

Processo: 987411
Natureza: CONSULTA
Consulente: Márcia Cristina Machado Amaral
Procedência: Prefeitura Municipal de Desterro do Melo
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

TRIBUNAL PLENO – 2/12/2020

CONSULTA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. RECOMENDAÇÃO N. 36 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBSERVAÇÃO DOS PRECEITOS DA RECENTE LEI N. 14.039/2020 E DAS DEMAIS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ART. 26 DA LEI N. 8666/93.

Inexiste divergência entre a Recomendação nº 36 do Conselho Nacional do Ministério Público e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública de serviços advocatícios, observando-se os preceitos da recente Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que reconheceu a singularidade dos serviços de advocacia pela natureza técnica dessa atividade, sem prejuízo do cumprimento das demais condições para contratação por inexigibilidade de licitação, em especial os requisitos previstos no art. 26 da lei n. 8666/93.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, que encampou, no mérito, o voto-vista do Conselheiro Presidente Mauri Torres, em:

- I) admitir a Consulta, por unanimidade, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do RITCEMG;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, por maioria, nos seguintes termos: inexistência de divergência entre a Recomendação nº 36 do Conselho Nacional do Ministério Público e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública de serviços advocatícios, observando-se os preceitos da recente Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que reconheceu a singularidade dos serviços de advocacia pela natureza técnica dessa atividade, sem prejuízo do cumprimento das demais condições para contratação por inexigibilidade de licitação, em especial os requisitos previstos no art. 26 da lei n. 8666/93;

Votaram, na preliminar, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Wanderley Ávila, a Conselheira Adriene Andrade e o Conselheiro, então Presidente, Sebastião Helvecio.

Votaram, no mérito, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente Mauri Torres. Vencido, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 2 de dezembro de 2020.

MAURI TORRES

Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Relator

(assinado digitalmente)



**NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 14/12/2016**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Senhora Márcia Cristina Machado Amaral, prefeita do município de Desterro do Melo, por meio da qual formula questionamento nos seguintes termos:

A posição dessa Corte de contas em relação às contratações, por inexigibilidade, dos serviços advocatícios, por esta administração municipal, considerando a posição do CNMP, ou, que essa Corte de contas (*sic*)

Autuada e distribuída à minha relatoria, encaminhei a consulta à Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas, a qual informou que o Tribunal já se manifestou acerca de alguns pontos pertinentes à indagação formulada, apresentando os pareceres desta Corte sobre a questão.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Em que pese a manifestação da Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas, no sentido de que este Tribunal já enfrentou o tema central da consulta, qual seja, a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, verifica-se que a consulente indaga acerca do posicionamento desta Corte sobre o assunto, frente à recente recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, ponto sobre o qual ainda não houve manifestação.

Desse modo, observadas as disposições regimentais vigentes para a espécie, notadamente o § 1º do art. 210-B do Regimento Interno, conheço da consulta.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Conheço.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Também estou de acordo.

NA PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

Conforme relatado, a consulente questiona qual é a posição do Tribunal de Contas no tocante às contratações, por inexigibilidade de licitação, de serviços advocatícios, pela Administração Pública Municipal, considerando a posição do CNMP.

Inicialmente, cumpre informar que o CNMP exarou, em 14/06/16, a Recomendação nº 36, que preceitua, *in verbis*:

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.

Sobre a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, esta Corte de Contas já se manifestou em diversas oportunidades, tendo, inclusive, emitido resumo de tese reiteradamente adotada por oportunidade de apreciação da Consulta nº 888126, nos seguintes termos:

a) Os serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais devem, em regra, ser realizados pelo corpo jurídico do próprio ente. Consultas n. 765.192 (27/11/2008), 735.385 (17/10/2007), 708.580 (08/11/2006), 688.701 (15/12/2004), 684.672 (01/09/2004) e 183.486 (21/09/1994).

b) Admite-se a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, quando não houver procuradores suficientes para representar o órgão em juízo e promover ações de sua competência. Consultas n. 746.716 (17/09/2008), 735.385 (17/10/2007), 708.580 (08/11/2006), 688.701 (15/12/2004) e 684.672 (01/09/2004).

c) Há a possibilidade de utilização do sistema de credenciamento para prestação de serviços jurídicos comuns, mediante a pré-qualificação dos advogados ou sociedades de advogados, quando a licitação para a escolha de um único contratado mostrar-se inviável, observados os princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e eficiência. Consultas n. 812.006 (30/03/2011), 765.192 (27/11/2008) e 735.385 (17/10/2007).

d) Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração. Enunciado de Súmula n. 106 e Consultas n. 765.192 (27/11/2008), 746.716 (17/09/2008), 735.385 (17/10/2007) e 688.701 (15/12/2004).

e) A confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é fator caracterizador da inexigibilidade, incumbindo ao administrador definir os aspectos da contratação, exclusivamente, à luz do interesse público e sob os auspícios dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade, devendo tal elemento ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei Federal n. 8.666/93. Consultas n. 746.716 (17/09/2008), 688.701 (15/12/2004) e 652.069 (12/12/2001).

Destaca-se, a princípio, que a orientação desta Corte nas citadas consultas não veda a contratação de advogados por inexigibilidade de licitação, o que se exige é o estrito cumprimento da legislação de regência.

Isso porque o princípio da obrigatoriedade da licitação, previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, impõe a toda Administração Pública o dever de realizar procedimento licitatório para a aquisição ou alienação de bens e a execução de obras e serviços. Embora o próprio comando constitucional preveja situações que afastam a obrigatoriedade da licitação, configuradas pelas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o gestor público sempre deve ter em mente que a ausência de licitação constitui exceção, e, portanto, deve ser interpretada de forma restritiva.

Dentre as hipóteses de inexigibilidade, o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, faz referência à contratação de profissionais de notória especialização para a execução de serviços técnicos específicos, referenciados no art. 13 do mesmo diploma, o qual prevê, em seu inciso II, a elaboração de pareceres e, em seu inciso V, o patrocínio ou defesa de causas jurídicas ou administrativas.

Importa ressaltar que, para que a contratação direta, com esteio no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, seja considerada regular, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração. Além disso, a contratação deve ser precedida de procedimento administrativo formal e o preço pago ao contratado deve ser compatível com o usualmente praticado no mercado.

Não é outro, senão esse, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Inq 3074/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, utilizado como fundamento na Recomendação nº 34 do CNMP, *in verbis*:

EMENTA: 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.

Incontrovertida 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.

Esse mesmo precedente do STF trata de uma questão de suma relevância nas contratações públicas, que é a imperiosidade de fundamentação transparente dos motivos que levaram à

contratação direta, o que evita abusos e permite o controle quanto à razoabilidade da escolha administrativa.

Nesse contexto, confrontando a recomendação emitida pelo CNMP com as orientações reiteradamente exaradas por esta Corte, não encontro divergência ou elementos que justifiquem uma mudança no entendimento do Tribunal.

Com efeito, a contratação direta por inexigibilidade, por si só, não induz à irregularidade, desde que tenham sido respeitados os permissivos legais. Destaca-se que o CNMP recomenda aos membros do Ministério Público que, entendendo irregular a contratação, descrevam o descumprimento dos requisitos legais em eventual ação a ser proposta.

Ora, por óbvio que esta Corte de Contas só considerará irregular aquelas contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, para a contratação de serviços advocatícios que não tenham observado os requisitos da Lei de Licitações.

Desse modo, respondo a consulente que restam mantidos, *in totum*, os posicionamentos desta Corte quanto à contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo ao questionamento formulado pela consulente nos seguintes termos: inexistente divergência entre a Recomendação nº 36 do CNMP e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, razão pela qual permanecem inalterados os entendimentos exarados sobre o assunto, quais sejam:

- a) Os serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais devem, em regra, ser realizados pelo corpo jurídico do próprio ente.
- b) Admite-se a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, quando não houver procuradores suficientes para representar o órgão em juízo e promover ações de sua competência.
- c) Há a possibilidade de utilização do sistema de credenciamento para prestação de serviços jurídicos comuns, mediante a pré-qualificação dos advogados ou sociedades de advogados, quando a licitação para a escolha de um único contratado mostrar-se inviável, observados os princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e eficiência.
- d) Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.
- e) A confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é fator caracterizador da inexigibilidade, incumbindo ao administrador definir os aspectos da contratação, exclusivamente, à luz do interesse público e sob os auspícios dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade, devendo tal elemento ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei Federal n. 8.666/93.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Peço vista, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:
VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 2/12/2020

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

I - RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Senhora Márcia Cristina Machado Amaral, prefeita do município de Desterro do Melo, por meio da qual formula questionamento nos seguintes termos:

A posição dessa Corte de contas em relação às contratações, por inexigibilidade, dos serviços advocatícios, por esta administração municipal, considerando a posição do CNMP, ou, que essa Corte de contas (*sic*)

A presente consulta foi admitida e o relator, Conselheiro Cláudio Couto, apresentou seu parecer sobre o questionamento da consulente.

Na sequência, pedi vista dos autos.

É o relatório no essencial.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, a consulente questiona qual é a posição do Tribunal de Contas com relação às contratações por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios pela Administração Pública Municipal, considerando a posição do CNMP.

Conforme destacado no parecer do relator o CNMP exarou, em 14/06/16, a Recomendação nº 36, que dispõe o seguinte:

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.

Registro que o relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, respondeu ao questionamento da Consulente nos seguintes termos:

Em face do exposto, respondo ao questionamento formulado pela consulente nos seguintes termos: inexiste divergência entre a Recomendação nº 36 do CNMP e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, razão pela qual permanecem inalterados os entendimentos exarados sobre o assunto, quais sejam:

a) Os serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais devem, em regra, ser realizados pelo corpo jurídico do próprio ente.

b) *Admite-se a contratação de serviços advocatícios, por meio de licitação, quando não houver procuradores suficientes para representar o órgão em juízo e promover ações de sua competência.*

c) *Há a possibilidade de utilização do sistema de credenciamento para prestação de serviços jurídicos comuns, mediante a pré-qualificação dos advogados ou sociedades de advogados, quando a licitação para a escolha de um único contratado mostrar-se inviável, observados os princípios da isonomia, impessoalidade, publicidade e eficiência.*

d) *Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666/93, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.*

e) *A confiança em relação ao contratado para realização de um serviço não é fator caracterizador da inexigibilidade, incumbindo ao administrador definir os aspectos da contratação, exclusivamente, à luz do interesse público e sob os auspícios dos princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade, devendo tal elemento ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei Federal n. 8.666/93.*

Insta salientar, entretanto, que os entendimentos exarados por este Tribunal sobre a contratação de assessoria jurídica ou advogado pela Administração pública por inexigibilidade de licitação, que fizeram parte da resposta à presente consulta, necessitam ser revisados, em face da recente promulgação da Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que alterou a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB) e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, que dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade, nos seguintes termos:

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)

Da inteligência do novo dispositivo legal, infere-se que foi reconhecida a singularidade dos serviços de advocacia e de contabilidade pela natureza técnica dessas atividades, que por si só já é fator que inviabiliza a competição desses profissionais.

Destaco, por oportuno, que recentemente, na sessão do dia 02/09/2020, o Tribunal Pleno se manifestou sobre essa matéria, nos autos do Recurso n. 1071417, tendo sido aprovado o voto vista, apresentado pelo Conselheiro Cláudio Terrão, que destacou a mudança de paradigmas relacionados à identificação da singularidade na contratação de serviços técnicos de advogados e contadores, mencionando a alteração trazida com a vigência da Lei n. 14039/2020, conforme trecho do voto vista abaixo destacado:

*Na ocasião, foram consideradas, para fins de reconhecimento da irregularidade do Processo Administrativo nº 76/2017 – Inexigibilidade de Licitação nº 5/2017, a **ausência de singularidade do objeto (item II.1)**, de notória especialização (item II.2), bem como de justificativa do preço e da escolha do contratado (item II.3).*

[...]

À vista da indeterminação dos conceitos legais, esta Corte foi instada inúmeras vezes a se manifestar acerca da caracterização dos elementos nucleares desse dispositivo, quais sejam a notória especialização dos profissionais e a singularidade do objeto, tendo sua jurisprudência há muito se assentado quanto à ausência desta última quando os serviços pretendidos constituam atividades de menor complexidade ou próprias da rotina administrativa.

Vide, nesse sentido, trecho do parecer emitido pelo Tribunal Pleno na Consulta nº 746.716 em 17/09/08, com remissões ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 684.973:

Portanto, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias e com o entendimento expresso no já citado incidente de Uniformização de Jurisprudência desta Corte, deve ser comprovado no caso concreto, por um lado, a caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto.

Deste modo, o elemento confiança deve ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei.

Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação.

Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações.

Deste modo, Sr. Presidente, encontra-se respondida, em tese, a questão suscitada pelo Prefeito Municipal de Rio Piracicaba, acerca da possibilidade de contratação de assessoria e consultoria contábil e jurídica mediante processo de inexigibilidade de licitação, se comprovada a notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado.¹

*Inclusive, tal entendimento encontra-se sumulado no **Enunciado nº 106 desde 2008, nos seguintes termos:***

Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.

Desde então, a tese aí fixada tem sido reiteradamente aplicada pelos órgãos colegiados desta Corte, inclusive nos processos por mim relatados, como é o caso da Consulta nº

¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 746.716. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Antônio Andrada. Sessão de 17/09/08. Grifos do original.

887.769², analisando a singularidade do objeto apenas sob a perspectiva da excepcionalidade, da transitoriedade ou da complexidade dos serviços.

Todavia, a evolução das necessidades públicas, e, por consequência da atuação estatal voltada à satisfação delas, o desenvolvimento de novos paradigmas na Administração e a correspondente alteração de marcos legais fizeram-me refletir de forma mais aprofundada acerca da matéria, para, durante a deliberação das Consultas n^{os} 1.054.024 e 1.076.932, propor um avanço na análise da singularidade que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação.

A meu ver, o que qualifica o serviço como singular não é a habitualidade por sua demanda dentro da rotina administrativa ou a sua complexidade, abstratamente considerada, ou não apenas isso.

O que marca a singularidade é o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.

Há situações em que são essas particularidades incidentes na execução do serviço que, aliadas à confiança no prestador, contribuem para o alcance dos resultados pretendidos, o que possivelmente ocorreria em menor ou nenhuma medida caso a contratação recaísse sobre outro profissional que, embora qualificado, utilizasse metodologias diversas.

É possível que existam tantos outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública.

Não é que a demanda seja excepcional ou transitória – aspectos valorados para fins de singularidade, segundo a Súmula n^o 106 – mas que, dentre as opções disponíveis no mercado, um serviço específico detém metodologia própria que melhor se adequa às peculiaridades daquele ente ou órgão.

Nesse sentido são as preciosas e tradicionais lições de Bandeira de Mello:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o

² TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSULTA N^o 887.769. TRIBUNAL PLENO. REL. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. SESSÃO DE 05/04/17:

CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. SERVIÇOS PRESTADOS AOS ASSOCIADOS. NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO ESTRITA AO OBJETO DA ASSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AOS ENTES ASSOCIADOS. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA ATENDER ÀS DEMANDAS PRÓPRIAS DA ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. OBSERVÂNCIA AOS RITOS DA LEI N. 8.666/93. INDISPENSÁVEL A COMPROVAÇÃO TANTO DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS OU EMPRESAS CONTRATADAS COMO DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS. SÚMULA TC N. 106.

1. Os serviços oferecidos aos associados devem estar estritamente vinculados ao objeto da associação, não sendo, portanto, possível a contratação de escritório de advocacia por associação de Municípios para prestação de serviços advocatícios aos entes associados por não ser juridicamente possível o ajuste de contrato de representação por interposta pessoa.

2. A contratação de advogado para atender às demandas próprias da Associação de Municípios deve seguir os ritos da Lei n. 8.666/93.

3. A confiança depositada no profissional, ainda que notório especialista, não enseja, por si só, a contratação direta, pois, nos termos da Súmula TC 106: “Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração”.

estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso, não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações desse gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.³

Importa notar que a influência da individualidade na prestação de serviços eminentemente técnicos não incide exclusivamente nas contratações da Administração Pública. É possível visualizar no mercado em geral a abundante oferta de profissionais, por exemplo, da arquitetura, do magistério, da advocacia, da medicina, entre outros ramos, muitos de significativa qualificação, aptos a prestarem serviços técnicos no seu âmbito de atuação. Todavia, aquele que os contrata não o faz comparando com outros da mesma área, de acordo com critérios objetivos, mas, invariavelmente, pautando-se em suas habilidades pessoais específicas, em seu estilo próprio, na confiança estabelecida etc.

Com efeito, quando se está diante de situação em que são esses aspectos subjetivos que atendem ao fim almejado pela Administração, é patente a inviabilidade de se estabelecer um processo competitivo por meio da licitação, ainda que dos tipos melhor técnica ou técnica e preço, os quais pressupõem a avaliação da proposta técnica segundo critérios claros e objetivos.

Isso porque não são passíveis de comparação os serviços tidos por mais adequados em virtude do seu traço distintivo, da marca pessoal e do elemento criativo atribuído ao profissional ou à metodologia por ele empregada. São essas características que, a meu ver, materializam a singularidade do objeto e determinam o enquadramento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, na medida em que impossibilitam a competição de acordo com critérios objetivamente aferíveis.

Aliás, essa evolução quanto à caracterização da singularidade do objeto para fins de inexigibilidade de licitação, bem como a inviabilidade de competição em razão dos aspectos subjetivos já vêm sendo reconhecidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa da ementa do julgado a seguir:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 507. Itálicos do autor.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

2. "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 § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). 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 possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Ação Penal que se julga improcedente.⁴

O Tribunal de Contas da União também segue a mesma linha argumentativa, senão vejamos:

29. Adentrando no exame da singularidade do objeto, ênfase que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. [...]

31. Isso porque em alguns tipos de contratação deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização. Embora tal fato não possa ser tomado como uma regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma espécie de singularidade subjetiva, que estaria associada ao profissional que executa o objeto.

32. Luiz Cláudio de Azevedo Chaves, em artigo recentemente publicado pela Revista do TCU, apresenta um ilustrativo exemplo demonstrando tal assertiva. Para alguns, seria questionável se um curso de Redação Oficial pudesse ser considerado singular porque "o tema não é complexo e há muitos professores de português no mercado". Porém, o autor esclarece que a "singularidade não é sinônimo de exclusividade ou raridade. Não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço, mas sim o exame do componente de seu núcleo, que, na hipótese é a didática própria do professor. A conclusão a que se chega é que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível menos especializado, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento singular do serviço." [CHAVES, Luiz Cláudio, "Contratação de Serviços de Treinamento e Aperfeiçoamento de Pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU", Revista do TCU n° 129, ano 46, janeiro/abril/2014].

[...]

⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 348/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 15/12/06. Grifos aditados.

34. *A despeito das considerações da unidade técnica, entendo que nesse tipo de objeto – consultoria – a inexigibilidade de licitação é possível para contratação de objetos mais complexos, em particular quando a metodologia empregada e os produtos entregues são interdependentes da atuação do prestador de serviço, assim como de suas experiências pretéritas, publicações, equipe técnica, aparelhamento e atividades anteriormente desenvolvidas para o próprio órgão.*

35. *A própria escolha do contratado acaba dependendo de uma análise subjetiva, e não poderia ser diferente, pois, se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos, a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há dificuldade de comparação objetiva entre as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos. Portanto, nesse tipo de objeto, resta caracterizada a discricionariedade na escolha do contratado.*

36. *Nesse sentido, o TCU proferiu o Acórdão 204/2005-Plenário, que ratificou permanecer a critério do gestor público a escolha do contratado, visando satisfação adequada do interesse público:*

“16. Verifica-se, então, do entendimento desse texto que o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão.”

37. *Essa é a melhor interpretação da Súmula 264 do TCU, de que a contratação de serviços por 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.*

[...]

39. *Saliento que o fato da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha do profissional a ser contratado, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação.⁵*

À vista dessas ponderações, entendo que a caracterização da hipótese de inexigibilidade calcada no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, em especial no que concerne ao elemento da singularidade, não deve estar adstrita à ausência de habitualidade dos serviços, como exposto na Súmula nº 106, a que faz referência a recomendação constante na proposta de voto do relator.

A meu sentir, a singularidade se faz presente quando, na escolha do prestador de serviços mais apto para o alcance das finalidades, incidem critérios preponderantemente subjetivos, tornando inviável a competição.

Nessas circunstâncias, tem-se por configurada a inexigibilidade de licitação, em que a seleção do contratado que melhor atende aos fins buscados pela Administração Pública encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do gestor, sem prejuízo da realização do procedimento de justificação previsto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em que deverão estar demonstradas as razões da escolha do prestador do serviço e as justificativas do preço acordado.

Imperioso acrescentar, por fim, que no fim de 2019 foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.489/19, o qual reconhece a singularidade dos serviços dos advogados

⁵ Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 017.110/2015-7. Acórdão nº 2616/2015. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão de 21/10/15. Itálicos do original. Grifos adotados.

e dos profissionais da contabilidade, por sua própria natureza técnica. No dia 12/08/20, o mesmo em que submeti as Consultas n^{os} 1.054.024 e 1.076.932 ao Tribunal Pleno, o Congresso Nacional apreciou e derrubou o veto total do Presidente da República à referida proposta, o que nos conduz agora ao reconhecimento expresso da singularidade dos serviços jurídicos e contábeis, nos termos dos arts. 1^o e 2^o da Lei n^o 14.039/20, in verbis:

Art. 1^o A [Lei n^o 8.906, de 4 de julho de 1994](#) (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3^o-A:

“Art. 3^o-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. 2^o O art. 25 do [Decreto-Lei n^o 9.295, de 27 de maio de 1946](#), passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1^o e 2^o:

“Art. 25.

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

§ 2^o 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)

Destarte, considero que é possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação do objeto ora examinado, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei n^o 8.666/93, dotado de singularidade, assim considerado por exigir, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

[...]

Nesse contexto, considero que a resposta apresentada precisa ser revisada, para que não conste dela os parâmetros exigidos por este Tribunal que já não refletem a nova legislação vigente na Lei 14.039, de 17 de agosto de 2020, acerca da contratação direta de assessoria jurídica, conforme ficou assentado na jurisprudência recente deste Tribunal.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, após analisar a matéria objeto da consulta, peço vênua ao relator para respondê-la nos seguintes termos:

Inexiste divergência entre a Recomendação n^o 36 do CNMP e o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da contratação direta por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública de serviços advocatícios, observando-se os preceitos da recente Lei n. 14.039, de 17 de agosto de 2020, que reconheceu a singularidade dos serviços de advocacia pela natureza técnica dessa atividade, sem prejuízo do cumprimento das demais condições para contratação por inexigibilidade de licitação, em especial os requisitos previstos no art. 26 da lei n. 8666/93.

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Pela ordem, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Tendo em vista a novel lei 14.039 de 17/08/2020, eu acompanho o voto vista de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acompanho o voto.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhores Conselheiros, em consulta ao site do STF verifiquei que, em 24/09/2020, foi ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6569) contra a Lei 14.039/2020, que dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

A referida ADI foi distribuída ao Ministro Edson Fachin e conforme pesquisa realizada nesta segunda-feira (30/11) no portal do STF foi remetida, em 19/11/2020, com vista ao Procurador-Geral da República, por ter sido adotado o rito do art. 12 da Lei 9868/99.

Importante destacar que as Consultas formuladas a esta Corte possuem como consequência principal, o seu caráter de orientação para os gestores, pois o efeito principal que se espera da resposta do Tribunal é justamente solucionar uma dúvida e que sirva de orientação não só para o Consulente mas para todos aqueles que encarem caso parecido. Possuem valor normativo e formam prejulgamento de tese. Nessa linha, o exame das Consultas se fará sobre dúvidas quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares. Destaco, assim, o relevante sinal de legalidade em que se baseiam as respostas dadas aos consulentes.

Ao meu sentir, a deliberação desta Consulta frente aos fatos apontados poderia causar situação de instabilidade jurídica em razão de tema tão relevante. Destaco que o próprio Relator da ADI, Ministro Edson Fachin, em face da relevância matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica adotou o rito do art. 12 da Lei 9868/99 na tramitação da referida Ação. Sabe-se que nesse caso a liminar pleiteada pelo requerente não é analisada, sendo julgado diretamente o mérito da Ação.

Diante do exposto proponho aos meus pares o sobrestamento da deliberação final desta Consulta, até julgamento de mérito, pelo STF, da ADI 6569.

É como voto.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Acompanho o voto do Relator, que encampou o voto-vista de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADO O VOTO VISTA QUE FOI ENCAMPADO PELO RELATOR. VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

* * * * *

fg

