

PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO nº. 006/2022 - 009– Inexigibilidade de Licitação

PARECER JURÍDICO ANALÍTICO DO PROCESSO

Parecer Jurídico Analítico do Processo de Inexigibilidade de Licitação nº. 09/2022, que objetiva a contratação de empresa especializada para a realização de serviços de consultoria e administrativa e judicial para os serviços de levantamento de dados de valores pagos indevidamente ao regime de previdência social e compensação de créditos tributários da Receita Federal do Brasil no Município de Eldorado do Carajás.

O Município de Eldorado do Carajás, Estado do Pará, por intermédio de sua Ilustre Comissão de Licitação, submete à apreciação desta Assessoria Jurídica, o inteiro teor do processo já qualificado em linhas pregressas e dessa forma passo a analisar os documentos aglutinados:

1 – DO RELATÓRIO

O Secretária Municipal de Fazenda encaminhou para a Prefeita Municipal solicitação visando a contratação de empresa especializada denominada **PUBLICABR CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, CNPJ 95.867.065/0001-45**, para executar serviços de levantamento total das folhas de pagamento, a fim de verificar se há o recolhimento indevido de INSS nas verbas de natureza indenizatórias. Ademais, o mesmo acontece com o RAT e o FAT os quais devem ser recolhidos em conformidade com a Súmula 351 do STJ.

Lembrando que de acordo com a proposta da empresa, o “recebimento da mesma será no êxito, no importe de R\$ 0,20 (vinte centavos de real) para cada R\$ 1,00 (um real) compensado ou arrecadado ou recuperado ou reduzido do montante da dívida apontada na Receita Federal do

Brasil”, o referido processo objetiva além de reduzir o recolhimento financeiro da folha de pagamento, após levantamento realizado pela empresa do requerido quantitativo/montante de valor apurado (indicado na proposta), será ele compensado junto à Receita Federal.

Após as justificativas e proposta supra citadas, foi encaminhado Despacho ao Setor de compras a fim de verificar preços equiparados aos serviços a serem pagos, a qual foi extraída do Mural de Licitações do TCM-PA contratos semelhantes com os Municípios de Redenção; Itupiranga; Tucuruí; Despacho do Secretário de Administração informando à Prefeita do objeto e dos valores para apreciação e posterior andamento; Prefeita Municipal indicando que existe dotação orçamentária e compatibilidade da despesa com o orçamento do corrente ano e consequente Autorização para abertura do processo licitatório na modalidade Inexigibilidade; Autuação; Portaria nº. 100/22 nomeação da Comissão; Abertura do processo de inexigibilidade com a justificativa e fundamentação (art. 25, II, § 1º c/c com 13, III da Lei 8.666/93) sobre a contratação da empresa escolhida PUBLICABR CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, CNPJ 95.867.065/0001-45; Juntada de proposta e documentos de habilitação da empresa; Alteração contratual; balanço patrimonial 2021; Notas explicativas de demonstração contábil; Carta de responsabilidade da administração; Recibo de entrega de escrituração contábil; Certidões exigidas pela Lei 8.666/93; licença de fiscalização; Certidão simplificada digital; Cartão CNPJ; Certidão de falência e concordata; Atestado de capacidade técnica do Município de Anita Garibaldi; Município de Cerro Negro; Município de Ouro Verde de Goiás; Município de Ponte Alta-SC; Município de Pinhal da Serra-RS; Município de Barbalha -CE; Município de Patrocínio Muriaé-MG; Município de Barão do Monte Alto-MG; Município de Conceição do Araguaia-PA; documentos pessoais dos representante da empresa; Certidão da OAB-SC; Certidão de regularidade do CORECON-SC; comprovação da execução do contrato (expertise) Sentença do Auditor Antônio Carlos dos Santos, emitido pelo TCM-SP a respeito da RAT; Representação fiscal junto à Receita Federal do Município de Conceição do Araguaia-PA, contendo Parecer; Portaria RFB 754/2018 dispendo sobre o encontro de contas de débitos e créditos previdenciários; Recurso Extraordinário julgado pelo STF; Solução de Consulta DISIT/SRRF03 nº. 3010 – Parecer da Receita Federal; Resolução TCM-PA 12.941/14, realizado pela Câmara Municipal de Marituba, ocasião em que o TCM-PA permite a contratação de serviços jurídicos para aquisição de créditos federais, por meio da inexigibilidade, contudo, não tem posicionamento formado em relação à possibilidade ou não de compensação de impostos gerados através da folha de pagamento, por entender ser pertinente á

matéria atribuída à Receita Federal do Brasil; Minuta do contrato de prestação de serviços;
Despacho da CPL encaminhando processo para Assessoria Jurídica para emissão de Parecer;

2 - DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

Antes de adentrar ao mérito, insta salientar que a melhor doutrina procura distinguir as espécies de pareceres vinculados aos contratos administrativos, dividindo-os em dois grupos: parecer jurídico no rito licitatório e no rito da contratação direta. No âmbito dessas divisões, é feita a subclassificação quanto à obrigatoriedade e quanto à vinculatividade.

Nesse giro, os tribunais tem se manifestado no sentido de que o parecer jurídico previsto no Art. 38 da Lei de Licitações é opinativo e não vincula o administrador, uma vez que este tem o comando da máquina pública e assume a responsabilidade de sua gestão.

O entendimento de forma diversa, tornaria o parecer jurídico um alvará para atos administrativos, o que constitui um completo disparate. O dirigente de um órgão possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente e se responsabilizar por todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas, ou seja, o administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura, ao contrário, devendo adotar uma postura ativa no comando das decisões e com mais razão, nas licitações e contratações públicas, devendo atuar cautelosamente, vez que obrigado a atender os princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa, dentre outros.

3 - DAS SEGREGAÇÕES DE FUNÇÕES

Ressalto inicialmente que o termo “segregação de função” nos processos licitatórios vinha sendo confirmado em diversas Jurisprudências, contudo, com o advento da Nova Lei de Licitações 14.133/21, ele tomou a condição no ordenamento jurídico de princípio.

De modo que, a segregação de funções tem por função primordial a de servir como ferramenta de controle interno da própria Administração Pública, a fim de garantir a independência funcional dos servidores e estrutural dos setores administrativos nas várias fases do procedimento licitatório.

Isso porque, é inerente à segregação de funções que diferentes servidores atuem nas mais diversas fases da licitação, impedindo-se que uma única pessoa atue nos diferentes momentos do procedimento licitatório.

Trata-se, pois, de mecanismo apto a evitar falhas, omissões, fraudes, corrupção, abusos de poder, dentre outros aspectos. Na prática, a concretização de tal princípio pressupõe a correta e completa definição de funções a serem exercidas por cada servidor no decorrer do procedimento licitatório, em especial nas fases de planejamento, execução e controle.

Por este motivo, é um dos princípios basilares de controle interno, a prática da segregação de funções é recomendada pelos órgãos públicos de fiscalização e controle em diversos níveis de administração.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, por meio do acórdão TCU 686/11 - Plenário, recomenda à Administração Pública não "designar para compor Comissão de Licitação servidor que titularize cargos em setores que de qualquer modo atuem na fase interna do procedimento licitatório". Acórdão 686/11 - PLENÁRIO - Processo 001.594/2007-6 - Relator André de Carvalho - Data da Sessão: 23/3/11.

Outra decisão que merece referência consiste no acórdão 409/2007 - TCU2 da 1ª Câmara. No julgado, ressalta-se a importância da segregação de funções como ferramenta utilizada para otimizar e gerar eficiência administrativa.

Diante disso, neste Município, o procedimento é solicitado e ou autorizado pela autoridade competente gestor da pasta/Secretaria ou a Chefe do Executivo, o Setor de compras faz as cotações de preços e levantamentos dos itens a serem comprados; o Departamento de Contabilidade faz o controle do orçamento e a sua compatibilidade com a LDO, LOA e PPA; a licitação providencia o processo de compra pública, que posteriormente é verificado pelo Controlador Interno. Na parte de execução contratual, tem-se a figura exigida pelo TCM do Fiscal de Contrato. Assim, tem-se as funções previamente definidas, assim como, as suas responsabilidades.

4 - DA MODALIDADE ESCOLHIDA – INEXIGIBILIDADE – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI determina que as contratações realizadas pela Administração Pública devam ser realizadas por meio de licitação que assegure

igualdade de condições aos concorrentes, sendo esta, a regra para obras, serviços, compras e alienações junto ao Poder Público.

A regulamentação do referido artigo, encontra guarida no art. 2º da Lei 8.666/93. Assim, o procedimento licitatório tem a como finalidade garantir a seleção da melhor proposta para a Administração, bem como, permitir a participação isonômica dos interessados e deve fundamentar-se nos princípios que refêm o Direito Administrativo, além daqueles específicos, inclusos no artigo 3º da referida Lei.

5- DA ANÁLISE JURÍDICA

O art. 37, inc. XXI, da Carta Magna de 1988, estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar o princípio constitucional da isonomia a ser dispensada a todos quantos aceitem se sujeitar à legislação, para contratar com o Poder Público, sendo imperioso, reconhecer que a intenção do constituinte originário foi estabelecer, que a regra geral repousa na obrigatoriedade de licitar.

Contudo, existirão situações em que os interesses da administração, e conseqüentemente, o interesse público ficarão mais bem resguardados com a não-realização do certame licitatório. *Na exigibilidade há a inviabilidade da licitação por impossibilidade do processo de competição entre os participantes, como no caso em testilha.*

Dessa forma, será inexigível a *licitação quando houver inviabilidade de competição que tornará impossível a comparação*, necessária e indispensável ao certame licitatório, a qual repousa assegurada na combinação do artigo 13, III com o artigo 25, parágrafo primeiro, inciso II, da Lei Federal 8.666/93.

Quando considerado o regime de exceção, ainda que se ofereça a oportunidade a todos com o processo de licitação, a adoção do procedimento naquelas hipóteses poderá representar um obstáculo ao atingimento satisfatório do interesse público, pois o estabelecimento de competição não representaria o melhor critério para a escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, **em razão da singularidade do objeto, da confiança da empresa e dos profissionais por parte do gestor e da sua notoriedade e expertise.**

O inciso II do mencionado art. 25 prevê a inexigibilidade para os serviços técnicos especializados, referenciados no art. 13 da LLC e dentre os serviços técnicos para cuja realização

a licitação é inexigível, estão incluídos os serviços de **assessorias ou consultorias técnicas (inciso III)**.

Vê-se, portanto, que a própria lei especifica os casos de exceção à regra geral, uma vez que determina a inexigibilidade de licitação para esses casos.

Vale dizer que a **inexigibilidade em estudo, ingressa na esfera da discricionariedade do Poder Público** e, caso este contrate serviços técnicos sem licitação com o particular, por força da ressalva da lei, tal contrato não poderá ser atacado sob alegação de ilegalidade.

Importante destacar, outrossim, que discricionariedade, diferentemente de arbitrariedade, tem ligação com submissão à ordem legal.

Significa que o Poder Público age de acordo com a conveniência e oportunidade da situação, mas sem desprezitar o ordenamento jurídico, obedecendo aos princípios gerais da Administração.

Portanto, a discricionariedade, ainda que permita ao agente público desfrutar de certa liberalidade, pressupõe obediência à lei, e tal obediência está presente quando se constata que a própria legislação prevê as hipóteses em que a licitação é inexigível.

Portanto, sendo legais as hipóteses de inexigibilidade de licitação, igualmente são legais os requisitos que devem ser preenchidos para a exceção ao regime geral.

Assim, se faz indispensável a **conjugação de três fatores: o serviço profissional especializado, a notória especialização da empresa ou do responsável técnico e a natureza singular do objeto**, sendo que o **elemento confiança *tem destaque na conjugação destes fatores***, pois contribuirá para a discricionariedade do gestor, com respaldo na Resolução 11.495/16 – TCM-PA.

Nesta seara, quando a lei se refere à singularidade do objeto, está fazendo menção à singularidade, no presente caso, aos serviços técnicos especializados no objeto contratado, cada um dos profissionais exercendo atividades diferentes, individuais mas integrantes entre si.

Dessa forma, tem-se que a **singularidade** a que a Lei de Licitações se refere está ligada ao fato de que **o serviço não ser passível de comparação. Na realidade, a consultoria e assessoria especializadas são atividades que exigem obediência às formas, ritos e procedimentos, mas que não exige padronização de serviço. Cada profissional tem um jeito todo particular de atuar e é praticamente impossível comparar o serviço de um profissional com o de outro. As particularidades da profissão e a confiança que se deposita em determinado técnico revelam a natureza personalíssima de seu trabalho.**

Com efeito, os serviços contratados são singulares porque são marcados por uma *orientação específica de cada pessoa, no sentido de fazer um levantamento, compensação/recuperação de RAT/FAT e apuração de descontos indevidos previdenciários realizados nas verbas indenizatórias das folhas de pagamento* que podem até mesmo ser considerados únicos, embora não o sejam. Pode-se dizer que são serviços *intuitu personae*.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviços singulares, de um modo geral: “São todas as *produções intelectuais*, realizadas isolada ou conjuntamente - por equipe -, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida (2000, p. 470).”

No mesmo sentido Vera Lúcia Machado D’Ávila se expressa “Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite sua comparação (In: DI PIETRO, 1994, p. 65).”

Ainda nesta seara, importa elucidar que, a realização de processo de licitação para contratação de consultoria jurídica, faria com que a disputa entre estes profissionais ocasionasse a mercantilização da profissão o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 5º), que se considera como conduta incompatível com o exercício da advocacia, nos termos do art. 34, inc. XXV, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil

Por outro lado, cumpre destacar que não basta que o serviço seja singular, **mas que essa singularidade seja relevante, ou seja, que se trate de um serviço técnico especializado**.

Assim, ainda que os serviços contratados e suas rotinas sejam singulares, é necessário que sejam tão relevantes e de tamanha importância que autorizem a exceção à regra legal das licitações para a satisfação das necessidades do Poder Público, o que ocorre neste procedimento, uma vez que envolvem até mesmo o manuseio, orientação e capacitação do uso dos sistemas pertinentes ao ramo de licitações e contratos.

Nesse sentido, nas lições de Bandeira de Mello: “[...] 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 estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, esses, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessários para a satisfação do interesse em causa” (2000, p. 479).”

Portanto, inexigível será a licitação quando singular for o serviço a ser contratado, quando essa singularidade seja relevante e quando o produto do trabalho do profissional não possa ser comparado com o produto de outro, de tal forma que se justifique a contratação direta pelo Poder Público.

Assim, se visualiza a contratação em espeque, uma vez que se trata de **serviços que em função da sua matéria pontual e média complexidade que exigem não só apreciação por um profissional com a expertise que a empresa possui, como se vê, dos diversos documentos administrativos emitidos pela RFB e ao Tribunais de Contratas.**

Ademais do exposto, em face da ausência de mão de obra especializada no Município, se faz necessária a contratação da empresa, a fim de inclusive, fazer o levantamento na folha de pagamento dos itens objetos da proposta.

Isso significa dizer que o trabalho a ser realizado possui natureza própria, e vem complementar e fortalecer aquele ordinariamente efetivado pela Administração. Além de possibilitar a redução significativa de recolhimentos indevidos de impostos/tributos em verbas indenizatórias

De outra banda é preciso lembrar que a relação entre consultoria e cliente, seja pessoa pública ou privada **é profundamente marcada pelo elemento confiabilidade**, principalmente quando estejam envolvidos **assuntos de legalidade, probidade e suporte as atividades do departamento de licitações quanto a procedimentos administrativos, com enfoque na atualização doutrinária e jurisprudencial, visando evitar ou ao menos reduzir eventuais e futuros questionamentos junto aos órgãos de controle, através de acompanhamento de processos, emissão de pareceres, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, como é o caso da prestação de serviços de objeto da análise.**

Assim, **a presença do elemento confiança justifica o fato do Poder Público poder escolher, dentre os muitos profissionais devidamente gabaritados e competentes, aqueles que mais despertem sua confiança**, isto é, aquele que tenha, aos olhos do Poder Público, maior compatibilidade com seus desideratos (FIGUEIREDO, 1994, p. 32). Ou seja, os atributos profissionais do contratado devem despertar no contratante a convicção de que o serviço deste será irrefutavelmente superior ao dos demais, em atendimento às necessidades da Administração e às exigências da situação concreta.

Isto posto, entende-se que o **fator singularidade** do objeto, bem como o **serviço técnico especializado**, conjugados com o elemento **confiabilidade** foram superados, ao que passemos a análise do terceiro fator: **a notória especialização da empresa ou do responsável técnico**.

Neste diapasão, importa esclarecer que o exame de oportunidade e conveniência da contratação cabe ao administrador, que se deve orientar na defesa do interesse público.

É sabido que a lei exige que a **especialização deve ser notória**, ou seja, deve haver reconhecimento público da capacidade do profissional, sendo que a própria Lei de Licitações, no § 1º, do artigo 25, estabelece elementos objetivos, por meio dos quais se pode aferir a notoriedade da especialização profissional. Aduz o dispositivo em questão:

“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”.

Ainda, cabe salientar que não é bastante, para comprovar a notória especialização, a demonstração de que o profissional ou empresa que se deseja contratar atende a um dos requisitos arrolados pelo mencionado § 1º do art. 25 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Assim, não é o suficiente, por exemplo, a comprovação exclusiva do bom desempenho anterior ou da existência de aparelhamento especial, por demonstrada a notória especialização do profissional ou empresa que se quer contratar. *A notoriedade, deve ser resultante do atendimento de um conjunto mais ou menos largo desses requisitos, os quais estão devidamente comprovados com todo o arcabouço de documentos juntados, tais como: Atestados de Capacidade Técnica, relativamente aos profissionais contratados.*

Nesse passo, a Lei 14.039/2020, traz uma breve definição do que seja notória especialização, senão vejamos:

“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.” grifei

De modo que, diante dos documentos acostados, considerando que foram apresentados atestados de capacidade técnica do desenvolvimento satisfatório na área a que estamos contratando, bem como, foi incluída uma pesquisa de preços analógicas, que demonstra que o valor pago no êxito, encontra-se equiparado com o valor praticado no mercado, com fundamento em diversos outros contratos colacionados no procedimento, oriundos de outras cidades circunvizinhas, atestam que o valor contratado se encontra dentro da razoabilidade e proporcionalidade praticados pelo mercado.

Por isso, entende-se que foi demonstrada a comprovação de experiência, expertise e desempenho anterior, formando um conjunto satisfatório a atestar a notória especialização do responsável técnico/empresa a ser contratado.

Finalmente, visando reforçar o parecer apresentado cabe assentar (em analogia) que o próprio STF vem seguindo o entendimento pela legitimidade da contratação se serviços de consultoria jurídica especializada, a exemplo do Inquérito 3.077/AL, onde o tribunal tratou com proficiência a questão, assentando que o que a norma extraída do **texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança e que em havendo no caso concreto requisitos suficientes para o enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, inexistente ilegalidade**, configurando-se fato atípico.

Nessa mesma linha de pensamento, além da Resolução 11.495/16 – TCM-PA que consolida especificamente a matéria supra exposta, tem-se a Consulta feita pela Câmara Municipal de Marituba que gerou a Resolução 12.941/17, ratificando a parte que envolve a contratação de serviços jurídicos para recuperação tributária, contudo, não apreciou o objeto da contratação, qual seja “ possibilidade de aquisição de créditos federais para a compensação de impostos gerados através de folha de pagamento, ocasião em que o TCM-PA entende ser matéria atinente à Receita Federal.

Assim, sob esse aspecto, a Receita Federal do Brasil possui a Portaria RFB 754 de 21/05/2018, que dispõe sobre o encontro de contas entre débitos e débitos; outro respaldo que entendo ser oficial foi produzido pelo documento SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF03, nº. 3010 de 21/05/2019, publicado no DOU 29/03/2019.

6 – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, tendo em vista que os Municípios menores estão desprovidos de servidores em quantitativo e qualitativo significativo e capacitados para o desenvolvimento das atividades descritas no presente objeto, se faz necessária a contratação da empresa.

Assim, diante de tudo o que foi exposto em linhas volvidas, apesar do TCM-PA não ter um posicionamento formado sobre a contratação do objeto indicado neste procedimento, conforme Resolução 12.941/17, entendo que em face da necessidade do Município em buscar recursos fiscais que possivelmente podem estar onerando a folha de pagamento, bem como, outros impostos/tributos previdenciários, entendo que os mesmos podem ser realizados por meio de contratação via inexigibilidade de licitação, em face dos diversos entendimentos indicados, assim como, o objeto indicado.

Razão esta que não vislumbro óbice na contratação da empresa PUBLICABR CONSULTORIA TRIBUTÁRIA LTDA, CNPJ 95.867.065/0001-45, nem dos profissionais por ela contratados para executar as atividades descritas no objeto do certame, tendo em vista o cumprimento dos requisitos de singularidade, serviço técnico especializado, notoriedade demonstrada pelo conjunto probatório, confiabilidade do gestor na forma da Resolução do TCM-PA 11.495/17 e Resolução 12.941/17, valor a ser pago compatível com o praticado no mercado para serviço equiparado etc.

De modo que o processo poderá seguir seu curso normal para publicação e contratação da empresa, salvo entendimento diverso.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Eldorado do Carajás - PA, 22 de novembro de 2022.

Roberta dos Santos Sfair
Assessora Jurídica
OAB-PA 21.144-A