

O Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 09/08/2011”

Procedência: Secretaria de Estado de Cultura

Interessada: Secretária de Estado de Cultura

Número: 15.097

Data: 9 de agosto de 2011

Ementa:

CONTRATAÇÃO DIRETA – SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS – COMPROVAÇÃO DA SINGULARIDADE DO OBJETO E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DA EMPRESA INDICADA – INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 13, INCISO I, 25, INCISO II E 26, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E II, TODOS DA LEI FEDERAL N.º 8.666, DE 1993 – NECESSIDADE DE A EMPRESA INDICADA APRESENTAR DECLARAÇÃO FORMAL RELATIVAMENTE A PARTICIPAÇÃO PESSOAL E DIRETA DOS INTEGRANTES DE SEU CORPO TÉCNICO NA EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL – ORIENTAÇÃO JURÍDICA

RELATÓRIO

Vem a esta Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF/SEC/AJU/n.º 071/2011, pedido de exame e emissão de parecer a respeito da pretensão de se realizar contratação direta por inexigibilidade de licitação pública da empresa Solé & Associados Projetos Especiais de Engenharia e Arquitetura Ltda.

2. Para tanto foi emitida Nota Técnica subscrita pela Secretária de Estado de Cultura e por Empreendedores Públicos ligados ao Escritório de Prioridades Estratégicas do Governo do Estado de Minas Gerais por meio da qual se registra a razão da escolha da empresa acima mencionada, bem como se apresenta a justificativa do preço ofertado, comparando-o com o preço de mercado.

3. Informa-se, inicialmente, na Nota Técnica referida, que será edificado em Belo Horizonte, pelo Estado de Minas Gerais, um complexo denominado Estação da Cultura o qual abrigará um espaço de apresentação de música sinfônica e as sedes da Rede Minas e Rádio Inconfidência.

4. Em razão da complexidade do desenvolvimento da obra de engenharia a ser licitada, porquanto se contemplará em um mesmo local espaço para orquestra sinfônica, estúdios de rádio e de TV, entendeu-se ser necessário, pela singularidade do estudo a ser empreendido, contratar empresa com comprovada notoriedade em elaboração de projetos básico e executivo para a coordenação de projetos de estúdio de TV e rádio, salas de concerto, teatros e salas de espetáculo, em geral.

5. Afirma-se, em consequência, na referida Nota Técnica que a “SEC pretende, com a presente contratação, um acompanhamento técnico primoroso que vise a anular o risco de banalização técnica da acústica e eventuais descumprimentos do cronograma físico-financeiro, por meio de assistência na elaboração dos projetos básico e executivo, que subsidiarão a execução das obras de construção da Estação da Cultura”.

6. Assim, ao verificar, no mercado, uma empresa que reunisse as condições técnicas para a execução do empreendimento singular, identificou-se a empresa Solé & Associados Projetos Especiais de Engenharia e Arquitetura Ltda., a qual demonstrou deter notória especialização na consultoria técnica especializada em elaboração e coordenação de projetos básico e executivo para obras de engenharia como a que se pretende futuramente contratar. Da Nota Técnica aludida, colhe-se a seguinte passagem que informa a expertise da empresa indicada:

A Solé Associados é empresa que detém notória especialização em elaboração e coordenação de projetos de estúdios de TV e rádio, salas de concerto, teatros e salas de espetáculo, em geral, comprovada no mercado, ao longo de 30 (trinta) anos de história, exposta neste documento por alguns projetos cujos resultados foram excelentes. Alguns deles referem-se ao Teatro Municipal de Paulínea (Paulínea), Teatro de Santa Isabel (Recife), Teatro José de Alencar (Fortaleza), Theatro Pedro II (Ribeirão Preto), Teatro Bourbon (Porto Alegre) e Sala São Paulo (São Paulo), reconhecida internacionalmente por sua qualidade técnica e operacional.

7. Neste contexto, ressalta a Nota Técnica que o trabalho da empresa de consultoria técnica será desenvolvido no que diz respeito à elaboração de documentos necessários ao desenvolvimento do projeto, que são: “1) Memoriais descritivos e termos de referência para publicação de edital de projetos

executivos; 2) Pareceres técnicos para balizamento de propostas referentes ao edital dos projetos executivos; 3) Relatórios técnicos referentes à coordenação e desenvolvimento de projeto (elaboração e detalhamento de projetos executivos e compatibilizações/integrações com projetos acústicos e de tecnologias especiais); 4) Memoriais descritivos e termos de referência para publicação de edital de licitação de obras e; 5) Pareceres técnicos para balizamento de propostas referentes ao edital de licitação de obra”.

8. A título de informação a respeito da notória especialização da empresa indicada, a Nota Técnica informa os projetos anteriormente realizados pela mesma, cujas comprovações encontram-se documentadas no expediente, relacionando entre eles os seguintes: “2001 – PRIX D’EXCELLENCE (Paris, França) Melhor Projeto de Uso Público do Mundo: Conferido pela *Fédération Internationale des Professions Immobilières* (FIABCI); 2000 – ARCHITECTURE HONOR AWARD (Denver, Colorado) Conferido pela *United States Institute for Theatre Technology* (USITT). O USITT, com sede em Nova York, é a associação americana dos profissionais de projeto, produção e tecnologia em artes cênicas e da indústria do entretenimento. Sua missão é promover e divulgar ativamente o avanço do conhecimento e da especialização nessas áreas de atuação. Tem como membros as mais destacadas personalidades da arquitetura, da pesquisa e da indústria do teatro no mundo; 2000 PRÊMIO ECO (São Paulo, Brasil). Categoria Cultura: Conferido pelo projeto de implantação do Complexo Cultural Estação Júlio Prestes”.

9. Relativamente à justificativa do preço, a Nota Técnica indica como parâmetro de comparação com os preços da proposta de consultoria técnica apresentada pela empresa indicada os praticados no mercado de acordo com a tabela de cálculos de tarifas horárias médias por categoria profissional divulgada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia tendo, a respeito, afirmado:

Portanto, o valor médio da hora técnica apresentado na Proposta Comercial é comprovadamente compatível com o valor praticado no mercado.

10. Ao final, a Nota Técnica em destaque cogita ser possível a contratação direta com fundamento na inexigibilidade de licitação pública apoiando-se na regra do art. 25, inciso II, da Lei federal n.º 8.666, de 1993.

11. Examinada a matéria, submete-se a aprovação superior o seguinte

PARECER

12. Como sabido, a regra geral das contratações públicas é submetê-las ao regime das licitações públicas exigência esta que tem assento constitucional, nos termos do art. 37, inciso XXI, da CR/88.

13. Não obstante, é o próprio texto constitucional mencionado que assegura, nos termos da lei, as hipóteses fático-jurídicas que permitem a contratação direta, seja mediante a dispensa seja mediante a inexigibilidade da licitação pública, tal como se encontram veiculadas na Lei federal n.º 8.666, de 1993.

14. É bom que se diga, desde já, que as hipóteses fático-jurídicas de dispensa de licitação pública são capituladas em *numerus clausus* na legislação de regência, acima referida, ao passo que as hipóteses de inexigibilidade o são de maneira exemplificativa.

15. O caso que se apresenta para estudo jurídico, bem delineado na Nota Técnica referida no Relatório, caracteriza circunstância fática de inexigibilidade de licitação pública. Senão vejamos.

16. É que o objeto que se pretende contratar consiste em uma consultoria técnica para a elaboração de pareceres técnicos, projetos básico e executivo relativamente à obra de engenharia em imóvel no qual se instalarão simultaneamente salas de música e estúdios de rádio e TV. Nesta circunstância fática atrai-se, teoricamente para a espécie, o comando dos artigos 13, inciso I, 25, inciso II, todos da Lei federal n.º 8.666, de 1993.

17. Destarte, percebe-se de antemão que, para os fins da Lei federal n.º 8.666, de 1993, três requisitos essenciais deverão de ser investigados para se permitir, no caso concreto, a contratação direta com respaldo no seu art. 25, inciso II, quais sejam: (i) tratar-se de serviços técnicos enumerados no art. 13 da citada lei; (ii) a singularidade do objeto licitado e; (iii) a notória especialização da empresa que se pretende contratar.

18. Diante da Nota Técnica produzida pela Secretaria interessada não há dúvidas quanto ao fato de os serviços a serem executados estarem relacionados a execução de estudos técnicos voltados para a elaboração de pareceres técnicos, projetos básico e executivo que orientarão obra de engenharia em imóvel que abrigará, ao mesmo tempo, salas de música e estúdios de rádio e TV, daí incidir na espécie o art. 13, inciso I, da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Como observa Hely Lopes Meirelles (in, Licitação e contrato administrativo, São Paulo: RT, 1990, p. 39):

São serviços técnicos tanto os que versem sobre o planejamento, a programação e a elaboração de estudos e projetos, como os que envolvam a execução ou prestação de serviços, propriamente ditos.

19. Destarte, a contratação que se almeja efetivar exterioriza, sem sombra de dúvidas, a de serviços técnicos tal como capitulados no art. 13, inciso I, da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Há de se perquirir, no entanto, se, no caso concreto apresentado, estão presentes as hipóteses legais da singularidade do objeto e da notória especialização da empresa indicada.

20. No que tange à singularidade do objeto licitado é conhecida a dificuldade e árdua tarefa de conceituá-lo. A propósito, tenha-se orientação do Tribunal de Contas da União na tentativa de aplainar o tema quando o examinou na hipótese de contratação de cursos de treinamento, em precedente colacionado por Jessé Torres Pereira Júnior (in, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Rio de Janeiro: Renovar, 5ª ed., 2002, p. 165):

Volta e meia tem surgido a tendência de considerar que somente grandes luminares do saber se enquadrariam na definição ... essa interpretação é injustificadamente restritiva. O ponto essencial ..., que caracteriza a especialização, é essencialmente subjetivo: trata-se de definir que aquele é o profissional cujo trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

21. Assim, o que se infere é a necessidade de a Administração Pública, ao definir o objeto a ser contratado, perquirir qual o melhor caminho para se atender o interesse público sob considerar a especificidade da contratação, que a tornará singular. Dizendo de outra forma, antes mesmo da eleição da empresa ou do profissional, há de se delimitar a especificidade e singularidade do objeto licitado, em relação ao qual determinada empresa ou profissional, em razão de sua marca pessoal, melhor atenderá o interesse público, afastando-se a possibilidade de competição. Celso Antônio Bandeira de Mello (in, Licitação, São Paulo: RT, 1ª ed., 1985, p. 17), sobre a matéria, já advertira há tempos:

São singulares 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.

22. Ora, no caso concreto em análise, tem-se, conforme ressaltado na Nota Técnica emitida pela Secretaria interessada, que a Administração Pública

identificou a empresa indicada como a que reúne os requisitos inerentes à adequada satisfação do interesse público de modo a executar o singular objeto licitado emprestando a sua expertise, ou seja, a sua marca pessoal, para a boa consecução das “sedes concebidas, com capacidade de elaboração e coordenação de projetos executivos”, em prol do fornecimento de subsídios para que a Administração Pública possa tomar decisões fundamentadas, ser eficiente no monitoramento do trabalho, na identificação de pontos críticos, além da redução de retrabalho, incompatibilidades e sobrecustos da obra. Colhe-se do magistério de Marçal Justen Filho (in, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 5ª ed., 1998, p. 264):

Por isso, quando a contratação envolver serviços técnico-científicos especializados (especialmente aqueles indicados no art. 13), poderá fazer-se diretamente, independentemente de procedimento formal licitatório. Não significa que a Administração possa escolher qualquer particular, a seu arbítrio. A seleção do particular a ser contratado se sujeita a certos requisitos. Os requisitos subjetivos do contratado decorrem diretamente da causa motivadora da inexigibilidade da licitação. Não se aplica o procedimento formal da licitação porque o serviço técnico-científico apresenta peculiaridades que o tornam específico, singular e inconfundível.

23. Dessa maneira, definida a singularidade do objeto pela Administração Pública e identificada a empresa apta ao seu desempenho, há que se investigar à sua notória especialização, bem como o vínculo de causalidade existente para que reste assegurado ser a mesma a pessoa mais apta para o desempenho do serviço licitado.

24. Quanto à notória especialização, dois aspectos se impõem a análise. Primeiro o de que é indispensável à existência de evidência objetiva da especialização e da capacitação do escolhido. No caso em exame, da documentação acostada ao expediente, constata-se a especialização e a capacitação da empresa indicada para realizar o objeto contratual, conforme a comprovação dos projetos equivalentes por ela anteriormente executados e a demonstração da qualificação de sua equipe técnica. Aqui, convém seja colacionado ao expediente o *curriculum vitae* atualizado da equipe técnica. Em segundo lugar, há de se ter o reconhecimento da notoriedade da empresa em sua área de atuação. Tal circunstância, igualmente, se vê comprovada no expediente nos termos dos atestados e das reportagens que o compõem.

25. Já, quanto ao vínculo de causalidade, tem-se que a Nota Técnica emitida pela Secretaria interessada expressa, diante da singularidade do objeto, estar a empresa indicada, à consideração de sua especificidade na

execução de serviços similares, atestados pela documentação que compõe o expediente e reconhecida a sua notória especialização sob os dois ângulos acima mencionados, plenamente capacitada para o atendimento à necessidade pública que se apresenta, revelando-se a mais adequada para promover a total satisfação da prestação necessitada pela Administração Pública.

26. De outro lado, impõe-se seja respeitada a regra contida no art. 13, § 3º, da Lei federal n.º 8.666, de 1993, segundo o qual:

A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

27. Sobre a matéria, tenha-se lição de Jessé Torres Pereira Júnior (*in, op. cit.* pp. 168/169):

A norma consagra cláusula de inserção obrigatória em qualquer contrato de prestação de serviço técnico profissional especializado (v. art. 55, XIII). Trata-se de obrigar a empresa contratada a realizar o objeto do contrato com a participação pessoal e direta dos integrantes de seu corpo técnico, cuja composição necessariamente declinou no processo administrativo, fosse em documento destinado a configurar hipótese de dispensa ou inexigibilidade, aceito pela Administração, fosse em documento apresentado na fase de habilitação ao certame licitatório (v. art. 30, § 1º, I). O propósito da lei é o de prevenir, sob pena de rescisão contratual e imposição de sanção administrativa (v. arts. 78, I e II, 79, I, e 80), que a empresa contratada dê execução defeituosa ao contrato por não empregar o pessoal qualificado a que se obrigara expressamente.

28. Dessa maneira, deverá ser exigida da empresa indicada uma declaração por escrito, firmada pelo seu representante legal, no sentido de que os profissionais integrantes de seu corpo técnico realizarão pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato, incluindo, também, entre as obrigações da contratada, no respectivo contrato, tal exigência. Esta declaração deverá compor a documentação do procedimento administrativo que apresenta a justificativa da contratação direta.

29. Acrescente-se, mais, a advertência de que a empresa indicada para a execução do objeto contratual não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação pública que se realizará para a execução da futura obra de engenharia, à exceção do desempenho das funções de fiscalização, supervisão

ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada, tal como consta do art. 9º, inciso II, e § 1º, da Lei federal n.º 8.666, de 1993. Marçal Justen Filho (*in, op. cit.* p. 107) esclarece:

As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de *impedimento*, em acepção similar à do direito processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar a anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento *a priori*. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, acarretando benefícios indevidos e reprováveis.

30. Por esta razão, tem-se que a empresa indicada não poderá participar da licitação pública que for deflagrada para a execução das futuras obras de engenharia, à exceção, reitere-se, do desempenho das funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada, desde que não possua “qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários” (art. 9, § 3º, da Lei federal n.º 8.666, de 1993).

31. Por fim, de se dizer que a Nota Técnica emitida pela Secretaria interessada observa as exigências contidas no art. 26, parágrafo único da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, especialmente no que se refere a razão da escolha do executante e a justificativa do preço, conforme documentos acostados ao expediente. A respeito do procedimento a ser observado para a formalização da contratação direta de que aqui se cogita, há de ser respeitado o itinerário traçado no *caput* do art. 26. Ensina Carlos Ari Sunfeld (*in, Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 62):

A contratação direta – é dizer, com dispensa ou inexigibilidade – prescinde do procedimento licitatório, por óbvio. Mas não de procedimento administrativo.

De fato, a lei criou um procedimento de contratação direta, regulado em seu art. 26, que há de ser observado sob pena de invalidade da avença e da caracterização do crime previsto no art. 89-*caput* (“deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”).

Os autos respectivos devem ser instruídos com justificativa: a) da dispensa ou inexigibilidade, enquadrando-se a hipótese em um dos permissivos legais e juntando-se os documentos comprobatórios; b) da escolha do fornecedor ou executante; e c) do preço.

A decisão de contratar sem licitação deve expressar-se em despacho *motivado* do agente competente. Entretanto, salvo na hipótese de dispensa por baixo valor (art. 24-I e II), essa decisão não é desde logo eficaz, sendo inviável celebrar imediatamente a avença. Para adquirir eficácia, o despacho deve ser submetido à ratificação da autoridade superior e publicado. A ratificação serve ao controle hierárquico da legalidade e da conveniência ou oportunidade do ato. Já a publicação destina-se a permitir o controle externo e difuso das decisões administrativas.

32. Ressalte-se, ainda, que, a tempo e modo, deverão ser verificadas as validades das certidões de regularidade fiscal (art. 29, incisos I a IV, da Lei federal n.º 8.666, de 1993), as quais, se estiverem vencidas à época da efetivação da contratação, deverão ser novamente providenciadas.

CONCLUSÃO

33. Do que vem de ser exposto, demonstrada pela Nota Técnica emitida pela Secretaria interessada a singularidade do objeto contratual consistente na elaboração de projetos básico e executivo para a realização de futura obra de engenharia em imóvel que contemplará a instalação simultânea de salas de música para o funcionamento de orquestra sinfônica e estúdios de rádio e TV, incluídos os serviços de acompanhamento da obra (art. 9º, § 1º, da Lei federal n.º 8.666, de 1993), bem como a justificativa da eleição do executante e do preço, conforme documentação acostada ao expediente, tem-se que, observado o itinerário legal traçado no art. 26, *caput*, da Lei federal n.º 8.666, de 1993 e as observações constantes deste estudo, a contratação direta almejada poderá formalizar-se com apoio no art. 25, inciso II, da Lei federal n.º 8.666, de 1993.

34. Reitera-se a necessidade de se exigir da empresa indicada uma declaração por escrito, firmada pelo seu representante legal, que ateste que os profissionais de seu corpo técnico irão direta e pessoalmente realizar os

serviços objeto da contratação, incluindo-se, também, tal exigência entre as obrigações contratuais da contratada.

É como se orienta, sub censura.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2011

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp. 598.222-8
OAB/MG-62.597