



PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DA CÂMARA
PROCURADORIA ESPECIALIZADA DE ACESSORAMENTO LEGISLATIVO

PARECER JURÍDICO Nº 29/2016

**PARECER SOBRE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
PARA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIO DE
ADVOCACIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.**

1) RELATÓRIO

Foi encaminhado para análise e emissão de parecer desta Procuradoria, conforme despacho da Comissão de Licitação às fls. 154, o presente processo de inexigibilidade de licitação nº 6/2016-00002 CMP, que tem por fim a contratação direta de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação.

O serviço que a administração busca para satisfazer suas necessidades, encontra-se delimitado no pedido inicial (fls. 01/08) consubstanciado na contratação de empresa de consultoria e assessoria jurídica para orientar os trabalhos do Poder Legislativo Municipal na área de Direito Público Municipal, sobretudo no acompanhamento e defesa em processos perante as Cortes de Contas, inclusive junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM/PA e demais órgãos de Controle Externo, bem como dirimir dúvidas quanto a aplicação das leis e orientar sobre controvérsia de Direito Público e Administrativo junto a Câmara Municipal dos Vereadores de Parauapebas, no sentido de zelar pela legalidade dos seus atos.

A empresa que se pretende contratar e que recaiu a escolha da administração é SANTOS & SANTOS ADVOGADOS ASSOCIADOS SOCIEDADE SIMPLES, CNPJ 07.620.428/0001-86, localizada na Rua Domingos Marreiros, nº 49 – Umarizal – Belém/PA, representada formalmente e igualmente por seus sócios Mauro César Lisboa dos Santos e Cristiane Freitas Santos, nos termos da Cláusula Décima Oitava do seu contrato social (fl. 57).

Juntou-se aos autos a proposta (fls 14/16), documentos pessoais dos sócios (fls. 17/19), os atos constitutivos, suas alterações e certidões da OAB/PA (fls. 20/58), cópia do cartão do CNPJ (fl. 59), as certidões de estilo (fls. 60/67), alvará de funcionamento (fl. 68), certificados diversos referentes ao sócio Mauro César Lisboa dos Santos (fls. 70/73), certificados diversos referentes a sócia Cristiane Freitas Santos (fls. 74/85), certificados diversos referentes a sócia Manuela Freitas Santos (fls. 86/91), balancete patrimonial (fls. 92/102), atestados de capacidade técnica (fls. 103/110), cópias de contratos administrativos de serviços prestados para diversas prefeituras (fls. 111/120), certidões de processos acompanhados pelos sócios em cortes de contas e tribunais superiores (fls. 121/145) e demais documentos.

É o breve relatório.

2) FUNDAMENTAÇÃO

Importa desde já mencionar que este parecer restringe-se tão somente analisar os aspectos legais (requisitos) da afastabilidade de licitação pela exceção inexigibilidade.

A licitação pública é o processo seletivo, mediante o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidade a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de cotejar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam a mais vantajosa. Na qualidade de processo seletivo em que se procede ao cotejo de propostas, a licitação

1

pública pressupõe a viabilidade da competição. Se não houver viabilidade de competição, por corolário, não haverá licitação pública, revelando os casos denominados de inexigibilidade. Essa, inclusive, é a exata dicção do inciso XXI do art. 37 da Carta Magna e do caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, a seguir transcritos:

"Art. 37...

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, baseia-se na inviabilidade de competição, entendendo-se como tal a impossibilidade de comparação entre diversos possíveis executantes do serviço pretendido.

Quando diversos profissionais puderem realizar o mesmo e idêntico serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deve ser promovida uma disputa entre eles. Entretanto, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto do trabalho de cada um for diferente do trabalho do outro, por força das características pessoais do autor, aí então haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço. Deste modo, sempre que inviável a competição, sucede inexigibilidade de licitação pública.

Ademais, da leitura do *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 tem-se entendido que o legislador, após ter traçado a inexigibilidade sob o aspecto da inviabilidade de competição, se preocupou em elucidar algumas hipóteses especiais dela, sem pretender exauri-las. Tratou de dispor das hipóteses de inexigibilidade mais usuais, disciplinando critérios e o modo como o agente administrativo deve proceder em relação a elas. O mencionado dispositivo estabelece o seguinte:

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

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

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; (negritei);

Sistematizando o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, vemos que a inexigibilidade é possível na contratação de: (I) serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei 8.666/93; (II) de natureza singular e, (III) com profissionais ou empresas de notória especialização. Nesse sentido estabelece a Súmula 252 do TCU:

"A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: **serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.**" (destacamos)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹ detalha com clareza o inciso II do art. 25 da Lei de Licitações:

"A inviabilidade da competição ocorrerá na forma desse inciso se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados, na seguinte ordem:

a) referentes ao objeto do contrato:

- a.1) que se trate de serviço técnico;
- a.2) que o serviço esteja elencado no art. 13 da Lei nº 8.666/93;
- a.3) que o serviço apresente determinada singularidade;
- a.4) que o serviço não seja de publicidade ou divulgação;

b) referentes ao contratado:

- b.1) que o profissional detenha a habilitação pertinente;

¹ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306.

- b.2) que o profissional ou empresa possua especialização na realização do objeto pretendido;
b.3) que a especialização seja notória;
b.4) que a notória especialização esteja relacionada com a singularidade pretendida pela Administração."

Outrossim, o STJ por meio do Ministro Herman Benjamin também estabeleceu tal determinação:

"Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) **serviço técnico listado no art. 13**; b) **profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização**; c) **natureza singular do serviço a ser prestado**." (REsp nº 942.412/SP, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28.10.2008, DJe de 9.03.2009)

Observe-se que o inciso III é taxativo caracterizando assessorias ou consultorias técnicas como um serviço técnico profissional especializado, **preenchendo, portanto, o primeiro dos requisitos.**

2.1) Do cumprimento dos requisitos exarados na Súmula 252 do TCU e do STJ

2.1.1) Caracterização como serviços técnicos especializados

Como já mencionado, o inciso XXI, artigo 37 da nossa Carta Magna regra sobre a obrigatoriedade da Administração Pública realizar suas contratações por meio de processo licitatório.

Percebe-se que a Constituição concedeu a possibilidade da contratação sem licitação desde que especificados em legislação, por lei ordinária.

Diante disso a Lei 8666/93 estabeleceu a figura, entre outras, da contratação por inexigibilidade (art. 25), caracterizada pela dispensa de processo licitatório por impossibilidade de competição.

O artigo 25 do Estatuto da Lei de Licitações versa que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, e no caso vertente, com especificidade para o objeto descrito no inciso III que trata de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.

O art. 13 do estatuto licitatório descreve que consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (negritei)

Observe-se que o inciso III é taxativo caracterizando assessorias ou consultorias técnicas como um serviço técnico profissional especializado.

2.1.2) da natureza singular do serviço

O objeto do contrato a ser deflagrado na presente inexigibilidade é a prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica para orientar os trabalhos do Poder Legislativo Municipal na área de Direito Público Municipal, sobretudo no acompanhamento e defesa em processos perante as Cortes de Contas, inclusive junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM/PA e demais órgãos de Controle Externo, bem como dirimir dúvidas quanto a aplicação das leis e orientar sobre controvérsia de Direito Público e Administrativo junto a Câmara Municipal dos Vereadores de Parauapebas, no sentido de zelar pela legalidade dos seus atos.

O serviço singular deve ser entendido como aquele cujo objeto possua características individuais que o distingam dos demais e o tornem incomum, diferente, insuscetível de comparação ou assimilação por qualquer outro da mesma espécie. A respeito do tema, transcreve-se excerto de resposta à Consulta n. 652.069, apreciada pelo Tribunal de Conta do Estado de São Paulo na sessão de 12/12/01, que retrata o seguinte entendimento:

A singularidade do serviço a ser contratado é requisito indispensável para se justificar a contratação direta com empresa ou profissional notoriamente especializado. Se o serviço, objeto de contratação, for rotineiro, comum, sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, não há razão para sua contratação sem licitação.

É necessária, pois, a delimitação da expressão natureza singular utilizada pelo legislador no art. 25, II, da Lei de Licitações.

Com efeito, a inclusão da expressão "de natureza" antes do vocábulo "singular" deu tal conotação às exigências do serviço que o coloca num patamar fático adequado e ponderado pelo bom-senso, pois, de um lado, afasta os serviços corriqueiros, ainda que técnicos, e de outro, não restringe a ponto de ser incomum, inédito, exclusivo, etc. (RDA, jan.mar de 1991, p. 183-36).

Há que se ver, portanto, que não exigiu o legislador tratar-se de um serviço singular, no sentido de único, inédito e exclusivo. Mas exigiu que o serviço apresentasse natureza singular, ou seja, um serviço que possua essa qualidade, que não seja vulgar, ao contrário, se mostre especial, distinto ou até mesmo dotado de uma criatividade ímpar.

Diversos autores já se ocuparam dessa definição. Cite-se, por exemplo, o Mestre Hely Lopes Meirelles:

Segundo a doutrina corrente (a notória especialização traz em seu bojo uma singularidade subjetiva) e os dispositivos legais pertinentes, é forçoso concluir que serviço técnico profissional especializado de natureza singular é um dos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666, de 1993, que, por suas características individualizadoras, permita inferir seja o mais adequado à plena satisfação do objeto pretendido pela Administração. (Licitação e contrato administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115)

Há que se trazer também à colação as palavras de Marçal Justen Filho:

"É problemático definir "natureza singular", especialmente porque toda hipótese de inviabilidade de competição pode ser reportada, em última análise, a um objeto singular. Mas a explícita referência contida no inc. II não pode ser ignorada e a expressão vocabular exige interpretação específica a propósito dos serviços técnicos profissionais especializados."

(...) a "natureza singular" do serviço deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados."

Expõe, ainda, o referido autor que:

(...) a fórmula "natureza singular" destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado). (Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 9. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 277-278) (grifei)

O objeto da presente inexigibilidade, qual seja, a contratação de prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica para orientar os trabalhos do Poder Legislativo Municipal na área de Direito Público Municipal, sobretudo no acompanhamento e defesa em processos perante as Cortes de Contas, inclusive junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM/PA e demais órgãos de Controle Externo, bem como dirimir dúvidas quanto a aplicação das leis e orientar sobre controvérsia de Direito Público e Administrativo junto a Câmara Municipal dos Vereadores de Parauapebas, no sentido de zelar pela legalidade dos seus atos, está ao largo do rol dos serviços técnicos jurídicos corriqueiros.

De outra banda, vê-se que a consultoria e assessoramento junto às Cortes de Contas tem se tornado um imperativo para as Casas Legislativas, que por sua complexidade, desafiam serviços e profissionais especializados, sobretudo nas áreas contábil e jurídica.

Pode-se ver, pelo entendimento de Marçal Justen Filho, que o serviço descrito no objeto desta inexigibilidade é necessário à satisfação do interesse público, não podendo ser reputado como atuação padrão e comum, de modo a ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve casos que demandam mais do que a simples especialização, demandando experiência e *no hall*, pois apresenta complexidade que impede a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional, ainda que especializado.

De outra banda, há também o entendimento de que a singularidade não está no serviço, mas sim na pessoa prestador do serviço.

O eminente publicista Eros Roberto Grau, então professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, dentre tantos que escrevem sobre o tema foi um dos poucos juristas capazes de sintetizar tão brilhantemente de que a singularidade está na pessoa do prestador e não no serviço que se lhe propõe, ao escrever em artigo:

4

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fis. 160
Rubrica

"Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que **a singularidade dos serviços está contida no bojo da notória especialização.**" (Grifamos. Do artigo Inexigibilidade de licitação – Serviços técnico-profissionais especializados - Notória especialização, in RDP 99/70).

E prossegue o mestre nesse mesmo artigo, a revelar a percuciência e o discernimento que um dia o conduziram ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal:

"Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa." (grifei)

A escolha desse profissional ou dessa empresa, o qual ou a qual será contratada sem licitação – pois o caso é de inexigibilidade de licitação – incumbe à Administração.(...)

Ora, quem delibera, concluindo que determinado profissional ou determinada empresa singularizará o serviço, em última instância pela segurança que inspira na Administração, **é a própria Administração.**" (Idem, ibidem, com o último grifo original).

Resta claríssima na lição do eminente jurista que não é propriamente a espécie, a natureza, a complexidade, a raridade ou o volume do serviço que determina a sua singularidade, mas a forma pela qual é executado pelo prestador.

Mas também Celso Antônio Bandeira de Mello, como não seria diferente, apreendeu exatamente o sentido da singularidade que a lei empresta a certos serviços técnicos especializados, e assim ensinou:

"Em suma a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, **um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes** e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público **Bem por isso não é indiferente que seja prestados pelo sujeito "A" ou pelos sujeitos "B" ou "C"**, ainda que todos esses fossem pessoas de excelente reputação."

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado - a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria - recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata." (In Curso de direito administrativo, 12ª ed. Malheiros, SP, 2.000, p. 478. Grifamos).

O magnífico doutrinador se revela particularmente sensível à impossibilidade de a Administração – ou alguém, na face da Terra - estandardizar ou padronizar exigências culturais, intelectuais, técnicas, científicas, artísticas, ou em uma palavra humanística, para o fim de comparar prestadores diferentes de serviços na mesma medida diferentes.

Sobre o assunto, cumpre destacar as lições do ilustre professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

O advogado desempenha um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para, através do menor preço, escolher qual seria a melhor opção para o serviço público contratar: "A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois, como sabiamente afirmado por Calamandrei, 'a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela'.

A singularidade (capacidade intelectual) da prestação do serviço do advogado, por si só, justifica a ausência de competição, bem como da pré-qualificação também, pois o preço da contratação não é fator crucial que direciona a melhor contratação para o ente público. (grifei)

Contratando diretamente o advogado, não estará a autoridade administrativa cometendo infrações e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei 8.666/93 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade.

(...).

5

Por outra vertente, como já enaltecido, o art. 25 da Lei 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade, pela inviabilidade de competição, deixou assente que os trabalhos intelectuais, como o declinado no presente caso, ficam fora da regra geral de competição, sendo lícito ao administrador agir movido pela discricionariedade, visando, única e exclusivamente, ao interesse público (O Limite da Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 9192).

Conforme destacou o nobre Autor, a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional para prestar serviço de natureza intelectual por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). Destaca-se, ainda, nesse caso, que o fator preço não é crucial para se determinar a melhor contratação para o ente público.

Com efeito, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

Destaca ainda, o ilustre autor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *in verbis*:

Após a análise da Lei de Licitação, pode-se afirmar, com certeza, de que os serviços técnicos profissionais especializados relativos a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas dos advogados, independentemente de suas qualificações pessoais, possuem natureza singular, pelo fato da notória especialização que a profissão em questão exige.

A intelectualidade do advogado independe da sua inscrição na OAB, não se vincula a qualquer rótulo, tendo em vista que a advocacia é um estado permanente de criação intelectual.

Mais uma vez abrimos parênteses para registrar nossa ótica proferida em outro trabalho que se encaixa perfeitamente no presente contexto: "Neste último aspecto, entendemos que a notória especialização, para efeito de exonerar a Administração de prévia licitação para a contratação dos serviços, tem como critério básico o perfil da profissão da advocacia e a intelectualidade do prestador de serviços, na forma do § 10. do art. 25 da Lei 8.666/93. É humanamente impossível dimensionar-se qual é o melhor advogado do Brasil (se é que é possível tal rótulo) em virtude da complexidade jurídica que o caso comporta. (op. cit., p. 93)."

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido reiterada e quase invariavelmente que não se licita contratação de advogado para o serviço que for, caso existam outros advogados no quadro do poder público contratante ou não, porque isso é por inteiro irrelevante.

Alguns acórdãos paulistas citam expressamente, já na ementa, esse fato de que a singularidade do serviço é o que está efetivamente por detrás da ilicitude, e outros não o fazem porém decidem do mesmo modo e sob esse mesmo fundamento.

Eis 4 (quatro) decisões do E. TJSP que mencionam já na ementa a singularidade do serviço advocatício:

Apelação Cível nº 54.196-5 – Santos – Câmara de Direito Público – Relator: Teresa Ramos Marques – 22-9-1999, v.u.:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Contratação de advogado - Dispensa de licitação – Sentença de improcedência. Tomam singular serviço jurídico, aparentemente, corriqueiro, sua repercussão e a influência em situações futura – A licitação é imprópria e deixa de ser legalmente exigível para contratação de profissional de notória especialização pelo critério de confiança – Improbidade não configurada, considerada também a moral administrativa e o interesse público – Negado provimento ao recurso" (Grifamos);

Apelação Cível nº 192.029-5/8-00, da Comarca de São Carlos – Apelante Ministério Público – Apelados João Lembo e outros – 5ª Câmara de Direito Público – j. v.u., em 9 de maio de 2002, Relator Dês. Emmanoel França:

"Ação Civil Pública – DERSA – Contratação de Escritório de Advocacia – Alegada ilicitude pela ausência de licitação – Inocorrência – Notória especialização e singularidade do objeto da contratação evidenciados – Recurso improvido. (Grifamos);

Apelação Cível nº 209.067-5/7-00, da Comarca de Cubatão – Apelantes Antonio Sergio Batista Advogados Associados S/C e outros – Apelado Ministério Público – 3ª Câmara de Direito Público, j. em 30 de março de 2004 – Relator Des. José Cardinale:

"Ação Civil Pública. Contratação de serviços advocatícios sem realização de procedimento licitatório. Singularidade dos serviços e notória especialização dos integrantes do escritório contratado. Inexigibilidade da licitação. Ilegalidade e imoralidade não constatadas. Violação aos princípios arrolados pelo artigo 37 da Magna Carta não demonstrada. Prejuízo ao erário e atos de improbidade administrativa não evidenciados. Sentença de procedência. Recursos dos requeridos providos para julgar improcedente a ação."

Apelação Cível nº 182.131-5/5-00, da Comarca de Guarulhos – Apelante Câmara Municipal Guarulhos e outros – Apelado Ministério Público – 1ª Câmara de Direito Público, j. v.u., em 2 de março de 2004 – Relator Des. Castilho Barbosa:

"Ação Civil Pública. Contratação de serviços advocatícios sem realização de procedimento licitatório. Singularidade dos serviços e notória especialização dos integrantes do escritório contratado. Inexigibilidade da licitação. Ilegalidade e imoralidade não constatadas. Violação aos princípios arrolados pelo artigo 37 da Magna Carta não demonstrada. Prejuízo ao

6

Nesse diapasão, e em quaisquer das vertentes, o serviço objeto da contratação se enquadra na hipótese legal de natureza singular, eis que não é um serviço rotineiro, comum e sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, nos moldes do que trata a doutrina sobre o tema. Ao contrário, é serviço técnico de natureza complexa que não tem como prescindir de uma assessoria técnica específica. Desta feita, encontra-se preenchido, o segundo requisito.

2.1.3) da notória especialização

Por último e não menos importante deve-se caracterizar a notória especialização sendo que o § 1º do artigo 25 da Lei 8666/93 assim definiu:

"§ 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."

O texto da lei parece ser suficiente para dar solução a eventuais impasses quanto ao entendimento desta terminologia. A primeira vista, tem-se uma falsa ideia de que notório especialista deva ser amplamente conhecido, quase famoso. Mas não é isso que vê do texto legal.

O parágrafo *sub exame* indica o norte de quais peculiaridades ou requisitos são considerados idôneos para aferir se um profissional é ou não notório especialista, a saber: "...desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica...". Mais ainda. A expressão "...ou de outros..." dá bem o tom de rol exemplificativo desses requisitos. O legislador admite, portanto, que outros conceitos e requisitos, não ditados no texto expresso da lei, podem servir de base à conclusão de que o profissional escolhido é o mais adequado à satisfação do contrato.

Nota-se também, que a enumeração dos requisitos são alternativos. Significa que não é obrigatório que estejam todos contemplados na justificativa da escolha, bastando apenas o apontamento de um deles para balizar a escolha.

Ao conceituar notória especialização o dispositivo legal encerra com a expressão "*que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*". Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma análise subjetiva da autoridade competente para celebrar o contrato. Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas.

Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, *legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade*, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parece ser "*indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*."

É precisamente esse o entendimento do TCU sobre notória especialização, dado na Decisão nº 565/95- TCU – TC nº 578/95, na Primeira Câmara, da Relatoria do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, que sintetizou: "será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar". Ressalvadas sempre as interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga." (grifei)

Além de todos os requisitos necessários à contratação de um advogado por inexigibilidade de licitação, um elemento é primordial na relação entre o advogado e o seu cliente: "a confiança".

Esse elemento aparece logo na justificativa de contratação pela administração que assim menciona:

"No que tange à escolha da referida empresa, declaramos que a escolha se deu em razão do elevado grau de confiança depositada por este órgão, em razão de se tratar de SERVIÇOS SINGULARES e que exigem ALTO GRAU DE CONFIABILIDADE entre as partes, isso tanto por parte do prestador quanto por parte do tomador de serviços, bem como pela

experiência da mesma em processos similares com outros órgãos da administração pública tanto a nível municipal quanto a nível estadual, além do mais, pela notoriedade e especialização apresentada na área de assessoria e serviços jurídicos, direcionados a Administração Pública na região, bem como suas particularidades, conforme comprovação em anexo." (fl. 02)



Esse elemento também deve valer para o administrador público, já que todos os seus atos são e serão fiscalizados pelo Ministério Público, Tribunal de Contas, Câmara de Vereadores e pela sociedade civil, o que implica afirmar que o gestor público deve estar muito bem assessorado administrativamente e principalmente juridicamente, posto que, uma vez tomadas decisões equivocadas, as consequências jurídicas são grandes, como perda do patrimônio, direitos políticos e até mesmo da liberdade.

Assim, o Poder Público e o r. gestor têm o poder de escolher, dentre os muitos profissionais devidamente qualificados, aqueles que mais demonstrem confiança, ou seja, aquele que possui, aos olhos do Poder Público, maior compatibilidade com os desideratos da Administração Pública. Acerca do elemento confiança, César Augusto Assad Filho defende que:

"Os atributos profissionais do contratado devem despertar no contratante a convicção de que o serviço deste será irrefutavelmente superior ao dos demais, em atendimento às necessidades da Administração e às exigências da situação concreta. Também a confiança tem origem na discricionariedade de que dispõe o Poder Público ao tratar de questões da mais alta relevância jurídica ou política. Não se pode esperar que o administrador tenha objetividade total. Certamente, a escolha de certos profissionais em detrimento de outros levará em consideração a confiança e segurança de que a atividade será realizada a contento por aquele que se contrata."

E para que o gestor público possa se valer do elemento confiança ao contratar um advogado, ele deve colocar em prática a discricionariedade de que dispõe ao para tratar das questões da mais alta relevância jurídica ou política, sendo inconcebível que a contratação de um advogado para tratar dos interesses da Administração possa se dar por meio de critérios objetivos. Com isso, indubitável que a escolha de certos profissionais em detrimento de outros levará em consideração a confiança de que o serviço a ser prestado por certo profissional será realizado nos exatos moldes e sempre visando o melhor para a Administração Pública. Por tais razões entende-se que a contratação de serviços prestados por advogados é juridicamente viável, lícita e legítima, e deve ser realizada seguindo o rito dos processos de inexigibilidade de licitação.

Esse também é o entendimento que se extrai de excerto do Acórdão 439/98-Plenário, TCU, que traz citação de brilhante lição de Eros Roberto Grau:

"Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: '...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança.** Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.' (Eros Roberto Grau, in *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77*) (grifei)

Em relação a essa afirmação, no mesmo precedente, encontramos as palavras de Jacoby, *in verbis*:

"Portanto, **cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade**, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. **Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é 'essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato', (...)** Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. ('in' *Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306*).

É idêntica a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, com a habitual precisão, esclarece que:

"É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente *mais indicados do que os de outros*, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata."

Não pode, pois, ser subtraído do próprio alvitre da autoridade, e só a ela competirá, a decisão sobre qual notório especialista deva recair a contratação.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ao descartar a contratação direta por dispensa de licitação em caso concreto, admitiu a inexigibilidade trazendo à baila um elemento subjetivo: a questão da

confiança que a Administração (leia-se o gestor) deve depositar no profissional da advocacia. É o que pode ser observado no seguinte julgado:



AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

1. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

2. "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. Ação Penal que se julga improcedente. (STF. Ação Penal nº 348-SC, Plenário, rel. Eros Grau, DJ de 03.08.2007). (grifei)

Vê-se, pois, que o STF admite a discricionariedade no procedimento de inexigibilidade de licitação, permitindo que o gestor escolha o profissional que prestará serviços advocatícios com base no grau de confiança que nele deposita.

Nessa mesma esteira, a Primeira Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.192.332 – RS, proferindo o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.192.332 - RS (2010/0080667-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : ÉLBIO DE MENDONÇA SENNA

ADVOGADO : JOSÉ ALEXANDRE BARBOZA JUNQUEIRA E OUTRO (S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7º., 8º., 9º. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012.

3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

COMISSÃO DE LICITAÇÃO
Fls. 165
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 12 de novembro de 2013 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

No caso vertente, como se infere dos autos, a escolha recaiu sobre a empresa SANTOS & SANTOS ADVOGADOS ASSOCIADOS SOCIEDADE SIMPLES, CNPJ 07.620.428/0001-86, localizada na Rua Domingos Marreiros, nº 49 – Umarizal – Belém/PA, representada igualmente por seus sócios **Mauro César Lisboa dos Santos e Cristiane Freitas Santos**, que, a teor dos atestados de capacidade técnica juntados, atua e já atuou em várias Prefeituras do Estado do Pará (fls. 111/120), evidenciando, nos termos contratuais, a experiência dos sócios em relação ao serviço técnico jurídico na área do Direito Público.

Por outro lado há nos autos do processo vários certificados concedidos aos sócios da pretensa contratada (fls. 70/91), que pela abrangência das temáticas neles certificadas, evidencia, além da formação técnica e pura do direito, o leque de assuntos em que têm aptidão.

A experiência da empresa SANTOS & SANTOS ADVOGADOS ASSOCIADOS SOCIEDADE SIMPLES no ramo do direito público está configurada pelas cópias dos contratos firmados com diversas prefeituras do Estado do Pará (fls. 111/120).

Verifica-se também nos autos que foram juntadas cópias dando notícia de processos (121/145) constantes dos Tribunais de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM, Tribunal de Contas da União - TCU e até do Supremo Tribunal Federal, comprovando assim a notória especialização da empresa, por seus sócios.

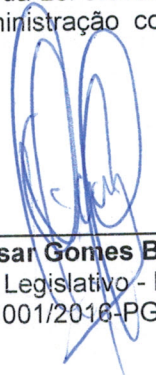
Diante do que dos autos consta, não resta dúvidas de que a empresa escolhida detém notória especialização, fato que se comprova pela juntada das cópias de contratos e atestados de capacidade técnica que evidenciam a experiência da empresa, o que materializou a segurança da autoridade administrativa em sua escolha, acrescido, por conseguinte e sem sombra de dúvidas, do aspecto da confiança a lhe inferir que o trabalho (serviço) a ser prestado pela empresa escolhida é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação dos interesses da administração. Desta feita, encontra-se preenchido, o terceiro requisito.

3) CONCLUSÃO

De todo o exposto, entendo que se configurou no presente caso, a inviabilidade de competição a desaguar na inexigibilidade de licitação, posto que atendidos os requisitos legais básicos.

Desta forma esta Procuradoria entende e opina, caso assim entenda a administração, pelo regular prosseguimento do processo até os seus ulteriores atos, devendo a Comissão de Licitação observar fielmente as prescrições estabelecidas no art. 55 da Lei 8.666/93, bem como que o ordenador de despesas baixe ato nomeando um representante da administração como fiscal do contrato, logo depois de sua assinatura.

Parauapebas/PA, 24 de março de 2016.



Nilton César Gomes Batista
Procurador Geral Legislativo - Respondendo
Portaria nº 001/2016-PGL/CMP