

AO DOUTO JUÍZO DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE VILHENA/RO.

Autos nº. 7000923-12.2019.8.22.0014

O MUNICÍPIO DE VILHENA, Estado de Rondônia, pessoa jurídica de direito público interno, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.092.706/0001-81, com sede na Rua Rony de Castro Pereira, s/n.º, Jardim América, Centro Administrativo Senador Doutor Teotônio Villela, cidade de Vilhena, neste ato representado pela advogada que esta subscreve, vem, respeitosa e tempestivamente à presença de Vossa Excelência, nos autos da Ação Popular com pedido de Tutela de Urgência que lhe move **CAETANO VENDIMIATTI NETTO**, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

RESENHA FÁTICA.

O Autor ajuizou a presente ação popular com pedido de tutela de urgência, sob o fundamento de que o Município de Vilhena feriu os princípios a moralidade e legalidade quando contratou por inexigibilidade de licitação a empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados para prestar serviços técnicos especializados para elaboração de estudo de macroestruturação urbana para adequação do meio ambiente, incluindo a definição de projetos estratégicos e projetos de ação imediata, em nível conceitual, que induzam a macroestruturação proposta e, para subsidiar a revisão do Plano Diretor Municipal.

Alega que houve direcionamento de licitação, em virtude do vício de forma, inexistência de motivos o que macula a determinação do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Afirma que o objeto da contratação não traduz condição de singularidade que induza a condição de inexigibilidade, existindo o dever de licitar. Alega que o arquiteto Jaime Lerner possui especialização, não seus associados, não cabendo a inexigibilidade de licitação no caso, sendo a mesma ilegal e configura lesão ao patrimônio público.

Requeru ao final que fosse declarado nulo o contrato administrativo nº. 170/2018, por violação aos postulados da moralidade e ilegalidade e demais pedidos finais.

Brevíssimo relato dos fatos.

RESENHA JURÍDICA

Diferentemente do afirmado pelo Autor, a contratação de empresas de Arquitetos especializados para a elaboração do plano Diretor é reputada pela jurisprudência como plenamente válida e coerente com o interesse público, já que a contratação de profissional com notória especialidade e capacidade para os fins colimados na contratação, irão proporcionar uma melhor qualidade de vida para todos os munícipes.

O Autor, faz ilações, *data máxima vênia*, de forma vazia sem qualquer arrimo legal, de que o objeto da ação reside especificamente em duas situações: a) condição de singularidade do objeto contratado; e b) que o arquiteto Jaime Lerner possui especialização, no entanto, seus associados não possuem notória especialização, permanecendo o dever de licitar.

DA SINGULARIDADE DO OBJETO.

Inicialmente cumpre consignar que é conhecimento público e notório que o Município de Vilhena necessita atualizar o Plano de Diretor da cidade para buscar soluções de dezenas de problemas sociais, urbanísticos e ambientais que enfrenta diariamente.

A Constituição Federal em seu artigo 182 estabelece que:

“A Política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objeto ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes”.

A Administração Municipal de longas datas vem tentando sem sucesso revisar e atualizar o Plano Diretor, ante a complexidade, que se apresenta de alterar o ponto *nevrálgico* de toda a política de desenvolvimento urbano, e sabendo do que representa isso a toda a coletividade local, a Administração Municipal, depois, de minuciosos estudos e análises, terminou por lançar das justificativa do termo de referência, que concluiu que: “a Administração não possui, atualmente, condições operacionais para desenvolver com equipe própria todos os estudos e levantamentos necessários para estruturação e posterior revisão do Plano Diretor, sendo imprescindível a contratação de equipe externa, com comprovada competência, para o

desenvolvimento de estudos de macroestruturação urbana e adequação das necessidades dos residentes em seu meio ambiente".

Nobre Julgador, jamais podemos perder de vista de que o serviço que tem que ser desenvolvido para se chegar a realizar a revisão do Plano Diretor da cidade, implica em questões de alta complexidade de meio ambiente, desenvolvimento social, valorização urbana, habitação, dependendo assim, de empresa e serviço técnico especializado, com notória especialização e reconhecimento, como possui a empresa contratada. Ou seja, a contratação de uma empresa que não possua especificações comprovadas para essa tão importante função, significa condenar a Municipalidade como um todo a retrocessos, que muitos deles irreversíveis.

A motivação para a referida contratação são os estudos e levantamentos necessários para estruturação e posterior revisão do Plano Diretor, para buscar estruturar o crescimento ordenado da cidade no que tange ao aspecto físico territorial, polo logístico, mobilidade urbana, ambiental dentre outras elencadas no Termo de Referência constante nas páginas 2 a 15 do processo licitatório nº. 5493/18, que se junta nesta oportunidade na integralidade.

Consoante se verifica, face a análise de todo contexto fático, ora vivenciado, outra conclusão não nos resta que, senão a de que a decisão para contratar a empresa em comento, para realizar tais serviços é Poder Discrecionário da Administração Pública, ou seja, é mérito do ato administrativo, pois, essa além de buscar a singularidade, notoriedade e especialização de alta complexidade, deve ainda, buscar uma empresa que comprove que consiga de fato atender e satisfazer os objetivos do Município de Vilhena de forma eficiente, o que resta comprovado nos autos, pois a empresa contratada comprovou através da documentação apresentada que possui capacidade e eficiência para desenvolver o trabalho e atingir o objetivo com eficiência da forma esperada pelo Município, uma vez, que a empresa já desenvolveu trabalho mais complexo do que o proposto e atingiu o resultado esperado, como na cidade de Curitiba, que hoje é uma grande referência de cidade estruturada e organizada no Brasil, Sorriso-MT, Florianópolis- SC, Cuiabá-MT, dentre tantas outras cidades.

Excelência basta compulsar de forma sucinta análise no teor dos autos do processo administrativo nº 5493/2018, que "cai por terra" as alegações de falta de singularidade do objeto.

A questão primordial em debate nos autos limita-se a analisar se a Inexigibilidade de licitação, caracterizada pela notória especialização da empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados, encontra-se configurada.

A inexigibilidade de Licitação exige a inviabilidade de competição a teor do que dispõe o inciso II e § 1º do artigo 25, da Lei nº. 8.666/93:

"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;

(...)

§ 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."
(destaquei e sublinhei)

Com todas as *vênias* cabíveis, restou clarividente nos autos, a singularidade do serviço e a notória especialização da empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados, através dos documentos juntados no processo licitatório nas páginas 21 à 144, onde a empresa comprova que além de possuir a especialização de alta complexidade para desenvolver o que foi proposto pelo Município de Vilhena, que já desenvolveu de forma satisfatória outros serviços da mesma hierarquia em outras cidades que ganharam destaque nacional e internacional pelos serviços desenvolvidos, não restando dúvidas quanto a sua singularidade.

A natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mais sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado no desenvolvimento do serviço.

Ressalta-se que SINGULAR é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo. Essa natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado.

O serviço técnico especializado e singular, passível de contratação direta pela Administração, é aquele que apresenta elevado grau de especialização, além de ter a característica de se destoar dos demais serviços que ordinária ou corriqueiramente que afetam a administração.

Sobre a singularidade, assevera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹:

"(...) é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais". "A singularidade, como textualmente estabelece a lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço". (grifei)

No caso dos autos, singular é o serviço de desenvolvimento de estudos de macroestruturação urbana e adequação das necessidades dos residentes em seu meio ambiente, para revisão do Plano Diretor, que dada as suas particularidades, é considerado essencial para crescimento ordenado do Município em todos os aspectos urbanísticos e ambientais, para atingir a possibilidade de atender e oferecer aos munícipes bem estar no sentido amplo.

A proposta de oferecer novas visões e projetos estratégicos para as cidades refogem à normalidade e dependem de conhecimentos técnicos altamente especializados, os quais possui comprovadamente a empresa contratada.

O serviço contratado é de alta complexidade e exige que a empresa executora tenha conhecimento específico de modo que possa torná-lo real e satisfatório para o Município, como é o caso da empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados, a qual comprovou através de documentos que já executou de forma satisfatória o serviço contratado através da referida inexigibilidade, em outros Municípios e internacionalmente, não restando dúvidas da sua singularidade.

No mais, o serviço contratado pelo Município de Vilhena junto a referida empresa, possui critérios subjetivos de contratação, pois depende de objetos mais complexos, metodologias aplicadas que são interdependentes da atuação da prestadora de serviço, assim como de suas experiências passadas, publicações, etc. Sendo a escolha também subjetiva, o que autoriza a inexigibilidade de licitação, devido à complexidade e especificidade do serviço.

Peço vênia para colecionar o Voto do Relator Ministro Dias Toffoli, no inquérito 3.0077 Alagoas:

"Destaque-se, mais uma vez, que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, nesta hipótese os serviços enunciados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 podem ser prestados por vários especialistas; no entanto, todos eles os realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que a

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação. 5ª ed. 2ª tiragem. Brasília Jurídica, 2004. p. 588.

inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

A propósito, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello²:

“Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe – sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas 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; uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano; um ciclo de conferências efetuado por professores; uma exibição de orquestra sinfônica; uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram. Todos esses serviços se singularizam por um estilo ou 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.”

No mesmo sentido Eros Roberto Grau³ afirma:

“Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. (...) 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.”

² Curso de Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 482

³ Inexigibilidade de Licitação – serviços técnicos especializados – notória especialização. RDP 99/70

Coleciono, trecho de artigo publicado pela Revista do Tribunal de Contas da União⁴ que corrobora com a presença da singularidade do objeto contratado pelo Município de Vilhena:

"singularidade não é sinônimo de exclusividade ou raridade. Não é a quantidade de oferta de profissionais que indica a presença desse elemento no serviço, mas sim o exame do componente de seu núcleo, que, na hipótese é a didática própria do professor. A conclusão a que se chega é que, mesmo sendo um curso sobre tema de nível menos especializado, e havendo milhares de professores aptos, se a intervenção do mestre for determinante para o alcance dos resultados desejados, presente estará o elemento singular do serviço."

Ao Município de Vilhena, pautando por critérios subjetivos, não resta dúvidas que a empresa desenvolverá o serviço de forma essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto contratado, e atenderá as necessidades. Daí adentramos no mérito administrativo, onde o direito positivo confere a Administração Pública o direito de escolha, desde que seja o mais adequado à plena satisfação do objeto e atenda as regras do artigo 25 e 13 da Lei de Licitação, consequentemente o princípio da legalidade, como ocorreu na referida contratação da empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados, já que comprovou de forma incontestável a sua singularidade através de sua especialização e notoriedade e serviços prestados de fato em outras cidades do Brasil e internacionalmente.

Assim, a ausência de singularidade aventada pelo Autor não possui com a devida vênia, fundamento jurídico para ser sustentada.

NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Outra questão a ser observada é a notória especialização, a qual não é uma causa de configuração da inexigibilidade de licitação, mas de seleção do profissional a ser contratado, que deverá ser titular de requisitos que o distinguem como sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. A especialização se traduz na existência de elementos objetivos, tais como a conclusão de cursos, pós-graduação, e outros, como resta comprovado através das folhas 72/ 98 do processo administrativo nº. 5493/18.

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade, evitando-se que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de certo

⁴ CHAVES, Luiz Cláudio, "Contratação de Serviços de Treinamento e Aperfeiçoamento de Pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU", Revista do TCU nº 129, ano 46, janeiro/abril/2014

setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização, como é o caso empresa ora contratada pelo Município.

O profissional dotado de notória especialização é aquele, segundo a Lei nº 8666/93, que, através de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, dentre outros requisitos relacionados com sua atividade, possui um conceito no seu campo de trabalho que demonstre a certeza de que a prestação de serviços por ele é essencial e irrefutavelmente a mais adequada para a consecução do objeto do contrato. É uma característica daqueles que, além da aptidão técnica e profissional exigida para os profissionais em geral, foram além da formação, possuindo um grau de reconhecimento a ponto de sua 'autoridade' no assunto ter se tornado notória. Presente a notória especialização, perde-se a necessária competitividade, essência da licitação, fato que, juntamente com a característica da singularidade do serviço, autoriza a inexigibilidade da licitação.

A empresa contratada pelo Município de Vilhena comprovou que possui conhecimentos técnicos altamente especializados e que os serviços prestados por ela fogem de serviços da normalidade e que já prestou e desenvolveu em outras cidades do país, ficando reconhecida no setor de arquitetura como dotado de requisitos de especialização, bem como pela população de forma geral.

A empresa contratada possui no seu quadro o Arquiteto Jaime Lerner, o qual é sócio detentor de 47,50% das quotas da empresa, e que de fato público e notório o seu conhecimento na área contratada, pois além da sua extensa qualificação profissional o mesmo recebeu diversos prêmios e títulos internacionais, proferiu importantes conferências internacionais, desenvolveu através da empresa planos urbanísticos para várias cidades do Brasil e do exterior, tendo sido inclusive, consultor em assuntos urbanos para as Nações Unidas, foi eleito presidente da União Internacional de Arquitetos -UIA, relacionado pela revista TIME, em 2011, como uma das 25 (vinte e cinco) pessoas mais influentes do mundo e tendo sido votado como o segundo urbanista mais influentes de todos os tempos pelos leitores do site Planetize, dentre outros de grandes destaques, comprovados no processo administrativo.

No entanto, tem que se considerar que a notoriedade se estende, ademais associados, uma vez que, a equipe multidisciplinar envolvida na realização do projeto deve ser sempre vinculada ao arquiteto, mesmo que indiretamente, sobretudo quando se trata de projetos de alta complexidade, como é o caso. A qualidade do projeto arquitetônico é também resultante da escolha dos profissionais responsáveis pelas atividades técnicas complementares, como ocorre no caso em tela, portanto, o fato do contrato de serviço de ter sido celebrado entre a empresa e não diretamente como o Jaime Lerner não invalida o mesmo, como argumentado acima.

Ficou comprovado nos autos que a empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados já realizou trabalhos similares em outros municípios, na

mesma área e com objetos assemelhados, ou seja, serviço que exige grande complexidade e capacidade, em como sofisticação e cuidado.

Sabe-se que a empresa foi contratada, embora os demais tenham a capacidade exigida, em virtude do arquiteto Jaime Lerner configurar como sócio majoritário da referida empresa, sendo esta a causa da seleção pela Administração, já que a empresa comprovou através de serviços já realizados em outras cidades que é capaz de desenvolver satisfatoriamente o serviço para o Município de Vilhena, dentro do que está se exigindo e que possui singularidade e notória especialização, requisitos exigidos pela lei, para a realização do serviço altamente complexo contratado.

É perceptível que o Município de Vilhena demonstrou a notória especialização da empresa contratada com a vasta documentação juntada as fls. 21 à 144 do processo administrativo de inexigibilidade de licitação. Os referidos documentos comprovam as características expostas no art. 25, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, características essenciais para se concluir que o trabalho da empresa contratada é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado, configurando a hipótese de inexigibilidade de licitação.

Resta, portanto, comprovado a notória especialização da empresa contratada, não podendo as alegações do Autor permanecer por ausência de fundamento jurídico.

DOS PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE.

Excelência, com a *devida vênia*, é evidente que não ocorreu com a contratação da empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados afronta ao princípio da legalidade, pois a inexigibilidade de licitação é prevista no artigo 25 e seus dispositivos na Lei de Licitação, nº. 8.666/93.

A inexigibilidade de licitação realizada pelo Município de Vilhena respeitou os critérios estabelecidos pela lei 8.666/93, mais especificamente o artigo 25, portanto, com observância aos critérios legais e de forma limitada ao preconiza a lei que rege a matéria.

Mais uma vez, peço vênia para coleccionar o voto do Relator Ministro Dias Toffoli, no inquérito 3.0077 Alagoas, o que foi acompanhado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

“Pois bem. Exige-se a licitação pública para se tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública. Para tratá-los com igualdade e para que seja possível a licitação pública, é essencial que se estabeleçam previamente critérios objetivos para comparar uns e outros. Se o critério for subjetivo, então os interessados não serão tratados com igualdade, uma vez que a disputa irá se resolver pela discricionariedade do julgador.”

Nesses casos, eventual interessado que venha a ser preterido não terá em que se amparar para exigir tratamento igualitário, principalmente porque o critério determinante será a livre vontade do julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo.

Se os serviços elencados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 são prestados com características subjetivas, consequentemente são julgados de modo subjetivo, afastando a objetividade, e com ela, a competitividade, não se justificando a necessidade de instauração da licitação pública. A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que existem vários especialistas aptos a prestar o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular.

Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes.

Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com estimativa subjetiva. A liberdade de escolha, reconhecimento, não é absoluta, mas limitada. A confiabilidade, conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem a experiência do especialista, a sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros. Dentre os especialistas que contemplem esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público do que outros, valendo aí os seus traços pessoais, que devem se identificar com o que pretende a Administração. Nesse particular, adverte Eros Roberto Grau (Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75):

"Por certo, pode a Administração depositar 'confiança' em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da 'confiança', contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo."

O Voto do Relator Ministro Dias Toffoli, esclarece bem o que ocorreu no caso em tela, a inexigibilidade de licitação, se deu por subjetividade da contratação, embora a escolha tenha sido limitada e dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei nº. 8.666/93, artigo 25 e dispositivos legais.

Coleciono o resumo do julgamento caso análogo pelo Tribunal de Contas da União⁵:

"Fiscalização em processo de Solicitação do Congresso Nacional apurou possíveis irregularidades ocorridas no Ministério Público Federal (MPF), relacionadas à contratação direta de empresa, por inexigibilidade de licitação, para a "implantação de mecanismos de governança interna com o intuito de melhorar o diálogo entre o Gabinete do Procurador-Geral da República, a alta administração, os membros e servidores do Ministério Público Federal". Entre os fatos que motivaram a requisição da fiscalização, destaca-se a contratação de empresa, por inexigibilidade de licitação, "com base no inciso II do artigo 25, combinado, com o inciso III do artigo 13, todos da Lei 8.666, de 1993", sem o atendimento dos requisitos de "inviabilidade de competição", "natureza singular do serviço" e "notória especialização", uma vez que "a empresa contratada não seria a única

⁵ Acórdão 2616/2015-Plenário. Relator BENJAMIN ZYMLER. Data da sessão: 21/10/2015. Área Licitação. Tema: Inexigibilidade de licitação. Subtema: Serviço técnico especializado

capacitada a atender à demanda do MPF e essa necessidade de comunicação interna não seria tão fora do comum que exigisse um prestador de serviço com notória especialização técnica". Em sua análise, a unidade técnica considerou que "o conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não estaria vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deveria ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado". Nesse sentido, concluiu que a empresa contratada "possuía a notória especialização, tanto pelo currículo dos profissionais que a compõem quanto pela experiência anterior em trabalhos realizados em outras entidades públicas e por ter realizado diagnóstico na área de comunicação do próprio MPF". Contudo, ponderou que não restara caracterizada a singularidade do objeto "pois seria de se esperar que o relatório do diagnóstico realizado pudesse servir de base para o trabalho de qualquer outra empresa competente, que poderia simplesmente utilizá-lo", sendo possível a definição e o detalhamento dos produtos a serem contratados, "de modo a permitir a comparação objetiva entre propostas a serem submetidas em eventual certame licitatório". **Ao analisar o ponto, o relator anotou que "a contratação direta por inexigibilidade, com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, exige simultaneamente a demonstração dos seguintes requisitos: que o objeto se inclua entre os serviços técnicos especializados do artigo 13 da Lei de Licitações; que tenha natureza singular e que o contratado detenha notória especialização"**. Assim, em linha com a análise da unidade técnica, o relator considerou que o objeto da contratação teria "todas as características inerentes a uma contratação de consultoria, espécie enumerada no art. 13, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos", sendo possível "o enquadramento da contratação no inciso II do art. 25 da mesma Lei", além de "estar bem

caracterizada a notória especialização". Contudo, divergiu pontualmente do exame realizado pela unidade instrutiva em relação à singularidade do objeto. Sobre o ponto, enfatizou que "tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993". Divergiu ainda da correlação realizada pela unidade técnica "no sentido de que não existe singularidade do objeto quando é possível a especificação tanto de qualificação técnica da empresa a ser contratada quanto dos serviços e produtos a serem produzidos, detalhando a metodologia a ser utilizada e os conteúdos dos produtos a serem entregues. Isso porque em alguns tipos de contratação deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização. Embora tal fato não possa ser tomado como uma regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor". Assim, para o relator, "nesse tipo de objeto 'consultoria' a inexigibilidade de licitação é possível para contratação de objetos mais complexos, em particular quando a metodologia empregada e os produtos entregues são interdependentes da atuação do prestador de serviço, assim como de suas experiências pretéritas, publicações, equipe técnica, aparelhamento e atividades anteriormente desenvolvidas para o próprio órgão. A própria escolha do contratado acaba dependendo de uma análise subjetiva, e não poderia ser diferente, pois, se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos, a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há dificuldade de comparação objetiva entre as propostas, que estão

atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos. Portanto, nesse tipo de objeto, resta caracterizada a discricionariedade na escolha do contratado (...) Essa é a melhor interpretação da Súmula 264 do TCU, de que a contratação de serviços por notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação". Sobre o caso em exame, observou que a empresa contratada "prestou serviços de diagnóstico de governança da comunicação interna no âmbito do MPF, o que demonstra que possuía melhor conhecimento da estrutura interna do órgão, dos seus fluxos de trabalho, dos seus pontos positivos e dos problemas de comunicação interna. Embora isso não necessariamente torne a empresa fornecedora exclusiva, não se pode olvidar que justifique sua contratação, caso presentes os requisitos exigidos para o enquadramento da contratação no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993". Salientou por fim o relator que "o fato da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha do profissional a ser contratado, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação". Caracterizada a singularidade do objeto e justificada a escolha do contratado, o Plenário do Tribunal, considerando a ausência de outras irregularidades na contratação, decidiu, entre outras medidas, considerar a solicitação integralmente atendida e arquivar o processo." (destaquei).

Diante do exposto, não há como prosperar as alegações do Autor quanto a ofensa ao princípio da moralidade e legalidade, devendo a presente ação ser julgada totalmente improcedente, já que os requisitos legais

impostos pela Lei 8.666/93, em seu artigo 25 e 13 foram devidamente atendidos pela Administração e empresa contratada.

DO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

Invocando a todas as vênias possíveis, não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios utilizados para o que seria melhor para o Município, pois o critério adotado no caso em tela é a subjetividade, onde se busca escolher uma empresa especialista que atenda adequadamente as necessidades reais do Município de Vilhena, por isso, a inexigibilidade de licitação, pois o critério aqui não é objetividade, face a complexidade e especificidade do objeto.

Dessa forma, dúvidas não há de que o controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário deve limitar-se apenas aos aspectos legais do ato, sob pena de verdadeira usurpação de poderes políticos, ferindo, assim, o princípio da separação dos poderes, previsto no Art. 2º da Carta Magna. Nesse sentido, vejamos o que preleciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em seu livro, Manual de Direito Administrativo⁶,

“O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhes inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.”

Com isso, compete à Administração Pública, no caso, o Município de Vilhena, fazer uma análise da conveniência e oportunidade da

⁶ 18ª Ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 44;

forma como se dará os estudos de macroestruturação urbana e adequação das necessidades dos residentes em seu meio ambiente e a revisão do Plano Diretor, no âmbito desta Municipalidade, pois consiste na adoção de políticas públicas voltadas ao bem estar da população e consequente estruturação da cidade como todo. Assim, o mérito administrativo decorre do poder discricionário da Administração, o qual permite que o Administrador escolha ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade, são esses aspectos que a doutrina denomina de mérito administrativo, pois estamos tratando de questões subjetivas e escolhas subjetivas, que atendam de forma satisfatória a necessidade do Município, dentro dos limites estabelecidos pela lei de licitação.

José dos Santos conceitua o mérito administrativo sendo:

“a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática de ato discricionário.”

Excelência, jamais podemos perder de vista que, no que concerne ao controle do mérito administrativo, é apenas realizado pela própria Administração, *data máxima vênia*, não cabe ao Poder Judiciário exercer controle do mérito administrativo, porque se o fizesse estaria violando o princípio da separação e da independência dos poderes.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciaram acerca desse tema, reiterando o entendimento de que:

“é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade[...]. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa do controle judicial dos Estado”⁷

Assim, o Poder Judiciário pode realizar controle nos atos discricionários apenas no que diz respeito às questões de legalidade, e não referente ao mérito administrativo, sendo esse o posicionamento já pacificado por nossos Tribunais, *in verbis*:

Ementa: DECISÃO ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DE SANÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA - INOCORRÊNCIA - NULIDADE NÃO CONSTATADA - MULTA - PARÂMETROS LEGAIS RESPEITADOS - APRECIÇÃO DE MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE. Estando devidamente

⁷ STJ, ROMSnq 1288);

fundamentada a decisão administrativa que aplicou sanção à empresa, observando-se oportunidade de insurgência, não há que se falar em cerceamento de defesa, tampouco em ilegalidade de multa prevista expressamente em lei. É defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo de forma a discutir a conveniência e a oportunidade de sua edição⁸.

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REMESSA DE CARTÕES DE CRÉDITO NÃO SOLICITADOS PELOS CONSUMIDORES. SANÇÃO IMPOSTA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO AJUIZADO PERANTE O PROCON. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA MULTA APLICADA. DESCABIMENTO. MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DO CONTROLE JURISDICIONAL. O mérito do ato administrativo é infenso a revisão judicial, salvo o exame de seus motivos determinantes, tema que demanda dilação probatória, como saber, no caso, se a multa imposta distancia-se dos pressupostos de direito e de fato definidos no art. 57 do CDC, vale dizer, dos critérios objetivos para sua graduação. Pressuposto para a concessão da medida antecipatória é que o direito seja verossímil e fundado, embora em juízo de cognição sumária, em prova que alicerce convicção robusta quanto à verdade dos fatos, requisito não demonstrado, no caso. Agravo não provido. Unânime. (Agravo de Instrumento Nº 70049288996, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 08/05/2013)

Tal entendimento tem sido arrimado pelo Superior Tribunal de Justiça, que do alto de mais alta sapiência assim tem decidido, *in verbis*:

É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto da legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou

⁸ TJ-PR - Apelação Cível AC 1750969 PR Apelação Cível 0175096-9 (TJ-PR);

de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. (ROMS Nº 1288/91 – SP; 4ª TURMA, REL. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, PUBL. DJ 2/5/1994, P. 9.964).

Restou devidamente comprovado nos autos, que a inicial não indicou qualquer ato lesivo ao Erário Municipal, não existindo lesividade capaz de justificar a propositura e procedência de uma ação popular. E ainda, consignamos, que o Município de Vilhena em nenhum momento feriu o princípio da legalidade, pois dentro do seu poder discricionário limitado, obedeceu aos comandos da lei de licitação, especificamente os artigos 13 e 25, a presente ação merece ser julgada totalmente improcedente.

DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Município de Vilhena a Vossa Excelência que julgue **TOTALMENTE IMPROCEDENTE A AÇÃO** em todos os seus termos, pelos fundamentos acima elencados, especialmente ante discricionariedade regrada por lei (mérito do ato administrativo) que assiste ao Município para a contratação em epígrafe, e pela falta de plausibilidade e fundamento lógico, jurídico e legal para amparar os pleitos do autor.

Requer a condenação do Autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados consoante o criterioso Juízo de Vossa Excelência sobre o valor atribuído à causa.

Protesta o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas notadamente a testemunhal, pericial, documental e depoimento pessoal do Autor, que poderá ser intimado no endereço declinado na inicial.

Nestes termos pede e espera deferimento.

Vilhena/RO, 12 de abril de 2019.

Acira Hasan Abdalla
Advogada do Município
Decreto nº. 12.057/2007
OAB/RO 3050