

São Paulo, 17 de maio de 2017.

À Presidência
Sr. Luiz Carlos Ciocchi

Ref.: Contratação direta, por inexigibilidade de licitação do escritório Nascimento Mourão Advogados

Parecer nº PJ 103/17

Prezados Senhores,

Consultam-nos V.S^{as}. acerca da possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do escritório Nascimento Mourão Advogados para prestação de assessoria técnico-jurídica para a elaboração de parecer e da estratégia jurídica de acompanhamento dos Contratos de Investimento e de Consórcio e da formação da sociedade de propósito específico com a GASEN HOLDING (“GASEN”), empresa selecionada na Chamada Pública nº 01/2015 para a formação de parceria em empreendimento termoelétrico em áreas disponíveis da EMAE.

Nessa oportunidade, propõe a Presidência a contratação, nos seguintes termos:

A EMAE negociou com a GASEN os contratos de investimento e de consórcio na última fase da Chamada Pública nº 01/2015, o primeiro procedimento dessa natureza que promoveu a atingir esse nível de desenvolvimento.

A celebração dessa parceria constitui um marco na história da EMAE, porquanto desde 2010 está autorizada a celebrar parcerias societárias, mas apenas em 2015 passou a desenvolvê-las, alcançando, em 2017, o amadurecimento das negociações com a celebração desses contratos com a GASEN.

Em breve síntese, a EMAE ingressará na parceria com a capitalização de bens (terrenos e utilidades) e o licenciamento do empreendimento, enquanto a GASEN desenvolverá o projeto da usina, a estruturação do financiamento, a estratégia de participação em leilões e a solução do fornecimento de gás.

Por ser tratarem de contratos complexos, que atraem obrigações, riscos e benefícios em projetos green field, com a utilização de

recursos do patrimônio dos acionistas da EMAE, a administração entende prudente e necessária a contratação de profissional altamente especializado e com experiência em estruturas dessa magnitude para proferir sua opinião e propor o modelo de acompanhamento das condições precedentes, considerando a necessidade de mitigar eventuais riscos futuros e de preparar e desenvolver a equipe interna a empreender nesse tipo de estruturação, a qual não faz parte dos processos habituais de análise dos profissionais da companhia.

Os serviços deverão ser realizados e pagos em duas etapas, compreendendo:

Primeira Etapa:

Exame dos contratos de investimento e de consórcio, além da documentação de suporte, e elaboração de Parecer e de Memorando legal Estratégico.

Segunda Etapa:

Assessoramento da EMAE da participação no leilão de venda da energia da usina termoeletrica até a constituição da SPE.

A contratação do escritório Nascimento e Mourão Advogados, especificamente do sócio Dr. Wanderley Fernandes, é a mais adequada. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela LLM - University of Illinois, PMD - Program of Management - Harvard, doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, foi Procurador do Município de São Paulo, Diretor de Novos Negócios na Promon Engenharia e Diretor-Presidente da UTE Bahia Ltda., possui vasta experiência em negociação e elaboração de contratos estruturados de infraestrutura e societários, especialmente na área de energia, combustíveis renováveis, óleo e gás.

É professor e coordenador dos programas de especialização em contratos e do curso de contratos em infraestrutura e de contratos como instrumento de exercício da atividade econômica na Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo (GVLAW), onde atua também como professor das disciplinas de métodos analíticos para advogados e contratos complexos do programa de mestrado stricto sensu.

É autor de obras correlatas ao assunto a ser analisado, como a obra "Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade" (Editora Saraiva, 2013) e "Princípios e Fundamentos dos Contratos Empresariais" (1ª e 2ª edições, Editora Saraiva, 2009 e 2012). Participou da estruturação de projeto de dimensão semelhante ao pretendido pelo Consórcio (1,5GW com a participação de três sócios) da Celse – Centrais Elétricas de Sergipe S.A.

Desta feita, pelos argumentos acima expostos, solicitamos a autorização de contratação do escritório Nascimento e Mourão Advogados, nos termos do artigo 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93



Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a contratação pela EMAE com terceiros para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações, devem ser precedidas de licitação, conforme o disposto no artigo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 2º.

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (...)

Extrai-se da exegese do mencionado artigo que ao agente administrativo só é lícito dispensar a licitação diante de expressa autorização legal; ao legislador, por sua vez, só é lícito autorizar a dispensa de licitação pública diante de hipótese fática capaz de sacrificar o interesse público ou de impor-lhe gravame desmedido.

Portanto, denota-se que, ressalvadas hipóteses previstas na Lei Federal nº 8.666/93, a contratação da EMAE com terceiros deve ser realizada através de procedimento licitatório.

As ressalvas tratadas no dispositivo em questão referem-se aos artigos 24 e 25 desta lei, os quais indicam, expressamente, as hipóteses em que o procedimento licitatório é dispensável e inexigível, respectivamente.

Ocorre caso de inexigibilidade de licitação pública, em regra, quando verificada a ocorrência de (i) fornecedor exclusivo; (ii) **contratação de serviços técnicos profissionais de natureza singular**; (iii) contratação de serviços artísticos; (iv) contratação mediante credenciamento; e (v) contratação interadministrativa.



Em consideração à situação acima narrada, analisaremos a possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do escritório Nascimento Mourão Advogados, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93.

O artigo 25, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, assim dispõe:

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: (...)” (g.n.)

De acordo com a disposição acima transcrita, denota-se que o pressuposto fático da inexigibilidade é, indubitavelmente, a **inviabilidade de competição**, sendo, no presente caso, **conjugado com a notória especialização** da empresa e a **singularidade dos serviços**¹.

Ou seja, é inexigível o procedimento licitatório, dentre outras hipóteses previstas em lei, para a contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização para a realização de serviços de natureza singular.

Os referidos serviços são aqueles que, para a sua execução, demandam do executor, além da sua normal habilitação técnica e profissional, conhecimentos profundos na área de atuação.

¹ As alíneas *b e c*, do inciso II, do art. 30, da Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016 passou a reger, de forma expressa, tal hipótese.

Conforme preleciona o ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO²:

O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inc. II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja, não basta configura-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência do objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização. (g.n.)

Noutros termos, a singularidade dos serviços, associada à inviabilidade de competição e a notória especialização irão justificar a inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação de serviços técnicos especializados com profissionais ou empresas de notória especialização.

Entre os serviços técnicos especializados passíveis de contratação diretos relacionados no artigo 13 do referido diploma legal, encontram-se os trabalhos relativos à elaboração de pareceres, assessorias e consultorias técnicas.

Com efeito, sendo certa a possibilidade de contratação direta de serviços técnicos por profissional especializado, resta apenas verificar se o escritório indicado, *in casu*, o escritório Nascimento Mourão Advogados, atende aos requisitos dispostos no § 1º, do artigo 25 da lei de regência, *in verbis*:

Art. 25. Omissis.

(...)

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 14ª Edição, p. 367.

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (g.n.)

Em atendimento ao requisito acima disposto, o profissional ou a empresa deve ser reconhecida por aqueles que militam na mesma área de seus clientes. É a fama consagrada do profissional ou da empresa no campo de sua especialidade, o reconhecimento público de sua alta capacidade profissional que preencherão o requisito legal da notória especialização.

O professor HELY LOPES MEIRELLES³ afirma que: *a contratação direta desses serviços com profissionais ou empresas de notória especialização, tal como conceitua, agora, o § 1º do art. 25, enquadra-se genericamente, no caput do mesmo artigo, que declara inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Essa inviabilidade, no que concerne os serviços técnicos profissionais especializados em geral, decorre da impossibilidade lógica de a Administração pretender “o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”, pelo menor preço, ou que renomados especialistas se sujeitem a disputar administrativamente a preferência por seus trabalhos.*

Ao discorrer sobre a notória especialização, o ilustre professor MARÇAL JUSTEN FILHO⁴ ensina que:

³ HELY, Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 35ª Edição, p. 288.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Dialética, 14ª Edição, p. 370.

No sistema atual, a notória especialização não é verificada como requisito para apuração da realização da licitação, mas para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado. (...) complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração.

O fato apresentado pelo Consultante revela a extrema complexidade da questão que será debatida. Segundo consta, a EMAE negociou com a GASEN os contratos de investimento e de consórcio na última fase da Chamada Pública nº 01/2015, o primeiro procedimento dessa natureza que promoveu a atingir esse nível de desenvolvimento. A celebração dessa parceria constitui um marco na história da EMAE, porquanto desde 2010 está autorizada a celebrar parcerias societárias, mas apenas em 2015 passou a desenvolvê-las, alcançando, em 2017, o amadurecimento das negociações com a celebração desses contratos com a GASEN.

Em breve síntese, a EMAE ingressará na parceria com a capitalização de bens (terrenos e utilidades) e o licenciamento do empreendimento, enquanto a GASEN desenvolverá o projeto da usina, a estruturação do financiamento, a estratégia de participação em leilões e a solução do fornecimento de gás. Por serem tratados de contratos complexos, que atraem obrigações, riscos e benefícios em projetos *green field*, com a utilização de recursos do patrimônio dos acionistas da EMAE, a administração entende prudente e necessária a contratação de profissional altamente especializado e com experiência em estruturas dessa magnitude para proferir sua opinião e propor o modelo de acompanhamento das condições precedentes, considerando a necessidade de mitigar eventuais riscos futuros e de preparar e desenvolver a equipe interna a empreender nesse tipo de estruturação, a qual não faz parte dos processos habituais de análise dos profissionais da companhia.



Sem a necessidade de maiores digressões, as informações e documentos encaminhados pelo consulente demonstram a notória especialidade deste ilustre escritório Nascimento Mourão Advogados para assessoria técnica pertinente. Senão, vejamos.

O escritório Nascimento Mourão Advogados, fundado no final da década de 80, destaca-se por sua atuação consultiva nas áreas do direito público e empresarial, reunindo em seu quadro profissionais com sólida formação acadêmica e larga experiência em consultoria jurídica, processos judiciais e administrativos, bem como procedimentos de arbitragem, em especial na elaboração e negociação de contratos, como o caso requer.

A especialidade requerida vem demonstrada pela presença do sócio Doutor Wanderley Fernandes, tendo em vista que possui vasto conhecimento técnico sobre o assunto, sendo, indiscutivelmente, indicado à plena satisfação do objeto a ser contratado. O Doutor Wanderley Fernandes, sócio do referido escritório, responsável pela elaboração do parecer jurídico é graduado e doutor pela Universidade de São Paulo – USP. É professor e coordenador dos programas de especialização em contratos e do curso de contratos em infraestrutura e de contratos como instrumento de exercício da atividade econômica na Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo (GVLAW), onde atua também como professor das disciplinas de métodos analíticos para advogados e contratos complexos do programa de mestrado *stricto sensu*. É autor de obras correlatas ao assunto a ser analisado, como a obra "Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade" (Editora Saraiva, 2013) e "Princípios e Fundamentos dos Contratos Empresariais" (1ª e 2ª edições, Editora Saraiva, 2009 e 2012). Participou da estruturação de projeto de dimensão semelhante ao pretendido pelo Consórcio (1,5GW com a participação de três sócios) da Celse – Centrais Elétricas de Sergipe S.A. Atuou como árbitro em procedimentos alternativos de solução de disputa, negociação e elaboração de contratos, em especial na área de infraestrutura (telecomunicações, energia, combustíveis renováveis, óleo e gás).

A contratação de serviço técnico especializado para a elaboração de parecer pelo Dr. Wanderley Fernandes se justifica, no presente caso, dada a notória especialização do profissional na área de direito público e administrativo, conforme comprovam as variadas experiências, estudos, pareceres, publicações e demais atividades listadas em seu currículo, ora em anexo.

Importante ressaltar que a necessidade de referido parecer justifica-se, também, pela peculiaridade do caso em discussão, singular em sua espécie, inexistindo, portanto, jurisprudência a respeito firmada pelos tribunais nacionais, tampouco doutrinas especializadas que tratem espontaneamente do assunto.

Desta feita, em face da situação acima narrada, reputamos atendidas as exigências dispostas em lei para a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do escritório Nascimento Mourão Advogados.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação, decisão proferida em caso análogo ao da consulta pelo Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Em Julgamento: Inexigibilidade de Licitação (artigo 25, inciso II, e artigo 13, inciso III e V, da Lei 8.666/93 e posteriores atualizações. A Egrégia Primeira Câmara do tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão realizada em 12 de setembro de 2006, pelo voto dos Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, presidente em exercício e relator, e Cláudio Ferraz de Alvarenga, bem como pelo substituto Conselheiro Francisco Roberto Silva Junior, decidiu julgar regulares a inexigibilidade de licitação e o contrato em exame, bem como legal o ato determinativo da despesa. (TC nº 36766/026/05, Presidente Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, de 25/10/2006) (g.n.).

No mesmo sentido, o Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO assim se manifestou:



(...)

Do mesmo modo, como já dito, o currículo do sócio do escritório contratado (fls. 114/120) apresenta a notória especialização exigida para que a licitação pudesse ser tratada como inexigível, ante a comprovação de sólida formação acadêmica e prestação dos mesmos serviços para outros órgãos e entes da administração pública.

Em casos análogos, inclusive desta relatoria, esta 9ª Câmara de Direito Público assim já decidiu: APELAÇÃO - Ação Civil Pública - Contratação de escritório de advocacia sem licitação - Possibilidade Caracterizada a especialização do escritório e singularidade dos serviços prestados - Inteligência do artigo 25, inciso II da Lei nº 8.666/93 - Ausência de ato de improbidade - Precedentes jurisprudenciais - Recurso desprovido. (TJSP, Apelação nº. 014461863.2008.8.26.0000, Rel. Des. Sergio Gomes, j. em 16/12/2009).

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Ex-Prefeito da cidade de Ipiruá, juntamente com as empresas CHP Fisco
Contábil S/C*

Ltda, Etel Representações S/C Ltda. e Souza e Souza Advogados Associados condenados pelo juízo 'a quo', por entender que os contratos administrativos em que vinculados estão inquinados de irregularidades (...) Quanto ao contrato, sem licitação, com o escritório de advocacia Souza e Souza Advogados Associados nada há de ilegal, pelo contrário, observou com retidão os termos do art. 25, II c.c. art. 13, V, da Lei nº 8.666/93, diante da previsão de inexigibilidade de licitação Atos de Improbidades administrativas não vislumbrados no caso concreto Improcedência da ação decretada pelo Colegiado Sentença modificada Apelações dos réus providas. (TJSP, Apelação nº. 005161135.2008.8.26.0576, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. em 31/08/2011).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Atos de Improbidade Administrativa. Pretensão à nulidade dos contratos e condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes na declaração de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos de advocacia. Prestação de serviço singular, a ser desempenhado por profissional de notória especialização. Aplicação dos incisos II e III, do art. 13, da Lei nº 8666/93. Ausência de desvio de finalidade. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido. (TJSP, Apelação nº. 0180241-28.2007.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Rulli, j. em 17/06/2009)

Assim, ante a comprovação da natureza singular dos serviços contratados, da especialização do escritório na matéria e da efetiva prestação dos serviços, os pagamentos realizados eram devidos, não se vislumbrando, a partir daí, indícios de que teria sido praticado ato de improbidade. (Apelação nº 0010026-34.2007.8.26.0286, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Sérgio Gomes)

Da mesma maneira, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assim se manifestou:

Por todo o exposto, conclui-se que a denúncia não teve êxito em demonstrar que o reconhecimento da inexigibilidade de licitação teria sido inadequado, tendo em vista os parâmetros legais referidos e desenvolvidos no presente voto. No caso, a Prefeitura de Joinville procedeu à contratação direta de serviços advocatícios para efetuar a retomada de concessão de saneamento básico, tendo optado por escritório que já havia atuado em diversos casos similares, o que vai ao encontro do requisito de notória especialização. A singularidade do serviço, por sua vez, decorre de elementos como a essencialidade do serviço, os altos valores envolvidos e a postura de resistência da empresa concessionária. Sendo assim, não havendo prova da materialidade da prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, rejeito a denúncia, por falta de justa causa para o início da ação penal. O Ministro Roberto Barroso (relator) consignou que a contratação direta de escritório de advocacia deveria observar os seguintes parâmetros: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) cobrança de preço compatível com o mercado para o serviço. (Inquérito 3074/SC, de 26/08/14). (g.n.)

No tocante à minuta do Contrato supracitado, encaminhada por V.S^{as}., denota-se que todas as cláusulas estão em conformidade com as exigências dispostas no artigo 55, da Lei Federal nº 8.666/93.

Todavia, ainda assim, faz-se necessário que V.S^{as} observem, no que couber, as regras estabelecidas no artigo 26, parágrafo único, da susomencionada legislação, naquilo que for cabível.

Pelo exposto, com fulcro no artigo 25, inciso II e § 1º, combinado com o artigo 13, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.666/93, entendemos cabível, s.m.j., a contratação direta do escritório Nascimento Mourão Advogados, para prestação de assessoria técnico-jurídica para a elaboração de parecer e da estratégia jurídica de acompanhamento dos Contratos de Investimento e de Consórcio e da



formação da sociedade de propósito específico com a GASEN HOLDING (“GASEN”), empresa selecionada na Chamada Pública nº 01/2015 para a formação de parceria em empreendimento termoelétrico em áreas disponíveis da EMAE.

É o parecer.

Atenciosamente,


Vanessa Ribeiro
OAB/SP 296.249

De acordo.


Pedro Eduardo Fernandes Brito
Gerente do Departamento Jurídico