



PARECER PROJUR N°007/2021

PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 007 / 2021

EMENTA: Licitação - Solicitação de Despesa - Serviços Educacionais - Consultoria - Pregão - Preço - Possibilidade
--

I - DO RELATÓRIO

Esta procuradoria Jurídica, foi instada a se manifestar acerca da possibilidade de execução de Processo Licitatório na contratação da Empresa LUCAS MIRANDA DOS SANTOS ME, CNPJ N.º 12.635.755/0001-41.

Assim sendo, referem-se os autos de processo administrativo instaurado com vista a Contratação de Empresa para prestação de serviços Técnicos na área de assessoria e consultoria educacional, projetos pedagógicos e serviços correlato na rede municipal de ensino (SIC).

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

Consoante extrai-se dos autos, busca-se a contratação de Empresa para o oferecimento de serviços de assessoria e consultoria educacional, projetos pedagógicos e serviços correlatos na rede municipal de ensino.

Inicialmente há de se extrair quais seriam os serviços oferecidos e a sua importância dentro da Secretaria de Educação do Município, considerando que esta teria ou não Servidores efetivos



que poderiam desempenhar este papel, tornando assim efetiva a elevação do princípio da Economicidade da Administração Pública.

A Secretaria solicitante informa, no entanto, que estes serviços incluem a "assessoria técnico-pedagógica na execução do planejamento das políticas educacionais da rede e na implementação dos processos da gestão na Secretaria Municipal de Educação".

Pois bem, a descrição acima aposta não deixa dúvidas quanto ao caráter de serviços especiais e continuados a serem contratados. Esta Procuradoria, no entanto, não adentra ao processo de Conveniência e Oportunidade de a Administração Pública têm em contratar com terceiros e nem na questão da necessidade de a Secretaria possui em contratar assessorias específicas, atendo-se somente ao fato e àquilo em que foi provocada, em apontar o caminho correto a seguir quando do lançamento de certame contratual.

No que concerne aos serviços a serem contratados, diante de breve leitura da Solicitação de Despesa, estes revestem-se de ATIVIDADES TÍPICAS da Administração, mais notadamente na Secretaria de Educação em estabelecer políticas públicas de Educação, gerenciamento e de Projetos Pedagógicos.

Neste sentido, por serem atividades típicas do Município, vinculadas ao planejamento das políticas públicas educacionais, o socorro à modalidade de Inexigibilidade não seria o norte a ser seguido. Outras Jurisprudências também apontam que a modalidade Pregão também seria indevido, pois atividades intelectivas, como assessoria e consultoria, não poderiam ser qualificadas como serviço comum disponível no mercado.



Assim sendo, no que se descortina o descumprimento de várias formalidades licitatórias, necessário é que exista a **definição do objeto licitado de forma mais detalhada e com base numa planilha média de preços a serem oferecidos por, no mínimo três empresas, que atuam neste ramo de negócios e, ao mesmo tempo a Secretaria emitir um Relatório defendendo a necessidade imperiosa da Contratação destes Serviços, face a uma eventual falta de profissionais qualificados dentro do seu quadro efetivo.**

Vencidas estas etapas iniciais e "inaugurativa" do deslanche do Procedimento licitatório, adentramos na seara estrita da Legislação quanto à modalidade licitatória mais adequada ao caso apresentado.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal determina que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão precedidas de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação. A licitação configura procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa, caracterizando-se como ato administrativo formal, praticado pelo Gestor Público, devendo ser processado em estrita conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. No que se refere à modalidade licitatória ora em análise, vale aclarar que a Lei 10.520/2002 dispõe que pregão é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, sendo estes considerados, para os fins e efeitos desta Lei, como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por



meio de especificações usuais (art. 1º, parágrafo único). Com as cautelas recomendadas pela Lei 10.520/2002, com aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, como:

- I -Definição do objeto de forma clara e sucinta;
- II -Local a ser retirado o edital;
- III -Local, data e horário para abertura da sessão;
- IV -Condições para participação;
- V -Critérios para julgamento;
- VI -Condições de pagamento;
- VII -Minuta do contrato, prazos e condições para assinatura do contrato;
- VIII -Sanções para o caso de inadimplemento;
- IX -Especificações e peculiaridades da licitação.

No Estado Democrático de Direito, como sublinhado, a Constituição Federal é a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, donde, todas as regras legislativas devem, necessariamente, observância aos seus princípios.

No sistema jurídico administrativista brasileiro, a exemplo dos demais ramos jurídicos, o que não poderia ser diverso, consoante constitucionalmente determinado, vige, dentre outros preceitos norteadores da Administração Pública, o princípio da legalidade - art. 37, caput, da Constituição da República. Assim preceitua o invocado dispositivo Constitucional:

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:

Nessa senda, a vontade da administração são os fins colimados pelas normas jurídicas. Isto é, todo ato administrativo, entendido aqui, aquele que tendente a criar, alterar e extinguir direitos, somente pode ser praticado, em estrita observância aos preceitos legais, sob pena de sua invalidação.

Assim, não se olvide que, a Constituição Federal, norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro, determina que, para a contratação de serviços, obras de engenharia e aquisição de bens pela administração pública, é obrigatória a realização de certame licitatório, nos termos do que preceitua o art. 37, inciso XXI, assim posto:

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.

Como é consabido, o invocado dispositivo constitucional, tem sua aplicação regulamentada pela Lei Federal Nº 8.666/93 e suas posteriores alterações - Estatuto das Licitações.

A adoção de licitação é a regra geral, como se vê. No sentido de que, quando a Administração Pública pretender adquirir bens, serviços ou executar obras de engenharia, adotará, necessariamente, de acordo com as especificidades do objeto a ser contratado e o valor total da contratação a ser entabulada, uma



das modalidades previstas pelos incisos do art. 23 do Estatuto das Licitações.

Entretanto, a norma regulamentadora das Licitações, em atendidos os requisitos legais ali fixados, estabelece exceções ao princípio geral de sua obrigatoriedade, autorizando, destarte, que as contratações sejam realizadas diretamente, como forma excepcional, em decorrência do princípio da proporcionalidade. Existem casos em que a realização de licitação é impossível ou incompatível com a satisfação das necessidades coletivas¹.

Na primeira modalidade ventilada, tem-se a inexigibilidade que advém da natureza das coisas. Já, a outra categoria, deriva da intenção do legislador, ou seja, é previsão legal. Daí porque, segundo JUSTEN FILHO², *"o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas"*. Em restando inviabilizada a competição, o dispositivo do Estatuto das Licitações a ser aplicado é o art. 25. Por outro lado, as hipóteses de dispensa vêm regradas pelo art. 24 do aludido Diploma Legal, observando-se, em cada caso, as peculiaridades constantes dos supracitados dispositivos.

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento

¹ Justen Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.351.

² Op. Cit. pp. 354.



convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Veja-se aqui que, conforme preleciona JUSTEN FILHO³, a realização de competitivo envolve uma relação de custo e benefício:

“[...] Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes de laboratórios etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referente à demora para o desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos.

Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração Pública. Esses benefícios consistem em que a Administração Pública efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido.

O legislador, aplicando o princípio da proporcionalidade, identifica algumas hipóteses em que os benefícios potenciais produzíveis pela licitação seriam inferiores a algumas desvantagens previsíveis. O legislador dispensa a licitação como resultado dessa ponderação de fatores.”

Nessa seara, o art. 24 do Estatuto das Licitações, prevê várias possibilidades de dispensa, de acordo com a definição custo/benefício. Utilizando-se desta definição adotada por JUSTEN FILHO⁴, chega-se a quatro situações possíveis.

A Primeira, diz com relação ao custo econômico da licitação, ou seja, quando o custo da abertura do procedimento licitatório for superior ao benefício dela advindo.

³ Idem 356/357.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Dos Tribunais, 2014. pp. 398.



No caso ora analisado, como se ventilou anteriormente a documentação apresentada não se amolda a casos de inexigibilidade de licitação, posto que o Tribunal de Contas dos Municípios em análise de contratação desta mesma empresa em 2020, pronunciou-se e notificou o Município acerca desta modalidade aplicada à época. Fartos são os julgados do TCM-BA quanto ao caso de se contratar por inexigibilidade as empresas de assessoria e consultoria educacional, assim falando em um sem número de julgados semelhantes:

“Neste contexto, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 25, inciso II, autoriza a contratação direta de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Porém, não obstante ser permitida a contratação sem licitação, como pôde ser visto, o Poder Público deverá, mesmo nesses casos, realizar um procedimento prévio, mediante o qual se atenda a determinadas formalidades necessárias para que fique demonstrado, de forma inequívoca, a inviabilidade de competição, a natureza singular do objeto e a notória especialização do sujeito.” 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; (...)” (grifo aditado). É bem verdade que o citado art. 13, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos, estabelece como serviços profissionais técnicos especializados as assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias. Contudo, sabemos que o mero enquadramento da atividade no referido artigo, por si só, não é suficiente para que a Administração Pública contrate diretamente o particular sob a égide do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Para que se configure a situação de inexigibilidade facultada pelo inciso II, do art. 25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no caput do art. 25, qual seja, a inviabilidade de



competição, que, em tais situações, somente se perfaz, através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado. Assinale-se que a inviabilidade de disputa poderá decorrer tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular, ou seja, quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, por exemplo, ensejando o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual, será inútil a competição. Percebe-se que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias extra normativas, característica essa inerente à inexigibilidade de licitação. Desta maneira, as situações que ensejam tal espécie excludente do certame licitatório não se exaurem nos incisos do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, haja vista serem hipóteses, meramente, exemplificativas. Em outras palavras, a hipótese de inexigibilidade de certame licitatório para a escolha do prestador do serviço pretendido pela Administração Pública somente se legitima acaso o serviço a ser contratado se revista de NATUREZA SINGULAR, assim entendido como aquele serviço cujo caráter incomum não rotineiro, particular, especial, excepcional, torne o objeto a ser contratado tão único e individual, distinto dos demais da sua espécie, que faça com que a sua satisfatória execução somente possa ser adjudicada a prestador dotado de conhecimentos diferenciados dos demais disponíveis no mercado.”

Finalmente, impõe destacar que este parecer leva em consideração, exclusivamente, os elementos que constam, até esta data, nos autos do processo administrativo ora analisado e com os elementos aqui trazidos pelo solicitante, tendo por escopo ingressar em seara estranha as competências desta Procuradoria Jurídica, especialmente no que tange ao mérito administrativo, determinados pela conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública.



III – DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina-se pela possibilidade de a Administração Pública possa iniciar o procedimento Licitatório na Modalidade Pregão, após carreadas as devidas justificativas da Secretaria solicitante, contendo a necessidade da Secretaria em contratar tal serviço, a capacidade gerencial ou não de a Secretaria tem de estabelecer políticas públicas de educação o que justificaria a contratação de terceiros para tal desiderato, bem como pesquisa de preço no mercado.

É o nosso Parecer

S.M.J.

Procuradoria Jurídica Geral em 08 de fevereiro de 2021.

Antonio Dagoberto de Jesus Rios
Procurador Jurídico Geral