

PARECER JURÍDICO Nº 06/2023

ASSUNTO: Pedido de Parecer Técnico Jurídico de licitação. Análise exclusiva das minutas dos documentos enviados. Contratação via inexigibilidade de licitação. Prestação de assessoria e consultoria jurídica na implementação da LGPD. Legalidade.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de parecer jurídico a respeito da viabilidade e da legalidade acerca da contratação de empresa com notória especialização para prestação de serviços técnicos e singulares de consultoria especializada pelo escritório Rafaella Batalha – Sociedade Individual de Advocacia, visando a realização de consultoria e assessoria jurídica na implementação do Programa de Adequação à Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, com o fim de alcançar o fortalecimento da Governança junto à Câmara Municipal de Nossa Senhora das Dores/SE, pautados nos pilares da conformidade legal (Compliance), tecnologia da informação, segurança da informação e processos.

É o breve relatório.

2 DA ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o fito de orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não, conforme já se posicionou o Tribunal de Contas da União (TCU) ao proferir o Acórdão nº 2935/2011, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Assim, a avaliação dos aspectos técnicos da presente licitação não se mostra tarefa afeta a este assessor jurídico. Presume-se, então, que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento dos objetos da contratação, suas características, quantidades, requisitos, bem como quanto a pesquisa

de preços, tenham sido regularmente apuradas pela comissão de licitação, não me cabendo a análise se o preço está de acordo com o mercado ou se as quantidades estimadas efetivamente correspondem as necessidades do órgão licitante.

Destaca-se que o exame a ser realizado pelo presente possui extrema relevância e exige uma avaliação acurada da norma e dos fatos apresentados, tendo em vista que os órgãos fiscalizadores do Poder Público sempre realizam fiscalização atenta aos fundamentos usados para a escolha da modalidade licitatória mais correta para a aquisição de bens e/ou contratação de serviços pelo órgão licitante, com o intuito de coibir a mácula aos princípios constitucionais do *caput* do artigo 37, da Carta Magna.

Referido dispositivo é por demais importante pois, ao mesmo tempo em que firma o princípio da licitação, em caráter geral, prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja, autoriza que a legislação especifique casos para os quais o princípio fica afastado, como são as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Desta forma, foi inserido na Lei de Licitações o artigo 25, que enumera as hipóteses de inexigibilidade de licitação, *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 ou divulgação;

(...)

§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.” (grifos nossos)

Já o artigo 13, em seu inciso III, com a redação introduzida pela Lei nº 8.883/94, esclarece-nos:

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

(...)

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.” (grifos nossos)

Especificamente nos casos de contratação via inexigibilidade de licitação, devem ser destacados os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando preleciona que:

(...) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. **Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.** (Curso de Direito Administrativo, Editora Atlas, São Paulo, 2014, página 345) (grifos nossos)

Nesta linha de raciocínio, a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 25, inciso II, autoriza expressamente a contratação direta de profissional com notória especialização para a prestação de serviços de assessoria jurídica.

Todavia, mister destacar que cabe ao Poder Público, mesmo nesses casos, a realização de procedimento prévio, com atendimento às formalidades necessárias para que fique demonstrado, de forma inequívoca, a inviabilidade de competição, a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado.

Acerca da inviabilidade de competição, a doutrina entende que, em tais situações, sua configuração somente se perfaz através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

A inviabilidade de disputa decorre tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular

(quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, porque pressupõe, por exemplo, o desenvolvimento de atividade intelectual, no caso em comento, assessoria jurídica), considerando que são circunstâncias extra normativas que justificam tal característica inerente à inexigibilidade de licitação. Com isso, o rol de possibilidades previsto no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 há que ser considerado meramente exemplificativo e não taxativo.

Desta forma, pela análise dos documentos acostados, bem como a “vida” pregressa da empresa contratada, constata-se que outra conclusão não se chega senão a que perfilhe pelo entendimento de que o serviço oferecido é de notória qualidade e especialidade técnica.

O presente processo informa haver disponibilidade orçamentária e financeira ao atendimento da despesa, de acordo com disposição expressa no artigo 14 da Lei nº 8.666/93, atendendo às exigências constantes na Lei de Licitações.

Além disso, restaram devidamente comprovados no processo de inexigibilidade, os seguintes requisitos exigidos por lei e pela jurisprudência, a serem aferidos em cada caso concreto:

- a) a inviabilidade de competição;
- b) a contratação de empresa responsável pela prestação de serviços de assessoria jurídica;
- c) a notória especialização da empresa contratada, conforme documentos acostados ao processo.

Quanto aos demais documentos acostados ao processo administrativo, cumpre destacar que aqueles considerados essenciais em contratações desta natureza foram parcialmente anexados.

Todavia, de maneira mais pormenorizada, deve ser destacada a presença, no presente processo de inexigibilidade, dos requisitos necessários para que o mesmo transcorra de forma legal, a saber:

- a) **Solicitação de abertura de procedimento de inexigibilidade de licitação:** anexada aos autos.

- b) **Indicação do recurso próprio para a despesa:** também foi devidamente indicada sob qual dotação orçamentária será realizada tal contratação.
- c) **Projeto Básico ou Termo de Referência** - elaborado e anexado aos autos, contendo a maioria dos elementos necessários para o atendimento ao princípio da legalidade.
- d) **Proposta comercial enviada pela contratada:** anexada aos autos.
- e) **Contrato social da empresa:** anexado aos autos.
- f) **Certidões negativas de débitos (CND):**
 - i. **Relativa aos tributos federais e à dívida ativa da União:** positiva, com efeitos de negativa anexada.
 - ii. **Relativa aos tributos estaduais:** anexada.
 - iii. **Relativa aos tributos municipais:** anexada.
 - iv. **Relativa aos débitos Trabalhistas:** anexada.
- g) **Certificado de regularidade junto ao FGTS:** anexado aos autos.
- h) **Declaração de que não emprega menor:** anexada aos autos.
- i) **Documentos comprobatórios da notória especialização (atestados de capacitação técnica, contratos firmados com o mesmo objeto ou semelhante, dentre outros):** anexados aos autos.
- j) **Justificativa da necessidade de aquisição do bem e/ou de contratação do serviço:** anexada aos autos, fundamentando a contratação via inexigibilidade, feita pela Comissão Permanente de Licitação (CPL).
- k) **Minuta de contrato:** elaborado e anexado o modelo, contendo todos os elementos necessários para o atendimento ao princípio da legalidade (identificação das partes contratantes; objeto; valor e condições de pagamento; prazo; dotação orçamentária; obrigações e responsabilidade das partes; rescisão; direitos do contratante em caso de rescisão; legislação aplicável à execução do contrato e casos omissos; alterações; acompanhamento e fiscalização; penalidades; multas; e, foro).

Especificamente em relação a justificativa de preço (comparativo de mercado), bem como o preço a ser pago para o contratado, constantes de diversos documentos nos autos, devem ser feitas algumas explicações, com o intuito de se elucidar a legalidade da contratação de serviços advocatícios desta natureza.

Iniciando pela questão da compatibilidade do preço cobrado com o preço médio do mercado, de se destacar que, para que possamos considerar que um preço possa ser compatível com outro, é preciso que haja uma coexistência harmoniosa entre ambos no mundo comum, ou seja, torna-se necessário que exista, pelo menos, outra empresa, de mesmo porte e capacidade e que preste exatamente o mesmo serviço e apresente um preço similar ao primeiro.

Compulsando os autos, torna-se perceptível que os serviços que serão prestados pelo Contratado são por demais especializados, tornando impossível, portanto, a realização de “estudos comparativos” com os demais preços que poderiam ser praticados no mercado por seus concorrentes, considerando a individualidade dos serviços a serem prestados, tomando seus preços, pela não coexistência, impossíveis de comparação, em virtude da especificidade, dos profissionais, e não pelo valor, entretanto preços justos, dentro de parâmetros aceitáveis e no mesmo patamar dos preços praticados no âmbito da Administração Pública.

Nos casos de contratação por inexigibilidade por notória especialização, a justificativa de preço deve ser realizada por meio do comparativo com os valores praticados pelo contratado em outros contratos por ele mantidos. Desse modo, permite-se demonstrar que a condição de singularidade não servirá para distorcer o preço praticado. Preponderantemente, os órgãos de controle têm recomendado, nos casos de inexigibilidade, essa forma de demonstração do preço de mercado, o que foi feito no caso em comento.

Neste mesmo diapasão também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF), na minuta de voto da ADC 45, ainda não julgada em definitivo, oportunidade na qual assim se pronunciou sobre a questão o Ministro Luis Roberto Barroso:

“A fim evitar abusos e desvios, deve haver adequada justificativa do preço praticado nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Diversos elementos podem conferir objetividade a essa análise, como a comparação da proposta apresentada pelo profissional que se

pretende contratar com os preços por ele praticados em outros contratos cujo objeto seja semelhante ao pretendido no caso concreto.

48. Sobre esse tema, o jurista Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., 2002, p. 290-291) evidencia, de forma objetiva, a existência de vários métodos exequíveis para se evidenciar a razoabilidade dos preços. **Por exemplo, um dos parâmetros poderia ser os preços praticados pelos particulares ou por outros órgãos governamentais, conforme sinaliza, inclusive, o inciso IV do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. Ensina o autor que, na ausência de outros parâmetros, ‘o contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional (...).’**

49. Em conclusão, a justificativa dos preços tanto era exequível como também era exigência legal, visto que a Administração Pública não pode contratar por valor desarrazoado. Por conseguinte, não há escusa para a precariedade dos estudos que precederam as contratações em discussão, razão porque ratifico as conclusões que fundamentaram a deliberação recorrida” (Processo TC-014.003/2001-2, Acórdão nº 2611/2007-Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, sessão de 05.12.2007; grifo acrescentado). “20. Quanto ao preço, é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. (...) **E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas**” (Processo nº TC 031.478/2011-5, Acórdão nº 1565/2015-Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, sessão de 24.06.2015, grifo acrescentado).

50. Esse critério já vem sendo adotado por diversas instituições de advocacia pública no país. Confira-se, por exemplo, a Orientação Normativa nº 17, de 14.12.2011, da Advocacia-Geral da União: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”. (grifos nossos)

No caso em comento, restou comprovado que o futuro contratado logrou êxito em demonstrar a adequação dos preços contratados, levando em conta os valores praticados pelo seu escritório em outros contratos por ele mantidos, ou seja, foi demonstrada a equivalência dos valores cobrados da Administração com os valores praticados pelo contratado em outros ajustes contemplando o mesmo objeto ou objeto similar.

Além disso, o preço constante da proposta da ora contratada se coaduna perfeitamente com as normas específicas inerentes ao exercício da advocacia, conforme se depreende da leitura dos artigos 48 e 49 da Resolução n. 02/2015, mais conhecida como Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que assim dispõe:

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

§ 6º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II – o trabalho e o tempo a ser empregados;

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente eventual, frequente ou constante;

VI – o lugar da prestação dos serviços, conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro;

VII – a competência do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Por derradeiro, conclui-se estar demonstrada de forma efetiva as condições expressas no artigo 25, inciso II, c/c com artigo 13, ambos da Lei nº 8.666/1993, especificamente com o intuito de se proceder a contratação da referida empresa para a prestação de serviços de assessoria jurídica pelo órgão licitante.

3 DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando a documentação relativa ao objeto a ser contratado pelo órgão licitante e observadas e atendidas as ressalvas feitas neste Parecer, esta assessoria jurídica opina pelo prosseguimento do processo licitatório, eis que entende não existir nenhum óbice legal para a continuidade da contratação, tendo em vista que o processo administrativo está em consonância com a Lei nº 8.666/93, bem como as demais normas aplicáveis à espécie.

É o PARECER, salvo melhor juízo.

Nossa Senhora das Dores/SE, 25 de janeiro de 2023.

Eloy Lima Arimatea Rosa

OAB/SE 5052

Assessor Jurídico