

MEMORANDO - 003/2018/AJUR/CM

Ao Senhor Presidente da Comissão Permanente de Licitação

Assunto: Parecer Jurídico

Ref. Processo nº 001/001/DA/CMC/2018

PARECER JURÍDICO

Consta dos presentes Autos o Processo de Inexigibilidade de Licitação, para contratar empresa, na área de Direito Administrativo e Constitucional para assessoria e orientação técnica jurídica, de natureza singular e especializada nas áreas de Direito Administrativo e Constitucional, Licitações e Contratos Administrativos.

O contrato administrativo é o instrumento colocado à disposição do administrador público para promover as contratações de seu interesse pode-se definir o contrato administrativo, em sentido amplo, como sendo o ajuste celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e terceiros para a consecução de objetivos em que haja um acordo de vontades e obrigações recíprocas, visando ao atendimento do interesse público. Todavia, para a Administração Pública adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, ao contrário dos particulares, que possuem ampla liberdade quando pretendem, necessita adotar um procedimento preliminar, rigorosamente, determinado e pré-estabelecido na conformidade da lei, denominada licitação.

A licitação para a contratação pública é a regra, tem *status* de princípio constitucional, por força do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 37 - (...)”



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

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.

Em simetria com a Carta Maior, a lei que regulamentou o citado dispositivo constitucional – Lei Nacional nº 8.666, de 21 de junho de 1993 -, que instituiu as normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública, contemplou em seu artigo 2º a obrigatoriedade de licitação para as contratações públicas:

“Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Como visto, a lei que regulamentou a norma constitucional e instituiu as normas gerais sobre licitação, consagrou a obrigação de licitar, porém, **estabeleceu as situações, as hipóteses legais em que poderá ser dispensada ou inexigida.**



**PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ**

A licitação, como se sabe, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração prestar serviços públicos, a fim de atender ao interesse público comum, por meio de terceiros, em que seja assegurado o cumprimento dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade e publicidade, nos termos do prescrito no art. 3º da citada Lei 8.666/93, que dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

A regra da licitação para a contratação pela Administração Pública visa garantir o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e igualdade, entre outros, a fim de assegurar que o Poder Público contrate a proposta mais vantajosa sem qualquer tipo privilégio dentre os interessados na contratação. (princípio da isonomia)

Ao discorrer sobre a licitação, o doutrinador Celso Antonio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 466 definiu-a como sendo:

“Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Etriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.”



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

O professor Marçal Justen Filho, in Curso de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.347, por sua vez asseverou que:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da Isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

A regra da licitação, no entanto, **não é absoluta, foi abrandada pelas exceções instituídas no art. 24 (casos de dispensa de licitação) e pela inexigibilidade de licitação, prevista no artigo 25 da citada Lei 8.666/93.** Os casos de dispensa de licitação estão, exhaustivamente, elencados nos incisos I a XXIV do artigo 24 da referida Lei. Já, as hipóteses de inexigibilidade estão previstas no art. 25, caput e incisos I, II e III, mas apenas de forma exemplificativa.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há a possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Considerando o cerne da questão em epígrafe vamos nos ater à contratação por inexigibilidade, ou seja, à contratação de serviços técnicos especializados executados por profissionais de notória especialização, onde se insere a contratação direta do profissional da advocacia, nos termos do art.25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

“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



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

**especialização, vedada a
inexigibilidade para serviços de
publicidade e divulgação;(...)"**

Os serviços prestados por advogados, por sua natureza e por definição legal, são serviços técnicos especializados, de acordo com o disposto no art. 13 da Lei 8.666/93, que os inseriu no rol das hipóteses elencadas na lei conforme se vê:

"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; (...)"

Cumprido esclarecer, entretanto, que a contratação direta não exclui um procedimento licitatório.

Sobre o assunto, o eminente professor Marçal Justen Filho (*in* *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2008, p.366.), ensinou:

"Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um "procedimento licitatório". Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para a seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. "Ausência de Licitação" não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência de contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação."



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

Essa fase preliminar, denominada de fase interna, deve ser observada para se saber, inclusive, se trata-se de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, uma vez que, sendo reconhecida qualquer uma delas, não se passará para a próxima etapa (fase externa) em que se estabeleceria a competição.

Feito esse breve esclarecimento, voltamos ao ponto central o reconhecimento da inexigibilidade de licitação para a contratação direta de advogado.

A contratação direta de advogado tem fundamento no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 de natureza singular, com profissionais de notória especialização).

Para tanto como dissemos anteriormente, impõe-se a necessidade de alcançar o exato significado das expressões: inviabilidade de competição (art. 25, *caput*); profissionais com notória especialização e singularidade do serviço pretendido (art.25, II).

Sobre a inviabilidade de competição, o Tribunal de Contas da União sumulou:

“A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida Lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

A Lei de Licitações no e Contratos, no §1º do art. 25, define como deve ser entendida a notória especialização, ao prever:

“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



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

A Lei, portanto, não deixa margem para especulações acerca da notória especialização, que só pode ser entendida como sendo o reconhecimento público da capacidade do profissional acerca de determinada matéria, ou seja, aquele que desfrute do prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. Sobre o mesmo assunto escreveu José dos Santos Carvalho Filho:

*“(...) A Lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como **estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero**. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato. Embora não seja muito comum encontrar a pessoa profissional que possa qualificar-se como tendo notória especialização, entendemos, apesar de alguma divergência que é possível que haja mais de uma no mercado. **Vale dizer: a lei não impõe qualquer restrição em tal sentido**. Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular.”*

Conquanto o Professor Marçal Filho entende que todo trabalho produzido por advogado é técnico e se o profissional tiver notória especialização, a licitação poderá deixar de ser exigida.

Vejamos o entendimento do professor Marcel Justen Filho, ao discorrer sobre a inviabilidade de competição (*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2008, p.360/361.*), *in verbis*:

“A inviabilidade de competição configura-se não apenas quando ausência de



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

*pluralidade de alternativas afasta a possibilidade de escolha entre diversas opções. **Pode configurar-se inviabilidade de competição, para os fins do artigo 25 da Lei nº 8.666, mesmo quando existirem no mercado inúmeros particulares em condições equivalentes de desempenhar a prestação necessária do interesse sob tutela estatal(...) o conceito de viabilidade de competição não é simplisticamente reconduzível à mera existência de uma pluralidade de sujeitos em condições de executar uma certa atividade. Existem inúmeras situações em que a competição é inviável não obstante existirem inúmeros particulares habilitados a executar a atividade objeto da contratação. Há casos em que o interesse sob tutela estatal apresenta-se com tamanhas peculiaridades que seu entendimento não pode ser reconduzido aos casos e parâmetros comuns e usuais.***

Para o Autor supracitado, poderá ocorrer a inviabilidade de competição, mesmo que existam inúmeros particulares em condições equivalentes para a prestação dos serviços.

Ademais, não é possível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, sendo inviável a competição.

Quanto à singularidade dos serviços prestados pelo Advogado, o conhecimento é individual e inerente, ligado à sua capacitação profissional e por isso inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como menor preço).

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



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

Nesse sentido o Egrégio STJ, assim tem se posicionado, consoante a jurisprudência a seguir transcrita:

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

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

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



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

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

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

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

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

(REsp 1192332/RS Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES - Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, julgado em 12/11/2013 DJE 19/12/2013)



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

Extrai-se do voto do eminente Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho as seguintes conclusões:

“9. Em que pese os argumentos esposados pelo Juiz de Primeiro Grau e pelo Tribunal de origem, entende-se, na verdade, ser impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.

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

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



**PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ**

Nesse diapasão, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em situação semelhante à tratada no presente estudo, pronunciou-se nos seguintes termos:

“Na presente lide, em que pese a contratação ter ocorrido sem a realização de licitação o escritório de advocacia contratado demonstrou, por meio de documentos, que possui área de atuação diferenciada, especificamente em causas administrativas e de interesse do Tribunal de Contas (fls. 288/292).”

“É certo que os advogados do Município não guardam condições técnicas específicas para o acompanhamento de processos de ordem jurídica e contábil como os trabalhos desenvolvidos perante o Tribunal de Contas. E a especialização do escritório de advocacia contratado é evidente.”

“Pode-se afirmar, então, nesse caso que a especificidade dos advogados é que determinará a exigibilidade da licitação ou não. A escolha deve obedecer, portanto o princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias.”

“E no presente caso. A dispensa da licitação foi regularmente utilizada.”

(TJSP. Apelação nº 0003330-62.2009.8.26.0075 - Comarca de Santos - Rel. Des. Franco Cocuzza - Julgado em 22.10.12)

Ademais, importante ainda destacar a RECOMENDAÇÃO Nº 36 DE 14 DE JUNHO DE 2016 do Conselho Nacional do Ministério Público, que ora se transcreve:

“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 improprio, pelo



PODER LEGISLATIVO
CASTANHAL / PARÁ

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.”

Pertinente ainda mencionar trecho da Ministra Carmem Lúcia ao acompanhar o voto do Relator na AP 348, ao se pronunciar que:

"Um dos princípios da Licitação, postos no art. 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação – art. 25 c/c art. 13."

Analisando todo o trâmite do presente auto, opinamos que o mesmo atende aos requisitos constantes da Lei Federal nº 8.666/93, alterações e normas complementares, posteriores, encontrando apto para ser finalizado.

É o nosso entendimento, s.m.j.

Castanhal, 22 de janeiro de 2018

MAURO LUIS PIMENTEL ESMERALDINO
ASSESSOR JURÍDICO OAB/PA 17.961