PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº113/2022

JUSTIFICATIVA DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 05/2023

ASSUNTO: Contratação de serviços advocatícios pela Prefeitura Municipal de Malhador/SE através do inserto no inciso II, artigo 25, combinado com o art. 13, V todos da Lei 8.666/93, Inexigibilidade de Licitação, e o pagamento de honorários de êxito para impetrar ações judiciais representar o Município de MALHADOR/SE na promoção de medidas necessárias a **revisão do índice de participação do ICMS**.

Ementa: Contratação De Serviços Advocatícios. Inexigibilidade De Licitação. Artigo 25, Inciso II, c/c o artigo 13, inciso V Lei 8.666/93. Contratos Administrativos. Contratação Pública. Possibilidade de Pagamento de Êxito em Causas Judiciais.

I – DA CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Inicialmente vale consignar que o procedimento licitatório, decorre da exigência de realizá-lo para a contratação de obras e serviços pela Administração Pública, por força do que dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal, regulamentada, sob esse enfoque, pela Lei Federal nº 8.666, de 1993. Esta última, porém, contém expressa dispensa ou inexigibilidade de licitação, quando se tratar de serviços técnicos, de notória especialização do contratado e da singularidade do objeto da contratação, como estabelece o art. 25, II, e § 1º do texto legal referido.

A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB já se posicionou sobre o tema, provocada pela iniciativa do parquet nas ações propostas contra dirigentes de órgãos da Administração Pública, que agem na correta convicção da possibilidade da contratação com dispensa ou com inexigibilidade da licitação, uma vez verificadas as hipóteses previstas na lei de regência. Tal comportamento justifica-se nos casos em que a dispensa da licitação decorre de situações de emergência ou de calamidade, ou quando ela se torna inexigível, pela verificação dos requisitos legais para tanto e dada a premente necessidade de valer-se a administração dos órgãos decentralizados do Estado de serviços advocatícios especializados em demandas de complexidade não possíveis de adequada defesa pelos quadros de seus departamentos jurídicos, quando existentes.

Como bem preleciona MARÇAL JUSTEN FILHO, "a raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não ao objeto ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse público concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público[1]".

Por seu lado, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ensinou que:

> "a exceção da contratação direta com os profissionais de notória especialização não afronta a moralidade administrativa, nem desfigura a regra da licitação para os demais serviços. Antes a confirma. E atende não só à necessidade, em certos casos, da obtenção de trabalhos altamente exatos e confiáveis, que só determinados especialistas estão em condições de realizar, como também habilita a Administração a obtê-los imediatamente, sem as delongas naturais da licitação, e sem afastar aqueles que, exatamente pelo seu renome, não se sujeitariam ao procedimento competitivo entre colegas".

A jurisprudência também conforta o que se vem sustentando, como lembra o seguinte julgado do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 1ª Região: "Se a contratação em questão deu-se em observância ao artigo 25, da Lei nº 8.666/93, que prevê os casos de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, como a de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, a qual, inclusive, é ato discricionário da administração pública, não há falar em ilegalidade".

A esse respeito, confira-se o posicionamento lapidar do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: "a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res pública".

Na situação específica dos serviços advocatícios, a profissão exige que o profissional execute o seu trabalho de acordo com as suas convicções, juízos, sensibilidades, interpretações,

conclusões, formação intelectual, apesar de existirem inúmeros outros advogados com igual ou melhor curriculum do que o escolhido pela administração pública.

Tal fato se dá em decorrência do trabalho singular desempenhado pelo advogado, onde 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.

Cita-se Mauro Roberto Gomes de Mattos:

> "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".

Nessa moldura, o próprio Código de Ética da Advocacia, em seus artigos 28 e 29, desestimula a competição entre seus profissionais, inviabilizando a competição via licitação, por ser recomendado ao causídico a moderação, discrição e sobriedade. Por sua vez, o artigo 34 do Estatuto da OAB, elenca como infração disciplinar: "organizar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros" (Art. 34, IV). Na mesma esteira, o artigo 5º do Código de Ética veda qualquer procedimento de mercantilização do advogado no exercício da profissão: "O exercício da advocacia, é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização".

É de se destacar a conclusão do respectivo Parecer n.º GQ 77 da AGU:

> "35. Dessa forma, com fundamento na Lei n.º 8.666, de 1993, e com base na lição de doutrinadores eminentes e em recentes decisões do Tribunal de Contas da União, concluo: "a) o fato de a entidade dispor de quadro próprio de advogados não impede que ela contrate, sem licitação, serviços de terceiros, uma vez que a Lei n.º 8.666 de 1993 considera inexigível, por inviabilidade de competição, o procedimento licitatório para o ajuste dessa espécie de serviços, desde que de natureza singular e que o profissional contratado seja de especialização tão notória que o seu

> trabalho se revele, indiscutivelmente como o mais adequado à satisfação dos interesse em causa os artigos 25, II, e § 1º, 13, V";
>
> (...)
>
> "f) a enumeração do artigo 25 é exemplificativa e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de discricionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública".

Em conclusão a estas notas sobre a questão exposta, insta que nos parece prevalecer o entendimento no sentido de que se torna inexigível a realização de licitação para a contratação de advogados pela Administração Pública, principalmente quando se tratar de trabalho de natureza singular e de profissional com notória especialização.

II – DOS HONORÁRIOS DE ÊXITO

O direito foi criado para regular a vida em sociedade e, com vistas a garanti-lo, instituiu-se a Justiça. É do advogado o papel indispensável de servir de elo entre a parte e o direito que lhe cabe. A contrapartida ao esforço empreendido por esse profissional na defesa dos interesses de seus clientes são os honorários advocatícios.

O Superior Tribunal de Justiça, na voz do eminente Ministro Gomes de Barros, deixou consignado que o advogado presta, pois, serviço público, "da mesma natureza que os demais serviços prestados pelo estado"; "A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do Juiz. Sua atividade, como particular em colaboração com o Estado é livre de qualquer vínculo de subordinação com magistrados e agentes do Ministério Público...".

A Constituição Federal dispõe: "Art. 133 - O Advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Considerando como um 'preceito constitucional', o constituinte definiu-o para além de sua atividade, qualificando-o como prestador de serviço de interesse coletivo, conferindo a seus atos múnus públicos.

O bom desempenho no exercício da Advocacia está ligado diretamente ao direito à remuneração justa pelos serviços prestados ao constituinte, ou seja, o direito a perceber os Honorários Advocatícios de acordo com a dificuldade do caso em exame, bem como do esmero com o qual atuou na lide.

Neste sentido preceitua o Código de Ética da OAB;

> "Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:
>
> I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;
>
> II – o trabalho e o tempo necessários;
>
> III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;
>
> IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;
>
> V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;
>
> VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;
>
> VII – a competência e o renome do profissional;
>
> VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos."

Encontra-se ainda a mais ampla jurisprudência sobre o tema, in verbis:

> "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO COM A CLÁUSULA "QUOTA LITIS"- COBRANÇA SOBRE ATRASADOS

> E PRESTAÇÕES - ACRÉSCIMOS DA SUCUMBÊNCIA E CUSTEIO DA CAUSA - IMODERAÇÃO - Deve o advogado, ainda que na contratação "ad exitum", levar em conta o trabalho a ser efetuado, a sua complexidade, o tempo necessário, a possibilidade de atuar em outras ações, razão pela qual, no caso da consulta, torna-se imoderado o percentual de 40% a 50%, mais a sucumbência e o custeio da causa, esta a ser suportada pelo profissional no caso da cláusula "quota litis".

Desta feita, demonstra-se que os honorários advocatícios devem ser auferidos de acordo com uma série de requisitos, dentre eles especialmente a complexidade do caso, o tempo despendido e a impossibilidade de atuar em outras ações. Assevera-se ainda que em casos concretos de alta complexidade, incluindo aqueles motivadores pela contratação por inexigibilidade de licitação, com fulcro no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93, o mais indicado seria a contratação "ad exitum", pela perfeita subsunção entre normas, ou seja, entre o Código de Ética da OAB e a Lei de Licitações.

Neste liame a possível vultuosidade e complexidade do caso concreto cominada com a possível valoração do tempo despendido demonstram que de acordo com o princípio constitucional da eficiência e da economicidade o ideal seria a contratação por êxito, vez que seria a administração pública onerada apenas na exata proporção de vantagem auferida, bem como a sociedade de advogados seria remunerada em estrita proporcionalidade à vantagem proporcionada à administração pública.

Assim, o pagamento deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a simples conclusão de fase ou etapa do serviço.

III - RAZÃO DA ESCOLHA DO EXECUTANTE

A escolha do escritório **TELES CAVALCANTE BARRETO ADVOGADOS ASSOCIADOS**, não foi contingencial. Prende-se ao fato de que ele enquadra-se, perfeitamente, nos dispositivos enumerados na Lei de Licitações e Contratos, consoante o já exaustivamente demonstrado acima, como *conditio sine qua non* à contratação direta. E não somente por isso; é escritório detentor de profissionais experientes, capacitados e gabaritados para o serviço pretendido, que é de interesse público e visando à realização do bem comum, com ampla experiência nessa área, possuindo íntima relação com o objeto que aqui contratado, sendo, desta forma, indiscutivelmente, o mais indicado, conforme justificativas do setor requisitante. Cabe, ainda, reiterar que o serviço aqui a ser contratado encontra acolhida na Legislação de Licitações e Contratos.

Salientamos também, que o profissional que irá prestar os serviços será o **TELES CAVALCANTE BARRETO ADVOGADOS ASSOCIADOS**, profissional esse, que trouxe aos autos documentos que atestam sua capacidade intelectual em atuar no objeto aqui requisitado, por meio de atestados de outras entidades.

IV - JUSTIFICATIVA DO PREÇO

Para que algo seja compatível com outro, é preciso que haja uma coexistência harmoniosa entre ambos no mundo comum; assim, para que um preço seja compatível com o de mercado, é preciso que exista, pelo menos, outra empresa, de mesmo porte e capacidade, que preste, exatamente, o mesmo serviço e apresente um preço similar ao primeiro. No caso do escritório **TELES CAVALCANTE BARRETO ADVOGADOS ASSOCIADOS**, alguns dos serviços prestados são especializados, não cabendo, portanto, comparativos, verificados, facilmente, pela unicidade e individualidade dos serviços a serem prestados, tornando seus preços, pela não coexistência, impossíveis de comparação, em virtude da especificidade, dos profissionais, e não pelo valor, entretanto preços justos, dentro de parâmetros aceitáveis e no mesmo patamar dos preços praticados no âmbito da Administração Pública. Ademais, o serviço a ser executado é ímpar e depende de alta especificidade técnica para executá-lo, tornando-o singular, não permitindo, assim, comparações, por ser, também, individualizado e peculiarizado, de acordo com cada profissional que o realize, pois, como bem obtempera o Prof. Jorge Ulisses, "*todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana;* sendo que o profissional que irá desempenhar os serviços detém vasta experiência no segmento, além das várias formações acadêmicas que o mesmo possui, conforme proposta orçamentária.

Ademais, o preço apresentado pelo serviço a ser prestado encontra-se dentro de parâmetros aceitáveis e de acordo com os praticados no mercado pelo mesmo escritório, bem como o que consta do art. 2º, §3º, I da Resolução nº 288 de 13 de novembro de 2014 do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, que no caso, o limite máximo é de 20% de honorários, portanto, este município ajustou no mesmo percentual.

Reponta extreme de dúvidas, portanto, que a situação que se nos apresenta, conforme aqui exaustiva e extensivamente demonstrada é, tipicamente, de Inexigibilidade de Licitação. E, nesse diapasão, é-se permitido ao administrador afastar-se da licitação, mediante a relevância do interesse público, do bem comum e da altivez dos bens aqui tutelados. Afinal, a Constituição tutela outros princípios, além do da igualdade. Para respaldar esse entendimento, trazemos à baila as lições do Tribunal de Contas da União:

> *"(...) o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão."*

V - CONCLUSÃO

Ante todo o exposto conclui-se que o artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93 c/c o artigo 13, inciso V, da Lei de Licitações, Lei 8.666/93 e a jurisprudência e doutrina pátria, colacionada acima, apresenta permissivo legal o qual fundamenta a contratação de sociedade de advogados por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a impossibilidade de concorrência por se tratar de serviços intelectuais impossíveis de serem auferidos em termos de preço mais baixo, desde que sejam caracterizados como serviços técnicos de notória especialização.

No tocante à possibilidade de remuneração do contratado através de contrato de risco "ad exitum", o Código de Ética da OAB em seu artigo 36 estabelece os requisitos para a fixação moderada dos honorários profissionais, dentre elas a relevância, vulto e complexidade do trabalho, a competência e o renome profissional e a possibilidade de ficar o advogado impossibilitado de atuar em outras demandas. Assim, pela jurisprudência das Cortes de Contas pátrias, constata-se a possibilidade de tal contratação.

A Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Malhador, no uso de suas atribuições legais e considerando o que consta deste processo administrativo de Inexigibilidade de Licitação, vem emitir a presente declaração, **fundamentada do art. 25, II, c/c Art.13, V, da Lei Federal Nº. 8.666/93,** alterada e consolidada.

Assim, nos termos do **art. 25, II, c/c Art.13, V, da Lei Federal Nº. 8.666/93,** e suas alterações, vêm comunicar ao Prefeito do Município de Malhador/SE, o Exmo. Senhor FRANCISCCO DE ASSIS ARAUJO JUNIOR, presente justificativa, para que se proceda à análise dos procedimentos adotados e a devida ratificação e publicidade da Inexigibilidade de Licitação, no prazo de cinco dias.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XX de XXXXX de 20XX.

Malhador/SE, 23 de dezembro de 2023.

MARIA SILVÂNIA DE SANTANA FONTES
Presidente da CPL

JOSE EDIVALDO DE JESUS
Membro

CHERLA MENEZES DE ANDRADE
Membro