoria.

Outrossim, o Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, por meio da Resolução nº 288/2014, posteriormente modificada pela Resolução nº 323/2019, disciplinou a matéria, entendendo ser possível a contratação direta por inexigibilidade quando o objeto for singular, asseverando que:

Resolução nº 288/2014

Art. 1º - Nas demandas judiciais e/ou jurídico-administrativas, inclusive aquelas envolvendo lides tributárias o Poder Público, Estadual ou Municipal, deve ser representado pelo seu órgão oficial de assessoria jurídica ou Procuradoria Jurídica especializada.

Art. 2º Em caráter excepcional e extraordinário, e com a devida motivação, admite-se a contratação de profissionais da contabilidade ou da advocacia para a realização de serviços de consultoria e advocacia tributária com a finalidade de recuperação de créditos tributários e para a obtenção judicial dos créditos relativos aos royalties devidos em face da ANP, quando inexistir advogado ou procurador jurídico qualificado para o caso concreto, nos quadros do poder Executivo Estadual e Municipal. (nova redação)

Não custa apontar, a inteligência do art. 25 do Estatuto: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”. Dessa forma, a singularidade da ação observa o critério estabelecido pelo artigo outrora citado demonstrando a inviabilidade de competição.



A singularidade, como textualmente estabelece a Lei nº 8.666/93, é do objeto do contrato; singular é a característica do objeto que o individualiza, que o distingue dos demais.

Neste norte, foi o conceito de natureza singular apresentado pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul na consulta formulada pela Câmara Municipal de Mundo Novo: "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 inviabilize a comparação de modo objetivo. (Processo TC/MS n. 03420/2011)

O Tribunal de Contas da União, no mesmo diapasão, arrazoa que a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade é possível somente quando comprovados os requisitos de inviabilidade de competição, especialmente, quanto à singularidade do objeto e a notória especialização. (Tribunal de Contas da União, AC – 1889-38/P, Ministro RAIMUNDO CARREIRO, Sessão: 12/09/07).

Com efeito, no que concerne à contratação direta com supedâneo no art. 25, inciso II, da Lei 8666/93, firmou-se o entendimento, ex vi da Decisão nº 427/1999-TCU-Plenário, de que a inexigibilidade de licitação, sujeita-se à fundamentada demonstração de que a singularidade do objeto – ante as características peculiares das necessidades da Administração – aliada ao caráter técnico profissional especializado dos serviços e à condição de notória especialização do prestador – inviabiliza a competição no caso concreto (v. Acórdão nº 1.858/2004-TCU-Plenário e Acórdão nº 157/2000-TCU-2ª Câmara).

Segundo o acórdão nº 852/2008-TCU-Plenário, "a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional".

A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da questão. E neste caso concreto, o objeto do FUNDEB – DIFERENÇA por estar prescrito configura-se como objeto singular, uma vez que só é possível reaver os valores através de ação individual.

Desse modo, o TCE/PE, se manifestou no sentido de que a inexigibilidade deve se aplicar ao caso de contratação de advogado quando o serviço não pode ser prestado pela Procuradoria e for um caso específico. (Processo nº 1202656-6, 16ª Sessão realizada em 08/05/2013).

O STJ e STF condicionam a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios aos seguintes requisitos: notória especialização do profissional contratado, elemento subjetivo confiança e relevo do trabalho a ser contratado.

Dessa maneira, estando devidamente comprovado que o objeto que necessita o



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Advocacia Geral do Município

000226
W

ente público apresentar a devida singularidade, juntamente com a especialidade do escritório contratado, decorre de contratação plenamente legal. (Resp. 436.869-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 6/12/2005).

Destarte, os serviços descritos no art. 13 da Lei nº 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha não seja meramente contingencial.

Diante do exposto, torna-se nítido que a ação promovida pelo Município visando o pagamento da diferença subestimada do FUNDEB, possui natureza singular conforme as razões supracitadas, o que torna plenamente possível a contratação direta por inexigibilidade.

Comprovando-se a excepcionalidade do serviço e a inviabilidade da licitação, justifica-se a razoabilidade da contratação. É a situação da presente contratação.

Dessa forma, para realização dos serviços técnicos especializados serão cobrados os honorários contratuais, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o benefício proporcionado ao Município, valor este a ser apurado através do devido procedimento de liquidação de título judicial, seja por artigos ou mediante cálculos aritméticos e recebidos através de precatório judicial.

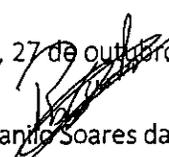
Por fim, informa que a veracidade das informações e documentações ora apresentadas são de inteira responsabilidade dos contraentes, aos quais advirto acerca da possibilidade de aplicação de sanções políticas, administrativas, civis e penais para os casos de malversação da verba pública, decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, consoante preconizado pela Lei nº 8.429/92 – após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, complementada na Lei nº 10.028/2000, que criou novos tipos penais (crimes contra as finanças públicas) – com a finalidade de tornar mais efetivos os principais constitucionais da Administração Pública, contidas no art. 37 da Constituição Federal.

Assim, afirmada a mencionada inviabilidade de competição, gerada no mundo dos fatos e justificada no campo técnico, impõe-se o reconhecimento, no mundo jurídico, da inexigibilidade de licitação, nos termos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993. Uma vez adotadas as providências assinaladas e se abstendo, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, opina-se pela realização da contratação direta.

Diante do exposto, e por ter o presente Contrato observado os requisitos exigidos para tanto, a procuradoria municipal opina pela possibilidade de forma favorável à contratação direta, pela modalidade Inexigibilidade de Licitação, salvo melhor juízo, oportunidade em que este entendimento poderá ser reformulado.

Este é o nosso entendimento que elevo a apreciação superior.

Itabaiana/SE, 27 de outubro de 2021.


Rubens Danilo Soares da Cunha
Procurador do Município