

PARECER JURÍDICO Nº 18/2019

LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICA PARA ORIENTAR OS TRABALHOS DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL NA ÁREA DE DIREITO PÚBLICO MUNICIPAL E ADMINISTRATIVO, ORIENTAR A MESA DIRETORA EM MATÉRIA DO RAMO DO DIREITO E SOBRETUDO ACOMPANHAMENTO E DEFESA EM PROCESSOS PERANTE AS CORTES DE CONTAS (FEDERAL, ESTADUAL E JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO PARÁ – TCM/PA) E DEMAIS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO, BEM COMO DIRIMIR DÚVIDAS QUANTO A APLICAÇÃO DE LEIS E ORIENTAR SOBRE CONTROVÉRSIA DE DIREITO PÚBLICO, ADMINISTRATIVO, JUNTO À CÂMARA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS, ESTADO DO PARÁ, NO SENTIDO DE ZELAR PELA LEGALIDADE DOS SEUS ATOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 25, II, C/C ARTIGO 13, III, DA LEI FEDERAL, Nº 8.666/93. POSSIBILIDADE.

Assunto: Contratação Especializada

I – DO RELATÓRIO

Tratam-se os presentes autos de solicitação de contratação, por inexigibilidade de licitação, de serviços de consultoria e assessoria jurídica, consubstanciada com declaração de dotação orçamentária, proposta de valores e a apresentação/currículo dos sócios a serem contratados, Certidões Negativas junto às Fazendas Públicas Municipal, Estadual e Federal, Certidão de Regularidade junto ao FGTS e Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, Autorização do Presidente da Câmara para instauração do procedimento licitatório, o termo de autuação do processo licitatório na modalidade inexigibilidade nº. 006/2019, dentre a complexa documentação apresentada e solicitação da Comissão Permanente de Licitação para emissão de Parecer Jurídico.

É o breve resumo. Passemos ao mérito, sob o prisma estritamente jurídico.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando, regra geral, na decisão de atos e processos administrativos. Preceitua a lei, que alguns atos

administrativos devem ser precedidos de parecer para sua prática, sendo este o pressuposto/requisito do ato, fato que obriga o administrador a solicitá-lo.

Neste caso, a obrigatoriedade a que o administrador público está vinculado, não é a da conclusão ou resultado final sugerido pelo parecerista, mas da obrigação de ter que solicitá-lo por determinação legal, podendo, inclusive, agir de forma contrária a sugerida pelo prolator.

Expondo a respeito Carvalho Filho (2016, p. 143) leciona que o parecer obrigatório "é emitido por determinação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio".

Hely Lopes Meirelles define a natureza jurídica de parecer: "Pareceres – pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares a sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva" (Meirelles, 2001, p. 185).

Corroborando tal tese, o Conselho Federal da OAB editou a Súmula nº. 05 que tem a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO.
Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."

Feita esta ressalva, passemos à análise do pedido.

Como se sabe, a regra geral trazida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, é que a contratação de obras, serviços, compras e alienações deverá ser precedido de devido processo licitatório, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, e obedecendo aos princípios que regem a Administração Pública e aos princípios que disciplinam os processos licitatórios.

Para tanto, foi promulgada a Lei nº. 8.666/93 e, posteriormente, a Lei nº. 10.520/02 que disciplinam os procedimentos licitatórios nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso e pregão, respectivamente.

Como o procedimento da licitação é revestido de relativa complexidade, possuindo um conjunto de atos que estão distribuídos em fases específicas, esse processo licitatório demanda tempo para suas

realizações e muitas vezes se assentam em certos pressupostos nem sempre verificáveis. Em alguns casos, com o intuito de proteger o interesse público, o legislador separou as situações ou hipóteses que justificariam uma solução diversa, tornando a licitação dispensável, o que não significa que o fato de não haver certame estaria desobrigando a Administração Pública de cumprir o procedimento formal.

A mesma Lei nº. 8.666/93, que dispõe sobre o procedimento licitatório, também prevê, de forma taxativa nos artigos 17, 24 e 25, as hipóteses excepcionais em que poderá ocorrer a contratação direta, situação em que o administrador poderá ou deverá deixar de adotar um dos procedimentos licitatórios e fazer uso da contratação direta, que se dará por meio da dispensa ou por inexigibilidade de licitação.

II - DOS PRESSUPOSTOS

Como já foi dito, a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos fatores que, inexistindo, tornariam o procedimento licitatório sem condições para atender às finalidades para as quais foram concebidos, são eles, pressuposto lógico, pressuposto jurídico e pressuposto fático.

É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, com o tema do chamado objeto singular e com o tema identificado como caso do ofertante único ou exclusivo.

A licitação objetiva a obtenção de um contrato necessário à Administração Pública para atender o interesse público. A escolha de quem será contratado é feita através do preenchimento de alguns critérios e da escolha por meio de eleição ou seleção da melhor proposta, segundo critérios objetivos e previamente fixados.

O Pressuposto Jurídico diz respeito à necessidade de atender ao interesse público, aquele que em face do caso concreto, a licitação possa se realizar em meio apto, a fim de que a Administração melhor satisfaça o interesse público, não podendo a Administração atender a interesse diverso do demonstrado por necessidade da coletividade.

Pressuposto Fático induz a existência de interessados em disputar do certame, bem como a possibilidade de aferição da melhor proposta a partir de critérios objetivos, sem o qual torna-se impossível sua realização. Exemplo que se pode usar é o caso em que licitação não desperta interesse, motivo pelo qual, em algumas situações, deve ser considerada sua dispensa ou inexigibilidade. Assim, tem-se a inexigibilidade quando ausente, no caso concreto, o pressuposto lógico ou fático da licitação, tornando-a impossível de ser realizada. Já a dispensa ocorrerá quando estiver ausente o pressuposto jurídico, não havendo assim interesse jurídico válido em se proceder o certame.

Muito embora a regra geral para se contratar com a Administração Pública exija aos pretensos contratantes submeter-se à realização de licitação, a própria Lei nº. 8.666/93 traz algumas hipóteses, em casos

excepcionais, em que não é necessária a realização do procedimento licitatório para a contratação com a Administração Pública. Tratam-se dos casos de dispensa de licitação e de inexigibilidade de licitação.

A ausência dos pressupostos da licitação é requisito essencial para que ocorra a inexigibilidade prevista no artigo 25 da Lei nº 8.666/93, sendo necessário que o evento conduza à inviabilidade de competição.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na Obra intitulada "Direito Administrativo", Editora Atlas, São Paulo, 2014, 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."

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).

A ausência de mercado concorrencial ocorre quando não existem ofertas permanentes pois os particulares não competem entre si formulando propostas. A ausência de objetividade na seleção do objeto, como o nome já diz, se caracteriza pela impossibilidade de seleção por causa da sua natureza personalíssima.

Por último, a ausência de definição objetiva da prestação a ser executada trata da impossibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas que precisam ser executadas ao longo do Contrato.

Como não poderia ser diferente, Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza a questão da seguinte forma, havendo duas hipóteses de inexigibilidade por ausência do pressuposto lógico da licitação: a) quando o objeto pretendido é singular, ou seja, só que dele dispõe poderá ofertá-lo; e quando só há um só ofertante, também denominado de fornecedor exclusivo.

III - DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Neste ponto, abordaremos os aspectos sobre a contratação direta, por inexigibilidade de licitação de serviço técnico profissional especializado, mais especificamente, de assessoria jurídica, realizada por advogados.

Serviço técnico profissional especializado, nas palavras de BRAZ (2010, p. 580): "é aquele que exige, além da habilidade profissional pertinente, conhecimentos mais avançados na técnica de sua execução, operação ou manutenção. Esses conhecimentos podem ser científicos ou tecnológicos, vale dizer, de ciência

pura ou de ciência aplicada ao desenvolvimento das atividades humanas e às exigências do progresso social e econômico em todos os seus aspectos".

Além da habilitação específica para a prestação de uma espécie distinta de serviço, a Lei identifica a necessidade de especialização, de cunho bem mais abrangente. A especialização significa a capacitação para o exercício de uma atividade com habilidades que não estão disponíveis para qualquer profissional. Configurando-se ainda como subjetivas por características atinentes à personalidade e à figura pública do sujeito a ser contratado e, noutra acepção, refletindo um juízo de ponderação e conveniência promovido pelo interessado em contratar.

Sobre esse tema, e com absoluta propriedade, já decidira no passado o e. Tribunal de Contas da União, Processo TC nº 000.760/98-6 (sigiloso) – Denúncia, Relator Ministro Bento José Bugarin, decisão de 14 de abril de 1999, publicada no DOU de 03.05.99:

Serviços Advocatórios – Entidade Detentora de Quadro Próprio de Advogados – Contratação Direta – Licitação Inexigível – Legalidade. [...] A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus quadros próprios, justificando-se, portanto, a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa. [...] A natureza singular, por seu turno, não significa a existência de um único notório especializado, mas pressupõe sem dúvida uma qualificação incomum, algum trabalho que se realizado por outro produzirá um resultado substancialmente diferente. [...] No presente caso, não vejo como deixar de reconhecer a presença dos pressupostos autorizadores da contratação direta do professor Amauri Mascaro Nascimento, cujas inúmeras obras publicadas no campo do direito do trabalho servem de bibliografia obrigatória nos cursos de direito de todo o Brasil. A natureza singular de sua produção técnica é decorrência natural do notório saber jurídico que ostenta na área do direito trabalhista. [...] Ante o exposto, acolho o parecer da Unidade Técnica e voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto ao Plenário. Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de abril de 1999. Bento José Bugarin, Ministro-Relator. (BLC – Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, SP, setembro/1999, p. 443, e 449/51, grifos nossos)

Com efeito, nenhuma afronta à lei de licitações verifica-se na contratação de advogados pelo ente público que conta com quadro próprio de advogados, conforme já decidiu o e. Tribunal de Contas da União.

Na mesma esteira, decidiu recentemente o e. TJSP, Apelação nº 0007304-74.2005. 8.26.0196-Franca, Rel. Des. Maria Olívia Alves, 6ª Câmara de Direito Público, julgado em 16.12.13:

APELAÇÕES. Ação civil pública – Improbidade Administrativa – Contratação sem licitação de escritório de advocacia para revisar judicialmente o relacionamento do Município com as concessionárias de energia elétrica – Sentença de procedência – Inocorrência de nulidade ou cerceamento de defesa – Reforma que entretanto se impõe – Presença dos requisitos legais autorizadores da contratação direta – Ausência de

ilegalidade – Não caracterização da improbidade, ademais, em face da falta de prejuízo e na inexistência de qualquer lesão ao princípio da impessoalidade – Rejeição da matéria preliminar – Provimento dos recursos réus, prejudicado o recurso do Ministério Público. O v. voto condutor cita precedentes do e. STJ e do próprio TJSP: Parto da premissa, assentada já pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, de que “a contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei nº 8.666/93, art. 25, II c.c art. 13, V” (REsp nº 1.285.378/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012). [...] No referente à singularidade do objeto, esta Colenda Câmara tem entendido que “o fato de o ente público contar com quadro de Procuradores não obsta a contratação de auxílio externo para a realização de tarefas específicas [...], ainda que para não sobrecarregar seus funcionários” (Ap. nº 0009041-61. 2010.8.26.0318, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 04.11.2013).

A jurisprudência tem se consolidado no sentido de que é perfeitamente legal e sem qualquer nota de improbidade administrativa a contratação de advogados de forma direta, e por notória especialização, e mesmo que o ente público conte com quadro de procuradores.

É sobremodo importante assinalar que os procedimentos licitatórios são regulados pela Lei nº. 8.666/93. Assim, é do próprio texto da Lei em causa que se há de buscar a âncora para sustentação desta corrente defendida por renomados administrativistas. A Lei nº. 8.666/93 define os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, tendo em vista, em primeiro plano, o interesse público, definindo-se interesse público como aquele que concerne à coletividade, de onde possa nascer benefício ou prejuízo em decorrência do ato.

Afirma-se que no caso de contratação de advogado para defesa de interesses em juízo ou fora dele, no exercício específico da profissão, não há necessidade de comprovação da notória especialização, posto que todo advogado já é um profissional especializado. Já para a prestação de serviços de assessoria e consultoria, ramos de natureza técnica e especialíssima da profissão, há que ser comprovada a notória especialidade.

O art. 13 da Lei nº. 8.666/93 declara expressamente serem considerados serviços técnicos especializados os trabalhos relativos a assessorias ou consultorias técnicas e o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Prescreve o art. 25 do Estatuto das Licitações ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição para os serviços técnicos enumerados no já referido art. 13, desde que de natureza singular, e o § 1º, do mesmo art. 25, considera de notória especialidade o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, organizações, 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.

É importante, todavia, para atendimento do texto legal, que se entenda objetivamente o que venha a ser natureza singular do objeto da contratação. Entende-se que a singularidade informada pela Lei se refere ao serviço a ser prestado. Singularidade, todavia, não pode ser entendida como unidade. É singular o serviço que possua particularidades que permitam distingui-lo de outros. Tem, no corpo da Lei, o sentido de especial. Também a singularidade se ressalta da capacidade intelectual do profissional.

A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas.

Para Mello (2011, p. 548): "Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares 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".

A inviabilidade de competição, como um dos pressupostos de natureza legal, estabelece-se pela impossibilidade de licitar valores heterogêneos. Não se pode buscar a prestação do melhor serviço profissional pelo menor preço ofertado. Não se trata de compra de mercadorias. Não pode o profissional capaz de ofertar o melhor serviço competir com outro sem especialização pelo preço a ser ofertado. Não é esse o interesse público da contratação. Trabalho intelectual não pode ser aferido em termos de menor preço.

Entende-se que a notória especialização, para efeito de exonerar a Administração de prévia licitação para a contratação dos serviços, tem como critério básico o perfil da profissão da advocacia e a intelectualidade do prestador de serviços, na forma do § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) publicou na edição de 23 de outubro de 2012 do Diário Oficial da União duas súmulas sobre a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios por parte da Administração Pública. As súmulas foram aprovadas na sessão plenária da OAB de setembro de 2012. A publicação se deu na página 119, Seção 1 do Diário Oficial.

A dispensa do processo licitatório se dá, conforme o texto da primeira súmula, em razão da singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição dos serviços.

A referida Súmula, a de número 04/2012 tem o seguinte texto:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória

especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.

Coadunado com tal entendimento, vale transcrever os ensinamentos de FILHO (2014, p. 501):
"Por outro lado, os profissionais de grande êxito e qualificação superior não colocam seus serviços no mercado. Não se dispõem a competir num certame aberto, mesmo pelos efeitos derivados de uma eventual derrota. Serviços assim especializados conduzem a uma situação de privilégio para o prestador, que assume posição de aguardar a procura por sua contratação antes do que de participar em processos coletivos de disputa por um contrato."

Necessariamente, o procedimento de licitação não se oferece como a melhor opção ofertada à Administração para a contratação de advogado, seja para a defesa em processos judiciais, seja para a prestação de serviços de assessoria ou consultoria, cabendo ao administrador o direito de optar discricionariamente pela contratação desse ou daquele profissional, presente a inexigibilidade de licitação.

Nas palavras de FERNADES (2014, P. 620): "Há porém, um elemento que parece ser considerável para o STF na decisão do gestor público: confiança. Note-se que a literalidade da norma, ao conceituar notório especialista, permite ao gestor inferir que aquele profissional é essencial e indiscutivelmente o mais adequado a plena satisfação do objeto."

E o citado autor continua:

"Esse escólio resolve, de forma lapidar, a difícil questão prática de ocorrência frequente, em que o objeto é singular mas, existe mais de um notório especialista capaz, em tese, de realizá-lo. Por isso, a opção guarda certa discricionariedade. Note-se, porém, que para ser notório especialista, nos termos da Lei, é necessária a satisfação de algum dos elementos do § 1º do art. 25 da Lei nº. 8.666/93, fato que limita a discricionariedade."

Com relação ao requisito confiança, trazemos à baila parte da ementa do HC 86.198/PR, julgado pelo STF, cuja relatoria foi do Ministro Sepúlveda Pertence. Vejamos:

III – Habeas Corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia.

A presença dos requisitos notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações técnicas e legais da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

A contratação de advogado implica, basicamente, confiança entre outorgante e outorgado. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo ao decretar que é inexigível a licitação para contratação de advogados, o que afasta a improbidade administrativa, conforme se lê na ementa proferida na Apelação Cível nº 54.1966-5-Santos, 8ª Câmara de Direito Público, rel. des. Teresa Marques, julgado em 22.09.1999, por votação unânime:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Contratação de advogado – Dispensa de licitação – Sentença de improcedência. Tomam singular serviço jurídico, aparentemente, corriqueiro, sua repercussão e a influência em situações futura – A licitação é imprópria e deixa de ser legalmente exigível para contratação de profissional de notória especialização pelo critério de confiança – Improbidade não configurada, considerada também a moral administrativa e o interesse público – Negado provimento ao recurso.

A única conclusão possível, portanto, é a de que a contratação de advogado notoriamente especializado por inexigibilidade de licitação e para a execução de objetos de natureza singular nos termos do art.25, II, c/c o art. 13, V, da Lei Federal nº 8.666/93 é perfeitamente legal e, dessa forma, não constitui ato de improbidade administrativa, conforme se depreende da leitura do acórdão ora comentado.

A inexigibilidade de Licitação deve estar consubstanciada pela declaração de singularidade da prestação do serviço técnico em questão, justificando a impossibilidade da competição entre pretensos prestadores. Celso Antonio Bandeira de Mello, faz feliz pontuação: [...] Todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos. [...] (MELLO, C. A. B. De., CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 21ª edição, Malheiros editores, 2006, São Paulo.).

A prestação de serviço de assessoria jurídica caracteriza-se como serviço técnico de natureza singular, que visa subsidiar ações administrativas e reúne, em acepção interpretativa da legislação vigente, condições de atendimento aos requisitos da inexigibilidade. Tendo em vista o posicionamento doutrinário, faz-se adequado o entendimento de que dada a diferenciação entre singularidade e unicidade, o poder discricionário da Administração é adequado para a escolha mais compatível com o interesse público.

No sentido de reconhecer a natureza singular da prestação de serviço de assessoria jurídica, a Jurisprudência posiciona-se:



ESTADO DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS
PROCURADORIA GERAL LEGISLATIVA



Ação Civil Pública - Ato de improbidade administrativa - Contratação de advogado por autarquia municipal para discussão em juízo de determinado preço público, cobrado pelo fornecimento por terceiro de água a Guarulhos no atacado - Prestação de serviços de natureza singular - Notória especialização do profissional - Validade de contrato firmado sem prévia licitação - Violação do art. 37, caput e inc XXI da Carta Federal cc. Os arts. 25, 11 e 13, V, da lei n. 8.666/92. - Inexistência. (TJ-SP - AG: 7710865800 SP, Relator: Alves Bevilacqua, Data de Julgamento: 21/10/2008, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/11/2008)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - ESPECIALIZAÇÃO E SINGULARIDADE DO SERVIÇO - CARACTERIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE - SENTENÇA REFORMADA. - Nos termos dos artigos 25, inciso II, e 13, inciso V, da Lei 8.666/93, não é qualquer serviço que pode ser diretamente contratado pela Administração, mas apenas aqueles que são, concomitantemente, técnicos e especializados, de natureza singular e prestados por profissional ou empresa de notória especialização. - Demonstradas a notória especialização do profissional contratado, bem como a singularidade do serviço técnico prestado, não há que se falar em violação dos princípios reitores da Administração Pública ou em ato de improbidade administrativa. V. V. EMENTA: Apelações cíveis. Ação civil pública. Contrato de prestação de serviços advocatícios. Ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Singularidade dos serviços contratados. Prova existente. Dispensa regular de licitação. Conduta ímproba não configurada. Utilização indevida de equipamento da Prefeitura Municipal. Ausência de comprovação. Primeiro recurso provido. Segundo recurso não provido. 1. O legitimado para a causa é aquele que integra a lide como possível credor ou obrigado. Presente o envolvimento dos primeiros apelantes no conflito de interesses, eles são parte passiva legítima ad causam. 2. A especialização e a singularidade do serviço a ser contratado são requisitos indispensáveis para justificar a contratação direta de profissional ou escritório de advocacia, inviabilizar a competição e, consequentemente, dispensar a licitação, conforme dispõe a Lei nº 8.666, de 1993. 3. Presentes os requisitos, tem-se como regular a contratação com dispensa de licitação. 4. Ao autor incumbe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito. Ausente a prova quanto ao apelado, não há como acolher a pretensão do Ministério Público. 5. Apelações cíveis conhecidas, provida a primeira para rejeitar a pretensão inicial em relação aos primeiros apelantes e não provida a segunda, rejeitada uma preliminar. (Des. Caetano Levi Lopes). (TJ-MG - AC: 10095070006770002 MG, Relator: Caetano Levi Lopes, Data de Julgamento: 28/05/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/06/2013)

Nos autos da Ação Penal 348 no Supremo Tribunal Federal, a ministra Carmem Lúcia massifica entendimento acerca da impossibilidade da análise objetiva nos casos de prestação de serviços de assessoria jurídica, em seu voto sustenta a ministra que:

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

O Tribunal por maioria dos votos firmou entendimento sobre ausência de fato típico em circunstâncias de contratação de advogados para prestação de serviço à Administração Pública por inexigibilidade de Licitação e declararam sua possibilidade administrativa.

Para corroborar a tese da notória especialização trazida, transcreveremos aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, retirado do Recurso Especial nº. 629.257 – TJMG (2004/0016854-4) – STJ.

"A contratação de advogado para prestar assessoria jurídica ao Município prescinde de licitação, como permite o art. 13, incisos III e V, da Lei nº. 8.666/93, e quanto à notória especialização a que se refere o art. 25, § 1º, da mesma Lei, não há critérios objetivos que permitam discriminar este ou aquele advogado, daí que se deve contentar com os critérios de escolha do Prefeito, que, como representante legal do Município, está no direito de fazê-lo, segundo seu poder discricionário, não tendo obrigação de atender a recomendações de recaiam nas pessoas de A ou B, ainda que possuem especialização. Não se pode confundir notória especialização com notáveis especialistas, como não se pode olvidar que somente ao Prefeito Municipal incumbia julgar se a escolha recaia sobre profissional apto. Ninguém pode substituí-lo neste mister."

Na mesma linha, temos também os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais se transcrevem a seguir:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, "b" do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. **2.** Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012. **3.** Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização. **4.** É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição. **5.** A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua



ESTADO DO PARÁ
PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS
PROCURADORIA GERAL LEGISLATIVA



capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). 6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional. 7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.192.332 - RS (2010/0080667-3)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE: ÉLBIO DE MENDONÇA SENNA

ADVOGADO: JOSÉ ALEXANDRE BARBOZA JUNQUEIRA E OUTRO(S)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 535, II, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. SERVIÇO SINGULAR E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. 1. Alegações genéricas quanto à violação do artigo 535 do CPC não bastam à abertura da via especial, com base no art. 105, inciso III, alínea "a", da CF. Incidência da Súmula 284/STF. 2. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei 8.666/93, art. 25, II c/c o art. 13, V. 3. A conclusão firmada pelo acórdão objurgado decorreu da análise de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos. Dessarte, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido da ausência dos requisitos exigidos para a contratação de escritório de advocacia por meio da inexigibilidade de licitação, esbarra no óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes. 4. Recurso especial não conhecido (REsp 1285378/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28/03/2012).

Contratando diretamente o advogado, não estará a autoridade administrativa cometendo infrações e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei 8.666/93 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade.

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

Mostrou-se exaustivamente que é possível a contratação direta de advogado para a prestação de serviços jurídicos à Administração Pública.

Cabe ainda analisarmos os Currículos Resumidos dos sócios da empresa a ser contratada, que, sem dúvidas, são exemplares. O sócio diretor Dr. Wellington Valente é advogado, tendo sido Procurador Jurídico na Procuradoria Geral do Município de Parauapebas e Dr. Sebastião Tadeu Ferreira Reis, advogado, com MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas conjuntamente com o Dr. Wellington Alves Valente, advogado, ambos atuante nos Tribunais Estaduais e Federais, bem com trabalhos fazendários da Administração Pública Federal, estadual e municipal, militantes especialmente em áreas tributária, administrativa e constitucional com mais de 20 anos de trabalho especializado, tendo assessorado as Prefeituras de Parauapebas, Marabá, Canaã dos Carajás, Curionópolis, Ourilândia, São Felix do Xingu, Oriximiná, Paragominas e Itabira.

Com relação à notória especialização, esta já é demonstrada pelo fato de o advogado já ser um profissional especializado, tendo em vista que se preparou durante anos para o desempenho de suas atividades. Somado a isso, tem-se a possibilidade de o profissional aperfeiçoar-se, fazendo cursos, seminários, pós-graduações, sejam elas em sentido *stricto sensu* ou *latu sensu*.

Além dos requisitos até aqui dispostos, imprescindíveis à contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, II, da Lei nº 8.666/1993, há de se ressaltar também a necessidade de instauração de um processo administrativo prévio pelo Gestor, para que fique devidamente justificado o motivo da inexigibilidade.

Ato, continuo, a fim de delimitar o que seria a singularidade dos serviços exigidos pela lei nº Lei nº 8.666/1993, *in 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;

Acrescente-se, por oportuno, que o processo da inexigibilidade de licitação deve ser atuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único, do artigo 26, da Lei nº 8.666/1993 e, por se tratar

de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

IV - DO OBJETO

A natureza do objeto nos serviços de consultoria e assessoria jurídica para orientar os trabalhos do Poder Legislativo Municipal na área de Direito Público Municipal e Administrativo, orientar a mesa diretora em matéria do ramo do direito e sobretudo no acompanhamento e defesa em processos perante as Cortes de Contas, e neste ponto temos que analisar o entendimento da expressão natureza singular sob três aspectos: a) em relação ao próprio objeto; b) em relação ao seu executor; e, c) em relação ao modo de executar.

Nas palavras de BRAZ (2012, p. 111-112): "O objeto da contratação não pode ser, à toda evidência, um serviço comum, passível de ser realizado por qualquer profissional, especializado ou não. Não deve, todavia, ser entendido como um serviço único, predeterminado. Pode ter natureza genérica, desde que possua características particularizantes e específicas, como por exemplo, assessoria jurídica".

Neste caso, vê-se que a assessoria jurídica junto aos Tribunais de Contas preenche perfeitamente o requisito da singularidade do objeto, haja vista não ser do conhecimento geral o modo como proceder com tal assessoria.

O executor deve ser profissional possuidor de notória especialidade em relação ao objeto da contratação, essa especialização extrapola a singularidade específica. Já se abordou com bastante detalhes o presente ponto em linhas passadas.

BRAZ (2012, p. 112), citando Toshio Mukai, esclarece: "Não basta a singularidade do objeto e a especialização do executor, necessário se faz, para a junção desses fatores, que o sujeito execute de modo especial o objeto, o que é, em síntese, o que busca a Administração Pública: a execução do serviço de modo particularizado, de forma a assegurar seja alcançado o objetivo almejado, atendendo ao interesse público".

É cediço que a Administração não tem como atestar antecipadamente e com exatidão, a capacitação do contratado. Todavia, tal fato não a autoriza a contratar diretamente o particular sem perquirir a qualificação do mesmo. Sublinhe-se que o pressuposto da NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO foi testificado mediante documentos formais, com título de especialização, certificado de cursos e desenvolvimento eficaz de serviços semelhantes. Da feita que restou evidenciado que suas habilidades transcendem o conhecimento comum e que são adequadas à execução do objeto do ajuste.

Analisando a documentação juntada aos autos, temos que a escritório a ser contratado é idôneo, e seus sócios, são profissionais altamente capacitados para a execução dos serviços pretendidos. São

profissionais com alta rodagem na área, com vasta experiência, o que os tornam notórios no mercado de trabalho que atuam.

Assim, trata-se de objeto singular, e os profissionais a serem contratados comprovaram com a documentação juntada a estes autos, serem bastante capacitados para tal mister, demonstrando sua notoriedade.

Em outras palavras, a inexigibilidade de certame licitatório para a escolha, pela Administração Pública, do prestador dos serviços técnicos profissionais especializados pretendidos somente se legitima acaso o serviço a ser contratado se revista de **NATUREZA SINGULAR**, assim entendido como aquele cujo **caráter incomum, não rotineiro, particular, especial, excepcional, torne o objeto a ser contratado tão único e individual, distinto dos demais da sua espécie**, que faça com que a sua satisfatória execução somente possa ser adjudicada a prestador dotado de conhecimentos diferenciados dos demais disponíveis no mercado, conforme o caso em comento.

Assim, foram abordados os aspectos relevantes e que merecem destaque no que diz respeito aos procedimentos licitatórios e à contratação por parte da Administração Pública.

Recente é a Resolução nº 11.495, de 15 de maio de 2014 do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará – TCM – PA, abraça o entendimento acima apresentado. Senão vejamos:

EMENTA: CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL DE CANAÃ DOS CARAJÁS. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL E JURÍDICA MEDIANTE PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, II, DA LEI FEDERAL 8.666/93. VERIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE SINGULARIDADE, ESPECIALIDADE E CONFIANÇA. OBRIGATORIEDADE DE APRECIÇÃO DO CASO CONCRETO. APROVAÇÃO. No mais, observa-se pelas justificativas, documentos e demais informações contidas nos presentes autos do processo em comento, que a sociedade de advogado que se pretende contratar preenche os requisitos já elencados.

Tal ensinamento recebe vasto e sólido fundamento na jurisprudência pátria. Acompanha *in totum* este parecerista no sentido de que é perfeitamente legal a contratação do escritório de Advocacia em tela e não há irregularidades nas cláusulas contratuais constantes na Minuta do Contrato, atinente aos serviços ora pretendidos.

V - DA CONCLUSÃO

Com relação à fonte de custeio dos honorários contratuais, importante acrescentar que devem ser utilizados para adimplemento da verba em destaque os recursos desta Casa, ressaltando-se a necessidade de prévia dotação orçamentária para tanto, atento em especial, aos princípios referentes à legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e de autotutela, agindo sempre com prudência nas despesas efetuadas.

A prestação de contas pode ser dar, por meio de vários elementos, como notas fiscais, relatórios (que podem ser simplificados), contratos, medidas judiciais e administrativas intentadas, informações técnicas realizadas, ainda que por meio eletrônico, pareceres jurídicos, enfim todos os documentos hábeis a dar suporte probatório à despesa, nos termos dos diplomas legais aplicáveis à espécie.

Por toda a análise do entendimento doutrinário, jurisprudencial e da produção legislativa, manifesto é o entendimento favorável de que é lícita a contratação de assessoria jurídica por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, II, da Lei de Licitações e Contratos, preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores (inviabilidade de competição; singularidade do objeto; notória especialização; instauração de processo administrativo prévio (fls. 01 a 15), assim como fica demonstrado que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado, em consonância com a mais recente jurisprudência do E. STF e CONCLUI-SE pela POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DA EMPRESA VALENTE E REIS ADVOGADOS E CONSULTORES ASSOCIADOS, inscrita sob o CNPJ: 08.362.173.0001.61, encontrando-se apto para ser finalizado quanto aos aspectos jurídico-formais, na forma da Minuta do Contrato, a qual foi elaborada em consonância com a legislação disciplinadora da matéria.

É o parecer, salvo melhor entendimento.

Parauapebas – PA, 25 de Março de 2019.


PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
Dr. Celso Valério N. Pereira
Procurador Geral Legislativo
Port. 072/2019