

Requerente: Promotoria de Justiça da Comarca de Varginha

Ementa: Contratação direta de serviços de auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira. Impossibilidade. Serviços que carecem da natureza de singularidade. Não enquadramento nos casos de inexigibilidade previstos na Lei n.º 8.666/93.

1 Relatório

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado em decorrência de consulta realizada pela Promotora de Justiça da Comarca de Varginha, Dra. Eliane Maria de Oliveira Claro, acerca da possibilidade de contratação de serviços de auditoria e de consultoria contábil, orçamentária e financeira através de procedimento de inexigibilidade de licitação fundado no inciso II do artigo 25 da Lei n.º 8.666/93.

O Procedimento de Apoio a Atividade Fim foi instruído com cópias dos contratos encaminhados pela consulente, nos quais figura como contratada a empresa ADPM – Administração Pública para Municípios.

É o breve relatório.

2 Fundamentação

A regra consagrada pela Constituição da República (art.37, XXI) para a contratação de obras, serviços, compras e alienações é que seja precedida do devido procedimento licitatório, na forma da lei, assegurando-se igualdade de condições aos interessados, exigindo-se apenas a qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

Esta foi a forma que o constituinte encontrou para assegurar a observância dos princípios da isonomia, da eficiência, da economicidade e da moralidade pública no âmbito das contratações de terceiros pelo Estado.

Segundo o Professor Marçal Justen Filho,

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.⁸⁹

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo então ministro Eros Grau, assim se manifestou sobre mencionado instituto do Direito Administrativo:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso

– o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da CB. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.⁹⁰

Para que o formalismo não se sobreponha ao fim último do procedimento licitatório, que é garantir economicidade, eficiência e isonomia nas contratações pelo poder público, o próprio artigo 37, XXI, da Constituição prevê a limitação de sua aplicação, nos termos de lei.

Assim, a Lei de Licitações enumera casos em que há a dispensa de licitação e aqueles em que se verifica a inexigibilidade. Na dispensa, existe viabilidade de competição, entretanto, por um ou outro motivo, o legislador entendeu por bem ser o procedimento dispensável. No caso da inexigibilidade, não existe viabilidade de competição: a inobrigatoriedade do procedimento prévio decorre da impossibilidade de fazê-lo.

Importante ressaltar que a previsão de dispensa e inexigibilidade de licitação não afasta a aplicação dos princípios basilares do Direito Administrativo: isonomia, eficiência, economicidade e moralidade pública. Ao contrário, a contratação direta pressupõe procedimento formal que demonstre o atendimento a estes princípios, mediante justificativa razoável para a escolha do contratado.

No caso apresentado pela Promotora de Justiça da comarca de Varginha, a contratação da empresa ADPM – Administração Pública para Municípios, a fim de prestar serviços técnicos profissionais especializados em auditoria e consultoria contábil, orçamentária e financeira, não foi precedida do devido processo de licitação sob o argumento de que se enquadraria na hipótese de inexigibilidade, fundamentada no inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, cujo teor é o seguinte:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

89 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010. P. 11

90 ADI 2.716, rel. min. Eros Grau, j. 29-11-2007, P, DJE de 7-3-2008. RE 607.126 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 2-12-2010, 1ª T, DJE de 1º-2-2011

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- 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.

Como se vê, o artigo 13 lista como serviços técnicos profissionais especializados as assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias. Entretanto, a simples contratação deste tipo de serviço não pressupõe a inexigibilidade de licitação. É imprescindível, para a configuração da inviabilidade de competição, o atendimento aos requisitos estabelecidos pelo inciso II do artigo 25 da Lei: natureza singular e contratação de empresa de notória especialização. Neste sentido, vale a citação da súmula 252 do Tribunal de Contas da União:

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.

No mesmo sentido tem se manifestado o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, como se pode depreender da decisão exarada nos autos do Processo Administrativo n.º 682377 (j. 22/05/2007):

(...) para a contratação direta, com fulcro no artigo 25, II, da Lei 8.666/93, é necessária configuração de três requisitos básicos: o serviço técnico, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto. Quanto à notória especialização do profissional ou empresa, há que se considerar dois conceitos: especialização, que consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, conferindo-lhe maior habilitação que os outros da mesma área de atuação (tais como cursos de pós-graduação, exercício de magistério superior, premiação, etc...) e a notoriedade significando o reconhecimento da qualidade do sujeito por parte da comunidade.

A matéria também chegou a ser sumulada pelo TCE/MG (súmula 106):

Nas contratações de serviços técnicos especializados celebrados pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o artigo 13 da Lei 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.

Na mesma esteira a voz da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta trata-se de um dos serviços previstos no art. 13; é necessário que a complexidade, relevância, os interesses públicos em jogo torne o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (...). Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.⁹¹

Ora, ao que se pode depreender da própria redação do artigo 13, § 1º da Lei de Licitações, os serviços técnicos especializados podem ser contratados através de procedimento de ampla concorrência, sendo esta a regra. Sua exceção, caso de inexigibilidade, é a contratação de serviços técnicos especializados singulares, em que não se pode identificar múltiplos prestadores capazes de executá-lo de forma satisfatória e com a mesma maestria. Por esta razão a necessidade de verificação quanto à notória especialização e quanto à singularidade do objeto do contrato.

Destarte, o que determinará a inexigibilidade de licitação, em primeiro lugar, será o caráter único e singular do serviço objeto da contratação. Ora, se o serviço é singular, requererá alguém extremamente habilitado para executá-lo. Se o serviço for comum, não haverá essa necessidade. Nesse sentido, a título exemplificativo, descreve Alexandre Mazza que “a contratação direta de escritório de advocacia para o patrocínio de causas de massa, como o contencioso trabalhista ou cível, não pode ser enquadrada como serviço técnico de natureza singular”⁹². Outro exemplo, fornecido por Diógenes Gasparini⁹³, seria a ilegalidade da contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello (ou qualquer outro advogado de notória especialização), para promover ações de execução fiscal de certo Município, já que este tipo de serviço é ordinatório à rotina dos entes da Administração.

No julgamento do Inquérito n.º 3074/SC, datado de 26/08/2014, afirma o Ministro Luís Roberto Barroso:

A natureza singular refere-se ao objeto do contrato, ao serviço a ser prestado, que deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Não basta, portanto, que o profissional seja dotado de notória especialização, exigindo-se, igualmente, que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. É essa nota de diferenciação que torna inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, dada a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado.

91 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. Págs. 384-385.

92 MAZZA, Alexandre. 2017, Pág. 572

93 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16 ed (atualizado por Fabrício Motta). São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 612.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho elucidam, com a maestria que lhes são peculiares:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido. Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples executivos fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim, também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para o ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isso incapazes de interferir com o resultado do serviço. Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento 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” e “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.⁹⁴

Assim, a inviabilidade de competição, no caso do inciso II, decorre não da ausência de pluralidade de alternativas, mas da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. Como o serviço técnico profissional especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando habilidades em face a cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre as diversas alternativas. Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo. Por outro lado, a qualificação individual dos profissionais nesse setor conduz à impossibilidade de a Administração Pública obter os préstimos do sujeito adequado por via da licitação. O profissional dotado de grande qualificação não se disporia a participar de uma licitação, especialmente em vista do risco de não se sagrar vencedor.⁹⁵

E, ainda, o Tribunal de Contas da União:

Não basta que o objeto seja complexo e que o sujeito tenha notória especialização. É necessário mais do que isso: tem que existir uma superioridade de adequação, assegurada por uma singularidade na natureza do serviço, existente na relação de trabalho em que o serviço nasce entre o sujeito prestador e o objeto contratado. Daí porque a licitação ser

inviável, pois, evidentemente, somente um sujeito estaria em condições de prestá-lo. Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Prieto, “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”⁹⁶

É fato público que a ADPM é uma empresa que tem sido contratada por diversos municípios mineiros a fim de prestar serviços de natureza administrativa. Não se pretende, por ora, tratar de sua “notória especialização”, inclusive porque o presente PAAF não se encontra instruído suficientemente para tanto.

Entretanto, quanto à singularidade do objeto do contrato, é possível afirmar sua inexistência. A simples leitura da descrição das obrigações da contratada junto ao município de Monsenhor Paulo, tanto no Contrato nº 02/2017 quanto no instrumento firmado em 12 de janeiro de 2006, é suficiente à conclusão de que os serviços contratados são rotineiros e permanentes, indispensáveis ao adequado exercício da administração municipal.

São enumeradas como obrigações da contratada, por exemplo, no que se refere à consultoria contábil, a “consultoria na elaboração e discussão da proposta de lei do plano plurianual, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei orçamentária anual, acompanhamento da execução orçamentária, conferência e análise dos balancetes mensais emitidos pela contabilidade”, entre outras atividades que legalmente devem ser praticadas de forma contínua pela Administração. Da mesma forma, no tocante à auditoria, as obrigações descritas no contrato têm caráter rotineiro e permanente: “examinar e opinar sobre o sistema contábil e sistema de controle interno, auditar e emitir parecer sobre os atos de gestão da receita e da despesa pública”, etc...

Entendimento semelhante, inclusive, foi externado pela Central de Apoio Técnico da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais – CEAT – quando da elaboração dos Pareceres Técnico Contábil SISCEAT 21626903 e 27056228, datados de 31.08.2017 e 28.11.2017, envolvendo contratações da ADPM. Aliás, em tais pareceres a CEAT identifica outras empresas aptas a prestar os mesmos serviços, por preços competitivos no mercado.

Também são citadas pela CEAT decisões em que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais julgou indevida a contratação direta desta mesma empresa – ADPM – por outros Municípios. Vale a pena a transcrição:

Acórdão 2ª Câmara de 30/08/2012 - Processo nº 715981

No caso em análise, verifico, de plano, que o objeto da contratação não possui o atributo da singularidade, mas se encontra no âmbito da atividade administrativa comum e rotineira. A execução de serviços nas áreas administrativa, contábil e financeira é inerente aos trabalhos desenvolvidos pela Administração Pública Municipal, não se revestindo de natureza extraordinária apta a autorizar a contratação direta com fulcro no inciso II do art. 25 da Lei de Licitações. Saliento, ainda, que a Constituição da República, no inciso XXI do seu art. 37, impõe a regra da licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, por

94 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Pág 492- 493.

95 Ob. Cit., p. 505.

96 Acórdão 7840/2013 – Primeira Câmara – TCU

parte da Administração, ressalvados os casos especificados na legislação.

Acórdão 1ª Câmara de 18/06/2013 - Processo nº 677066

O posicionamento desta Corte de Contas, em relação à prestação de serviços de consultoria, assessoria, auditoria financeira e treinamento pessoal, firmado no Incidente de Uniformização n. 684973/2004, é contrário a esse tipo de contratação, no sentido de que o objeto licitado não se reveste de singularidade, mas sim de serviços corriqueiros e amplos, o que não inviabiliza a competição. Isto posto não foram preenchidos os requisitos preestabelecidos em lei, para a utilização do procedimento de inexigibilidade, demonstrando, na verdade, falta de planejamento e controle, em desconformidade com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade e da obrigatoriedade de licitar, insculpidos no art. 37, caput, e inc. XXI da Constituição da República/88, a Constituição Cidadã, e artigos 2º e 3º da Lei n. 8.666/93.

Acórdão 1ª Câmara de 04/02/2014 - Processo nº 811150

Com efeito, conforme o próprio TCU, a singularidade de um serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade, especificidade, ou seja, a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

Julgo irregular o procedimento de contratação com base na inexigibilidade de licitação, pela falta desses dois elementos essenciais ao processo: especificação e detalhamento do objeto que possibilite a justificativa do preço global contratado.

3 Conclusão

Respeitada a independência funcional da Promotora de Justiça Natural, e considerando o até aqui exposto, conclui o Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público que o objeto dos contratos celebrados pela Prefeitura de Monsenhor Paulo e a empresa ADPM não possui a característica de singularidade, não se enquadrando na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei de Licitações.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente feito.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2017

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público