

Processo: 1058875
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Pedro Américo de Almeida
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Conselheiro Lafaiete
Parte: Mário Marcus Leão Dutra
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

PRIMEIRA CÂMARA – 20/10/2020

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. SINGULARIDADE DO OBJETO. SERVIÇOS NÃO HABITUAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO. MULTIPLICIDADE DE PRESTADORES APTOS. ESCOLHA DO CONTRATADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. JUSTIFICATIVA DE PREÇOS.

1. O primeiro ponto a ser observado para a caracterização da singularidade do objeto, quanto à prestação de serviços técnicos profissionais especializados, é que não se refiram a serviços corriqueiros, da rotina da Administração, habitualmente prestados por seus servidores.
2. Para a caracterização da singularidade do objeto não se exige que haja apenas um prestador apto à execução do serviço, hipótese em que a inviabilidade de competição dispensaria a presença dos requisitos do inciso II, do art. 25, da Lei n.º 8.666/93.
3. Reconhecida a singularidade do objeto, a escolha do prestador do serviço, devidamente justificada, dar-se-á, com certo grau de subjetividade, pelo princípio da confiança.
4. No caso de inexigibilidade de licitação, pela reconhecida inviabilidade de competição, mostra-se razoável a justificativa de preços com base em dados obtidos de contratos pretéritos do próprio prestador a ser contratado, nos quais se possa verificar a equivalência entre os objetos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente a representação;
- II) determinar a intimação do representante e do representado;
- III) determinar, após cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, o arquivamento dos autos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Processo 1058875 – Representação
Inteiro teor do acórdão – Página 2 de 16

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de outubro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 20/10/2020

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação apresentada por Pedro Américo de Almeida, na condição de vereador da Câmara Municipal de Conselheiro Lafaiete, com protocolo datado de 21/01/2019, em face de suposta irregularidade no Processo Licitatório n.º 076/2018, Dispensa n.º 009/2018, cujo objeto é a contratação de assessoria especializada para prestação de serviços técnicos advocatícios de consultoria jurídica ao Controle Interno Municipal, visando à estruturação e implementação específica de Sistema de Controle Interno Municipal nos setores de compras, licitação, contratos, obras e serviços de engenharia e patrimônio, em cumprimento aos termos da Decisão Normativa 0002/2016 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e demais preceitos legais e normativos aplicáveis.

Embora a representação recaia sobre a Dispensa n.º 009/2018, trata-se, efetivamente, de inexigibilidade de licitação com fundamento no artigo 25, II da Lei n.º 8.666/1993, alegando o representante que o serviço contratado não possuiria natureza singular apta a inviabilizar a competição, estando, portanto, viciada a contratação.

A representação foi recebida em 21/02/2019 por meio do despacho de fls. 29 (Peça n.º 11 do SGAP).

A unidade técnica se manifestou às fls. 32 a 35v (Peça n.º 11 do SGAP), apresentando entendimento de que o serviço contratado atendia aos requisitos legais para a contratação direta quanto ao preço e à notória especialização da contratada, entretanto, não obstante enquadrar-se na definição do artigo 13 da Lei n.º 8.666/1993 para serviço técnico profissional especializado, não atendia ao requisito da singularidade. Em seguida, concluiu pela procedência da representação e pela citação do Sr. Mário Marcus Leão Dutra, prefeito de Conselheiro Lafaiete.

O Ministério Público, em sua manifestação preliminar às fls. 37 a 38 (Peça n.º 11 do SGAP), aditou a representação, entendendo que o preço da contratação não teria sido devidamente justificado e opinou pela citação do responsável.

Devidamente citado, o prefeito, Sr. Mário Marcus Leão Dutra, apresentou defesa de fls. 42 a 56 (Peça n.º 11 do SGAP), alegando que o serviço contratado teria natureza singular e que o preço contratado estaria de acordo com o mercado.

A unidade técnica se manifestou às fls. 550 a 552 (Peça n.º 12 do SGAP), entendendo que as alegações da defesa não foram capazes de afastar as irregularidades, sugerindo a aplicação de multa ao responsável por descumprimento ao dever de licitar previsto no artigo 37, XXI da Constituição da República e no artigo 2º da Lei n.º 8.666/1993.

Em seu parecer conclusivo, às fls. 554 a 555 (Peça n.º 12 do SGAP), o Ministério Público, acompanhando o entendimento da unidade técnica, opinou pela procedência dos apontamentos da representação e pela aplicação de multa ao responsável.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A presente representação tem por objeto a análise de duas irregularidades apontadas com relação ao Processo Licitatório n.º 076, Dispensa n.º 009/2018, que resultou na contratação da assessoria especializada da empresa Priscila Viana Sociedade de Advogados, formalizada no Contrato n.º 107/2018, fls. 06 a 14 (Peça n.º 11 do SGAP), para prestação de serviços técnicos advocatícios de consultoria jurídica ao Controle Interno Municipal, visando à estruturação e implementação específica de Sistema de Controle Interno Municipal nos setores de compras, licitação, contratos, obras e serviços de engenharia e patrimônio, em cumprimento aos termos da Decisão Normativa 0002/2016 do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e demais preceitos legais e normativos aplicáveis.

O escopo dos serviços contratados foi assim especificado na cláusula segunda do contrato:

Etapa	Descrição	Prazo Execução	Valor Mensal R\$	Valor Total da Etapa R\$
01	Verificação da atual situação do Sistema de Controle Interno Municipal e diagnóstico do funcionamento dos diversos órgãos da Administração Pública Municipal.	03 meses	7.300,00	21.900,00
02	Aperfeiçoamento do Sistema de Controle Interno do Município mediante a elaboração de instruções normativas, rotinas e procedimentos.	05 meses	7.300,00	36.500,00
03	Acompanhamento da implantação das instruções normativas.	02 meses	7.300,00	14.600,00
04	Elaboração de instrução normativa sobre a realização de auditoria interna.	02 meses	3.650,00	7.300,00
05	Realização de 04 palestras, treinamentos, oficinas ou seminários de qualificação e aperfeiçoamento profissional.	Ao longo do contrato	-	-
Total				80.300,00

O processo de contratação direta, embora tenha sido nominado como de dispensa de licitação, efetivamente, se deu com fundamento em inexigibilidade de licitação pela hipótese do inciso II, do artigo 25 da Lei n.º 8.666/1993:

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;

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

A primeira irregularidade, apontada pelo representante em sua peça inicial, fl. 1 (Peça n.º 11 do SGAP), foi a ausência de natureza singular do serviço contratado e a segunda irregularidade, aditada pelo Ministério Público, fls. 37 a 38 (Peça n.º 11 do SGAP), foi a falta de justificativa para o preço contratado.

Passa-se, então, à análise individualizada de cada uma das irregularidades:

Quanto à ausência de natureza singular do serviço

O representante limitou-se a relatar que, a despeito dos diversos questionamentos que fizera, como edil, a respeito do não enquadramento da contratação em tela na hipótese do art. 25, II da Lei n.º 8.666/1993, o Poder Executivo optou pela manutenção do contrato.

Assim, não satisfeito com as justificativas apresentadas pelo Executivo, alegou, sem fundamentar seu pedido, que o serviço não teria natureza singular, de acordo com a jurisprudência desta Casa.

A unidade técnica, fls. 32 a 35v (Peça n.º 11 do SGAP), realizou minucioso estudo sobre o instituto da singularidade para efeito de enquadramento na hipótese permissiva de inexigibilidade de licitação do artigo 25, II da Lei n.º 8.666/1993.

Contrapondo-se às alegações apostas nas manifestações da Comissão Permanente de Licitação e da Procuradoria Jurídica, no processo de inexigibilidade, que, em linhas gerais, defendem a natureza singular do objeto sob o entendimento de que, consoante jurisprudência do TCU, esta se relaciona ao profissional e não ao serviço, “*pois está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional, impedindo, portanto, a aferição de competição*”, além de, no caso específico, abranger serviços não afetos à Administração de forma cotidiana e rotineira, a unidade técnica, valendo-se de doutrina de Jacoby Fernandes e Justen Filho e de jurisprudência de diversos Tribunais de Contas, apresentou entendimento de que a singularidade se refere ao serviço executado e não a seu executor e discorreu sobre a necessidade de que os serviços singulares não se amoldem àqueles habitualmente desenvolvidos pela Administração, trazendo à baila, neste sentido, a súmula n.º 106 desta Corte:

A unidade técnica teceu comentários sobre a desnecessidade de que o serviço possa ser realizado apenas por um executor como condição para a singularidade do objeto, o que está em perfeita consonância com os ditames legais, pois, casos de fornecedores ou executores exclusivos configuram hipótese de inexigibilidade prevista no *caput* do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, sendo suficiente a simples constatação de impossibilidade de competição, o que prescinde dos requisitos exigidos pelo inciso II do mesmo artigo, nas quais se insere a singularidade.

Em seguida, após outras considerações, concluiu que o serviço não seria singular com base em interpretação de doutrina de Marçal Justen Filho. Pela forma didática da exposição feita pela unidade técnica, transcrevo este trecho de seu relatório, fls. 5 a 7 (Peça n.º 4 do SGAP):

Destarte, o fato de haver inúmeros possíveis executores não é excludente da hipótese de singularidade, pois essa não é uma condição (objetiva) estipulada na norma legal. E nem tampouco a complexidade induz a singularidade, pois há casos que um serviço não é complexo, mas mantém poderá ser singular. Da mesma forma, a singularidade não decorre da notória especialização de seu executor (singularidade subjetiva), ora, a notória especialização e a singularidade são institutos diferentes, até porque o art. 25, II, da lei 8.666/93 os tratam como requisitos distintos e que devem ser atingidos de forma cumulativa.

Considerar que a inviabilidade pode decorrer da pessoa do contratado, é o mesmo que admitir que um mesmo objeto é a um só tempo, singular e não singular, conforme a pessoa que o executar. Ora, o serviço é ou não é singular.

Então o que seria um serviço singular, anômalo e não afeto à Administração?

Basicamente seria a imprevisibilidade ou incerteza do resultado da execução, algo que torne o serviço infungível, não padronizado e anômalo. Ou seja, considera-se serviço singular aquele cujo resultado não é possível de determinar antecipadamente o resultado da execução; pois este irá variar de acordo com aquele que o executa.

Nessa esteira Marçal Justen Filho leciona (Ainda a Inviabilidade de Competição para Contratação de Serviços Técnicos Profissionais Especializados. Artigo publicado em Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, Editora Fórum, v.2, n.17, maio 2003, p. 2057-2073.):

Em outras palavras, **singular não é o objeto do serviço, mas o interesse público concreto titularizado pela Administração**. Não obstante, neste aspecto, Celso Antônio Bandeira de Meio refira-se que são singulares os estilos ou orientação pessoal dos prestadores de serviço, o que “não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço.”

O interesse público, a ser satisfeito através da contratação, será “singular” na medida em que escapar ao padrão de normalidade das atividades e dos recursos disponíveis no âmbito da Administração. Mais ainda, quando a necessidade administrativa apresentar tamanha complexidade e heterodoxia que não haja disponibilidade para sua satisfação através quer dos recursos materiais e humanos da própria Administração, quer por parte de um sujeito ou empresa de capacitação comum, média, regular.

Portanto, a prioridade do exame não se dirige nem ao sujeito a ser contratado nem à atividade que desempenhará, mas às necessidades e peculiaridades da própria Administração. **A singularidade consiste na caracterização da anomalia — mas verificada em face das características da própria Administração.**

Daí deriva a impossibilidade de caracterizar como singular uma certa prestação de serviço considerada em si mesma. A qualificação da singularidade depende da circunstância concreta, em face de cada caso específico, tomando em vista a entidade administrativa que desempenha atuação determinada.

Logo, a singularidade do objeto variará no tempo e no espaço, podendo ser diversamente qualificada em cada oportunidade. Determinada contratação poderá envolver singularidade de objeto em um caso, mas ser diversamente considerada em outro. [...]

A singularidade do objeto consiste na existência de peculiaridade no interesse público que exige solução não padronizada, específica para o caso concreto. Verifica-se a necessidade de produzir, para cada caso, a solução adequada a satisfazer interesse público peculiar. Isso se passará em todas as hipóteses de produção de um objeto diferenciado daqueles fornecidos por uma pluralidade de agentes no mercado. A singularidade se relaciona com a necessidade de solução original, que contenha resposta às exigências incomuns que o interesse público apresenta. A singularidade do interesse público acarreta espécie de “infungibilidade” entre as prestações imagináveis para sua satisfação. Não é possível supor que qualquer prestação, integrante de uma categoria, atenderia ao interesse público, em termos equivalentes. Apenas as prestações que apresentem alguma característica especial, correspondente à peculiaridade do interesse público, é que servem para o Estado.

No caso em epígrafe não se vê uma “infungibilidade” nos serviços de consultoria contratados pela Administração; ora, apesar de haver inúmeros fornecedores, cada um com metodologia própria, isso não se nega; o produto final será o mesmo, padronização de rotinas e processos administrativos conforme critério estabelecido na lei e a decisão normativa proferida por esta Corte de Contas, independente de quem o tenha executado.

Portanto, vê-se que o processo de inexigibilidade se encontra maculado por lesão direta à lei, devendo haver declaração do processo de contratação direta e, por conseguinte, nulidade do contrato administrativo, pagando à CONTRATADA apenas o proporcional

pelos serviços já prestados, haja vista não ter havido qualquer constatação, até agora, de má-fé por parte deste, assim como preconiza o art. 59, parágrafo único, da lei 8.666/93. Ademais, também não se pode constatar, até o presente momento, má-fé ao gestor público responsável e nem o imputar a ressarcir ao erário, pois não se pode determinar, analisando apenas o ato de autorização da licitação, objetivamente prejuízo ao erário, pois se trata de uma definição com muitas controvérsias jurídicas que podem levar facilmente qualquer operador do direito ou agente público ao engano.

Assim, com fundamento na doutrina de Marçal Justen Filho, relativa as peculiaridades do interesse público como elemento caracterizador da singularidade do objeto, conferindo-lhe uma espécie de “infungibilidade”, a unidade técnica não vislumbrou a presença de tal requisito na contratação em análise, por entender que, independentemente do prestador do serviço, *“o produto final será o mesmo, padronização de rotinas e processos administrativos conforme critérios estabelecidos na lei e a decisão normativa proferida por esta Corte de Contas”*.

Exatamente quanto a este ponto se funda a defesa apresentada pelo Sr. Mário Marcus Leão Dutra às fls. 42 a 56 (Peça n.º 11 do SGAP), discordando da conclusão da unidade técnica ao argumento de que a singularidade da contratação da empresa Priscila Viana Sociedade de Advogados estaria resguardada, justamente, pela peculiaridade do interesse público envolvido.

A defesa iniciou sua argumentação alegando, ao contrário da conclusão da unidade técnica, que o produto final esperado não é a mera padronização de rotinas e procedimentos administrativos de acordo com os critérios legais e normativos, pois, fosse esse o objetivo da contratação, poderia ser facilmente executado pelo Controlador Geral do Município com o apoio da Procuradoria Geral, ou ser licitado.

A defesa apresentou, em seguida, descrição dos serviços executados pela contratada, discorrendo sobre o diferencial de sua metodologia em relação a serviços padronizados, de prateleira, comumente ofertados e implementados em diversos municípios, justificando sua escolha pela busca de um serviço customizado com soluções adequadas ao contexto do Município:

Quando a atual gestão assumiu a Prefeitura Municipal (2017/2020), diante da situação de descontrole generalizado em que se viam os diversos órgãos públicos, buscou-se um trabalho efetivamente **customizado**, em que o prestador de serviços criasse soluções adequadas ao contexto do Município, capazes de alterar a sua realidade, para que a Controladoria Geral não fosse apenas um órgão formal ou que executasse, conforme acontece na grande maioria dos pequenos e médios municípios mineiros, os controles que, por lei, competem às unidades executoras (secretarias e órgãos municipais). É o que se conclui da exposição de motivos do Projeto de Lei elaborado pela contratada, a partir constatação da inexistência de um sistema de controle interno no Poder Executivo Municipal (cópia em anexo).

A metodologia utilizada pela contratada, que motivou a sua escolha para a execução do objeto em tela, encontra-se comprovada nos documentos em anexo. Ela pressupõe a realização de um diagnóstico inicial, mediante visitas e entrevistas presenciais com a totalidade dos servidores lotados nos setores objeto do diagnóstico, bem como dos respectivos agentes políticos. (vide atas e listas de presença anexas às respectivas notas fiscais e relatório de prestação de serviços mensais)

Os encontros tem como objetivo averiguar a existência de instrumentos de controle, conhecer a realidade dos setores e suas respectivas dificuldades enfrentadas no dia a dia, para, dessa forma, com base nas informações levantadas, na estrutura física e de recursos humanos de cada órgão, propor soluções, implementar rotinas de trabalho adequadas àquela realidade e, por fim, instrumentos e mecanismos que elevem a eficiência da gestão pública. Nesses momentos são também colhidas sugestões dos próprios servidores para a melhoria do desempenho de suas atribuições e conseqüentemente, de todo o serviço da Prefeitura Municipal.

Essa fase é concluída com o relatório diagnóstico, que subsidia a tomada de decisões sobre os tipos de controle a serem instituídos e as mudanças físicas, procedimentais e/ou estruturais que se mostrem necessárias.

Posteriormente inicia-se a elaboração das instruções normativas, novamente com a presença dos servidores envolvidos na fase de diagnóstico, a fim de que eles participem da construção das normas e procedimentos que deverão ser por eles seguidos no exercício dos seus respectivos controles internos.

Essas normas demandam revisões por parte de seus usuários e do responsável pela unidade central do sistema de controle interno e, antes de entrarem em vigor, a consultoria realiza treinamentos e capacitações para que os novos instrumentos de controle sejam efetivamente compreendidos por seus usuários e não simplesmente “impostos”, por um ato autoritário unilateral, reforçando a participação de seus destinatários em todas as fases do trabalho. (vide novamente atas e listas de presença em anexo)

Segue-se a fase de acompanhamento de implantação das normativas, com o monitoramento da fase de adaptação dos servidores à **nova cultura de controle e responsabilidade**, a fim de se constatar a necessidade de ajustes nas normas e seus efeitos práticos nos diversos processos administrativos da entidade. Concluída essa fase, a Controladoria Geral do Município torna-se mais apta a realizar os procedimentos de auditoria interna, a partir dos parâmetros de atuação estabelecidos nas instruções normativas, completando o ciclo de atuação da unidade central do Sistema de Controle Interno, assim resumido:

- a) diagnóstico da situação;
- b) debate sobre os instrumentos de controle a serem adotados de acordo com a situação encontrada;
- c) consenso quanto aos instrumentos de controle a serem adotados, expressos em normatizações;
- d) treinamentos para execução das normatizações;
- e) implantação;
- f) auditoria interna.

Após discorrer minuciosamente sobre os serviços executados pela contratada e seu diferencial com relação a serviços padronizados, de prateleira, comumente ofertado por empresas do ramo, ressaltando a importância da participação dos servidores e agentes políticos no processo, a defesa definiu o que entende por singularidade quanto ao objeto em análise:

A singularidade do objeto, portanto, não reside nas instruções normativas ou procedimentos padronizados elaborados sob a orientação da contratada, mas sim na transformação dos processos de trabalho e da conduta dos servidores, para além de uma mera aparência de legalidade. **O que se espera é a mudança de cultura, ou seja, que os servidores observem as instruções normativas, não apenas “porque está na Lei”, mas sim porque eles acreditam que é o correto a se fazer, na medida em que vislumbram, com a sua prática, significativas melhorias em seus trabalhos e, em última instância, a garantia de consecução do interesse público e do bem estar de toda a coletividade.**

Complementando seu raciocínio, após apresentar uma comparação entre os serviços realizados pela contratada e serviços propostos por outra empresa, a defesa acrescentou:

(...) as normas só podem ser efetivamente cumpridas se os servidores, além de participarem de sua elaboração, forem adequadamente treinados para cumprir aquela normativa específica criada junto com eles, e não minutas e modelos genéricos apenas adaptados ao nome dos órgãos que compõem a Estrutura Administrativa do Poder Executivo Municipal.

Ora, como a Controladoria Geral pode criar normas sem executar um diagnóstico prévio e circunstanciado da realidade dos diversos órgãos públicos municipais? Como tais normas vão conseguir a adesão irrestrita se os servidores não se sentem responsáveis por sua elaboração e cumprimento ou se não são ouvidos, já que melhor do que ninguém conhecem a sua realidade? E como saber se as instruções normativas geram os efeitos esperados, se não houver o acompanhamento durante a sua implantação? Essa forma de atuação encontra-se exaustivamente comprovada na documentação anexa a esta defesa.

Por isso o serviço com a Dra. Priscila Viana é infungível: não se confunde com outros similares disponíveis no mercado, pois não é qualquer profissional que se propõe a um trabalho tão personalizado e customizado. **A personalização do trabalho não tem a ver com a figura da contratada, mas sim com o objetivo buscado pelo Poder Executivo Municipal ao contratar tais serviços.** A profissional que se mostrou mais adequada ao atendimento de tal objetivo, em virtude de sua experiência anterior, forma de atuação e estudos realizados foi a contratada.

Por fim, depois de enfatizar que o resultado final não seria o mesmo daquele obtido pela contratação de qualquer profissional, devido à metodologia, experiência e conhecimento da contratada e de relatar o fato de o Ministério Público Estadual ter reconhecido, por duas oportunidades, a hipótese de inexigibilidade de licitação na contratação da mesma empresa em serviços similares prestados a outros municípios, arquivando respectivos inquéritos civis, a defesa evocou o princípio da confiança como aplicável ao caso, fundamentando suas alegações com referências à súmula n.º 264/2011 do TCU e à decisão do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.074/SC, entre outras.

Eis o enunciado da súmula citada:

SÚMULA 264/2011/TCU: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do **executor de confiança**, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993. (grifei).

Do acórdão citado, trago parte dos trechos do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, reproduzidos pela defesa:

5. Duas considerações podem justificar o afastamento do dever de licitar nesses casos: (i) a peculiaridade dos próprios serviços, quando sejam marcados por considerável relevância e complexidade; e (ii) a falta de parâmetros para estruturar a concorrência entre diferentes prestadores especializados.(...) A atribuição de um encargo como esse pressupõe uma relação de confiança na expertise diferenciada do prestador, influenciada por fatores como o estilo da argumentação, a maior ou menor capacidade de desenvolver teses inovadoras, atuações pretéritas em casos de expressão comparável, dentre outros.

(...)

13. 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.

Ainda, do mesmo voto, a defesa reproduziu trecho em que o relator cita Celso Antônio Bandeira de Melo¹:

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.

(...)

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 individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público.

Em sua manifestação final (Peça n.º 8 do SGAP), a unidade técnica limitou-se a ratificar o entendimento inicial, sem tecer quaisquer considerações quanto aos argumentos da defesa. Eis o inteiro teor de sua manifestação quanto à questão da singularidade do objeto:

No entanto, ainda que se possa reconhecer a notória especialização do escritório Priscila Viana Sociedade de Advogados, os serviços de consultoria contratados não podem ser reconhecidos como serviços singulares, de modo a inviabilizar a competição, uma vez que existem no mercado inúmeras empresas e profissionais autônomos que poderiam ofertar o mesmo produto final almejado pela administração, independentemente da metodologia adotada, e que poderiam, em tese, participar de um processo licitatório.

Verifica-se, assim, que a singularidade do objeto não está relacionada ao prestador, mas sim à natureza do próprio serviço a ser realizado. Oportuno mencionar o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre singularidade do objeto:

(...) A singularidade, como textualmente estabelece a lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela administração que é singular e não o executor do serviço (...) (Acórdão 1299/2008 Plenário – Voto do Ministro Relator).

Menciona-se ainda, entendimento atual desta Corte de Contas acerca da singularidade do objeto, conforme decisão proferida no processo n. 952118 (D.O.C – 2156 – 23/10/2019): RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MÉRITO (...). SINGULARIDADE DO OBJETO. PROFISSIONAL NOTORIAMENTE ESPECIALIZADO (...).

1. A responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução de um determinado ato, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática, exceto nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa in eligendo, culpa in

¹ Curso de direito administrativo, 2006, pp. 525-527.

vigilando ou necessidade de prévia aprovação do ato executado pela autoridade delegante.

2. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional. Com o exposto, ratificamos o entendimento emanado na análise inicial, no sentido que, não ficou caracterizado a singularidade do objeto contratado, acarretando a ilegalidade da inexigibilidade da licitação realizada.

O Ministério Público, em seu parecer conclusivo (Peça n.º 10 do SGAP), sem tecer maiores considerações, corroborou o entendimento da unidade técnica.

Sendo inconteste nos autos que a contratação sob análise, realizada por inexigibilidade de licitação, tem por objeto serviço técnico profissional especializado e atendeu ao requisito de notória especialização, restou, para efeito do enquadramento da hipótese do artigo 25, II, da Lei n.º 8.666/1993, o atendimento ao requisito da singularidade.

O primeiro ponto a se ressaltar, com o qual concorda a unidade técnica e o Ministério Público, é o fato de que os serviços contratados não se enquadram na categoria de serviços habituais da Administração, que podem ser, rotineiramente, realizados por seus servidores.

Sob esta perspectiva, tomando-se trecho da doutrina de Marçal Justen Filho citada pela unidade técnica, segundo a qual a singularidade do objeto varia no tempo e no espaço, dependendo das características da própria Administração, características essas que podem envolver aspectos jurídicos, administrativos ou estruturais, acrescento eu, revela-se presente um dos elementos para a caracterização da singularidade na contratação sob análise, contudo, outros elementos devem ser necessariamente perquiridos.

Outro ponto que merece destaque, igualmente incontroverso nos autos, é o entendimento segundo o qual não se requer a existência de apenas um prestador que possa realizar o serviço para efeito da subsunção do caso concreto à hipótese legal do requisito da singularidade, ou seja, neste sentido, não é necessário que o serviço seja único, exclusivo.

O ponto controverso reside no entendimento quanto à singularidade do serviço sob o enfoque da doutrina citada de Marçal Justen Filho e de Celso Antônio Bandeira de Melo, ou seja, se estaria presente a citada espécie de “infungibilidade” calcada na maior satisfação do interesse público envolvido.

Para a unidade técnica, não haveria tal infungibilidade, porquanto entende que, independentemente do prestador do serviço, o produto final seria o mesmo, padronização de rotinas e processos administrativos conforme critérios estabelecidos na lei e a decisão normativa proferida por esta Corte de Contas.

Já, a defesa, alega que a infungibilidade estaria na busca de um serviço customizado para atender aos interesses e necessidades peculiares do Município de Conselheiro Lafaiete, com a mudança de cultura entre os servidores, visando o fortalecimento do Sistema de Controle Interno, o que, aliado ao princípio da confiança, levou à escolha da contratada como aquela que melhor atende ao interesse público.

Tenho para mim que assiste razão à defesa.

Pelo escopo do trabalho apresentado, não só pelo relato da defesa, instruído com documentação comprobatória, mas, também, pela cláusula segunda do contrato, depreende-se que se buscou algo além da mera padronização de rotinas e processos administrativos conforme critérios estabelecidos na lei e a decisão normativa proferida por esta Corte de Contas.

Pela relevância que tem o Sistema de Controle Interno, de status constitucional, como instrumento independente de apoio a uma Administração pautada pela legalidade e eficiência, é de se reconhecer que, no presente caso, ao se buscar uma consultoria externa e especializada para a implementação de uma nova cultura de controle interno, com um diagnóstico completo dos órgãos e o envolvimento de seus servidores, a Administração visou uma maior satisfação do interesse público, não só pela metodologia, mas, também, pela possibilidade de se agregar, pela visão imparcial de quem está de fora, novas formas de se entender os vícios e problemas que a rotina e a repetição traz sobre os procedimentos de trabalho e, por consequência, propor medidas corretivas e melhoradoras.

Sob este prisma, revela-se a infungibilidade do serviço contratado, que, invariavelmente, por mais que se objetive a padronização de rotinas e procedimentos, conterà os traços daquele que o conduziu e executou, diferenciando-se, certamente, daquele executado por outro profissional. Neste sentido, correta a alegação da defesa de que, fossem os resultados iguais para qualquer prestador do serviço, poderia ser realizado pelo Controlador Geral com o apoio da Procuradoria Geral, ou licitado.

Ainda assim, deparando-se com a possibilidade de que exista um universo considerável de prestadores do serviço pretendido, com equivalente especialização, sem que isso afaste a característica da infungibilidade, terá o administrador que se valer de critério subjetivo, devidamente justificado, para a escolha do contratado, e este critério, como assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o princípio da confiança. Neste sentido, excerto do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso no Inquérito 3.074/SC:

15. Na mesma linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a “confiança” no trabalho profissional como elemento subjetivo a ser aferido, no contexto dos serviços especializados, quando do exame da inexigibilidade de licitação. Veja-se a parte relevante da ementa do acórdão proferido na AP 348, relatada pelo Ministro Eros Grau:

“(…) ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. O §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança”.

16. O caráter parcialmente subjetivo da denominada confiança no profissional pode e deve ser objeto de fundamentação transparente, com o que se permite o controle intersubjetivo quanto à razoabilidade da escolha administrativa. A singularidade do serviço não exige que exista um único profissional apto, mas sim que se demonstre a presença de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional dotado de determinadas características, em detrimento de outros potenciais candidatos. (grifei)

Também o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 2993/2018 – Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, fazendo referência ao mesmo precedente jurisprudencial do STF citado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu o princípio da confiança como justificador da escolha do prestador do serviço singular:

21. Não estou aqui a afirmar que todas as contratações de serviço de consultoria possuem o traço distintivo da inviabilidade de competição. Pelo contrário. No meu entender, há consultorias cujos objetos são “mais comuns” (ou “menos singulares”) e cuja notória especialização do contratado é passível de ser mensurada mediante critérios estritamente objetivos (tais como escolaridade, área de graduação, experiência profissional), suficientes para atender o interesse público almejado. Nessa linha, veja-se, por exemplo, a contratação de serviços técnicos de consultoria para a implementação dos projetos de cooperação técnica internacional descrita no Decreto 5.151/2004, cuja seleção é capaz de ser conduzida pelos procedimentos inerentes ao processo de licitação.

22. Entretanto, há consultorias em que certo grau de subjetividade (e discricionariedade) é inevitável. Neste ponto, não posso deixar de mencionar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Penal 348-5/SC, apreciada em 15/12/2006 e assim ementada:

“Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, **com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado.** Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.”

23. Em sintonia com a Suprema Corte, o Min. Benjamin Zymler relatou o Acórdão 7.840/2013-TCU-Primeira Câmara, que serviu de base para uma série de outros julgados deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 1.585/2016-TCU-Plenário (relatado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues) e do precitado Acórdão 10.940/2018-TCU-Primeira Câmara.

24. No voto que fundamentou aquele *decisum*, o relator reiterou que o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade, pois não é exigível, para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, que um serviço que possa ser prestado exclusivamente por uma única pessoa.

25. Além disso, restou consignado, também, que a singularidade pressupõe complexidade e especificidade, devendo ser compreendida como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado.

26. No presente caso, parece-me inegável que os serviços colocados sob a responsabilidade das empresas de consultoria eram estratégicos e de grande relevância.

De fato, as contratações realizadas relacionam-se com a própria sobrevivência da entidade contratante, delineando a natureza singular do objeto. Nessa conformidade, considero que os serviços também podem ser caracterizados como singulares pela relevância do interesse público em jogo. Por conseguinte, no caso concreto sob exame, entendo ter ficado devidamente justificada a natureza singular das atividades a serem realizadas pelas consultorias contratadas.

27. Demais disso, a singularidade do objeto não foi suficientemente descaracterizada pela unidade instrutora sob o argumento de que a ECT não teria demonstrado que “*outras consultorias atuantes no mercado não pudessem executá-los tão bem quanto a consultoria efetivamente contratada*”, pois, como frisado, o conceito de singularidade não está vinculado à ideia de unicidade.

28. Acerca da notória especialização, restou demonstrado pela ECT que as contratadas detinham vasta experiência no ramo de atuação desejado. A existência de estudos, atuações pretéritas, publicações e equipe técnica qualificada foi, igualmente, evidenciada. Logo, não me parece duvidosa a designação de notória especialização atribuída pela ECT às contratadas.

29. Nesses casos – e com base nos retromencionados julgados –, entendo que a singularidade do objeto, aliada à respeitabilidade das empresas e à confiança da entidade contratante, justificam a inexigibilidade. (grifei)

Consagrando o princípio da confiança, ainda que implicitamente, a recentíssima Lei n.º 14.039/2020, publicada em 18 de agosto de 2020, estabeleceu relação objetiva e direta entre a notória especialização do prestador com a singularidade do serviço, nos casos de serviços contábeis e advocatícios, nos seguintes termos:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

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.

Art. 2º O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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.

Por todo o exposto, entendo que foi atendido o requisito de singularidade do objeto para a contratação em análise e devidamente justificada a escolha, com base no princípio da confiança, da empresa Priscila Viana Sociedade de Advogados.

Quanto à falta de justificativa para o preço contratado

Este ponto está logicamente indissociável da questão anterior, relativa ao reconhecimento da presença da singularidade no objeto contratado.

A unidade técnica, em sua manifestação final (Peça n.º 8 do SGAP), chegou ao entendimento de que a pesquisa de preços não estava adequada, pois, como não reconheceu a singularidade do objeto contratado, a pesquisa deveria ter sido feita com fornecedores diversos e não com o próprio fornecedor, comparando os preços praticados por ele em serviços semelhantes prestados a outros entes públicos, como foi o caso. Eis os argumentos da unidade técnica:

Quanto a inexistência de mapa de apuração de preços obtidos junto a outros prestadores, o defendente alega, em síntese, que a singularidade do objeto, por sua natureza, impede o levantamento de preços junto a outros fornecedores (fls. 55/56).

Ao analisarmos a documentação apresentada pelo defendente, em especial folhas 42/548, bem como, CD-ROM – folha (22), não encontramos cotação de preços realizada com outros fornecedores de serviços iguais ou similares.

Na análise quanto a singularidade do objeto, verificamos que o serviço prestado pelo escritório Priscila Viana Sociedade de Advogados ao Município de Conselheiro Lafaiete não possui a característica de singularidade. Ou seja, o preço do serviço prestado deveria ser cotado com outros fornecedores, com a finalidade de se chegar a uma estimativa razoável do valor do serviço praticado no mercado.

O TCU possui entendimento no sentido de ser obrigatória a consulta de preço corrente nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a saber:

De acordo com o disposto no art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8666/1993, é obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, daqueles fixados por órgão oficial competente ou, ainda, daqueles constantes do sistema de registro de preços (TCU, Acórdão 2380/2013 – Plenário, Relator Min. Ana Arraes, 04/0982013).

Com o exposto, entendemos que a documentação apresentada pelo defendente não sana a irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas em sua manifestação preliminar (fls. 37/38). Ou seja, deveria o município realizar cotação de preços com outros fornecedores para melhor mensuração dos custos do serviço ora contratado.

Por ter chegado a entendimento diverso, reconhecendo a singularidade do objeto e considerando que a pesquisa apresentada contém dados relativos à prestação, pela contratada, de serviços semelhantes a outros municípios e órgãos públicos, permitindo a aferição da compatibilidade dos preços praticados na inexigibilidade sob análise, conluo, logicamente, que os preços contratados atendem ao requisito de justificativa de preços do inciso III, do parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.666/93.

O entendimento de que a pesquisa de preços, no caso de inexigibilidade de licitação, pela inviabilidade de competição, pode ser feita com dados de outros contratos de serviços realizados pelo mesmo prestador do objeto de contratação direta é compartilhado pelo Tribunal de Contas da União, como se vê em excerto do voto do Ministro Bruno Dantas, também no já citado Acórdão n.º 2993/2018 – Plenário:

30. Ainda no tocante à seleção das consultorias, resta analisar a questão dos preços contratados. Quanto a isso, verifico que alguns precedentes desta Corte reconheceram a dificuldade de justificar o preço nos casos de inexigibilidade à luz de propostas de outros fornecedores ou prestadores, razão pela qual foi nascendo o entendimento de que a razoabilidade do preço poderia ser verificada em função da atividade anterior do próprio particular contratado (nessa linha, item 9.1.3 do Acórdão 819/2005-TCU-Plenário).

31. Tal situação culminou na expedição, pela Advocacia-Geral da União (AGU), da Orientação Normativa 17/2009, inicialmente com a seguinte redação: “É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a

comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas”.

32. Esta linha de raciocínio vem evoluindo no seio da Administração Pública (vide Portaria-AGU 572/2011) e sendo convalidada pelo Tribunal, como nos Acórdãos 1.565/2015, 2.616/2015 e 2.931/2016, todos do Plenário.

Por estas razões, também quanto ao preço praticado, considero que foi atendido o requisito de sua justificativa preconizado pelo inciso III, do parágrafo único, do artigo 26 da Lei n.º 8.666/93.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo improcedente a representação.

Intimem-se o representante e o representado.

Cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

* * * * *