

**PROCURADORIA JURIDICA
RECOMENDAÇÃO Nº 01/2018**

**Comarca de Deodópolis
Promotoria de Justiça**

INQUÉRITO CIVIL SAJMP Nº: 06.2017.00001137-4

NOTICIANTE: Ouvidoria do MPMS.

INTERESSADO: A apurar.

ASSUNTO: Apurar eventual ilegalidade na contratação de escritório de advocacia por meio de inexigibilidade de licitação (Processo nº 064/2017), colhendo informações, depoimentos, certidões, perícias e todos os demais documentos porventura necessários para a posterior adoção das providências legais, nos termos da legislação.

RECOMENDAÇÃO Nº 01/2018.

O MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Promotoria de Justiça de Deodópolis/MS, com fundamento no art. 27, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) e art. 44 da Resolução nº 15/2007/PJG e,

CONSIDERANDO que o art. 129, caput, da CF/88 dispõe que [...] São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que o art. 37, caput, da CF/88 dispõe que [...] A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...];

CONSIDERANDO que o art. 37, II, da CF/88 dispõe que [...] ;II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

CONSIDERANDO que o art. 37, XXI, da CF/88 dispõe que [...] ; 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;

CONSIDERANDO que o art. 13, da Lei nº 8.666/93 dispõe que Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico;

CONSIDERANDO que o art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 dispõe que "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; [...] § 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. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis;

CONSIDERANDO que o art. 89 da Lei nº 8.666/93 dispõe ser crime "Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa."

CONSIDERANDO que o art. 10, incisos VIII e XVIII, da Lei nº 8.429/90, dispõem respectivamente que "Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; e [...] XVIII - celebrar

parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie";

CONSIDERANDO que o art. 11, I, da Lei nº 8.429/90 prevê ser "ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência";

CONSIDERANDO que o STF, quando do julgamento do HC nº Inq 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014 estabeleceu como requisitos para a inexigibilidade de licitação: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado;

CONSIDERANDO que o STJ fixou entendimento no sentido de que a notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável, devendo a especialidade do serviço técnico estar associada à sua singularidade, ou seja, deve envolver serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição;

CONSIDERANDO que o STJ igualmente fixou entendimento de que **o mero ajuizamento e acompanhamento de ações judiciais não caracteriza a singularidade do objeto de contratação.** Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável.

2. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

3. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou que "é sabido que a contratação de advogado sem licitação somente se justifica quando em razão da alta complexidade do serviço a ser executado impõe-se a escolha de profissional de alto nível e de notória especialização. Não preenche os requisitos definidos na Lei 8.666/93 a contratação de escritório de advocacia para ajuizar e acompanhar ações trabalhistas" (fl. 79, e-STJ).

4. A análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, diante da análise ampla da prova feita pelo Tribunal, incide o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 585.769/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 11/02/2015)

CONSIDERANDO que foi instaurado os autos de Inquérito Civil nº 06.2017.00001137-4, na Promotoria de Justiça de Deodápolis/MS, e que foi apurada a existência do Contrato Administrativo nº 37/2017, referente ao Processo Licitatório nº 064/2017 e à Inexigibilidade nº 003/2017 (fls. 319);

CONSIDERANDO que o objeto do Contrato Administrativo é a "Contratação de Sociedade de Advogados especializada em direito público para prestação de serviços de consultoria jurídica, para as diversas secretarias e departamentos do município, que envolvem assunto coletivos, difusos e área pública (administrativos, constitucionais, tributários), que se diferenciem da complexidade cotidiana da procuradoria jurídica, incluindo consultoria na regulamentação e atuação no órgão do controle interno envolvendo ainda a representação e atuação junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Tribunais Regionais, Tribunais Superiores e STF."

CONSIDERANDO que o objeto do Contrato Administrativo nº 37/2017 é genérico e demonstra que o serviço não é singular, de modo que não caracteriza a exceção prevista no ordenamento, conforme posição do STJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. ART. 535 NÃO VIOLADO. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO POR MUNICÍPIO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ INEXIGIBILIDADE. SERVIÇOS TÉCNICOS NÃO SINGULARES. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 25, II, § 1º C/C 13, V, DA LEI 8.666/93. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92.

1. Trata-se de Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o então Prefeito, membros da Comissão Permanente de Licitação e Contratos do Município de Visconde do Rio Branco e o Procurador Municipal pela contratação do escritório de José Nilo de Castro Advocacia Associada S/C, sem a realização do devido procedimento licitatório, sob o fundamento da inexigibilidade.

2. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação pelo STJ. Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC.

3. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente.

4. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado.

5. No caso dos autos, o objeto do contrato descreve as atividades de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e elaboração de pareceres, as quais são genéricas e não apresentam peculiaridades e/ou complexidades incomuns, nem exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pelo órgão técnico jurídico do município. Ilegalidade. Serviços não singulares.

6. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei

8. 666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477.

7. A contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade. Improbidade administrativa - art. 11 da Lei 8.429/92.

8. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

9. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido, com a devolução dos autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis. (STJ - REsp 1444874/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 31/03/2015)

CONSIDERANDO que a doutrina nacional, de igual maneira, leciona que o objeto do contrato deve ser singular:

“... Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. 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 do serviço está contida no bojo da notória especialização”. Diante da exigência legal, afigura-se ilegítima, a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga da particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos e especializados...”. (FILHO;

(José dos Santos Carvalho - Manual de Direito Administrativo 25ª Edição - Editora Atlas, pág. 270).

CONSIDERANDO, por derradeiro, que a doutrina nacional, de igual maneira, leciona que o Princípio da Autotutela da Administração consiste em:

“... A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é m dos mais importantes corolários...”. (FILHO; José dos Santos Carvalho

(Manual de Direito Administrativo 25ª Edição Editora Atlas pág. 33).

RECOMENDA ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Deodápolis/MS, Valdir Luiz Sartor, que:

1) no prazo de 5 dias (a iniciar a contagem após o primeiro dia útil do recebimento da presente recomendação), promova a rescisão do Contrato Administrativo nº 037/2017 firmado entre o Município de Deodápolis/MS e a Sociedade de Advogados Câmara & Trevisan Advogados Associados S/S, caso ainda esteja em vigência; imediatamente se abstenha de prorrogar o Contrato Administrativo nº 037/2017 firmado entre o Município de Deodápolis/MS e a Sociedade de Advogados Câmara & Trevisan Advogados Associados S/S;

3) imediatamente se abstenha de contratar diretamente, através de inexigibilidade de licitação, serviços jurídicos que não caracterizem situação de singularidade, sob pena de restar configurada a prática de ato de improbidade administrativa e do crime do art. 89 da Lei 8.666/93;

4) imediatamente promova a divulgação adequada, no Órgão de Imprensa Oficial do Município de Deodápolis/MS, da presente Recomendação, o que faz com fundamento no art. 45 da Resolução nº 15/2007/PGJ.

A Autoridade Administrativa destinatária desta Recomendação deverá se pronunciar acerca do seu acatamento, no prazo de 5 dias, cuja contagem se inicia após o primeiro dia útil do recebimento da presente recomendação, destacando-se que a ausência de manifestação importará em presunção de recusa ao seu cumprimento e, assim como o seu não acatamento, ensejará a adoção das medidas judiciais cabíveis, notadamente o ajuizamento de ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, sem prejuízo da instauração de inquérito policial para apurar a eventual prática do crime tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Deodápolis/MS, 21 de junho de 2018.

ANTHONY ÁLLISON BRANDÃO SANTOS,
Promotor de Justiça.