



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

JUSTIFICATIVA DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

EMENTA: prestação de serviço de assessoria jurídica, de serviços de natureza singular, especialmente voltadas a defesa judicial e administrativa do contratante (fundo municipal de saúde), participação em audiências extrajudiciais e de cunho administrativo e defesa administrativa do fundo municipal de saúde perante órgãos fiscalizatórios. Inexigibilidade de Licitação. Fundamentação: Art. 25, II, combinado com Art. 13, inciso V, da Lei Federal n.º 8.666/93. Notória Especialização – Inviabilidade de Competição. Necessidade.

A **SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE**, vem justificar o caráter de inexigibilidade de licitação para possível contratação de serviços de Consultoria e Assessoria jurídica técnica-especializada entre A **SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE/SE** e a empresa **PAULO ERNANI DE MENEZES ADVOGADOS ASSOCIADOS** empresa sediada na Rua Lourival Chagas, 431, Bairro Grageru, CEP 49.000-000, inscrita no CNPJ sob o n.º 09.364.966/0001-82, neste ato representado por seu Sócio **PAULO ERNANI DE MENEZES**, brasileiro, casado, advogado regularmente inscrito na OAB/SE sob o n.º 1.686, portador do CPF sob o n.º 382.586.765-04, em conformidade com o art. 25, inciso II e art. 13, inciso V da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e de acordo com os motivos adiante expostos:

Primeiramente, há que se instruir o processo administrativo, de sorte a enquadrá-lo nos termos do parágrafo único do artigo 26, da Lei 8.666/93.

De posse do processo administrativo e com base nas informações nele contidas, atendido o expresso nos incisos II e III do parágrafo único do artigo 26, esta Secretaria, emitirá, a seguir, o seu parecer sobre a possibilidade jurídica da contratação pretendida pela Secretaria Municipal de Saúde.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI traz que, como regra, as compras, obras serviços e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública assegurando a participação de todos os interessados em igualdade de condições. Porém, o artigo traz a possibilidade de exceções. Assim dispõe o citado artigo:

Art. 37 – inciso 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.

Para regulamentar o processo licitatório foi editada no ano de 1993 a Lei Federal 8.666, que traz as disposições gerais a serem seguidas. Nessa lei, encontramos os casos excepcionais onde poderá não ser realizada a licitação, conforme ressalva apontada na primeira parte do inciso XXI. São os casos de licitação dispensada (art. 17), dispensa (art. 24) e **inexigibilidade de licitação (art. 25)**.



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

Como visto, a Constituição Federal acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação, isto é, aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, observado o princípio da isonomia. Mas o mesmo texto constitucional limita tal presunção, **facultando a contratação direta nos casos de dispensa e inexigibilidade.**

Transcrevendo parcialmente o dispositivo da *lex* mencionada, prescreve o referido diploma 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;

Esse dispositivo, cuja origem deita raízes no DL 200/67 teve mantida a redação inaugural pelo Dec. Lei 2.300/86, com sua eficácia prática repetida na Lei n.º 8.666/1993.

Os casos de inexigibilidade de licitação derivam de sua inviabilidade de competição. Afasta-se o dever de licitar pela impossibilidade fática, lógica ou jurídica da concorrência. O professor Marçal Justen Filho, classifica o conceito de inviabilidade de competição, segundo suas causas, em dois grupos: a) inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado e b) casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado (2005, p.274):

“Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado” (grifo nosso).

“Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema de inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas” (grifo nosso)

O artigo 25, inciso II traz que é inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 da Lei 8.666/93 de natureza singular, com profissional ou empresa de notória especialização. Esses serviços técnicos são, especificamente:

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

(...) V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

Além da necessidade do serviço técnico constar no rol do artigo, é necessário ainda que o objeto seja singular e a notória especialização de quem vai prestar o serviço.



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

Somente se configurará a inexigibilidade se presente esses três requisitos. **A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em uma solução prática.**

Para melhor entendimento da questão alguns aspectos do referido inciso II do artigo 25 merecem atenção. Essa hipótese de inexigibilidade se aplica aos casos dos serviços técnicos constantes no artigo 13 que possuam **natureza singular**, além de ser realizado por **profissional ou empresa de notória especialização** (grifo nosso).

Ou seja, de modo diverso, a inviabilidade da competição ocorrerá na forma como prescreve o artigo 25, inciso II da lei 8.666/93 se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados na forma seguinte:

Com referência ao objeto do contrato, deve o mesmo se tratar de serviço técnico, que esteja elencado no rol do artigo 13 da Lei de Licitações, que apresente determinada singularidade e, por fim, que não seja serviço de publicidade ou divulgação.

Já em referência ao contratado, pessoa física ou jurídica, deve o profissional deter habilitação pertinente, possuindo especialização na realização do objeto a ser contratado, devendo tal especialização ser notória, relacionando-se e essa última com a singularidade pretendida pela Administração.

Para fins de posicionamento técnico jurídico da matéria e perfilhando-nos do primado de que o conceito maior de administração pública é a realização de atos e procedimentos que atendam os interesses comuns, citamos que *“será inexigível na contratação de profissionais ou empresas de notória especialização, considerados aqueles 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 seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. É o que consta no inciso II e no §1º do art. 25 da Lei 8.666/93”* (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos casos e polêmicas, 4ª edição, 2016, pág. 321, Malheiros).

São, portanto, aqueles profissionais que se destacam no seu seguimento. A notória especialização é um emblema subjetivo, eis que relacionado à pessoa do contratado. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, a ser integrado pelo administrador, cuja caracterização se dá em função de qualidades essenciais do executor do serviço, que o diferenciam do mercado e, naturalmente, qualifica a inviabilidade de competição.

Desta feita, referida espécie de verificação, qual seja, “notória especialização”, consiste na *expertise* desenvolvida por profissional ou empresa, que os coloca em patamar diferenciado dos demais concorrentes.

Sob outra premissa, *“não resta dúvida de que contratação desta natureza revela um espaço de discricionariedade inerente ao exercício das competências do administrador público. Diante de circunstâncias concretas o gestor opta pela não realização do certame por entender que o interesse público será mais bem atendido pelo profissional cuja qualificação seja incontestavelmente reconhecida e que detenha notoriedade em sua área de especificação”* (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos casos e polêmicas, 4ª edição, 2016, pág. 321, Malheiros).



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

O TCU já teve a oportunidade de decidir que:

“A existência de outros profissionais que possam prestar o serviço não basta para retirar a singularidade. A Lei n. 8.666/1993, ao definir notória especialização, em seu art. 25, § 1º, deixou elevado grau de discricionariedade ao administrador, na medida em que lhe confere a competência de inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. O controle, portanto, deve ser no âmbito da razoabilidade, evitando interpretações flagrantemente abusivas, infundadas e até fraudulentas do permissivo legal. A não ser diante de casos em que fique flagrante e desenganadamente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei das Licitações, deve o Tribunal respeitar a opção adotada pelo administrador. (TCU, 1ª Câmara, Processo 928.806/1998-7, Acórdão 4.101/2001, DOU 7.8.2001, p 52)”

Partindo, agora à análise do caso concreto apresentado pela municipalidade, após o minucioso exame da documentação apresentada, pode-se inferir tratar-se de pessoa jurídica detentora de notória especialização, conforme exigido na legislação específica, notadamente pelos serviços prestados pela empresa mediante seus sócios.

Ainda sobre a análise da documentação apresentada, verificamos tratar a empresa proponente de pessoa jurídica especializada na consecução do objeto proposto, qual seja, consultoria e assessoria técnica especializada na gestão fiscal e tributária, matéria, inclusive, de extrema importância para o desenvolvimento econômico e social de um município, ainda mais em se tratando de ente federativo localizado no Nordeste brasileiro e que sofre com as correntes quedas de receita decorrente da má distribuição de tributos imposta pela própria Constituição Federal.

Além da notória especialização, a lei fala em “natureza singular”, conforme expresso no inciso II, do artigo 25, da Lei 8.666/93.

Seguindo nessa linha de raciocínio, encontramos IVAN BARBOSA RIGOLIN, em sua obra MANUAL PRÁTICO DAS LICITAÇÕES, à fl. 143:

“serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. As duas características andam sempre juntas, (o adjetivo “especializados” indica a natureza singular dos serviços referidos. Não tendo natureza singular, perdem os serviços a característica de especializados...). Esta é a última e a mais refinada espécie de serviços profissionais existentes; pele elevado grau de especialização que exige do prestador, e pela inalienável e necessária característica pessoal do resultado, esse serviço tem o que se denomina natureza singular, quer dizer, aquele particular e inconfundível de cada prestador. (original sem grifos).

Nos termos em que está posta, a “natureza singular” está intimamente ligada ao objeto que se deseja contratar. Porém, não obstante a afirmativa acima, **boa parte dos doutrinadores pátrios já admite que o profissional, só ou em equipe, é detentor de natureza singular subjetiva.**

Consoante o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, p. 325:

“ de modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente - por equipe - sempre que o trabalho a ser produzido se defina como marca pessoal (ou coletiva)



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

expressa em características científicas, técnicas ou artística importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro, cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por experiente jurista, uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião... todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. **Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.**” (original sem grifos)

O mesmo autor, citado por Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 252, faz a seguinte consideração:

“A singularidade do ‘objeto’ consiste, na verdade, na singularidade (peculiaridade) do ‘interesse público a ser satisfeito’. A raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não no objeto do ofertado. **Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público**”. (original sem grifos).

Adilson Abreu Dallari, no seu Livro Aspectos Jurídicos da Licitação, Forense - 1997, p. 51 - tece elogios ao trabalho da Professora Lúcia Valle Figueiredo em parceria com o renomado mestre Sérgio Ferraz, dizendo:

“... já acolhendo a distinção feita pelo legislador entre dispensa e inexigibilidade, os Autores enfocam um aspecto extremamente relevante, qual seja, **o fato de que um trabalho técnico profissional especializado pode ser contratado sem licitação mesmo que haja “uma pluralidade de notórios especializados”** exatamente porque o trabalho produzido se torna singular em razão da singularidade subjetiva do Executante.” (original sem grifos).

Continuando, assevera Adilson Abreu Dallari na mesma obra supracitada:

“Essa singularidade resultante das **características pessoais do Executante é que torna inviável a comparação ou a competição**, tornando inexigível a licitação, conforme dispõe a legislação vigente.” (original sem grifos)

Destarte, são as características do Executante que tornam o trabalho singular, situações essas correlatas à própria existência em si pela qualidade e diferenciação do serviço prestado, tornando-o impossível de ser aferido pela via ordinária, objetiva, pois, é de difícil viabilidade pela competição mediante processo licitatório.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles no seu livro Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed. p.98. define serviço técnico especializado:

“no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral - aprofundou-se nos estudos no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios...”



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

Essa natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Como nos ensina o mestre Marçal Justen Filho (2005, p.283):

“A natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão.”

Serviço técnico especializado e singular, passível de contratação direta pela Administração é aquele que apresente o somatório dos seguintes fatores:

- que exija grau determinado de especialização;
- que tenha a característica de se destoar dos demais serviços;
- que, ordinária ou corriqueiramente, afetam a administração;
- que o produto final desempenhado pelo contratado seja heterogêneo, ou seja, de natureza diferenciada

Ainda sobre o tema aqui posto, trazemos a colação oportuna lição do mestre Benedicto de Tolosa Filho leciona:

“os serviços técnicos profissionais relacionados no art. 13 guardam estreita relação com a inexigibilidade de licitação, prevista no inciso II do art. 25, quando desenvolvidas por profissionais detentores de qualidades singulares, que os caracterizam como notoriamente especializados.” (in Licitações Comentários, Teoria e Prática - Ed. Forense, 1957, p.36).

Desta forma, não se concebe que, em nome da defesa do interesse público, se coloque o poder público em situação de inferioridade perante os particulares, os quais **sempre podem contratar os melhores livremente.**

Diante de todo o exposto, nota-se que a contratação pretendida em momento algum desatenderá os requisitos legais e, muito menos, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Não obstante, trazendo à baila os ensinamentos dos melhores doutrinadores de Direito Administrativo Brasileiro, deve-se ressaltar que a inexigibilidade de tal licitação atenderá não só aos interesses primários como também aos interesses secundários do ente público. Ou seja, mesmo considerando-se a sub-divisão dos interesses públicos em primários e secundários, haveria respeito a eles, uma vez que a coletividade, em última análise, estaria sendo beneficiada.

Na hipótese vertente, a empresa **PAULO ERNANI DE MENEZES ADVOGADOS ASSOCIADOS**, anexa ao processo administrativo em discussão, os documentos abaixo relacionados, que comprovam a sua notória especialização no campo a que pretende prestar os seus serviços:

√ Relação do desempenho profissional da empresa, desde os anos noventa.



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

- √ Grade curricular dos Sócios e equipe técnica da empresa;
- √ Relação do Corpo Técnico especializado da empresa;
- √ Certidões de Capacidade Técnica da empresa subscrita por Órgãos Públicos que receberam a assessoramento técnico da **PAULO ERNANI DE MENEZES ADVOGADOS ASSOCIADOS** nos últimos anos,

Não se pode perder de vista, também, que os princípios de Direito Administrativo estariam plenamente correspondidos em uma inexigibilidade de licitação como a que estamos tratando. Isto porque, em primeiro lugar, como já demonstrado, o princípio da legalidade está, cristalinamente, respeitado. **Há, ainda, uma plena correspondência com os princípios da moralidade, finalidade, razoabilidade, economicidade e o, novíssimo, princípio da eficiência.** Como se não bastasse todo esse arsenal principiológico, deve-se atentar para o fato de que o administrador público, ao contratar sem a licitação, *in casu*, estará, em última instância, atendendo à supremacia do interesse público sobre o privado.

Consigne, ainda, a importância da contratação dos aludidos serviços, face à necessidade precípua do Poder Público em manter a ampliação do setor jurídico municipal, através de um efetivo acompanhamento dos processos administrativos, sobretudo, os processos de licitações que precedem os contratos administrativos e os convênios públicos, sendo os primeiros destinados às compras governamentais e contratação temporária de pessoal e os segundos destinados ao atendimento e fomento às políticas públicas elencadas na Constituição Federal, tais Saúde;

Pelas dificuldades impostas pelo modelo econômico atual, o Município de Nossa Senhora das Dores/SE não teve a oportunidade de organizar os seus serviços de assessoria jurídica com o seu próprio pessoal, estando o mesmo defasado, seja pela falta de qualificação profissional à disposição, seja pela rápida evolução da legislação que se abate diariamente sobre a Administração Municipal, requerendo, destarte, a existência de uma perfeita e saudável consultoria jurídica completa, e que transmita a segurança para a Municipalidade, através da sua confiabilidade operacional.

Assim, se vê na premência da contratação de serviços técnico-especializados, onde no universo do Estado de Sergipe, a empresa **PAULO ERNANI DE MENEZES ADVOGADOS ASSOCIADOS**, se enquadra no conceito de notória especialização pelos relevantes serviços que vêm prestando a diversos setores da sociedade sergipana, sobretudo no acompanhamento de processos judiciais de ex-gestores decorrentes da vida pública, bem como nas áreas de licitação e contratos, tributação municipal, precatórios, ações civis públicas e Valor Adicionado (ICMS) onde detém singularidade na prestação de seus serviços.

Frise-se que os Tribunais de Contas têm entendido que é permitido a contratação para uma demanda específica, que devido a essa singularidade, exige notória especialização do contratado.

Ressalte-se, também, que a existência de profissionais no quadro do município não extingue a possibilidade da contratação direta pela via da inexigibilidade, porquanto, no caso em análise, justifica o Ente municipal a contratação direta tendo em vista a grande quantidade de processos junto à procuradoria deste Município, que só dispõe de 01 (um) Procurador Geral e 01 (um) Assessor Jurídico, conforme já decidiu o Tribunal de Contas da União, vejamos:



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

Serviços advocatícios — mesmo com advogados no quadro — legalidade — TCU decidiu: (...) **que é admissível a contratação de serviços de advocacia, apesar da entidade ou órgão público contar com quadro próprio de advogados, ressalvando que as condições, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas para concluir-se pela legalidade ou ilegalidade da contratação e que o exame da conveniência e da oportunidade de efetuar a contratação compete ao administrador, que deve ater-se aos termos da lei e aos princípios norteadores da administração pública.** Fonte: TCU. Processo n. TCC -012.930/95-4 — Decisão 444/1996 Plenário.

Na mesma senda, o Pleno da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula n.º 04/2012/COP que bem retrata sobre o tema, vejamos:

SÚMULA N. 04/2012/COP

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.”

Não se nega, portanto, que a contratação de escritórios de advocacia pela via da inexigibilidade tem causado bastante controvérsia na seara jurídica, sendo, todavia, que os Tribunais pátrios têm se posicionado à favor da referida contratação, inclusive, depois dos entendimentos dispostos na Ação Penal n. 917 do Supremo Tribunal Federal (julgada em 07/06/2016).

À par disso, o Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Recomendação n. 36, de 14 de junho de 2016, que assim **RECOMENDA**:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.

Brasília-DF, 14 de junho de 2016.



ESTADO DE SERGIPE
FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUMBE

prévio processo licitatório, *ex vi* do Art. 25, inciso II, em harmonia com o Art. 13, inciso III e V, todos do Diploma Legal alhures referenciado.

Submetemos a presente JUSTIFICATIVA à apreciação do Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Nossa Senhora das Dores/SE, para que, na hipótese de ratificação da mesma, determine a sua publicação, na forma do Art. 13, inciso XII, da Constituição Estadual, como *conditio sine qua non* para eficácia deste ato.

Cumbe/SE, 02 de janeiro de 2019.

ROSANGELA MORAES SOBRAL
Secretaria Municipal de Saúde