

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS N. 20230005

ORIGEM : Câmara Municipal de Alvorada - TO

ASSUNTO : Contratação de Assessoria e Consultoria Jurídica.

PARECER ASSESSORIA JURÍDICA.

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO CONTRATAÇÃO DIRETA. “Inexigibilidade de licitação. Art. 25, II da Lei 8666/93. Presente a peculiaridade do contrato, ainda que dispondo de assessoria e execução de serviços jurídicos é possível a Contratação direta de profissional da advocacia, desde que demonstrada a notória especialização e a Parecer pela possibilidade da contratação com ressalvas, garantindo a verificação da oportunidade e conveniência pelo administrado – Mérito Administrativo..”

Consulta-nos o gestor da Câmara Municipal de Alvorada - TO, sobre a possibilidade jurídica de contratação de serviços advocatícios especializados de assessoria jurídica pela modalidade inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, II, da Lei n.º 8.666/93.

Esclarece que a contratação dos serviços técnicos de assessoramento **especializado na área pública**, de estrita confiança do Gestor, devendo, para tanto, contratar assessoria e consultoria especializada para atender às respectivas necessidades institucionais.

Brevemente relatado, passa-se a opinar.

I – DA PROFISSÃO DO ADVOGADO E SEU PAPEL SOCIAL

O advogado, ao longo da história da advocacia, tem exercido relevante e destacado papel social, cuja atuação está sempre voltada e comprometida com a promoção da paz social, com a eficiência e eficácia do sistema jurídico, com a resolução e prevenção de conflitos e, sobretudo, com a qualidade dos serviços que presta, atributos que lhe conferem notoriedade, credibilidade, confiança e segurança de bons resultados.

Não é por acaso que o Brasil já foi chamado de a “República dos Bacharéis”.

Além disto, no seu labor profissional, é quem mais se debata, diuturnamente, com a interpretação das leis, criando teses e antíteses, visando sempre à eficácia e eficiência do sistema jurídico vigente, não permitindo a agressão ao cidadão, à sociedade, nem ao próprio Estado.

A importância do papel social do advogado em nosso Estado Democrático de Direito é reconhecida e consagrada constitucionalmente como essencial e indispensável à Justiça.

Nesse sentido, é clara a definição de advogado, elucidada por Sodré (1975):

“O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social.”

E ainda, Roberto J. Pugliese, *apud* Machado (2010), afirma que:

“O Poder Judiciário necessita, para sua atuação jurisdicional, de elementos qualificados que traduzam os interesses dos súditos do Estado aos órgãos jurisdicionais, de forma hábil, técnica, científica. São os advogados. Sem a presença e atuação desses profissionais do direito, o PJ haveria de sentir o baixo nível das discussões, bem como deixariam as contendas judiciais de se fundarem na legislação material e seguirem os ritos impostos pelas normas adjetivas por faltar conhecimento aos jurisdicionados interessados”.

O advogado, por dever ético e estatutário tem que agir de forma independente, e é justamente por isto, que a lei lhe garante a inviolabilidade em razão da prática de seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Por isso, não pode e não se admite, sob qualquer pretexto, a menor restrição à independência que é insita e essencial à existência do Advogado, que deve exercer esta nobre função conforme disciplina a Ordem.

O Advogado tem por dever ser reto, buscar a aplicação da lei e da justiça, com franca contribuição para garantia dos direitos fundamentais da cidadania.

Por estas razões, é equivocada, ilógica e irrazoável exigir que a contratação de serviços profissionais de Advogado pela Administração Pública seja feita mediante procedimento licitatório, sob pena de desqualificar a advocacia, negar-lhe a característica maior de trabalho intelectual, impregnado de engenho e arte profissional, praticados por pessoas com formação própria, submetidos a padrões éticos rígidos, transmutando-a em atividade vulgar, um bem fungível, uma atuação mercantilizada.

Sendo assim, transformar a atividade advocatícia em mercantil, constitui grave ofensa ao sistema constitucional vigente, que, como já se disse reconheceu e consagrou o importante papel social do advogado, inclusive na sobrevivência da sociedade e da democracia, de sorte que a realização de licitação para contratação de serviços advocatícios reveste-se de exclusiva feição econômica, própria da atividade mercantil, divorciada dos altos designios da advocacia e incompatível com a ética profissional.

II – SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A contratação dos serviços de advogado para realizar assessoria e consultoria jurídica e patrocínio de defesas judiciais ou administrativas é alvo de controvérsias e

interpretações extremadas, seja por parte dos órgãos de controle, seja por advogados, seja pelo Poder Judiciário, ensejando, inclusive, inúmeras ações judiciais em que figuram, ilegal e abusivamente, como requeridos, advogados.

Não se olvida que, visando à sanidade e licitude das contas públicas, a ordem constitucional vigente elegeu como princípios retores da Administração Pública, os da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (artigo 37, *caput*, CF/88), inclusive exigindo que toda contratação de bens e serviços pelo Poder Público será precedida de procedimento licitatório, conforme dispõe o inciso XX do mesmo texto legal:

Art. 37. (...)

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.

Para regulamentar o texto constitucional supra foi editada a Lei Federal n.º 8.666/93, com as alterações ulteriores, na qual foram previstas exceções a esta regra geral, admitindo a contratação direta de advogados ou sociedades de advogados nos casos previstos no artigo 25, II, c/c o artigo 13, III.

Tais dispositivos são claros na dicção de que o procedimento licitatório poderá ser inexigível quando não houver possibilidade de competição no que concerne à especialidade de contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais habilitados no órgão de classe competente e de notória especialização para executar a atividade contratada pelo Poder Público. .

III – SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS – PREVISÃO LEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – ART. 25 E 13 DA LEI 8.666/93.

O conceito de serviços técnicos especializados que estão imunes à contratação é motivo de divergência doutrinária e jurisprudencial, inclusive no âmbito dos Tribunais de Contas, notadamente quanto ao que pode ser entendido como serviço singular e notória especialização, enquanto elementos determinantes na exegese desta excepcionalidade.

A expressão singular, no entendimento de Mestres não pode ser compreendida em sentido único e exclusivo. Ao revés, é entendida como serviço que tenha natureza singular, “ou seja, possua uma qualidade, que não seja vulgar, mas se mostre especial, distinto e/ou dotado de criatividade intelectual diferenciada, que não pode ser praticada por qualquer um. Exige do prestador um conhecimento específico do tema tratado, o que singulariza e especializa seu labor”.

O advogado, desde os tempos remotos, recebe o codinome de “doutor”. Isto porque, segundo compreensão dominante, no exercício de seu ofício defende teses,

constrói teses e antíteses as teses adversas. É nítido trabalho intelectual, que não é matemático e nem mecânico e padronizado, logo, exige de seu autor criatividade em cada fato com que se depara, muito raciocínio, bom senso e lógica. “Muitas vezes, sobre um mesmo fato, cria, no futuro, teses que, antes, analisando o fato, não tivera o mesmo criar e interpretar. É aqui que se agiganta a singularidade de tal ofício”.

Não é um trabalho aferível em produtividade (quantidade), mas essencialmente qualitativo, “porque realizado de modo próprio, individualizado, pessoal, consciente do nível de personalismo que o serviço exige. A quantidade é consequência do volume do próprio serviço, mas a essência do labor do advogado é sempre qualitativo”.

Os doutrinadores administrativistas compartilham desse entendimento. Da cátedra de Hely Lopes Meirelles, extrai-se:

Segundo a doutrina corrente (a notória especialização traz em seu bojo uma singularidade subjetiva) e os dispositivos legais pertinentes, é forçoso concluir que um serviço técnico profissional especializado de natureza singular é um dos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666, de 1993, que, por suas características individualizadoras, permita inferir seja o mais adequado à plena satisfação do objeto pretendido pela Administração.

(...)

O fato de os serviços serem singulares não significa que sejam únicos, nem que não possam ser executados por mais de um prestador. São serviços que não podem ser objetivamente comparáveis com outros do mesmo gênero, que apresentem determinadas características que os individualizem, porque prestados por profissionais de notória especialização. (...) Tem-se entendido, também, que os serviços singulares são aqueles que podem ser prestados com determinado grau de confiabilidade por determinado profissional ou empresa cuja especialização seja reconhecida.

Para Marçal Justen Filho:

É problemático definir “natureza singular”, especialmente porque toda hipótese de inviabilidade de competição pode ser reportada, em última análise, a um objeto singular. Mas a explícita referência contida no inciso II não pode ser ignorada e a expressão vocabular exige interpretação específica a propósito dos serviços técnicos profissionais especializados.

(...)

A “natureza singular” do serviço deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados. Enfim e para concluir essa questão, singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo. O elenco do art. 13 faz referência genérica a certas atividades que comportam diferentes graus de complexidade.

(...)

A fórmula “natureza singular” do serviço destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).

Para o eminente administrativista Adilson Abreu Dallari,

A contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, baseia-se na inviabilidade de competição, entendendo-se como tal a impossibilidade de comparação entre diversos possíveis executantes do serviço pretendido.

Quando diversos profissionais puderem realizar o mesmo e idêntico serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deve ser promovida uma disputa entre eles. Entretanto, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto do trabalho de cada um for diferente do trabalho do outro, por força das características pessoais do autor, aí então haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço. (g.n.)

Na defesa desta compreensão doutrinária, transcreve o seguinte excerto do não menos eminente Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo (8. ed. Malheiros, 1996. p. 332), que, segundo afirma, resume de maneira clara e objetiva essa questão da singularidade, dizendo:

“Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto a maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito A ou pelos sujeitos B ou C, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o

caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata”.

Prossegue:

Quem efetua uma contratação direta, sem licitação, assume uma especial responsabilidade pelos resultados do contrato. Quando um contrato realizado mediante regular licitação não chega a bom termo, não há que se falar em responsabilidade pela escolha. É mais cômodo e seguro contratar mediante licitação, mas o dirigente efetivamente preocupado com os resultados de sua gestão não deve deixar de efetuar contratações diretas quando isso for necessário, devendo apenas acautelar-se provendo-se de dados que possam justificar a escolha”.

Alice Maria Gonzales Borges deixa isso perfeitamente claro ao estudar a questão específica da contratação de advogado em trabalho publicado sob o título “Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia”, publicado no Boletim Jurídica – Administração Municipal (editado em Salvador, nº 8, 1996, p. 7), no qual apresenta os seguintes argumentos:

“Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 39 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes dos arts. 45, I e § 2º da Lei 8.666/93?

Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitações do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do art. 46, § 1º, descamba, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, §2, que combina aqueles dois requisitos”.

Esses judiciosos argumentos, entretanto, não se aplicam à realização de procedimento licitatório na modalidade de concurso, no qual o valor da remuneração é previamente estipulado, procedendo-se à escolha do melhor profissional que se disponha a realizar o serviço pretendido pelo valor que a Administração pretende ou pode suportar.

Quando, porém, o elemento fundamental da contratação for a confiança requerida pelas particularidades do caso, não se há que falar nem mesmo em concurso. O mesmo se pode dizer com relação a situações emergenciais, de real urgência.

(...)

E acrescenta:

Essa questão já foi objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal. Ao relatar o RHC nº 72.830-8-RO (Acórdão publicado no Boletim Licitações e Contratos – BLC , Curitiba, nº 10, 1996, p. 521), o eminente Ministro Carlos Velloso, em seu ilustrado voto, acolhido por unanimidade, negando a existência de crime na contratação de advogado para a defesa de interesses do Estado junto aos Tribunais Superiores, fez a seguinte notável ponderação:

“Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res pública ”.

A importância especial dos interesses a serem defendidos não se coaduna com uma escolha automática, formal, impessoal. Em certos casos, não é irrelevante a escolha deste ou daquele profissional. Deve a Administração buscar o concurso do melhor profissional, daquele que se apresente como mais habilitado para a execução daquela específica tarefa, que tanto pode ser a elaboração de um parecer, quanto a propositura de uma ação judicial, ou a defesa do interesse público em uma ação judicial proposta por terceiros, ou, ainda, a prestação de serviços de consultoria por tempo determinado.

Cabe repetir, todavia, que serviço técnico profissional especializado de advocacia suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários, acima e além dos exigidos para o regular e normal exercício da profissão.

Somente se poderá contratar a elaboração de um parecer jurídico, com dispensa de qualquer modalidade de licitação, com quem, além de ser bacharel em direito, tenha uma formação acadêmica superior ao simples grau de bacharel em direito, seja dotado de especial titulação acadêmica ou tenha exercido funções públicas de hierarquia superior na área jurídica; não é possível escolher subjetivamente e contratar diretamente um simples bacharel em direito para promover execuções fiscais.

Lamentavelmente os abusos que já se cometeram nessa matéria estão levando a uma reação desarrazoada, redundando na formulação de denúncias e mesmo na propositura de um preocupante número de ações judiciais contra profissionais dotados da maior honrabilidade,

especialmente quando contratados para atuar em casos de grande repercussão política, conforme tivemos oportunidade de focar em nossa monografia sobre os procedimentos licitatórios:

“Atualmente, no tocante à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, sem licitação, a Ação Popular vulgarizou-se, transformando-se em meio de atuação política ou, até mesmo, simples instrumento de extorsão. Da mesma forma, pululam as Ações Cíveis Públicas interpostas sem a mais elementar cautela, sem o mais mínimo cuidado na apuração preliminar dos fatos. Não se pode pretender que autoridades e administradores descuidem de sua honorabilidade pessoal, a ponto de entregar tais casos aos cuidados de uma espécie de defensor natural. Entendemos que agentes políticos, titulares de mandatos eletivos, têm a obrigação de defender a integridade da outorga popular.

Da mesma forma, devem defender, da melhor forma possível, a integridade do patrimônio sob seus cuidados e zelar pelo incremento de suas fontes de recursos”. DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação* 4. ed. Saraiva, 1997. p. 57.

O Autor em comentário, assevera, outrossim, que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, considerou eticamente irrepreensível a contratação de advogado com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 com a redação da Lei nº 8.883/94, verbis:

“Licitação. Inexigibilidade para contratação de advogado. Inexistência de infração. Lei nº 8.666, de 21-6-1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, para prestação de serviços patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessários, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na mencionada lei, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública. Precedente no Processo nº E-1.062”. (OAB – Tribunal de Ética. Processo E-1.355, Relator Dr. Elias Farah).

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta quais os dados ou elementos que podem ser considerados para a aferição de notória especialização:

– 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”.

A doutrina especializada enfatiza que para efeito de aferição de notória especialização o exame da documentação apresentada pelo advogado contratado, especialmente seu *curriculum vitae*, oferece importante subsídio, na medida em que um profissional dotado de maior experiência profissional está perfeitamente adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública com a sua contratação. “Ou seja, ele é especializado exatamente naquilo para o que o contratante necessita de assessoramento jurídico ou atuação judiciária de especial qualificação. Nunca se pode esquecer, entretanto, o princípio da razoabilidade, que requer uma ponderação entre a natureza e a relevância dos interesses em jogo, a capacidade financeira de quem contrata e a disponibilidade de profissionais contratáveis, no espaço e no tempo.

Não é outro o entendimento do Ministro e Professor Eros Roberto Grau, em cujo artigo assim conceituou serviços singulares:

Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade dos serviços está contida no bojo da notória especialização.

Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realiza-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.

Sobre o tema em comento, o Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula n.º 04/2012, publicada em 23/10/2012, com o seguinte teor:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25, da Lei 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e inviabilidade objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no artigo 89 (in totum) do referido diploma legal.

Destarte, em uníssono com o entendimento do Pleno do Conselho Federal da OAB, forçoso convir-se ser inexigível a contratação de advogado pela Administração Pública, dada a **singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilidade objetiva de competição.**

Sobre o assunto, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA.

📍 Av Pará, entre ruas 11 e 12- Apto 03

☎ 63 9 8402 8163

✉ mpcoadv@gmail.com

ART. 295, V, DO CPC. ART. 178 DO CC/16. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE DESVIO DE PODEER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao art. 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei 8.492/92, art. 295, V do CPC e art. 178 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 matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes. AgRg no EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2023, AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 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 de 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). (g.n.).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, firmados, 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. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. 12/11/2013. DJe 19/12/2013.

A celeuma suscitada pelo tema deu origem, inclusive, ao reconhecimento de repercussão geral pelo STF nos autos do RE nº 656.588, cujo Relator é o Ministro Dias Toffoli, ainda pendente de julgamento. O referido recurso extraordinário fora interposto em face de acórdão da Segunda Turma do STJ em que se discutiu o alcance das sanções impostas pelo artigo 37, § 4.º da Constituição Federal aos condenados por improbidade administrativa. O recorrente alega que a Lei de Improbidade Administrativa foi editada

com base nesse dispositivo e, portanto, esta subordinada ao princípio da tipicidade das normas restritivas de direito. Afirma que a contratação se deu dentro da legalidade e que o exercício da advocacia não se coaduna com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição, entre outros argumentos. Muito embora o STF ainda não tenha se manifestado sobre o mérito da questão, destaca-se que já manifestação favorável da Procuradoria Geral da República pelo provimento do recurso.

Não se pode olvidar de que, em verdade, o campo de atuação profissional do advogado que atua na Administração Pública, é bastante amplo, compreendendo tanto trabalhos usuais, corriqueiros, de pequena complexidade técnica, quanto situações de extrema dificuldade, alta complexidade, verdadeiramente polêmicas e de enorme repercussão prática, tanto de ordem econômica quanto propriamente jurídica, afetando os direitos das pessoas e o próprio interesse público, de sorte que não pode ser considerado um serviço vulgar, mecânico, mas sim, singular em cada caso enfrentado.

Impende observar que, diante das controvérsias sobre o tema, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF – ADC 45 -, postulando que a Suprema Corte declare a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Licitações que permitem a contratação direta de advogados pela Administração Pública.

Ao defender a constitucionalidade dos artigos 13 (inciso V) e 25 (inciso II) da Lei 8.666/93, a OAB sustenta que a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios por se tratarem de serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade profissional tornam inviável a competição.

Sustenta, ainda, que a inexigibilidade de licitação é a única forma para a contratação de advogado pela Administração Pública em razão da confiança intrínseca que rege a relação advogado/cliente. Afirma que a inexigibilidade de licitação pode ocorrer inclusive quando existem vários especialistas aptos a prestarem os serviços pretendidos pela Administração, já que todos se distinguem por características marcadas pela subjetividade, pelas experiências particulares de cada um. Por esse motivo, diz a OAB, utilizando-se da discricionariedade conferida ao gestor, avaliando conceitos variáveis em maior ou menor grau, a Administração escolhe um dos especialistas em detrimento do demais existentes.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, na RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016, sobre a questão em tela, em seu artigo 1.º, assim preceitua:

(...)

Art. 1.º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou ímprobo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público, que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.

(...)

Mas não é só. O exercício da advocacia, por determinação estatutária, não pode ser tratado como produto mercantil. Neste sentido, dispõe o Código de Ética e Disciplina – CED – da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

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

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.** (g.n.)

Também disciplina o assunto o artigo 48 CED:

Art. 48. (...)

§ 6.º **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.** (g.n.)

E, ressalte-se a inobservância do valor mínimo, de acordo com a lei federal n.º 8.906/1994, constitui infração ético-profissional, punida com censura:

Art. 46. (...)

§ 6.º A censura é aplicável nos casos de:

(...)

II – violação de preceito do Código de Ética e Disciplina;

Por fim, foi sancionado pela presidência da república a Lei n. 14.039 de 17 de agosto de 2020, declarando que os serviços advocatícios por sua natureza, são técnicos e singulares.

Logo, clarividente que os serviços de advocacia não podem ter concorrência, de modo que, por tal razão, fica definitivamente descartada a possibilidade de realização de procedimento licitatório para contratação de advogado ou escritório de advocacia, dada a inviabilidade de competição e, ademais, tratar-se de serviço cujo valor remuneratório é tabelado e, sobretudo, porque o descumprimento dos mandamentos estatutários supra importa a aplicação de penalidade ao advogado que ofendê-los.

À luz de todo o expandido, mormente da jurisprudência do Supremo, conclui-se:

a) é possível contratar de advogado ou escritório e advocacia por inexigibilidade de licitação, atendidos os requisitos legais, salientando-se que as interpretações extremadas, que pretendem simplesmente aniquilar a

possibilidade fática da contratação direta, não se coaduna com a interpretação doutrinária e jurisprudencial dada ao tema;

b) esta hipótese de contratação direta tem cabimento mesmo quando haja uma pluralidade de especialistas aptos a prestarem os serviços advocatícios, neste caso, para a Administração Pública, porquanto não se trata de hipótese de exclusividade, mas escolha pelos critérios qualitativos e de fidedignidade do gestor, descabendo, dessa forma, o argumento de que a existência de potenciais outros profissionais ou empresas apta a prestarem o serviço obsta a adoção da inexigibilidade de licitação;

c) uma vez presentes os requisitos da Lei 8.666/93, a decisão de contratar é discricionária do gestor, desde que cumpridos os pressupostos pertinentes;

d) a eventual existência de corpo jurídico próprio não impede a contratação direta, cumpridos os requisitos legais. Entendimento negativo afigurasse-nos legal, na medida em que o artigo 13 do Estatuto Licitatório, no incisos II, III e V da Lei 8.666/93 admite expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas. Além disto, é de rigor avaliar concretamente a aptidão profissional a ser contratado e o critério da confiança, como elementos decisórios, no exercício de competência discricionária;

e) a vedação estatutária de mercantilização da profissão, sob pena de incorrer, o advogado desobediente, em sanção disciplinar.

Finalmente, cumpre observar, que diante de vários profissionais ou escritório de advocacia aptos a prestação efetiva, eficiente e eficaz do serviço almejado pelo ente ou órgão público contratante, a escolha deve observar, dentre os capazes o grau de confiança empregado pela administração e pelo seu gestor ao prestado do serviço.

Por todo o exposto, opina-se pela possibilidade de contratação da banca de advogados escolhida, por inexigibilidade de licitação, máxime por guardar consonância com entendimentos já proferidos no RE 656.558, STF, relatado pelo Ministro DIAS TOFOLI, s.m.j.

Alvorada - TO , 10 de janeiro de 2023.

MARCOS PAULO CORREIA DE OLIVEIRA:02698046171
046171
Assinado de forma digital por MARCOS PAULO CORREIA DE OLIVEIRA:02698046171
Dados: 2023.01.10 15:53:45 -03'00'

MARCOS PAULO CORREIA DE OLIVEIRA
OAB - TO 6643