



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - CEP 77006-002 - Palmas - TO - www.tceto.tc.br

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Consultoria Técnica. Pessoas Físicas e Jurídicas Detentoras de Notória Especialização. Proposta de ajuste direto com fundamento na hipótese de Inexigibilidade prevista no inciso III, alínea “c” do Art. 74, da Lei nº 14.133/2021. Contratação de Empresa para fornecer consultoria na realização de auditorias em obras de pavimentação. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Examina-se, no presente processo SEI nº 24.004674-9, a contratação de empresa com o intento de que essa possa prestar serviços de consultoria técnica, por intermédio do consultor, o senhor Eng. **Elci Pessoa Júnior**, no âmbito de auditorias em obras rodoviárias e vias urbanas, especialmente no que concerne a pavimentação.

2. Diante do propósito, nota-se que os autos foram instruídos com a documentação, em especial:

- a) Documento de Formalização de Demanda – DFD (0750356);
- b) Estudos Técnicos Preliminares – ETP (0750490 e 0756099);
- c) Termos de Referência nº 348/2024 e 370/2024 (0750869 e 0755706);
- d) Mapas de Gerenciamento de Riscos (0750963 e 0756152);
- e) Proposta de preços da empresa News Roads Consultoria (0750972);
- f) Currículo Lattes do consultor (0750976);
- g) Atestados de Capacidade Técnica (0751007, 0751009 e 0751013);
- h) Demonstração de preços praticados (0751136);
- i) Certidões de regularidade fiscal, social e trabalhista e atos constitutivos da empresa News Roads Consultoria (0751142, 0756487, 0762607, 0762608, 0762609 e 0762611);
- j) Justificativa de preço (0751144);
- k) Documentos pessoais do representante legal da empresa News Roads Consultoria (0751145);
- l) Justificativa da contratação emitida pela CAENG (0753281);
- m) Análises preliminares dos artefatos de planejamento pela DIGAF (0754925 e 0756888);
- n) Termo de ciência e concordância quanto à indicação de gestor e fiscais (0756062);
- o) Aprovação pela DIGAF dos artefatos de planejamento (0756926);
- p) Autorização do Gestor máximo do Órgão quanto ao prosseguimento do feito (0758069);
- q) Planilha COADM (0773594);
- r) Autorização nº 276/2024 contendo a declaração do ordenador de despesas relativamente a adequação orçamentária e financeira e compatibilidade com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (0765372);
- s) DD-Detalhamento de Dotação nº 2024DD01096 (0765381);
- t) Certidão negativa do CEIS e CNEP e de licitantes inidôneos (0765942 e 0765944);
- u) Comprovante de inscrição no CNPJ da empresa News Roads Consultoria (0771291);
- v) Cadastro fiscal da empresa News Roads Consultoria no Órgão competente do Distrito Federal (0771316);
- w) Minuta de Portaria de Inexigibilidade (0768131);
- x) Minuta de contrato (0765960);
- y) Despacho da COLCC encaminhando os autos à ASSJ para fins de análise e emissão de parecer jurídico (0771324).

3. É o relatório, no essencial.

II - FUNDAMENTAÇÃO

4. Inicialmente, urge salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

5. É que, à luz do art. 53, da Lei nº. 14.133/2021, incumbe a esta Assessora Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração deste Tribunal de Contas, tampouco analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, mas tão somente conferir higidez jurídica ao processo, conforme procedimento recomendado pela Consultoria-Geral da União, mediante o Enunciado BPC nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

6. A Carta Magna estabeleceu em seu art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade da realização de licitação para as contratações de obras, serviços compras e alienações, contudo, excetuou os casos previstos na legislação específica.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

7. Pela leitura do dispositivo acima é possível perceber que a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração Pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

8. No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

9. A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

10. Confrontando os dois institutos – dispensa e inexigibilidade – extrai-se que há uma distinção importante, embora, ambos, se tratar de contratação direta. A grande diferença reside na seguinte questão: É viável a realização de procedimento licitatório? Se a resposta for sim, estaríamos diante da possibilidade do emprego da dispensa de licitação. Do contrário, portanto, importaria na inexigibilidade, porquanto não existiria a instauração da licitação. A despeito disso, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, assim definiu a inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

“Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus ‘pressupostos lógicos’, em duas hipóteses: a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito...b) quando só há um ofertante. Em rigor, nos dois casos cogitados, não haveria como falar em ‘dispensa’ de licitação, pois, só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível.” Celso Antônio Bandeira de Mello, p.498.

11. A impossibilidade de abertura de certame licitatório diferencia a inexigibilidade da dispensa, que consigna uma faculdade para o administrador público. Como explicita Zanella Di Pietro, 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, inviável¹.

12. Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

13. Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado².

“sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado.”

14. Verifica-se, ainda, que a inviabilidade de competição se aplica também aos casos em que se caracterize uma disputa inútil ou prejudicial ao interesse público. Sobre o tema escreveu Ronny Charles:

A inviabilidade tem como referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público, motivo pelo qual é inexigível uma licitação cuja obrigatoriedade o contrarie. [...] Nessa feita, competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória, não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público).³

15. No que interessa por ora, objetiva-se, no caso concreto, a elaboração de parecer jurídico que abarque a inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso III, alínea letra “c”, da Lei n. 14.133/2021, que, aliás, foi recepcionado pela Resolução Administrativa nº 7, de 29 de março 2023, conforme disposto no art. 93 dessa norma.

Lei nº 14.133, 2021.

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

(destacado)

Resolução Administrativa - TCE-TO nº 7, de 2023

Art. 93. As contratações por meio de inexigibilidade de licitação serão instruídas de acordo com o art. 74 da Lei nº 14.133/2021.

16. Nota-se que foram mantidos de forma expressa os seguintes requisitos legais específicos: 1) a caracterização do serviço como técnico especializado; e 2) a notoriedade do especialista que se pretende contratar.

17. Serviços técnicos especializados são aqueles de conhecimento pouco difundido, consoante se infere das lições de Hely Lopes Meirelles⁴.

“são aqueles que, além da habilitação técnica e profissional normal, são realizados por quem se aprofundou nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. São serviços de alta especialização e de conhecimentos pouco difundidos entre os demais técnicos da mesma profissão.”

18. Nesse intento, o parágrafo 3º do referido art. 74 assim dispõe:

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior; estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

19. Por outro lado, observa-se que foi suprimida a expressão "de natureza singular" do novo texto legal. Essa mudança da nova lei levantou uma controvérsia na doutrina sobre a necessidade ou não da singularidade do objeto contratado, como requisito contratação direta por inexigibilidade de licitação. Sobre essa questão, vale citar o artigo de Joel Menezes Niebuhr⁵ no qual o autor detalha a referida controvérsia:

Armou-se uma bela controvérsia em torno da inexigibilidade de licitação contida no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, especialmente ao comparar a sua redação com a do inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993, que, de certa forma, lhe é equivalente, porque ambas tratam da contratação de serviços técnicos prestados por notórios especialistas. Sucede que o inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 exige, literalmente, que o serviço objeto da inexigibilidade seja qualificado como singular. Por sua vez, o inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, também literalmente, exige apenas que o serviço seja considerado técnico especializado de natureza predominantemente intelectual e não menciona a expressão singular nem algo do gênero. O dispositivo da nova Lei, pelo menos em sua literalidade, não restringe a inexigibilidade ao serviço singular. O mesmo ocorreu, é bom lembrar, com o inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, que trata da hipótese equivalente de inexigibilidade para as empresas estatais, cujo teor não prescreve expressamente a singularidade como condição para a inexigibilidade, bastando que o contratado seja notório especialista e que o serviço seja técnico especializado. A controvérsia já se abriu diante da Lei n. 13.303/2016 e agora se se intensifica, pela semelhança, na Lei n. 14.133/2021.

(...)

Convém frisar que o Tribunal de Contas da União já se posicionou acerca da controvérsia com vistas ao inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, exigindo para a configuração da inexigibilidade a caracterização do serviço como singular. Por coerência, porque a redação é praticamente idêntica, é de esperar que mantenha o entendimento em face do inciso III do artigo 174 da Lei n. 14.133/2021. Leia-se:

"A contratação direta de escritório de advocacia por empresa estatal encontra amparo no art. 30, inciso II, alínea "e", da Lei 13.303/2016, desde que presentes os requisitos concernentes à especialidade e à singularidade do serviço, aliados à notória especialização do contratado".

(...)

O debate é bem-vindo e, em que pese as discordâncias, põe luz sobre aspectos relevantes, notadamente os excessos dos órgãos de controle no tocante à análise das contratações firmadas por inexigibilidade diante da indeterminação do conceito do vocábulo singular. Infelizmente, é frequente que os órgãos de controle apenas substituam o juízo sobre a singularidade empreendido pela Administração pelo seu próprio juízo, tudo impregnado por grau elevado de subjetividade, causando insegurança jurídica, inviabilizando inexigibilidades legítimas e penalizando agentes públicos e pessoas contratadas que atuam de boa-fé e dentro da legalidade. A atuação dos órgãos de controle, nesse e em muitos outros assuntos, precisa ser apurada à presunção de legitimidade e de legalidade dos atos administrativos, com deferência aos juízos administrativos e em postura de autocontenção. Os eventuais desacertos de órgãos de controle não justificam hipótese de inexigibilidade que prescindam da singularidade, para a contratação de serviços que possam ser prestados com técnica comum, julgados por critérios objetivos e que não dependam da intervenção de notórios especialistas. A inexigibilidade, qualquer que seja, é fundada na inviabilidade de competição e, por consequência, na singularidade do seu objeto. Não se trata de apego à Lei n. 8.666/1993. O apego, bem intenso por sinal e com uma pitada de orgulho vintage, é à parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

20. Pelo recorte doutrinário trazido acima vê-se que o citado autor se posiciona no sentido de que, embora o vocábulo "singular" não conste do texto da lei, a singularidade do objeto é um requisito da inexigibilidade de licitação para contratação de serviço técnico especializado, com profissionais ou empresas de notória especialização. Nota-se que o seu principal argumento é o de que a inviabilidade de competição, pressuposto da inexigibilidade de licitação que está expressamente previsto no *caput* do art. 74, decorre justamente da singularidade do objeto.

21. Observa-se, ainda, que o seu posicionamento é respaldado em precedente do Tribunal de Contas da União que analisou dispositivo similar da Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). O art. 30, inciso II, da referida lei também trata da contratação direta de serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, sem prever expressamente a necessidade de natureza singular do objeto, como está previsto na Lei n. 8.666/1993. Mesmo assim, o Tribunal de Contas da União apontou a singularidade do serviço como um dos requisitos para a contratação direta fundamentada nesse artigo.

22. Marçal Justen Filho⁶, ao analisar a questão da singularidade, assim deixou assentado:

“A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como infungível, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando a sua identidade específica é relevante para a Administração Pública, sendo impossível sua substituição por “equivalentes”.

23. Alerta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷, sobre a correlação entre a notória especialização e o serviço singular objeto do procedimento:

Com esse raciocínio, afasta-se a possibilidade de contratar notórios profissionais para a execução de qualquer objeto, exigindo-se a especialização precisamente no ponto em que o serviço vai distinguir-se dos demais. Um notório especialista em engenharia de fundações não poderia ser contratado para edificar uma escola para deficientes visuais, assim como um notório especialista em Direito do Trabalho não poderia ser contratado, com inexigibilidade de licitação, para fazer a acusação em um processo de impeachment. Deve haver sempre íntima correlação entre a especialização e a singularidade do objeto.

24. Porquanto, busca-se mitigar as interpretações equivocadas em torno daquela expressão, até porque um serviço é singular quando demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva.

25. Celso Antônio Bandeira conceitua o que seria um serviço singular: "é a atividade profissional específica, cuja complexidade relevância exigem manuseio por pessoa dotada de técnica apurada e notória especialização".

26. Nesse particular, na inexigibilidade de licitação para contratação de serviço técnico especializado, com profissionais ou empresas de notória especialização, no âmbito da Lei n. 14.133/2021, também deve haver singularidade, a qual se verifica pelo preenchimento das seguintes circunstâncias:

1) os serviços são específicos e possuem peculiaridades quanto à maneira e o modo de prestação, somente podendo ser realizados com confiabilidade por pessoas habilitadas e capacitadas;

2) os serviços apresentam complexidade técnica e devem ser feitos sob encomenda por um terceiro, devendo este reunir um conjunto de atributos que não podem ser mensurados por critérios objetivos;
e

3) os serviços não devem ser padronizados, básicos e convencionais.

27. *In casu*, indubitavelmente o serviço pretendido pode ser considerado singular, vez que a contratação pretendida não possibilitaria uma seleção de particulares segundo critérios objetivos. Ademais, é cediço que, na maioria das vezes, é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes consultores, tornando-se complicado comparar o talento e a capacidade técnica/didática dos diversos profissionais.

28. Outro requisito também mantido na Lei n. 14.133/2021 se relaciona com a notória especialização do profissional, que deve estar relacionada ao objeto pretendido. O conceito lançado no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/1993 foi reproduzido no § 3º do art. 74 da Lei n. 14.133/2021 com uma pequena modificação, mas ainda se refere a requisitos da atividade da pessoa que permitam inferir que o trabalho é essencial e reconhecidamente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A modificação foi a substituição do vocábulo "indiscutivelmente" por "reconhecidamente" e não traz reflexos práticos significativos para a análise tratada neste

parecer.

29. Portanto, no âmbito da Lei n. 14.133/2021 também deve ser avaliado:

1) se as pessoas, por meio de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica e outros requisitos relacionados com suas atividades, são as mais adequadas ao atendimento da necessidade pública. Normalmente isso se constata pela apresentação de currículo, diplomas acadêmicos, publicações na área do conhecimento e atestados de capacidade técnica, sem prejuízo de outras fontes pertinentes; e

2) se a notória especialização está relacionada com o serviço técnico especializado singular objeto da contratação.

30. Portanto, atualmente os serviços de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias podem ser alvo de contratação direta, por meio da inexigibilidade de licitação, consubstanciada no art. 74, III, “c” e § 3º da Nova Lei de Licitações e Contratos. Mas esse enquadramento dependerá da presença dos requisitos normativos exigidos, sem os quais a contratação deverá se dar por via licitatória.

31. Nessa linha, o executor a ser escolhido, profissional ou empresa, deverá ser um notório especialista. Não poderá ser indicado qualquer executor, ainda que detentor das qualificações necessárias. O escolhido deverá apresentar atributos que tragam ao contratante a percepção de que se trata da solução mais adequada à plena satisfação dos interesses da Administração.

32. Considerando o teor do art. 74, III, da Lei nº 14.133/2021 e o fato de a Súmula nº 252⁸ do TCU não ter sido revogada, conclui-se que permanece uma boa prática observar esse roteiro, pois, os requisitos processuais da norma anterior foram recepcionados pela nova norma. A supressão da expressão “de natureza singular”, não eliminou o requisito, apenas ampliou a caracterização, permitindo identificação de outros elementos que sejam capazes de se demonstrar que o objeto não comporta comparação por meio de critérios objetivos

33. Inicialmente, quanto ao conceito de "notória especialização", há uma parcela que demanda comprovação e uma que necessita de declaração/atesto, mas que não é comprovável. É possível, e necessário, que se comprove nos autos a especialização da empresa contratada, consubstanciada em sua experiência, formação dos consultores, estudos publicados, eventuais prêmios recebidos etc. Tais documentos servem para que se demonstre tratar-se de profissional ou empresa "especializada".

34. O conceito lançado no § 3º do art. 74 da Lei n. 14.133/2021 se refere a requisitos da atividade da pessoa que permitam inferir que o trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

35. A notoriedade, entretanto, não é passível de comprovação, pois não é algo capturável documentalmente, sendo a principal razão pela qual a competição é inviável. Uma pessoa possui notória especialização quando ela se diferencia das demais na visão do público-alvo, da comunidade especializada respectiva, formada pelos potenciais provedores e consumidores do serviço em questão, localmente quando essa circunstância for relevante. Por se tratar de uma percepção social, não é possível traduzi-la por documentos: incumbirá à Administração comprovar a especialização em si e tal comprovação também servirá de indicativo a subsidiar declaração de notoriedade a ser feita também pela própria Administração.

36. Já no que concerne à “singularidade do serviço”, na verdade tal característica incide sobre a demanda da administração e não sobre o serviço em abstrato. As consultorias contratadas em si, entretanto, normalmente são diferentes. São singulares no sentido de que possuem peculiaridades que as diferenciam das demandas padrão – peculiaridades essas que exigem que a prestação do serviço para a solução de tal problema ocorra não por "qualquer licitante" com o menor preço, mas sim por um profissional diferenciado, com notória especialização, pois em tal caso a necessidade é especial ao ponto de inviabilizar a competição. Ressalte-se que "singularidade" não significa necessariamente importância, muito menos tamanho – significa a necessidade de uma resposta específica, de um serviço indicado diretamente, e não resultante de procedimentos impessoais, pois a natureza da demanda exigiria esse tipo de procedimento.

37. Saliente-se que a singularidade não é do profissional, mas sim do serviço que ele presta. Há relevância em se demonstrar a compatibilidade da formação do profissional contratado em relação à demanda da Administração, mas será mais importante demonstrar tal adequação em relação aos detalhamentos dos trabalhos oferecidos, já que este que será o serviço em si prestado. De nada adianta, por exemplo, a contratação de um consultor competente se os serviços a serem prestados não atendem à demanda da Administração.

38. Em resumo, deverá ser demonstrado que o serviço a ser contratado deve ser caracterizado como de natureza predominantemente intelectual. Feito isso, deve-se demonstrar que este serviço não comporta comparação objetiva de propostas. E, por fim, que a escolha do executor recaiu em um profissional ou empresa de notória especialização.

39. Pela instrução processual observa-se que tanto a empresa quanto o seu consultor possuem notória especialização devidamente comprovada nos autos. Acresça-se, ainda, que essa mesma empresa e seu consultor já ofertou outros serviços, conforme se vê nas notas fiscais e outros documentos acostados aos autos (0751136), além dos atestados de capacidade técnica apresentados (0751007, 0751009 e 0751013). Ademais, é inegável o notório saber do consultor, haja vista a documentação exibida (0750976), bem como por este já ter prestado serviços a este próprio Tribunal de Contas por um longo período sem que houvesse qualquer situação que desabonasse sua conduta, ou colocasse em cheque o seu notório saber.

40. Superada a abordagem sobre os requisitos específicos, passam-se aos requisitos gerais. Conquanto, na hipótese de uma contratação direta, seja por dispensa de licitação ou por inexigibilidade com espeque na alínea “c” do inciso III do art. 74, da NLLC, não se pode olvidar da necessidade de se instruir o processo da contratação com os documentos reclamados no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

41. Com relação ao documento de formalização de demanda este encontra-se acostado aos autos (0750356), bem como os Termos de Referência (0750869 e 0755706), além do Estudo Técnico Preliminar (0756099) e da Análise de Riscos (0756152), evidenciando-se, pois, o cumprimento do inciso I do artigo citado acima.

42. Especificamente sobre a pesquisa de preços para esse tipo de contratação, cite-se o que dispõe o art. 23 da Lei n. 14.133/2021 no tocante às contratações diretas por inexigibilidade de licitação:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

(...)

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

43. Por sua vez, a Resolução Administrativa – TCE/TO nº 7, de 29 de março de 2023, preleciona acerca das contratações diretas por inexigibilidade:

*Art. 38. A justificativa do preço em contratações de bens e serviços **por meio de inexigibilidade de licitação** deverá ser realizada, para cada item a ser contratado:*

I – por meio da comprovação da razoabilidade de preços, a qual deverá ser verificada em pesquisa de preços, conforme procedimentos descritos nos arts. 48 a 52 desta Resolução Administrativa, para contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, desde que verificada a similaridade de cada item pesquisado;

II – quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no inciso I deste artigo, por meio da comprovação da regularidade de preços feita a partir da anexação de, no mínimo, 3 (três) documentos em nome do próprio proponente, referentes ao mesmo objeto e emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data de envio, que demonstrem que o preço ofertado à Administração é igual ou inferior àquele cobrado de outras entidades públicas ou privadas; e

III – caso a futura contratada não tenha anteriormente comercializado o mesmo objeto e fique evidenciada a impossibilidade de observância dos incisos I e II deste artigo, a regularidade dos preços poderá ser realizada por meio da apresentação de documentos que comprovem a execução ou o fornecimento por parte do próprio proponente de objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

44. Acerca da cotação de preços, destaca-se que a singularidade da demanda e a inviabilidade de competição que ela geraria significa que qualquer ato de comparação (e equiparação) entre prestadores de serviços deve ser parcial - se puder ser total, a inexigibilidade pode vir a ser vedada, sendo devida a licitação. Nesse sentido, traz-se como alerta o seguinte excerto do voto condutor do Acórdão TCU nº 2280/2019-Primeira Câmara, que apesar de se tratar de contratação de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento de pessoal por inexigibilidade de licitação, aplica-se plenamente nos casos de contratação consultorias/consultores também pelo instituto da inexigibilidade de licitação, vejamos:

23. Embora esta Corte admita a contratação de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento de pessoal por inexigibilidade de licitação, preenchidos os requisitos quanto à definição legal de serviços técnicos, à natureza singular e à notória especialização, há indicação de que a contratação da empresa Wisnet não seria enquadrável na hipótese de inviabilidade de competição. Segundo afirmado pelos gestores, foi analisada a lista dos clientes das empresas consultadas na cotação. Ainda, o parecer técnico elaborado pelo Sr. Alexandre de Castro para justificar a contratação registrou que houve a análise das propostas das empresas consultadas para aferir a aderência à estrutura requerida para atender o curso (peça 24). Em outras palavras, a realização de cotação de preços, com suposta comparação de qualificações e propostas, indica que havia a possibilidade de competição. Caso a seleção houvesse sido aberta a um universo mais amplo de interessados por meio de licitação, com definição das qualificações e requisitos necessários para a prestação, haveria maior chance de o IEL/PR obter uma proposta mais vantajosa. [...]

17. Conforme consignou a Serur, a realização de cotação de preços aponta para a possibilidade de competição entre as empresas, fato que, por si só, afasta a alegação de singularidade dos serviços. Nesse contexto de concorrência, a realização de certame licitatório permitiria a ampliação do número de participantes e a obtenção de uma proposta mais vantajosa. Aliás, tal objetivo é a razão da exigência de licitação e, em assim sendo, impõe a rejeição da alegação dos recorrentes de que a contratação por preço entre o menor e o maior obtidos na cotação atenderia aos princípios que regem as contratações na administração pública, em especial, o da economicidade.

45. No mais, em regra, recomenda-se que, caso haja o uso de pesquisas a outros contratados, que isso seja feito apenas como forma de embasar a justificativa de preços da contratada escolhida pela sua notória especialização e não como forma de "competição", e **apenas em circunstâncias excepcionais em que não houve prévia contratação ou para fins de complementação da justificativa de preços**. Caso a competição seja viável, ainda que com análise curricular (leia-se: licitação tipo melhor técnica ou técnica e preço), resta inviabilizada a inexigibilidade.

46. Compulsando os autos é possível verificar que a existência de Justificativa de Preço (0751144). No entanto o referido documento foi emitido pela própria empresa proponente, situação que, a nosso ver, não atenderia a exigência estampada no inciso VII do art. 72 da Lei nº 14.133/2021.

47. Todavia, fazendo uma leitura do Documento Sei nº 0753281, observa-se que a Unidade Técnica justificou o preço ofertado, sob o argumento de que o valor de R\$ 14.980,00 (quatorze mil novecentos e oitenta reais) estipulado nos contratos celebrados pela empresa News Roads Engenharia e Consultoria Ltda. com o TCE-PR e com o próprio TCE-TO, foi atualizado utilizando-se o índice do IPCA – Índice de Preços ao Consumidor Amplo.

No entanto, se considerarmos o intervalo entre a data de assinatura do Contrato nº 58/2022 (0499258), informado na Planilha **COADM** (0773594), até a data atual, e aplicarmos o IPCA, resultaria no valor de R\$ 16.347,16 (dezesesseis mil, trezentos e quarenta e sete reais e dezesseis centavos) e não o valor apresentado no documento SEI nº 0751144 (ver quadro abaixo). Contudo, considerando que tal questão não diz respeito a questões jurídicas e por isso não caberia esta Consultoria Jurídica manifestar-se, recomendamos que a Unidade Técnica se pronuncie a respeito dos cálculos.

Atualização de um valor por um índice financeiro

Atualização de R\$14.980,00 de 03-Agosto-2022 e 18-Outubro-2024 pelo índice IPCA - Índ. Preços ao Consumidor Amplo

Valor atualizado: R\$16.347,16

Memória do Cálculo

Variação do índice IPCA - Índ. Preços ao Consumidor Amplo entre 03-Agosto-2022 e 18-Outubro-2024

Em percentual: 9,1266%

Em fator de multiplicação: 1,091266

Os valores do índice utilizados neste cálculo foram:

Agosto-2022 = -0,36%; Setembro-2022 = -0,29%; Outubro-2022 = 0,59%; Novembro-2022 = 0,41%; Dezembro-2022 = 0,62%; Janeiro-2023 = 0,53%; Fevereiro-2023 = 0,84%; Março-2023 = 0,71%; Abril-2023 = 0,61%; Maio-2023 = 0,23%; Junho-2023 = -0,08%; Julho-2023 = 0,12%; Agosto-2023 = 0,23%; Setembro-2023 = 0,26%; Outubro-2023 = 0,24%; Novembro-2023 = 0,28%; Dezembro-2023 = 0,56%; Janeiro-2024 = 0,42%; Fevereiro-2024 = 0,83%; Março-2024 = 0,16%; Abril-2024 = 0,38%; Maio-2024 = 0,46%; Junho-2024 = 0,21%; Julho-2024 = 0,38%; Agosto-2024 = -0,02%; Setembro-2024 = 0,44%.

Atualização

Valor atualizado = valor * fator = R\$14.980,00 * 1,091266

Valor atualizado = R\$16.347,16

48. No que se refere aos requisitos relativos à habilitação e a qualificação mínima tanto da empresa quanto do consultor não visualizamos nenhum óbice. Desse modo, no nosso sentir, essa obrigatoriedade estaria devidamente cumprida.

49. Com relação a razão da escolha, ponderando que essas razões se confundem com a relação que a Administração deve fazer entre a notoriedade do profissional e a execução do serviço de natureza singular, demonstrada essa relação, suprido está esse requisito. Mesmo porque, é imperioso ressaltar que a **CAENG** emitiu a Justificativa (0753281) elucidando a razão da escolha.

50. Relativamente a demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, tem-se que as Unidades competentes (**DIOAF/COOFI**) emitiram a Autorização nº 276/2024 (0765372), bem como a DD – Detalhamento de Dotação nº 2023DD001096 (0765381) trazendo todo detalhamento orçamentário que irá fazer face a futura despesa.

51. No que concerne a Minuta do instrumento contratual (0765960) exibida nos autos, percebe-se que esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, especialmente no que tange a nova lei de licitações e contratos administrativos, bem como seguiu o modelo aprovado nos autos do processo SEI nº 23.001458-5, especificamente no Doc. Sei nº 0636409. Inobstante a isso, recomendamos corrigir a numeração dos itens da Cláusula Décima Oitava.

CONCLUSÃO

52. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na inexigibilidade de licitação, alicerçado no artigo 74, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, observadas as recomendações assinaladas nos **itens 47 e 51** desta peça opinativa, além de que seja providenciado um novo certificado de regularidade do FGTS, considerando que aqueles que foram acostados aos autos se encontram com validade expirada.

53. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, especialmente em atendimento ao § único do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021, bem como que os autos sejam remetidos ao Núcleo de Controle Interno deste Órgão, consoante prevê o inciso X do art. 33 da RA nº 7 de 2023.

54. É o parecer, s.m.j.

55. Encaminhe-se para adoção das providencias de mister.

[1] DI PIETRO. Direito Administrativo. 14 Ed.

[2] Curso de licitações e contratos administrativos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 161

[3] CHARLES. Lei de Licitações Públicas comentadas. 4. Ed.

[4] Licitação e contrato administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50

[5] Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-polemica-da-singularidade-como-condicao-para-a-inexigibilidade-de-licitacao-que-visa-a-contratacao-deservico-tecnico-especializado-de-natureza-predominantemente-intelectual/> Acesso em 17/07/2023.

[6] Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. ed. 19. Revista dos Tribunais - P. RL-1.8.

[7] Contratação direta sem licitação. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 550.

[8] A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.



Documento assinado eletronicamente por **ALESSANDRO ALBERTO DE CASTRO, ASSESSOR IV**, em 19/10/2024, às 09:37, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php> informando o código verificador **0772016** e o código CRC **D0DCF4BC**.