



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

PARECER JURÍDICO.

PROCESSO N.º 265/2021.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. RELAÇÃO BASEADA NA CONFIANÇA. NOTÓRIA ESPECIALIDADE DEMONSTRADA. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 25, II, § 1º, ART. 13, V DA LEI 8.666/1993 C/C ART. 3º-A DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. REQUISITOS LEGAIS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. BREVE RELATÓRIO.

Vieram os autos para análise e manifestação acerca da viabilidade jurídica da contratação, por inexigibilidade de licitação, de escritório especializado no fornecimento de serviços de assessoria jurídica para atender as demandas do Instituto de Previdência do Município de Ananindeua assessorando e executando as seguintes atividades.

As atividades a serem executadas em favor do IPMA foram identificadas no Termo de Referência consoante os itens abaixo discriminados:

- a. Ampla consultoria e assessoria ao que tange a gestão jurídica de todas as situações de interesse do Instituto;
- b. Elaboração de pareceres jurídicos, verbais e escritos, nas áreas do direito público, com ênfase na interpretação e aplicação das legislações e atos normativos;
- c. Propositura de defesas, impugnações e acompanhamento de processos administrativos e/ou judiciais que tenham por objeto interesses específicos do Instituto;
- d. Análise com emissão de pareceres, verbais ou escritos, de processos administrativos internos e externos perante órgãos administrativos de qualquer esfera da federação;
- e. Representação, consulta e diligência nos Tribunais de Contas (TCM/PA, TCE/PA e TCU) e outros órgãos de normatização, fiscalização;
- f. Elaboração de opiniões legais e pareceres a respeito de temas de interesse do Instituto, independentemente da existência de um caso concreto específico, com o objetivo de prover



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

informação especializada e subsidiar os processos de planejamento e de tomada de decisões.

Os autos vieram instruídos com os seguintes documentos:

- a. Autorização do ordenador de despesa para implementação dos atos administrativos visando a contratação da empresa;
- b. Ofício a empresa MARTINS MALHEIROS ADVOGADOS ASSOCIADOS;
- c. Proposta de prestação de serviços;
- d. Atos constitutivo da empresa (Contrato Social, CNPJ);
- e. Certidões de regularidade fiscal;
- f. Carteira Profissional;
- g. Atestados de Capacidade Técnica;
- h. Pesquisa mercadológica;
- i. Mapa comparativo de preços;
- j. Termo de Inexigibilidade
- k. Justificativa da escolha do fornecedor;
- l. Justificativa do preço;
- m. Dotação orçamentária

Era o que tínhamos a relatar.

Passemos a análise jurídica do caso.

2. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

2.1. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA NA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS E NA CAPACITAÇÃO TÉCNICA PARA ATENDER A ESPECIFICIDADE DA MATÉRIA DEMANDADA DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA – IPMA.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

Inicialmente, mister observarmos que as contratações efetuadas pelo Poder Público devem, em regra, ser precedidas de licitação. Nesse sentido, dispõe o art. 2º da Lei nº 8.666/93. E a Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXI do art. 37, delimitou e fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda Administração Pública, in verbis:

"Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios obedecerá aos princípios da 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".

Assim, regra geral, é que todas as Unidades da Federação Brasileira e seus Poderes sujeitem-se à obrigatoriedade de licitar, salvo nos casos/exceções previstos pela Lei de licitações (Lei nº 8.666/93), estabelecidos, por exemplo, no caso do art. 25, onde a Administração Pública está autorizada a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas, sem a concretização de certame licitatório.

A inexigibilidade de licitação ocorre quando se constata uma situação de **inviabilidade de competição**. Acerca do tema, leciona Marçal Justen Filho que a inviabilidade se verificará quando houver **impossibilidade de seleção** entre diversas alternativas, sendo as abordagens da Lei de Licitações meramente exemplificativas. Complementa o referido autor:

"É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza".

Sobre a matéria, outrossim, ensina também Lucas Rocha Furtado que "sempre que houver inviabilidade de competição, e isso seja devidamente demonstrado e comprovado, estará autorizada a contratação direta, em face de sua inexigibilidade (art. 25, caput)".

Extrai-se da doutrina supra mencionada, portanto, que as hipóteses legais de contratação direta por inviabilidade de competição são assemelhadas a uma norma em branco, pois não encerra o comando normativo em seu texto.

Em verdade, trata-se de um conceito indeterminado ou vago, na medida em que, ante a imprecisão legislativa, remete a sua completude à tarefa de subsunção do fato à norma, gerando uma



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

inesgotabilidade de possibilidades de contratações direta por inviabilidade de competição.

Desse modo, ante a sua característica exemplificativa, deixa um leque de opções, inominadas, à disposição do Administrador. E, nesse caso, cabe justamente ao Administrador, com apoio do seu *staff* técnico, a realização do complemento normativo, apontando em que casos concretos a inviabilidade de competição estaria caracterizada. Percebe-se, assim, que a inexigibilidade de licitação decorre de uma situação fática ou técnica, perante a qual a Administração, em vista de uma necessidade, depara-se com a inviabilidade de competição.

Difere dos casos de dispensa de licitação em que o rol de hipóteses é extenso e exaustivo, descabendo a criação de dispensas não previstas expressamente em Lei. Explica o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

“A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas. Enquanto as de dispensa são exaustivas, é que somente a dispensa de licitação é criada por lei - logo, a ausência de previsão legislativa impede o reconhecimento de dispensa de licitação. As hipóteses de inexigibilidade dependem das circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador”.

A Lei nº 8.666/93, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, não define parâmetros objetivos claros que limitem a inexigibilidade de licitação, trazendo um elenco meramente exemplificativo, o que acaba deixando a cargo do Administrador público a definição dos casos em que a licitação se mostra inviável.

O art. 25 do aludido diploma legal traz **três situações** em que a licitação se mostra inexigível, mas não esgota o tema.

A discricionariedade permeia esta espécie de contratação, mas isto não significa livre arbítrio, que a contratação direta por inviabilidade de competição não possua requisitos e limites para serem observados.

Hartmut Maurer entende que “o poder discricionário não proporciona liberdade ou até arbitrariedade da administração. Não existe poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário conforme o seu dever, ou melhor: um poder discricionário juridicamente vinculado”.

A possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação acontece quando se está diante da necessidade de adquirir serviços cuja essencialidade demonstram-se notadamente **singular**, sendo, portanto, perfeitamente legal, conforme preconiza o art. 25 da Lei n.º 8.666/ 93, in verbis:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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** 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**”.

Como se vê, o inciso II do art. 25 prevê a hipótese de contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviço técnico, de natureza singular, prestado por profissional/empresa de notória especialização.

Dentre os serviços técnicos para cuja realização a licitação é inexigível, estão incluídos os serviços de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº. 8.883/94 em seu art. 13, III). Vê-se, portanto, que a própria lei especifica os casos de exceção à regra geral, uma vez que determina a inexigibilidade de licitação para esses casos.

Não se trata de dispensa, porquanto dispensa pressupõe que a licitação seja exigível, mas que, por um ato de outorga do Poder Público, em certos casos, se aceite uma contratação sem que a mesma tenha sido realizada.

No caso do art. 25, especialmente do inciso II, que trata dos **serviços jurídicos**, objeto do presente estudo, a licitação não é apenas dispensada, é inexigível. Vale dizer, portanto, que, ingressa na esfera da discricionariedade do Poder Público e, caso este contrate serviços jurídicos especializados sem licitação com o particular, por força da ressalva da lei, tal contrato não poderá ser atacado sob alegação de ilegalidade.

Importante destacar, outrossim, que discricionariedade, diferentemente de arbitrariedade, tem ligação com submissão à ordem legal. Significa que o Poder Público age de acordo com a conveniência e oportunidade da situação, mas sem desprezar o ordenamento jurídico, obedecendo aos princípios gerais da Administração. Portanto, a discricionariedade, ainda que permita ao agente público desfrutar de certa liberalidade, pressupõe obediência à lei, e tal obediência está presente quando se



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

constata que a própria legislação prevê as hipóteses em que a licitação é inexigível.

Sendo legais as hipóteses de inexigibilidade de licitação, igualmente são legais os requisitos que devem ser preenchidos para a exceção ao regime geral. Um desses requisitos é objetivo, qual seja, a **singularidade do objeto (serviço)**. O outro é **subjetivo**, e guarda referência com os **atributos do contratante**.

2.2. DA SINGULARIDADE DO OBJETO

Quando a lei se refere à singularidade do objeto, está fazendo menção à singularidade, no presente caso, aos serviços jurídicos que serão prestados, às peculiaridades que envolvem o exercício profissional e à própria regulamentação da profissão, que preconiza independência do advogado e liberdade na prestação de serviços.

Com efeito, os serviços jurídicos, a assessoria e execuções dos processos licitatórios e contratos administrativos, são singulares porque são marcados por uma orientação pessoal tão específica de cada pessoa, que podem até mesmo ser considerados únicos, embora não o sejam. Pode-se dizer que são serviços intuitu personae. Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviços singulares, de um modo geral:

“São 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 (2000, p. 470).”

No mesmo sentido Vera Lúcia Machado D'Ávila se expressa “Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite sua comparação (In: DI PIETRO, 1994, p. 65).”

Por outro lado, cumpre destacar que não basta que o serviço seja singular, mas que essa **singularidade seja relevante**. Ou seja, ainda que os serviços jurídicos, a assessoria e execuções dos processos licitatórios e contratos administrativos sejam singulares, é necessário que sejam tão relevantes e de tamanha importância que autorizem a exceção à regra legal das licitações para a satisfação das necessidades do Poder Público.

Nesse sentido, nas lições de Bandeira de Mello: “[...] a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, esses, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessários para a satisfação do interesse em causa” (2000, p. 479).” Portanto, inexigível será a licitação quando singular for o serviço a ser contratado, quando essa singularidade seja relevante e quando o



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

produto do trabalho do profissional não possa ser comparado com o produto de outro, de tal forma que se justifique a contratação direta pelo Poder Público.

Por outro lado, como no presente caso, existem serviços que em função da complexidade da matéria, exige-se uma apreciação por um corpo de profissionais que demande a contento toda o vasto conteúdo de obrigações que o Instituto exige. Assim, embora não exista um critério objetivo, um padrão geral para se definir a existência de singularidade ou não em determinado serviço, estando intimamente atrelada essa análise a cada caso, entendemos que, no caso em tela, há a caracterização dos serviços técnicos especializados, e em especial por se considerar os quesitos da confiabilidade e mão-de-obra especializada, com **grande experiência no âmbito dos serviços técnicos de assessoria e consultoria jurídica pública, com vasto acervo técnico, especialização e consultorias em diversas Prefeituras e Instituto de Previdência Municipal, o que pode ser constatado através dos documentos anexados aos autos.**

O Ministro Luiz Roberto Barroso, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45, assentou perante o plenário do Supremo Tribunal Federal, com anuência uníssona de seus pares, a legalidade na contratação direta de assessoria jurídica, vejamos a ementa do julgado:

Ementa : DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 13, V, E 25, II, DA LEI Nº 8.666/1993. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO . 1. Ação declaratória de constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, que trata da qualificação dos serviços técnicos profissionais especializados e das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Alegação de que tais normas dão ensejo a controvérsias judiciais nos casos de contratação direta de serviços advocatícios. 2. Constitucionalidade dos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993: disciplina legal da matéria que regulamenta com critérios razoáveis o art. 37, XXI, da CF. 3. Necessidade de conferir segurança jurídica à interpretação e aplicação dos dispositivos legais objeto da presente ação, mediante o estabelecimento de critérios e parâmetros dentro dos quais a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, estará em consonância com os princípios constitucionais da matéria, especialmente a moralidade, a impessoalidade e a eficiência. Precedentes: Inquérito 3.074, j. em 26.08.2014; MS 31.718, j. em 16.05.2018. 4. Necessidade de procedimento administrativo formal (art. 26 da Lei nº 8.666/1993). Como todos os contratos celebrados mediante inexigibilidade de licitação, também a contratação direta de serviços advocatícios sob esse fundamento deve observar, no que couber, as exigências formais e de publicidade contidas na legislação de regência, especialmente o dever de motivação expressa, a fim de permitir a verificação de eventuais irregularidades pelos órgãos de controle e pela própria sociedade. 5. Notória especialização do profissional a ser contratado (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

dotado de especialização incontroversa, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes). Plenário Virtual - minuta de voto - 16/10/2020 00:00 2 6. Natureza singular do serviço (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende. Inviabilidade de contratar-se profissional de notória especialização para serviço trivial ou rotineiro, exigindo-se que a atividade envolva complexidades que tornem necessária a peculiar expertise. Existência de característica própria do serviço que justifique a contratação de um profissional específico, dotado de determinadas qualidades, em detrimento de outros potenciais candidatos. Precedente: AP 348, Rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006. 7. Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública. 8. Contratação pelo preço de mercado. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmem objetividade à análise (e.g. comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo). 9. Parcial procedência do pedido, conferindo-se interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Fixação da seguinte tese: “São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”.

Ainda, a lei 14.039/2020 acresceu o 3-A na Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, passando a vigorar com o seguinte texto:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.”

Nota-se do cotejo da novíssima lei acima delineada que os serviços do profissional da advocacia são de natureza singular quando comprovada sua notória especialização, o que “in casu” resta sobejamente demonstrado pela farta documentação comprovando desempenho anterior, estudos, experiência, aparelhamento, equipe técnica, daí se concluir pela singularidade dos serviços aos quais se pretende contratar.

2.3. DA RELAÇÃO QUE NORTEIA O ELO CLIENTE X ADVOGADO. REQUISITO DA CONFIABILIDADE. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LADEADA DA MOTIVAÇÃO E REVESTIDA DOS PRESSUPOSTOS DE LEGALIDADE PARA VALIDADE DO ATO.

É preciso lembrar, também, que a relação entre advogado e cliente, seja pessoa pública ou privada, **é profundamente marcada pelo elemento confiabilidade**. Ademais, podemos afirmar que, preenchidos os requisitos legais, a decisão de contratar e a escolha do contratado inserem-se na esfera de discricionariedade própria da Administração, cuja escolha será subjetiva, com base na confiança depositada no profissional, mas devidamente motivada, considerando os contornos legais imprescindíveis à contratação.

Aliás, sobre a de discricionariedade própria da Administração, cuja escolha será subjetiva, com base na **confiança depositada no profissional contratado** vale trazer a baila o voto do **Ministro Dias Toffoli no Inquérito 3.077-AL** que fez referência a essa questão: o âmbito de comprovação da notoriedade do profissional ou empresa. Com efeito, uma interpretação muito restritiva do âmbito da notoriedade poderia inviabilizar a aplicação do dispositivo e também dar ensejo à caracterização de indesejável reserva de mercado para profissionais determinados.

Diz o Ministro:

“Há profissionais que são conhecidos em todo o país, cujos estudos são tomados como referência aos demais que militam na área. Não haverá, aqui, 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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

experiência alguma, sendo igualmente extrema de dúvida que os mesmos, não detêm notória especialização. Ocorre que, entre um grupo e outro, se afigura um terceiro, composto por profissionais não tão conhecidos quanto os primeiros, nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, daqueles 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. É 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 vigia 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.** Em outras palavras, a notoriedade deve ser aferida no âmbito de atuação da própria entidade contratante.” (grifei)

A decisão do Ministro do STF é escoreita quando afirma que também é essencial a confiança depositada no contratado pela administração pública.

No mesmo sentido, ainda, é a orientação do Tribunal de Contas da União que, por meio de verbete sumular, admite a confiança como parte inerente à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, sendo indeclinável, contudo, o preenchimento dos requisitos legais:

SÚMULA TCU 39 - A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de 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, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.** (grifei)

Desta forma, a presença do elemento **confiança** justifica o fato da Administração Pública poder escolher, dentre os muitos profissionais devidamente gabaritados e competentes, **aqueles que mais despertem sua confiança**, isto é, aquele que tenha, aos olhos do Poder Público, maior compatibilidade com seus desideratos, o que aqui invocamos também, para efeito de fundamento quanto a contratação pretendida.

Constata-se, portanto, que a jurisprudência no âmbito do Poder Judiciário ou da Corte de Contas da União, aponta para a possibilidade de contratação direta de serviços jurídico pela Administração Pública.

2.4. DAS EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 26 DA LEI 8.666/93 § ÚNICO DA LEI 8.666/93

Analisando detidamente os autos, denota-se que as exigências contidas no referido normativo foram todas preenchidas, especialmente no tocante a razão da **escolha do fornecedor ou**



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

executante a **justificativa do preço**, portanto, preenchido os requisitos constantes dos incisos II e III do artigo 26 da lei 8.666/93.

2.5. DA VANTAJOSIDADE DO PREÇO PRATICADO NO MERCADO.

Consta dos autos pesquisa mercadológica demonstrando que o preço praticado pelo pretendo contratado mostra-se dentro dos valores praticados no mercado, demonstrando-se assim a vantajosidade para a administração municipal.

3. MINUTA DO CONTRATO

Sobre os contratos celebrados pela administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

“A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

Assim, de acordo com tal conceituação, os contratos da Administração Pública podem reger-se pelo direito privado ou pelo direito público. Nos contratos privados é garantida uma relação de igualdade entre a administração pública e o particular, diferente do que ocorre no contrato público, no qual são garantidas prerrogativas à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular.

É importante alertar que nos contratos, tanto no regime privado como no regime público, estão presentes a finalidade e o interesse público, os quais são pressupostos necessários e essenciais para a atuação da Administração. O que realmente os diferencia “É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.”

Esta atuação da Administração na relação contratual com o particular, impondo a sua supremacia, é evidenciada através das denominadas cláusulas exorbitantes do direito comum, as quais não necessitam estar previstas expressamente no contrato, pois sua existência decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas não são lícitas em um contrato privado, pois desigualaria as partes na execução do ajustado, no entanto são válidas no contrato administrativo, pois visam demonstrar a supremacia da Administração.

Consideram-se como cláusulas exorbitantes: (i) alteração ou rescisão unilateral do contrato; (ii) exigência de garantia; (iii) fiscalização da execução do contrato; (iv) aplicação de penalidades; (v) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; dentre outras.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

Porém, ao utilizar-se das cláusulas exorbitantes, a Administração deve garantir equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que não haja prejuízos ao contratado/particular, como elevações de preços que tornem mais onerosa a prestação ao qual está obrigado, dentre outras situações que causem ônus a parte contratada. Esta determinação possui previsão Constitucional no artigo 37, XXI, ao afirmar que os contratos deverão conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Assim, garante-se uma proteção a quem contrata com a Administração, evitando que a posição de supremacia sobre o particular seja desmedida, sem qualquer controle e acabe por ferir preceitos constitucionais, bem como torna viável e seguro ao privado a contratação com a administração pública.

Diante dos conceitos e de todas estas características que identificam um contrato administrativo, e a partir da análise da minuta do contrato referente ao processo administrativo ora apreciado, pode-se identificar tal contrato como um contrato administrativo, e o aplicar as normas do regime jurídico público, dentre elas a lei nº 8.666/1993.

A partir de então, é necessário averiguar se a minuta do contrato referente ao processo administrativo submetido ao crivo desta assessoria, contém todas as cláusulas obrigatórias para um contrato administrativo, as quais estão descritas nos incisos do artigo 55 da lei nº 8.666/1993, in verbis:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I. o objeto e seus elementos característicos;
- II. o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III. o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV. os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V. o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI. as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII. direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII. os casos de rescisão;
- IX. o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X. as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI. a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII. a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;



PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA



INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ANANINDEUA

- XIII. a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Assim, observadas as normas citadas pode ser dado prosseguimento ao processo de contratação.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base na previsão legal do **art. 25, inciso II, § 1º e 13, III da Lei de Licitações c/c art. 2º da lei 14.039/2020 que acrescentou o artigo 3-A no Estatuto da OAB**, e fundamento jurídicos nas decisões das Cortes Superiores do Poder Judiciário, em especial na ADC nº 45, e do TCU, em conformidade com a doutrina citada, que apresenta detalhamento dos requisitos necessários à contratação, opina-se pela legalidade da contratação direta da pessoa jurídica **MARTINS MALHEIROS ADVOGADOS ASSOCIADOS**, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, com observância do rito previsto no **art. 26 da lei 8.666/93**, inclusive realizando as publicações de praxe na imprensa oficial para eficácia do ato em conformidade com o que dispõe o **artigo 61, parágrafo único** do mesmo diploma legal.

Ressalte-se, por fim, que a análise consignada neste parecer se ateve às questões jurídicas, não se incluem no âmbito de análise a conveniência e oportunidade da contratação, nem os elementos técnicos pertinentes, preço ou aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente desta Fundação.

É o parecer, *S.M.J.*
Submeto à deliberação da Presidência.
Belém 29 de julho de 2021.

LEYNILSON LOPES IWABUCHI
DIRETOR JURÍDICO IPMA
OAB – PA 20983