

PARECER JURÍDICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 0000005/2021

Assunto: Contratação de serviços advocatícios especializados na área pública por meio de inexigibilidade de licitação.

Trata-se de consulta em procedimento de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, com vistas à contratação de consultoria especializada na área pública, dado o fato de inexistir Procuradoria, na prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica da Câmara Municipal de Novo Alegre/TO.

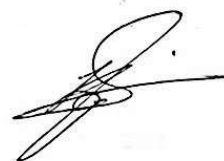
Esclarece e solicita a contratação de serviços técnicos advocatícios, especializado na área pública, considerando a notória experiência do profissional na área de atuação, devendo, para tanto, contratar consultoria com notória experiência para proceder à consultoria e assessoria jurídica.

Brevemente relatado, passo a opinar.

Em regra, as contratações do Poder Público são cercadas de procedimentos que garantem a ampla competição e o menor preço, chamados de licitação. Ocorre, no entanto, que certas hipóteses se apresentam como uma verdadeira impossibilidade de competição, fato que tornará a licitação inexigível, nos termos do art. 25, II da Lei n.º 8.666/93.

E mais, para os casos de contratação de serviços especificados no art. 13, imprescindível é a demonstração de que o contratado reúne a notória especialidade e adequação perfeita para o serviço de natureza singular. O caso em tela é, por assim dizer, uma dessas hipóteses.

O Tribunal de Justiça do Tocantins já apreciou a matéria e entendeu que o gestor deve contratar causídico de sua confiança. Veja-se:





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS
Gabinete de Desembargador

Amara Civil - TJ/TO
Proc. n.º 1.000
Fls. 9
Rubrica
1.º Cl. 1.º Cl. - TJ/TO
Proc. n.º 1.311
Fls. 0
Rubrica

APELAÇÃO CÍVEL Nº14139/11 - COMARCA DE PALMAS/TO - 1ª VARA DA FAZENDA E REGISTROS PÚBLICOS
Referente : Embargos à Execução Nº 2009.0006.9583-6
Apelante : MUNICÍPIO DE APARECIDA DO RIO NEGRO/TO
Advogado: Dr. Roger de Mello Ottano - OAB/TO 2583
Apelado : AMORIM E ROCHA ADVOCACIA S/C
Advogado: Dra. Suellen Siqueira Marcelino Marques - OAB/TO 3989
Relator : JUIZ convocado AGENOR ALEXANDRE

EMENTA: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AMPLIAÇÃO QUANTITATIVA DO OBJETO DA LICITAÇÃO.
1) Ao Juiz incumbe aferir a necessidade, ou não, da produção de provas pelas partes, nos termos do art. 130, do Código de Processo Civil. No caso dos autos a prova documental foi suficiente para formar a convicção do Julgador.
2) É inexigível licitação, para contratação de determinado escritório de advocacia, pois o agente público deve contratar causídico de sua confiança, conforme inteligência do art. 25, inciso II, c/c art. 13, inciso V, da Lei nº 8.666/93.
3) Não pode a autora resultar prejudicada, por equívoco quanto à impossibilidade de aditamento do contrato, porque implicaria em locupletamento por parte da Administração.
4) Recurso Improvido.

DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

No caso de o Gestor, excepcionalmente, optar pela contratação dos serviços de assessoria e consultoria jurídicas, bem como de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, por exemplo, deve o mesmo, nos autos do respectivo processo administrativo, motivar a sua escolha, demonstrando, exemplificativamente, através de análises técnicas e econômicas, a necessidade e viabilidade da medida.

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. É hoje um princípio constitucional, nos precisos termos do art. 37, XXI, da Constituição, in verbis:

"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".

O art. 37, XXI, como nele se lê, alberga o princípio, ressalvados os casos especificados na legislação. O texto é importante, porque, ao mesmo tempo em que firma o princípio da licitação, prevê a possibilidade legal de exceções, ou seja,

autoriza que a legislação especifique casos para os quais o princípio fica afastado, como são as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Se o princípio é constitucional, a exceção a ele, para ser válida, tem que ter também previsão constitucional. Essa cláusula excepcional é que dá fundamento constitucional as hipóteses, previstas em lei (Lei 8.666, de 1993), de licitação dispensada, de licitação dispensável e as de inexigibilidade de licitação.

Regra geral, os serviços acima especificados devem ser realizados por profissionais integrantes do quadro de pessoal da Administração Pública.

Feitas tais considerações, vale assentar que, de acordo com o quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações, 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em Lei. Sendo assim, o Legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), enumerou, nos artigos 17, I e II, 24 e 25, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente.

Diz o art. 25 da Lei 8.666/93, verbis:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...)

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

§1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente do 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 contratado.

Nesse timbre, eis o rol numerus clausus inscrito no art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verbis:

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

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral;



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

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, esclarece que:

"(...) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria 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."

combinado com o art. 1º da Lei 14.039/2020, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Porém, não obstante tal permissão, cabe ao Poder Público, mesmo nesses casos, a realização de procedimento prévio, com atendimento às formalidades necessárias para que fique demonstrado, de forma inequívoca, a inviabilidade de competição, a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado. Confira-se:

Lei 8.666/93

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

(...)

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Lei 14.039/2020

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:



"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."

Veja-se que o artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos, estabelece como serviços técnicos profissionais especializados, por exemplo, os trabalhos relativos a: "assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias" (inciso III) e "patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas" (inciso V). Contudo, o mero enquadramento da atividade no referido artigo, por si só, não é suficiente para que a Administração Pública contrate diretamente o particular sob a égide do artigo 25, II, da multicitada Lei nº 8.666/1993.

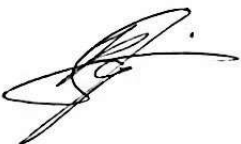
Repise-se que, para que se caracterize a situação de inexigibilidade descrita no supracitado inciso II do artigo 25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no caput do artigo 25, qual seja, a inviabilidade de competição, que, em tais situações, somente se perfaz, através da presença cumulativa de dois pressupostos: a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

Assinale-se, porque necessário, que a inviabilidade de disputa decorre tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da peculiaridade da atividade a ser executada pelo particular (quando o serviço a ser efetuado for de natureza personalíssima, porque pressupõe, por exemplo, o desenvolvimento de atividade criativa e intelectual).

Percebe-se, pois, que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias extranormativas, característica esta inerente à inexigibilidade de licitação. De tal maneira, tem-se que as situações que ensejam tal espécie excludente do certame licitatório não se exaurem nos incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, os quais tratam de hipóteses meramente exemplificativas.

Isso porque, analisando os documentos acostados, bem como a 'vida' pregressa da empresa, constata-se que outra conclusão não se chega senão a que perfilhe pelo entendimento de que o serviço oferecido é de notória qualidade e especialidade técnica.

Ademais, é importante salientar que as multas aplicadas pelo TCE/TO têm sido cada vez mais frequentes e altas, sem falar nas imputações de débitos feitas aos gestores. Assim, não é prudente aos gestores contratação de profissional com pouca experiência na área pública, ou ainda que o Gestor não tenha confiança no trabalho do profissional.



Ademais, o exercício da advocacia não pode ser considerado um serviço mercantilista. Nesse sentido dispõe o Código de Ética e Disciplina – CED da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

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

No mesmo sentido dispõe o CED:

Art. 39. A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou **mercantilização da profissão**.

Além disso, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB dispõe:

Art. 48.

(...)

§ 6º. Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

A falta de observância do valor mínimo, de acordo com a Lei Federal nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), constitui infração profissional punida com a pena de censura:

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

(...)

II - violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;

Então, fica evidente que os serviços de advocacia não podem ter concorrência, de modo que só por este motivo já descarta a possibilidade de instauração de certame público (inviabilidade de competição), vez que se trata serviço com valor tabelado.

Por todos esses aspectos, entendo ser possível a contratação direta de advogado, mediante inexigibilidade de licitação, conforme as razões já declinadas neste Parecer, observando-se que o profissional deve apresentar todos os documentos e certidões negativas necessários para contratação.

É o parecer que submeto à consideração da Comissão de Licitação.

Novo Alegre /TO, 27 de janeiro de 2021


RICARDO GOMES DA SILVA
OAB n 8386/TO