

Memorando Interno/CPL

São Pedro dos Crentes – MA, 20 de fevereiro de 2023.

Ao
Excelentíssimo Senhor
Celsivan dos Santos Jorge
Procurador Geral do Município

Nesta

Estamos encaminhando a essa egrégia assessoria jurídica os autos do processo administrativo nº 054/2023 bem como a minuta do contrato, para Parecer da Inexigibilidade de Licitação 029/2023, tendo como objeto a **Contratação de profissional especializado para prestação dos serviços de Consultoria e Assessoria Jurídica Especializada em Regimes Próprios de Previdência Social, conduzida de acordo às legislações, normas e procedimentos pertinentes em vigor, em especial, de conformidade com o art. 3º-A da Lei nº 8.904/1994 (Estatuto da OAB), com redação dada pela Lei Federal nº 14.039/2020**, nos termos do paragrafo único, do Art. 38, Inciso VI da Lei 8.666/93 e suas alterações posteriores, pedimos com total respeito que após análise e feitura de parecer que seja encaminhada a Presidente do IPRESPEC a Sra. Girlean de Souza Jorge para tramites finais de contratação.

Certo de contar com os préstimos institucionais desta Procuradoria Geral do Município, encaminho elevados votos de estima e considerações.

Girlean de Souza Jorge
Presidente IPRESPEC
Portaria nº 002/2023



PROCESSO ADMINISTRATIVO N°054/ 2023

INTERESSADO (A): Presidência do IPRESPEC

ASSUNTO: Análise e Parecer

EMENTA: *Contratação de profissional para prestação dos serviços especializados de assessoria e consultoria jurídica especializada em Regimes Próprios de Previdência Social demais assuntos pertinentes, conduzida de acordo com as legislações, normas e procedimentos pertinentes em vigor. Possibilidade jurídica da Inexigibilidade. Fundamentação: Art. 25, II c/c 13art. Ambos da Lei Federal nº 8.666/1993 e 3º-A da Lei Federal nº 8.904/1994 (Estatuto da OAB), com redação dada pela Lei Federal nº 14.039/2020.*

1. RELATÓRIO

Aos 14 de fevereiro de 2023, por meio de autorização emitida pela Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores de São Pedro dos Crentes - IPRESPEC, aprovou-se a instauração do processo administrativo com vistas à inexigibilidade de licitação para Contratação de profissional especializado para prestação dos serviços técnicos de Consultoria e Assessoria Jurídica Especializada em Regimes Próprios de Previdência Social, conduzida de acordo às legislações, normas e procedimentos pertinentes em vigor, em especial, de conformidade com o art. 25, inciso II da Lei Federal nº 8.666/1993, art. 3º-A da Lei nº 8.904/1994 (Estatuto da OAB), com redação dada pela Lei Federal nº 14.039/2020. A consulta foi enviada a esta Procuradoria para análise e emissão de parecer.

Trata-se de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, inciso II, da Lei n° 8.666/93.

Em observância ao disposto no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93.

Em observância ao disposto no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, os autos foram remetidos a esta Procuradoria Jurídica para parecer e posterior ratificação pela Exma. Presidente do IPRESPEC.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO PARA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

A Seção IV da Lei Federal nº 8.666/1993, que trata do Procedimento e Julgamento dos processos licitatórios, prescreve em seu artigo 38, inciso VI:



Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

VI - Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade. (Grifo nosso)

Ademais, dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo legal que "as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração."

Em cumprimento, portanto, à determinação legal, passa-se à análise da questão trazida nestes autos.

3. DA INEXIGIBILDADE DE LICITAÇÃO

A licitação se presta e objetiva a garantir a isonomia dos interessados e aptos em contratar com a Administração Pública, aliada à garantia da legalidade da contratação em qualquer modalidade e ao resguardo do interesse público no ato. Por estas razões é que a necessidade de licitar é o corolário trazido na Constituição, em seu artigo 37, inciso XXI:

Art. 37. 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:

(...)

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. (grifou-se)

Logo, apesar de o procedimento licitatório ser a regra, a Constituição da República, ao inaugurar o citado comando legal, ressalva que haverá casos específicos na legislação em que a obrigatoriedade da licitação não será exigida.

A Lei Federal nº 8.666/93, ao regulamentar a previsão contida na Constituição Federal, assim também prevê em seu art. 2º:

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.

No caso dos autos, se pretende realizar contratação por meio de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da lei de licitações, 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 especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Ao analisar o citado dispositivo, fica evidente a natureza exemplificativa do rol nele inserido, haja vista que, dos elementares fundamentos da hermenêutica jurídica, o dispositivo analisado deve ser enfocado a partir de sua premissa maior, a qual, no presente caso, é a inexigibilidade do ato de licitar decorrente da inviabilidade de competição.

Ademais, é certo que inexistem “palavras soltas” no texto da lei, portanto, a expressão “em especial”, contida na parte final do caput do artigo 25 da Lei 8666/93, demonstra que o legislador não exauriu as possibilidades de inexigibilidade às hipóteses elencadas em seus incisos I, II e III, mas, especialmente, diante daquelas.

Assim já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que:

“Os casos de inexigibilidade de licitação não se exaurem nas disposições legais, as quais consignam, apenas exemplificativamente, algumas situações”
(Processo TC/PR 4707-02.00/93-5, publicado no informativo de Licitações e Contratos – ILC, nº 53, jul./98, Curitiba: Zênite, p. 649) – grifamos

Pode-se concluir, portanto, que, para a Administração Pública contratar serviços técnicos de consultoria e/ou assessoria jurídica, seja por meio de advogado, ou de sociedade de advogados, deve proceder-se mediante a inexigibilidade de licitação, com fulcro no caput do art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Isto ocorre porque não há como existir competição entre advogados, por força do artigo 5º, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, vinculado diretamente à Lei nº 8.906/941, que proíbe o advogado de promover a mercantilização de sua profissão, em que a competição é espécie:

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Esse é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:



IPRESPEC

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
DO SÃO PEDRO DOS CRENTES-MA
CNPJ: 32.366.274/0001-31



APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA JURÍDICA. CÂMARA MUNICIPAL. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (ARTIGOS 13, II, III E IV, E 25, CAPUT E INC. II, LEI FEDERAL Nº 8.666/1993). INVIALIDADE DA COMPETIÇÃO. OFÍCIO DE NATUREZA SINGULAR. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.

(...)

3 - Não é permitido aos advogados a disputa pela captação de clientes - infração disciplinar punida pela Lei Federal nº 8.906/1994, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33) -, evidente aí a inviabilidade da competição. A conclusão é roborada pela impossibilidade de julgamento objetivo das propostas apresentadas. Deveras intrincada seria a tarefa da comissão de licitação de sopesar qual dos licitantes inspiraria maior confiança ao chefe do poder executivo, qual melhor conheceria a realidade administrativa local, qual possuiria maior poder de persuasão escrita e verbal e maior perspicácia diante do complexo cenário de atuação e, mais ainda, de constatar se o trabalho prestado pelo advogado que ofereceu a proposta de menor valor realmente atenderia a necessidade da contratação. De mais a mais, a natureza intelectual do serviço prestado pelo advogado, de per si, demonstra a singularidade do serviço. Não se pode olvidar que as peças e pareceres produzidos são marcados pelas características próprias da formação, estudos e particularidades de cada advogado.

(...)

(TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO 307820-83.2013.8.09.0076, Rel. DES. BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 31/01/2017, DJe 2209 de 13/02/2017).

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM A MERCANTILIZAÇÃO E COM O JULGAMENTO OBJETIVO EXIGIDOS PELA LEI 8.666/1993. PRECEDENTES DO STF. PROCURADORIA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DO ÓRGÃO POR CONCURSO. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR.

1. A licitação, grosso modo, persegue a seleção da proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e do julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º da lei federal nº 8666/1993. Na hipótese em embate a licitação impõe franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela lei federal nº 8906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Soma-se a isso, a impossibilidade de se realizar julgamento objetivo acerca de proposições apresentadas pelos licitantes, verificado o vínculo de confiança que circunda a contratação do representante judicial, além das naturais dificuldades em se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício judicial da defesa do município. Desta forma, porquanto embrionariamente incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 5º, lei federal nº 8906/1994), os serviços de advocacia compõem-se, reflexamente, também inconciliáveis com a licitação. Precedentes do STF e Súmula nº 04/2012/COP, Conselho Pleno da OAB.



(...)

(TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO 295899-63.2008.8.09.0154, Rel. DES. GERSON SANTANA CINTRA, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 20/08/2013, DJe 1373 de 27/08/2013).

Assim, com respaldo na jurisprudência do Egrégio Tribunal Goiano, é forçoso concluir que a realização de procedimento licitatório para contratação de Advogado gera disputa entre os profissionais e, consequentemente, ocasiona a mercantilização da profissão, o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (CED, art. 5º), sendo igualmente vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela (CED, art. 7º)2.

Ademais, complementando todo o acima articulado, evidenciamos que o Egrégio **Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás**, através do **Julgado nº 003/2006**, proferido nos autos do **Processo nº 07847/2006**, consignou que:

Processo nº 07847/2207. Julgado nº 003/2206. Enunciado: “Possibilidade de contratação de assessoria e consultoria jurídica, mediante inexigibilidade de licitação, fundada na inviabilidade de competição de que trata o caput do art. 25 da Lei nº. 8.666/93, devendo, entretanto, estar o feito instruído de conformidade com os artigos 26 e 38 da mesma Lei, principalmente no que alude à razão da escolha do profissional ou empresa e a justificativa do preço”.

Após demonstrado que o exercício da advocacia é incompatível com a regra do dever de licitar, por quanto, enquadrado na exceção do art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, por inviabilidade jurídica de competição, o que, por si só, é fundamento suficiente para contratação dos serviços jurídicos por meio de inexigibilidade de licitação, cumpre-nos, ainda, adentrarmos ao comando do inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações e Contratos, o que passamos doravante fazer.

Ainda, cumpre salientar ainda que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás editou Enunciado de Súmula nº 08, em janeiro de 2020, nos seguintes termos:

“Admite-se a inexigibilidade do procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública com base na singularidade dos serviços técnicos, desde que atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.”

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União - TCU editou a Súmula nº 252, que traz o seguinte enunciado:

Súmula 252 – TCU: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, 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.

Portanto, para a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, com amparo exclusivamente no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, devem ser preenchidos,



IPRESPEC
INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
DE SÃO PEDRO DOS CRENTES-MA
CNPJ: 32.118.674/0001-31



simultaneamente, três requisitos, quais sejam: *a) serviço técnico especializado; b) natureza singular; e, c) notória especialização do contratado.*

Dado o objeto que se pretende contratar nos presentes autos, não há discussão quanto ao cumprimento do requisito “serviço técnico especializado”, vez que se trata de contratação de serviços advocatícios e eles encontram-se elencados no rol do art. 13, da Lei de Licitações e Contratos.

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

(...)

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

*III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

(...)

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

Já a notória especialização é conceituada pelo §1º do art. 25 da lei de licitações:

Art. 25...

§ 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.

Tal requisito tem a finalidade de evitar que a Administração Pública contrate quem ela bem entender, evitando assim o despropósito da contratação de pessoas não qualificadas para a execução de serviços.

Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do pretenso contratado, cabe aqui trazer os ensinamentos do Jurista Eros Roberto Grau (in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77), que brilhantemente nos esclarece:

“... Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente ('é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato'), aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança. HÁ INTENSA MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE AQUI, AINDA QUE O AGENTE PÚBLICO, NO CUMPRIMENTO DAQUELE DEVER DE INFERIR, DEVA CONSIDERAR



ATRIBUTOS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO CONTRATADO ou contratada."

É entendimento dominante que a lei não exige que o notório especialista seja famoso ou reconhecido pela opinião pública. De acordo com o texto legal, o conceito do profissional, no campo de sua especialidade, decorre de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades.

O ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, consigna que:

"A reputação da notoriedade só precisa alcançar os profissionais que se dedicam a uma atividade, sendo absolutamente dispensável, ou impertinente, a fama comum, que a imprensa não especializada incentiva".

O Min. Dias Tofolli, em seu voto como Relator no RE 656558/SP, discorrendo sobre a “notória especialização” pontua que:

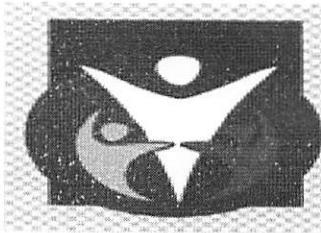
(...)

"Saliento, inclusive, as lições de Joel de Menezes Niebuhr (Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169):

[A] expressão notória especialização costuma ser interpretada de molde a exigir alguém bastante conhecido em seu meio, afamado, que goze, como o próprio nome indica, de notoriedade. Ressalva-se, contudo, ser equivocado apurar a notória especialização pela notoriedade da pessoa. O sujeito pode ser em tudo conhecido, mas não necessariamente por seus méritos profissionais. A notoriedade é da especialização do profissional e não do profissional em si. Outrossim, a notória especialização deve ser apreciada no meio que atua o profissional. De um jeito ou de outro, o termo notoriedade induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afigura a sua apreciação. A determinação do grau mínimo de notoriedade necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa.'

Portanto, na apreciação desses conceitos, afigura-se um juízo de certeza positiva e outro de certeza negativa. Há profissionais que são conhecidos em todo país, cujos estudos são tomados como referência pelos demais que militam na área. Não há dúvida alguma de que esses agregam notória especialização. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos; recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente extrema de dúvida que esses não detêm notória especialização.

Ocorre que, entre um grupo e outro, haverá um terceiro, composto por profissionais nem tão conhecidos quanto os primeiros nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, aqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas, igualmente, não podem ser reputados detentores de notória especialização. Note-se que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados.



Nesse ponto, reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado.

A questão, então, no caso em julgamento, passa também pela análise, no âmbito territorial, da apuração concreta da reputação profissional da contratada, de modo a qualificá-la, ou não, como portadora de notória especialização.

Como adverte Joel de Menezes Niebuhr (op. cit., p. 172):

"Há profissionais cujos trabalhos são conhecidos em todo país, outros no Estado a que pertencem, e outros apenas no Município. A abrangência territorial da contratação deve ser vista com certa parcimônia, adaptável ao objeto e ao lugar da contratação: por vezes, torna-se conveniente a seleção de um profissional de trato próximo, mais acessível. Isso deve ser feito com parcimônia, porque o que realmente importa são os estudos feitos pelo profissional, a experiência anterior dele, os resultados obtidos. O lugar onde o profissional é conhecido deve ser posto em segundo plano, sem que este prevaleça sobre as efetivas realizações dele.".

Assim, no caso dos autos, a notória especialização do profissional que se pretende contratar está mais do que comprovada, em especial mediante a apresentação de atestados de capacidades técnicas e notório conhecimento amplamente reconhecido, dentre outros documentos jungidos a este procedimento.

Quanto ao último requisito, qual seja, singularidade do objeto, insta consignar que o art. 3º-A da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), recentemente incluído pela Lei nº 14.039/2021, estabelece expressamente que “Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”.

Portanto, tem-se que os serviços a serem contratados são singulares por expressa previsão legal.

Como se já não bastasse o acima analisado, cabe esclarecer que a confiança que deve haver entre contratante e contratado é outro elemento que autoriza a realização da inexigibilidade de licitação, em razão da liberdade que o gestor público deve possuir ao escolher sua assessoria e consultoria jurídica.

O certo é que os serviços de natureza advocatícia, como os que se pretendem contratar através do procedimento em apreço, em uma análise primária e geral, sempre poderão ser prestados por mais de um profissional especializado, mormente em razão da popularidade da profissão atualmente alcançada na sociedade brasileira.



Porém, por outro lado, não se pode suprimir do administrador público que, sempre atuando no interesse público, confie seu assessoramento e consultoria jurídica ao profissional que ele reputa mais capacitado, em decorrência de características específicas encontradas no contratado. É o que se tem chamado de Princípio da Confiança, o qual atribui ao administrador público a discricionariedade de contratar com aquele profissional que ele entende ser o melhor para desempenhar o objeto do contrato.

Cita-se, a propósito, a lição de Joel de Menezes Niebuhr, Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

"Repita-se que a inexigibilidade encontra amparo no traço singular com que qualquer um dos potenciais contratados imprimiria à execução do mesmo. Várias pessoas poderiam executar o contrato, todas de modo especial e peculiar, incomparável objetivamente em licitação pública. Daí a inexigibilidade, que depende da subjetividade dos critérios para a aferição do contratado, isto é, no final das contas, da discricionariedade dos agentes administrativos. Nesse processo discricionário, o agente administrativo encontra amplo espaço de liberdade para escolher aquele especialista que reputa 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. Na perspectiva dessa competência discricionária, observa-se elemento de extrema relevância para visualizar a inviabilidade de competição, qual seja o juízo de confiança do agente administrativo em determinado especialista, que o leva a contratá-lo, preferindo outros com similar capacitação.".

Por precisos e aplicáveis a espécie em comento, calha transcrever os seguintes excertos dos Boletins de licitações e contratos da editora NDJ:

Inexistindo, assim, a possibilidade de confrontarem as propostas dos contratantes, a realização do certame constituir-se-ia em uma em farsa, não atendendo, sua realização, aos objetivos do próprio instituto da licitação. Como afirma Celso Antônio de Melo, "só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. NÃO SE LICITAM COISAS DESIGUAIS.

A notória especialização diz respeito às qualidades técnicas que o profissional ou empresa goza na sociedade, fruto do acumulado conhecimento em contratações anteriores.

Seu trabalho e seu nível de conhecimento permitem à Administração considerar, de início, que este poderá, de forma adequada, satisfazer plenamente aos objetivos do contrato.

Há que ser, para tanto, profissionais ou empresa bem sucedidos, credores de bom conceito na área profissional, de forma que suas credenciais tranquilizem o gestor público quanto à capacitação para desempenhar tal tarefa.

Ora, para que a Administração possa inferir sobre o mais adequado trabalho, necessário é que, baseado nas situações fáticas que o profissional (ou empresa)



apresenta, decide, SUBJETIVAMENTE, com lastro na CONFIANÇA que lhe inspira o eventual CONTRATADO, escolhendo este ou aquele, por entender que é ele o mais capaz para EFETUAR o serviço mais adequado.' (in cit. Boletim nº4- BLC- Boletim de Licitações e contratos, Editora NDJ Ltda.)

Assim, podemos concluir, sem sombra de dúvida, que na aplicação da norma contida no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, estará sempre presente a DISCRICIONARIDADE, a subjetividade da Administração,...

...deve escolher o contratado cujo trabalho inferir como essencial e indiscutivelmente o mais adequado ao objeto do contrato de acordo, em última instância, o grau de confiança depositado na especialização desse contratado...

Contratação essa que a administração dever fazer com o profissional ou empresa na qual, em relação a cada contratação, deposite maior grau de confiança'. (in cit. Boletim nº 7-1998 – BLC – Boletim de licitações e contratos, Editora NDJ Ltda). (grifei).

Assim, embora possam existir vários profissionais dotados de notória especialização em determinada área do conhecimento, a circunstância que inviabiliza a competição são as suas características individuais que despertam a confiança do administrador, analisadas sob o enfoque do objeto do contrato a ser executado, bem como do interesse público que deve ser buscado em toda atuação da administração.

Neste sentido, já se posicionou o e. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em recentes oportunidades, ao apreciar a legalidade da contratação de serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de licitação, como se infere das ementas a seguir transcritas, exaradas pela totalidade das Câmaras Cíveis da Corte Estadual:

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM A MERCANTILIZAÇÃO E COM O JULGAMENTO OBJETIVO EXIGIDOS PELA LEI 8.666/1993. PRECEDENTES DO STF. PROCURADORIA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DO ÓRGÃO POR CONCURSO. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ADMINISTRADOR. I. A licitação, grosso modo, persegue a seleção da proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e do julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º da lei federal nº 8666/1993. Na hipótese em embate a licitação impõe franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela lei federal nº 8906/1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Soma-se a isso, a impossibilidade de se realizar julgamento objetivo acerca de proposições apresentadas pelos licitantes, verificado o vínculo de confiança que circunda a contratação do representante judicial, além das naturais dificuldades em se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício judicial da defesa do município. Desta forma, por quanto embrionariamente incompatíveis com a mercantilização e com o critério de



julgamento objetivo (artigo 5º, lei federal nº 8906/1994), os serviços de advocacia compõem-se, reflexamente, também inconciliáveis com a licitação. Precedentes do STF e Súmula nº 04/2012/COP, Conselho Pleno da OAB. 2. A criação do cargo de procurador municipal por via de concurso público, é questão atrelada ao mérito administrativo, não podendo ser imposta pelo julgador, em face da Independência dos Poderes Constituídos, insertos na Carta Magna. 3. REEXAME NECESSÁRIO E APELO CONHECIDOS E PROVIDOS.' (TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO 295899-63.2008.8.09.0154, Rel. DES. GERSON SANTANA CINTRA, 3A CAMARA CIVEL, julgado em 20/08/2013, DJe 1373 de 27/08/2013) – grifamos

"EMENTA: Duplo grau de jurisdição e apelação cível. Ação civil pública. Obrigação de fazer e não fazer. Criação de cargo de procurador municipal. Juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Princípio da separação dos poderes. Inexigibilidade de licitação. Poderdiscricionário da Administração Pública. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

I. A criação do cargo de procurador municipal e o seu respectivo preenchimento e provimento, via concurso público, é matéria vinculada ao mérito do ato administrativo (juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública), não podendo ser imposta pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes constituídos, disposto no artigo 2º, da Constituição Federal.

II. A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), em diversas oportunidades, abre espaço para a atuação discricionária do administrador, em especial nas hipóteses de inexigibilidade, onde há permissão de contratação direta, para alcançar o objeto desejado pela Administração Pública.

III. O Superior Tribunal de Justiça entende que a natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica e a relação de confiança entre contratante e contratado legitimam a dispensa de licitação para a contratação de profissionais de Direito, de modo que o administrador pode, desde que movido pelo interesse público, fazer uso da prerrogativa que lhe foi garantida pela Lei das Licitações (Lei 8.666/1993) para escolher o melhor profissional. Remessa necessária e Apelação Civil a que se dá provimento monocraticamente. Sentença reformada."

(TJ/GO – 2ª Câm. Cível, Decisão Monocrática - DGJ nº 188109- 32.2011.8.09.0019 (201191881091) Buriti Alegre, Rel. Des. Carlos Alberto França, j. em 09/02/2015).

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM A MERCANTILIZAÇÃO E COM O JULGAMENTO OBJETIVO EXIGIDOS PELA LEI 8.666/1993. PRECEDENTES DO STF.

I. A licitação, grosso modo, persegue a seleção da proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e do julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º da lei federal nº 8666/1993. Na hipótese em embate a licitação impõe franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela lei federal nº 8906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Soma-se a isso, a impossibilidade de se realizar julgamento objetivo acerca de proposições apresentadas pelos licitantes, verificado o vínculo de confiança que circunda a contratação do representante judicial, além das naturais dificuldades em se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício judicial da



defesa do município. Desta forma, porquanto embrionariamente incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 5º, lei federal nº 8906/1994), os serviços de advocacia compõem-se, reflexamente, também inconciliáveis com a licitação. Precedentes do STF e Súmula nº 04/2012/COP, Conselho Pleno da OAB.

2. *Apelo conhecido e provido*".

(TJ/GO – 3ª Câm. Cível, Ap. Cível nº 460553-09.2011.8.09.0010 (201194605532), Comarca de Anicuns, Rel. Des. Gerson Santana Cintra, j. em 25/11/2014).

Do primeiro arresto acima colacionado, pede-se vênia para transcrever o seguinte excerto:

Quanto a necessidade de instauração de procedimento licitatório para a contratação dos serviços de advogado, pertinente à transcrição do magistério de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO:

Por fim, temos uma última espécie de objetos contratáveis pela Administração, na qual se encaixa a contratação de advogados.

São aqueles objetos dotados de uma singularidade objetiva, ou seja, aqueles cuja contratação só faz sentido em virtude das características subjetivas do executor. O parecer do jurista, a sustentação oral do grande tribuno, o patrocínio do advogado afamado são objetos que se caracterizam especificamente pelos atributos do seu executor. Uma sustentação oral é atividade para a qual está habilitado qualquer advogado inscrito na OAB. Porém ninguém diria ser irrelevante a pessoa de que sobe à tribuna para sustentar. Opinar sobre um assunto jurídico tampouco é objetivamente fazer inacessível. Mas o jurista notório produz um objeto (parecer) inigualável (ainda que vários o façam). Para estes objetos o procedimento previsto na lei é um só: a Inexibilidade de licitação.

Na contratação de advogado, a licitação será inexigível porque a advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado, da relação de confiança que se estabelece entre constituinte e constituído. Neste sentido, impecável a decisão do então Ministro Carlos Veílso mostrando a incompatibilidade entre a confiança inerente à advocacia e a impessoalidade do processo licitatório (ver HC 72830/RO).

Não é por outra razão que o Código de Ética da Advocacia (art. 15) obriga que o mandato seja outorgado individualmente aos advogados, mesmo quando reunidos em sociedade. Tal nexo de confiança é indissociável da pessoa do advogado, o que torna a resultado da advocacia um objeto subjetivamente singularizado.

Sendo o objeto singular, ele é impassível de comparação, de cotejo. E sendo assim, não se põe viável a competição (salvo se ela se travestir de mero simulacro, de pantomima, de simulação). E a competição de advogados é impossível por vários motivos.

Primeiro, porque serviços de advocacia não permite aferir, objetivamente, a vantajosidade entre propostas. A uma porque o aspecto subjetivo, vimos, é predominante, a duas porque os critérios de julgamento serão impregnados de características prenhas de pessoalidade como a segurança do profissional, a honorabilidade deste, o respeito granjeado no meio, a reputação, seu poder de convencimento, enfim, um plexo de características relevantíssimas na escolha do

AV. CANAÃ S/N, CENTRO – São Pedro dos Crentes – MA –CEP: 65978-000

Fone: (99) 3604-1016 – E-mail: iprespec.spc@hotmail.com



IPRESPEC

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES
DE SÃO PEDRO DOS CRENTES-MA
CNPJ: 26.116.172/0001-71



advogado, mas de objetivação impossível num edital (interditando o julgamento objeto referido no art. 3º da lei de licitações).

Depois, porque é antípoda à profissão a disputa baseada no menor preço. Diz expressamente o Código de Ética (art. 5º) que “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”. Não existe nada mais mercantil do que a disputa, numa licitação, pelo contrato mediante oferta do menor valor de honorários.

Em caso semelhante, no julgamento da apelação cível nº 16119-13.2007.8.09.0051 (200790161192), relatado pela eminente Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, sob respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Câmara Cível entendeu ser inexigível o procedimento licitatório para a admissão de advogados pelos municípios.

Isto porque, a licitação, grosso modo, persegue a seleção da proposta mais vantajosa para a administração a partir do incitamento de competição e julgamento objetivo das propostas apresentadas pelos licitantes, nos termos do artigo 3º da lei federal nº 8666/1993. Na hipótese em embate a licitação impõe franca concorrência entre os advogados no rastro da captação do cliente, enfrentamento que, à sabença, constitui infração disciplinar punida pela lei federal nº 8906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 34, VI), e pelo Código de Ética e Disciplina da categoria (artigo 33). Soma-se a isso, a impossibilidade de se realizar julgamento objetivo acerca de proposições apresentadas pelos advogados licitantes, verificado o vínculo de confiança que circunda a relação entre constituinte e constituído, além dos naturais dificuldades de se sopesar qual dos profissionais habilitados seria o melhor para o exercício da advocacia.

Desta forma, porquanto embrionariamente incompatíveis com a mercantilização e com o critério de julgamento objetivo (artigo 5º, lei federal nº 8906/1994), os serviços de advocacia compõem-se, reflexamente, também inconciliáveis com a licitação. Esta interpretação é, inclusive, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete final da Constituição.

A arguta análise levada a efeito pela Corte de Justiça goiana, está impregnada do mais acertado raciocínio lógico, bem assim guarda consonância com a jurisprudência superior, o colendo STJ já decidiu nestes exatos termos, ao apreciar recurso que tratava do tipo previsto no art. 89 da Lei de Licitações:

HABEAS CORPUS. LICITAÇÃO ILEGALMENTE INEXIGIDA (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO PROFISSIONAL PARA PATROCÍNIO DE CAUSA ESPECÍFICA. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO CONSTITUÍDO NO ÂMBITO DA AGÊNCIA DE FOMENTO. CONFLITO DE INTERESSES CONFIGURADO. GRAU DE CONFIABILIDADE. CRITÉRIO S UBJETIVO. DISCRICIONARIEDADE DO AGENTE PÚBLICO. INVIALIBILIDADE DE COMPETIÇÃO. · CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

AV. CANAÃ S/N, CENTRO – São Pedro dos Crentes – MA –CEP: 65978-000
Fone: (99) 3604-1016 – E-mail: iprespec.spc@hotmail.com

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade na prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. O grau de confiança depositado na contratação do profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito de atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável.

(...) (HC 228.759/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012).

Em decisão ainda mais recente, consolidando o entendimento das Turmas do Corte Superior de Justiça, assim restou decidido:

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 PREESTACIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIALIDADE 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, vincados, 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 MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013*)

A colenda Corte Suprema assim manifestou em relação ao tema:

EMENTA. Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput).’ (Inq 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)

Como se pode concluir, a inviabilidade de competição no caso dos autos não reside na inexistência de outros profissionais/advogados que prestem o mesmo serviço, mas na confiança e na especialidade dos contratados, o que não seria possível aferir através de licitação, conforme trecho transcrito acima.



Em tempo, aprovamos a minuta contratual encaminhada para análise, uma vez que esta atende as disposições da Lei 8.666/93.

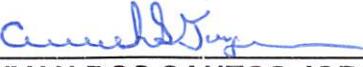
Por último, verificamos que constam a razão de escolha do executante e demonstração da compatibilidade do preço a ser contratado com o preço de mercado, ficando atendido os requisitos previstos nos incisos II e III do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

4. CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, esta Assessoria aprova a minuta contratual apresentada para análise, bem como opina pela possibilidade de realização da contratação pretendida por meio de inexigibilidade de licitação, com fulcro no artigo 25, caput, e seu inciso II, este c/c art. 13, II, III e V, todos da Lei Federal nº 8.666/93, o Enunciado da Súmula 08/2020, bem como a alteração da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) dada pelo art. 3º da Lei nº 14.039/2020 quanto a singularidade do objeto, bem como nas diversas decisões judiciais acima transcritas.

É o nosso parecer. Salvo Melhor Juízo.

São Pedro dos Crentes - MA, 20 de fevereiro de 2023.


CELСIVAN DOS SANTOS JORGE
OAB/MA, nº 13572
Procurador Geral do Município
Portaria nº 020/2021