TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

2ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 03/02/2021

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

RETORNO DE VISTA

CONSULTA Nº 1.076.932

Consulente: Cláudio Manuel Abrahão Tolentino, ex-Presidente da Câmara Municipal

Procedência: Câmara Municipal de Cláudio

Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão

I – RELATÓRIO

Trata-se da consulta formulada, em 16/9/2019, pelo Sr. Cláudio Manuel Abrahão Tolentino, Presidente da Câmara Municipal de Cláudio, àquela época, nos seguintes termos:

> Pode a Câmara contratar, por licitação, serviços advocatícios especializado[s] para assessorar processo licitatório de contratação de agência para promover publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional?

Na Sessão de 12/8/2020, o Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, votou pela admissão, no que foi acompanhado pelo Conselheiro José Alves Viana.

Pedi, então, vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Tenho, inicialmente, três apontamentos relacionados à admissibilidade da consulta, os quais passo a expor.

Primeiro, o consulente indagou sobre a possibilidade de contratação – "por licitação" – de um específico serviço jurídico-advocatício.

A hipótese não é, pois, de contratação direta, sem licitação, quer por dispensa, quer por inexigibilidade.

Então, ainda viesse a ser admitida a consulta, seria prescindível – quiçá inconveniente – manifestar-se este Tribunal sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação em contratação de serviços jurídico-advocatícios.

Aliás, se se chegasse ao exame meritório da consulta e se, nele, se optasse pelo enfrentamento da questão de inexigibilidade de licitação, ter-se-ia que considerar a edição – superveniente à formulação da consulta – da Lei nº 14.039, de 17/8/2020, a qual, alterando a Lei nº 8.906, de 4/7/1994, e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27/5/1946, veio a dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade.

Segundo, se a hipótese ventilada na consulta claramente é não de transferência de atividade do órgão público a prestador de serviços, mas sim de mera contratação, "por licitação", de um

específico serviço jurídico-advocatício, é aproveitável o entendimento manifestado por este Tribunal na resposta à Consulta nº 708.580 (Rel. Conselheiro Wanderley Ávila, Sessões de 20/9/2006, 25/10/2006 e 8/11/2006, com destaque meu):

> ... em princípio, a prestação de serviço jurídico-advocatício é atividade profissional que deve ser realizada pelo corpo jurídico do próprio Município. Na hipótese de este não possuir procuradores suficientes para representá-lo em juízo e promover as ações de competência municipal, determinado serviço – motivadamente – poderá ser terceirizado a uma sociedade civil de advogados, mas, via de regra, mediante procedimento licitatório prévio.

Esse entendimento veio a ser confirmado, por ocasião da resposta à Consulta nº 735.385 (Rel. Conselheiro Wanderley Ávila, Sessões de 8/8/2007 e 17/10/2007, novamente com destaque meu):

> ... afigura-se-me, em regra, irregular a contratação, ainda que mediante licitação, pelo órgão ou entidade pública, de escritório de advocacia com o objetivo de realizar serviços rotineiros de ajuizamento e acompanhamento das ações normais do ente, quando este, em princípio, possua quadro funcional próprio para execução de tais trabalhos. Contudo, excepcionalmente, em não havendo procuradores suficientes para representar o ente em juízo e promover as ações de sua competência, entendo que determinados serviços advocatícios – motivadamente – possam ser terceirizados a uma sociedade civil de advogados, mas, via de regra, mediante procedimento licitatório prévio.

Terceiro, apesar de o consulente haver indicado que o objetivo final da Câmara é a "publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional", isso é insuficiente para, aqui e agora, antecipar: *a)* se a licitação e a contratação de agência de propaganda serão, ou não, regidas pela Lei nº 12.232, de 29/4/2010; *b)* se, nessa licitação e contratação, haverá, ou não, complexidade apta a justificar a prévia contratação de assessoramento jurídico especializado pela Câmara Municipal, a qual, conforme informações disponíveis no respectivo sítio eletrônico, dispõe de Secretaria Jurídica, integrada por pelo menos dois cargos, o de Assessor e o de Advogado.

Expostos esses três apontamentos, lembro que o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, instituído pela Resolução nº 12, de 17/12/2008, dispõe:

> Art. 210-B. A consulta será recebida, por meio de formulário eletrônico disponibilizado no Portal do Tribunal na internet, protocolizada, autuada, distribuída e encaminhada a Conselheiro, para análise dos pressupostos de admissibilidade, observados, no que couberem, os critérios do CAPÍTULO IV do TÍTULO IV deste Regimento.
> § 1º São pressupostos de admissibilidade:
> (...)
> IV – conter indicação precisa da dúvida ou da controvérsia suscitada;
> V – referir-se a questionamento não respondido em consultas anteriores, salvo quando o Conselheiro entender pela necessidade de propor a revogação ou reforma da tese vigente.

Ora, como adrede mencionado, já existem pronunciamentos deste Tribunal sobre a questão abordada na consulta. E, em análise da tese vigente, não percebo razões para revogá-la ou reformá-la.

Mais: na consulta, sequer foi indicada, com precisão, a natureza dos serviços que viriam a ser prestados pela agência e que constituiriam o objetivo final da Câmara.

O caso é, pois, de inadmissibilidade da consulta, por ausentes os pressupostos dos incisos IV e V do § 1º do art. 210-B do Regimento Interno.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, inaugurando divergência, voto, com espeque nos incisos IV e V do § 1º do art. 210-B do Regimento Interno, pela inadmissão da consulta, que peca por imprecisão e contempla questionamento cuja resposta pode ser apreendida nos pareceres que deram solução às anteriores Consultas nº 708.580 e nº 735.385.

Cumpram-se as disposições regimentais aplicáveis, especialmente art. 210-D, art. 210-E e inciso II do § 3º do art. 210-B, intimando-se por meio eletrônico, além do consulente, também o atual Presidente da Câmara Municipal de Cláudio.

É como voto na admissibilidade.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o voto-vista.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Eu também acompanho o Relator.

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

Com a palavra o Relator, para a leitura do mérito.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, no que toca ao mérito da consulta, eu fiz distribuir meu voto por ocasião da sessão do Tribunal Pleno no dia 12/08/20, o qual mantenho em sua integralidade.

Gostaria, apenas, de acrescentar à fundamentação, que no final de 2019, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.489 de 2019, o qual reconhece a singularidade dos serviços dos advogados e dos profissionais da contabilidade por sua própria natureza técnica, desde que praticados com notória especialização.

No dia 12/08/20, o mesmo em que submeti a presente consulta a esse Colegiado, o Congresso Nacional apreciou e derrubou o veto total do Presidente da República a referida proposta o que nos conduz, agora, ao reconhecimento expresso da singularidade dos serviços jurídicos e contábeis, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei 14.039 de 2020.

Destarte, considero que é possível também, a contratação direta por inexigibilidade de licitação os serviços de assessoria jurídica, porquanto serviço técnico especializado, previsto no art. 13, da Lei 8666/93, dotado de singularidade assim considerado por exigir na seleção do melhor executor, grau de subjetividade suscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação. E desde que, obviamente, seja motivado pelo gestor público.

Com essa complementação da fundamentação, eu mantenho a íntegra da conclusão.

Mérito

Conforme relatado, o consulente manifesta dúvida acerca da possibilidade de realização de licitação por Câmara Municipal, com o objetivo de contratar serviços advocatícios especializados para assessoramento na contratação de agência para a promoção de publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional.

Acerca da execução indireta dos serviços de assessoria jurídica, necessário mencionar, de início, o registro da Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, quanto à existência de manifestação desta Corte, proferida em prejulgamento de tese na Consulta nº 887.769, no seguinte sentido:

> No que concerne aos serviços de advocacia, esta Corte de Contas firmou entendimento, segundo o qual os Municípios devem possuir, no seu quadro de pessoal, um corpo jurídico mínimo de advogados para a prestação de serviços rotineiros, permanentes e não excepcionais, e que, em regra, não devem ser objeto de execução indireta. Essa regra, contudo, comporta exceções que justificam a terceirização dos serviços:
> 1. situações concretas, como, por exemplo, a insuficiência do quadro de procuradores, inexistência de procuradoria estruturada ou a inviabilidade de manter quadro próprio de procuradores;
> 2. a singularidade do serviço, que demanda a contratação de profissional de notória especialidade, mediante inexigibilidade de licitação.[1]

Aliás, tal entendimento, de que a regra é a atribuição das atividades jurídicas a servidores de carreira, investidos mediante concurso público, encontra-se há muito sedimentado na jurisprudência deste Tribunal, como é possível observar das fundamentações dos pareceres emitidos anteriormente, nas Consultas nºs 684.672, 708.580, 735.385, 765.192 e 873.919, deliberadas, respectivamente, em 01/09/04, 08/11/06, 17/10/07, 27/11/08 e 10/04/13.

Não se pode olvidar, porém, que desde a conclusão dessas deliberações muitas alterações ocorreram na realidade da Administração Pública, com o aprofundamento do processo de desconcentração e descentralização das funções estatais, iniciado ainda no segundo quartel do século XX, com o Decreto-Lei nº 200/67, passando pelos Planos Nacional de Desestatização e de Reforma do Aparelho Estatal, a fim de promover a reordenação estratégica do Estado, direcionando seu esforço para as atividades tipicamente estatais, e pela reforma administrativa gerencial, levada a cabo pelo Decreto nº 2.271/97, que, regulamentando o § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/67, estabeleceu em seu art. 1º rol exemplificativo das atividades "materiais acessórias, instrumentais ou complementares" passíveis de terceirização.

Mais recentemente, adveio a alteração na disciplina normativa quanto ao tema pelas Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, que inovaram substancialmente a sistemática até então disciplinada pela

[1] Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 887.769. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 05/04/17.

Lei nº 6.019/74 e deram amparo legal à transferência pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Na sequência, o Poder Executivo Federal editou o Decreto nº 9.507/18, que trata da "execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União".

Por ocasião da deliberação da Consulta nº 1.024.677, o Plenário desta Corte reconheceu que, com a novel normatização, restou superada a ideia de que a terceirização se pauta pelas noções de atividade-fim ou atividade-meio, ou mesmo de atividades "materiais acessórias, instrumentais ou complementares", mas que, dentro do novo cenário, que configura desenvolvimento de um fenômeno de descentralização e desconcentração que vem de longa data, é possível a terceirização de todas as atividades, no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional, que não detenham natureza típica de Estado e que não reflitam o seu poder de império. Para essas, segue prevalecendo a regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da Constituição da República.

Ao final, restou assentada no parecer, com caráter normativo, a possibilidade de execução indireta das atividades da Administração direta, autárquica e fundacional que não configurem exercício de parcela do poder estatal, com a seguinte ementa:

CONSULTA. LEI Nº 6.019/74. TRABALHO TEMPORÁRIO. INAPLICABILIDADE A ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS. APLICABILIDADE ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. APLICABILIDADE PARCIAL. EXCETO PARA ATIVIDADES QUE COMPREENDEM PARCELA DO PODER ESTATAL. EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA REGIDAS PELO ART. 173, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE PLENA SALVO QUANDO DEMANDAR ATRIBUIÇÕES INERENTES ÀS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS.

> 1) As normas da Lei nº 6.019/74 referentes ao contrato de trabalho temporário se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não se aplicam à administração direta, às autarquias e às fundações públicas, para as quais o art. 37, IX, da CR/88 estabeleceu regime jurídico específico.
>
> 2) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam à administração direta, às autarquias e fundações públicas no que concerne às atividades que não compreendam o exercício de parcela do poder estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.
>
> 3) As normas da Lei nº 6.019/74 relativas à terceirização de serviços se aplicam às empresas públicas e sociedades de economia mista regidas pelo art. 173, da CR/88, salvo quando os serviços demandem a utilização, pela contratada, de profissionais com atribuições inerentes as dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários. A vedação não se aplica caso

implique contrariedade aos princípios administrativos da eficiência, da economicidade e da razoabilidade.[2]

Recorde-se que esta tese, que supera a análise da terceirização sob a ótica das atividades meio e fim e direciona o foco para o exercício de parcela do poder estatal, foi reforçada na Consulta nº 1.040.717[3], respondida na sessão plenária de 17/06/20.

Assim, entendo que o questionamento do consulente deve ser avaliado a partir do alinhamento jurisprudencial estabelecido nessas oportunidades, de acordo com o contexto normativo vigente.

Com efeito, em face das disposições da Lei nº 6.019/74, com as alterações conferidas pelas Leis nºs 13.429/17 e 13.467/17, do Decreto Federal nº 9.507/18, por aplicação analógica, e, notadamente, do parecer emitido na Consulta nº 1.024.677, considero que não há impedimento, *a priori*, para a execução indireta do serviço de assessoramento jurídico no âmbito municipal, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que:

a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção;

d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

A verificação da incidência nessas vedações somente é possível a partir do cotejo com as atividades especificadas em projeto básico ou termo de referência, o que se mostra inviável no bojo da análise abstrata que se realiza em sede de consulta.

Há que se distinguir, neste ponto, a atividade jurídica contenciosa e consultiva demandada pelos municípios daquela exercida no âmbito da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Nestes últimos entes federativos, a advocacia pública foi incumbida a instituições com matriz constitucional, em cujas carreiras somente se ingressa mediante concurso público de provas e títulos, por força dos arts. 131, § 2º, e 132, *caput*, da Constituição da República.

A imposição de organização em carreira e do ingresso por concurso público, conquanto expressa para a União, Estados e Distrito Federal, não foi estendida aos municípios pelo texto constitucional, do que se infere que, para estes, não incide a mesma obrigação, estando a atividade de consultoria e assessoramento jurídico regida pelas mesmas normas que todas as demais funções exercidas na seara municipal.

Por essa razão, considero que é possível, em abstrato, a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica no âmbito municipal, inclusive para orientação quanto à contratação de agência para promoção de publicidade de orientação social e de caráter informativo e social,

[2] Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.024.677. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 04/12/19. Grifos aditados.
[3] Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 1.040.717. Tribunal Pleno. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 17/06/20.

desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, nos moldes delineados no art. 3º do Decreto federal nº 9.507/18.

A adoção dessa posição implica a superação da tese estabelecida nas Consultas nºs 684.672, 708.580, 735.385, 765.192 e 873.919, motivo pelo qual proponho, nesta oportunidade, a expressa revogação dessas consultas.

Uma vez assentada tal possibilidade, passa-se à avaliação dos mecanismos para realizar a contratação, segundo o arcabouço normativo vigente.

Nesse contexto, o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República[4] estabelece a regra geral do ordenamento jurídico pátrio, segundo a qual as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser precedidos de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes. Trata-se, sem dúvidas, de aplicação às contratações públicas dos princípios da impessoalidade e da moralidade, previstos no *caput* do mesmo dispositivo como diretrizes para toda a atuação da Administração Pública.

Por consequência, caso a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica seja compatível com os paradigmas acima discriminados, a deflagração de procedimento licitatório para a contratação é a primeira opção a ser considerada pelo gestor.

De todo modo, o próprio texto constitucional contempla a possibilidade de a legislação prever ressalvas, que consistem, basicamente, nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, delineadas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, situações em que, segundo a avaliação em abstrato do legislador, a contratação direta sem competição atenderia em maior escala o interesse público.

Afinal, não há que se considerar a licitação como um fim em si mesma, senão como um instrumento destinado a selecionar a proposta que melhor atende aos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição no momento das contratações públicas.

Assim, o art. 17 regulamenta as alienações e o art. 24 as hipóteses de dispensa de licitação, em que, embora possível, a disputa possa não se mostrar conveniente, seja em razão do valor da contratação, do tempo necessário para realizá-la, de políticas de fomento, dentre outros princípios também protegidos pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, o art. 25 cuida de situações em que as circunstâncias fáticas inviabilizam a competição, quando se diz que a licitação é inexigível. Justamente em virtude da impossibilidade de se estabelecer a disputa para atingir o fim pretendido é que as hipóteses de inexigibilidade não se encerram em um rol exaustivo, estando previstas em cláusula geral no *caput*, com o destaque de exemplos em que tal inviabilidade se manifesta concretamente, *in verbis*:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço,

[4] Art. 37 […]
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> 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;
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
>
> § 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.
>
> § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Destacando o inciso II, que guarda relação mais próxima com a pergunta do consulente, tem-se a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13[5], de natureza singular, com profissionais de notória especialização. Nesses casos, a competição é inviável, na medida em que a singularidade do objeto impossibilita a avaliação de diferentes ofertas sob perspectiva objetiva.

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.

---

[5] Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

> 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.[6]

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 887.769[7], 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, nesta ocasião, propor um avanço na análise da singularidade que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação.

A meu sentir, 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

---

[6] 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.

[7] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSULTA Nº 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".

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 nº 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 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.[8]

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.

---

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

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.
>
> 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.[9]

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

> 29. Adentrando no exame da singularidade do objeto, enfatizo 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

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

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 nº 129, ano 46, janeiro/abril/2014].

[...]

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.[10]

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 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.

Destarte, transportando essas conclusões para a situação posta pelo consulente, considero que é possível também a contratação direta por inexigibilidade de licitação dos serviços de assessoria jurídica, porquanto serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, desde que comprovadas no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no art. 26 da mesma norma, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo ao questionamento formulado pelo consulente, nos seguintes termos:

> 1) é possível a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica no âmbito municipal, desde que as atividades contratadas não caracterizem manifestação do poder de império estatal, estando vedada para as funções que: a) envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; b) sejam consideradas estratégicas para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; c) estejam relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; d) sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;
>
> 2) a execução indireta dos serviços de assessoria jurídica compatível com os paradigmas legais deve observar a regra definida no art. 37, XXI, da Constituição da República, ou seja, contratação mediante a realização de procedimento licitatório;

[10] 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 aditados.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

3) é possível, porém, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, dos serviços de assessoria jurídica quando caracterizados como serviço técnico especializado previsto no art. 13 da Lei nº 8.666/93, desde que comprovadas no caso concreto, por meio do procedimento de justificação descrito no art. 26 da mesma norma, a notória especialização do prestador e a singularidade do objeto, assim considerado aquele que exige, na seleção do melhor executor, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Proponho, ainda, a revogação da tese estabelecida nas Consultas nºs 684.672, 708.580, 735.385, 765.192, 873.919 e 888.126, porquanto incompatíveis com os itens 1 e 2 deste parecer.

Cumpram-se as disposições do art. 210-D da Resolução nº 12/08.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Acompanho o relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, respondendo objetivamente ao que o consulente indaga, simplesmente respondo a ele que sim.

Pode a Câmara contratar, por licitação, serviços advocatícios especializados para assessorar processo licitatório de contratação de agência para promover publicidade de orientação social e de caráter informativo e institucional, se esse for o caso.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho o voto do relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR; VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.