

PARECER JURÍDICO

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA CAPACITADA PARA SERVIÇOS JURÍDICOS A FIM DE ATENDER AS NECESSIDADES DA CÂMARA MUNICIPAL DE IGARAPÉ-AÇU. LEGALIDADE. MINUTA DE CONTRATO. POSSIBILIDADE.

Versam os presentes autos de consulta da Comissão de Licitação da Câmara Municipal de Igarapé-Açu/PA sobre a possibilidade de *CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA CAPACITADA PARA SERVIÇOS JURÍDICOS A FIM DE ATENDER AS NECESSIDADES DA CÂMARA MUNICIPAL DE IGARAPÉ-AÇU*, com contratação direta, por inexigibilidade de licitação.

Pois bem, os casos de contratação por inexigibilidade de licitação estão previstos no art. 25, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, que assim dispõe:

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

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

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

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Como regra a Administração Pública para contratar serviços, ou adquirir produtos, ou produtos e serviço, encontra-se obrigada a realizar previamente processo administrativo de licitação, conforme previsto no art. 37, inciso XXI da CF/88 e art. 2º da Lei nº 8.666/93, como se pode ver da transcrição da redação dos dispositivos ora citados:

“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.”

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”

Essa obrigatoriedade de licitar funda-se em dois aspectos: o primeiro é estabelecer um tratamento igualitário entre os interessados em contratar, como forma de realização do princípio da impessoalidade, da isonomia e da moralidade; e o segundo revela-se no propósito do poder Público de alcançar a proposta que lhe seja mais vantajosa.

Estes dois aspectos estão previstos de forma bem clara no art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos:

“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

Dessa forma, Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, visando propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Do exposto, pode-se chegar a uma conclusão fundamental, qual seja, a de que a licitação atende a duas finalidades essenciais. A primeira delas é permitir que o Poder Público possa escolher, dentre as propostas apresentadas, qual é a mais vantajosa para si, isto é, para o interesse público. De outro lado, presta-se a permitir aos cidadãos, em igualdade de condições e sem privilégios, usufruir do seu direito de participar dos contratos que o Poder Público celebra. Com isso, evita-se que os agentes públicos, fazendo mau uso da máquina administrativa, obtenham, para si ou para outrem, vantagem ilícita decorrente da celebração de contratos administrativos, em evidente prejuízo para a sociedade.

Todavia, existem certas situações em que o gestor público, embora podendo realizar o processo de licitação, em virtude da existência de determinadas situações, poderá dispensar a realização do certame, como são os casos previstos no art. 24 da Lei 8.666/93. Noutros casos, o administrador se encontrará diante de situações, ora materiais, ora jurídicas, que o impossibilitarão de realizar a licitação, como nos casos previstos no art. 25 da mesma Lei.

Nos casos previstos nos incisos II e III, do art. 25, materialmente há possibilidade de se realizar o processo de licitação. Porém, ainda que se ofereça a oportunidade a todos com o processo de licitação, a adoção do procedimento naquelas hipóteses, poderá representar um obstáculo ao atingimento satisfatório do interesse público, pois o estabelecimento de competição não representaria o melhor critério para a escolha da proposta mais vantajosa ao Poder Público, em razão da *singularidade do objeto* da futura contratação e da *infungibilidade¹ dos serviços e do prestador*.

O inciso II do mencionado art. 25 prevê a inexigibilidade para os serviços técnicos especializados, referenciados no art. 13 da LLC.

Dentre os serviços técnicos para cuja realização a licitação é inexigível, estão incluídos os serviços de assessoramento jurídico, patrocínio e defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 13, V). Vê-se, portanto, que a própria lei especifica os casos de exceção à regra geral, uma vez que determina a inexigibilidade de licitação para esses casos. Não se trata de dispensa, porquanto dispensa pressupõe que a licitação seja exigível, mas que, por um ato de outorga do Poder Público, em certos casos, se aceite uma contratação sem que a mesma tenha sido realizada.

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

Importante destacar, outrossim, que “discricionariedade”, diferentemente de “arbitrariedade”, tem ligação com submissão à ordem legal. Significa que o Poder Público age de acordo com a conveniência e oportunidade

¹ *Infungibilidade é a qualidade de ser o bem infungível, ou seja, são os bens que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. Os bens infungíveis não admitem substituição por ser considerado em seu todo um bem individual.*

da situação, mas sem desrespeitar o ordenamento jurídico, obedecendo aos princípios gerais da Administração.

Portanto, a discricionariedade, ainda que permita ao agente público desfrutar de certa liberalidade, pressupõe obediência à lei, e tal obediência está presente quando se constata que a própria legislação prevê as hipóteses em que a licitação é inexigível.

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

DA SINGULARIDADE DO OBJETO

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

Dessa forma, tem-se que a singularidade a que a Lei de Licitações se refere está ligada ao fato de que o serviço do advogado não é possível ser comparado. Na realidade, a Advocacia é uma atividade que exige obediência às formas, ritos e procedimentos, mas que não exige padronização de serviço. Cada profissional tem um jeito todo particular de advogar, e é praticamente impossível comparar o serviço de um advogado com o de outro. As particularidades da profissão e a confiança que se deposita em determinado advogado revelam a natureza personalíssima de seu trabalho.

Com efeito, os serviços advocatícios são singulares porque são marcados por uma orientação pessoal tão específica de cada pessoa, que podem até mesmo ser considerados únicos, embora não o sejam. Pode-se dizer que são serviços *intuito personae*.

Por outro lado, cumpre destacar que não basta que o serviço seja singular, mas que essa singularidade seja relevante. Ou seja, ainda que os serviços advocatícios sejam singulares, é necessário que sejam tão relevantes e de tamanha importância que autorizem a exceção à regra legal das licitações para a satisfação das necessidades do Poder Público. Nesse sentido, nas lições de Bandeira de Mello:

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

Portanto, inexigível será a licitação quando singular for o serviço a ser contratado, quando essa singularidade seja relevante e quando o produto do trabalho do profissional não possa ser comparado com o produto de outro, de tal forma que se justifique a contratação direta pelo Poder Público.

Por outro lado, como no presente caso, existem serviços que em função da sua matéria, complexidade, exigem apreciação por um corpo de profissionais alheios ao corpo de servidores da Administração.

Assim, embora não exista um critério objetivo, um padrão geral para se definir a existência de singularidade ou não em determinado serviço, estando intimamente atrelada essa análise a cada caso, no caso em tela há a caracterização dos serviços técnicos especializados, e em especial por inexistir no Município mão-de-obra especializada, com grande experiência em Administração Pública, para realização de trabalhos jurídicos como elaboração a defesa dos interesses da administração perante os tribunais de 2ª e última instância, estes últimos situados em Brasília, bem como perante os tribunais de contas e órgãos da administração pública federal e estadual, bem como, a assessoria legislativa que se faz necessária nos casos de elaboração e análise de leis e pareceres, estes últimos também nos casos internos da administração pública.

Ademais, ressalta-se que a expertise diferenciada exigida é do profissional de direito e não da pessoa jurídica, mesmo porque é aquele quem prestará o serviço em nome desta, havendo comprovação atestada sobre a capacidade técnica perante vários Entes Públicos. Percebemos, então, que não há relevância o tempo de existência da pessoa jurídica contratada, portanto, evidente a singularidade dos serviços prestados pelos sócios e profissionais da mesma.

Os serviços descritos nos parágrafos anteriores exigem um conhecimento específico e experiência das pessoas que irão realizá-lo, e a provável ora contratada, demonstra possuir, através de seus sócios, tal requisito o que ficou demonstrado nos quatro últimos anos em que a referida empresa manteve contrato similar com outros municípios e câmaras municipais deste Estado.

De outra banda, é preciso lembrar que a relação entre advogado e cliente, seja pessoa pública ou privada, é profundamente marcada pelo elemento *confiabilidade*, principalmente quando estejam envolvidos assuntos da mais alta relevância político-administrativa, como é o caso da prestação de serviços advocatícios por particulares ao Poder Público. Neste sentido, já se manifestou Adilson de Abreu Dallari:

"[...] existem assuntos de grande repercussão política, correspondentes a programas ou prioridades determinadas exatamente pela supra-estrutura política eleita democraticamente pelo corpo social. Temas dessa natureza requerem o concurso, ou de assistentes jurídicos nomeados para cargos de provimento em comissão, ou a contratação temporária de profissionais alheios ao corpo permanente de servidores" (2000, p. 02)."

Assim, a presença do elemento confiança justifica o fato de o Poder Público poder escolher, dentre os muitos profissionais devidamente gabaritados e competentes, aqueles que mais despertem sua confiança, isto é, aquele que tenha, aos olhos do Poder Público, maior compatibilidade com seus desideratos (FIGUEIREDO, 1994, p. 32). Ou seja, os atributos profissionais do contratado devem despertar no contratante a convicção de que o serviço deste será irrefutavelmente superior ao dos demais, em atendimento às necessidades da Administração e às exigências da situação concreta.

Igualmente a confiança tem origem na discricionariedade de que dispõe o Poder Público ao tratar de questões da mais alta relevância jurídica ou política. Não se pode esperar que o administrador tenha objetividade total. Certamente, a escolha de certos profissionais em detrimento de outros, levará em consideração a confiança e segurança de que a atividade será realizada a contento por aquele que se contrata.

Por outro lado, a realização de processo de licitação para contratação de advogado, faria com que a disputa entre estes profissionais ocasionasse a mercantilização da profissão o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (art. 5º), que se considera como conduta incompatível com o exercício da advocacia, nos termos do art. 34, inc. XXV, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Além disso, igualmente vedado é o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela (CED, art. 7º). Nesse sentido, a doutrina informa que a captação de clientela é a atitude do advogado que oferece seus serviços como se fossem mercadoria, segundo, Paulo Luiz Lobo Netto, *in* "Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB", São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

Assim, não resta qualquer dúvida sobre a possibilidade da contratação de serviços advocatícios com base no art. 25, II combinado com art. 13, inciso III e V, da Lei nº 8.666/93, desde que atendidos os requisitos exigidos nesses dispositivos legais.

E corroborando a toda análise já apresentada, tem-se ainda o advento expresso da Lei nº 14.039/2020, que assim pacificou qualquer hipótese de entendimento divergente a respeito do tema:

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.”

Quanto ao presente caso, acredita-se estarem presentes estas exigências legais, eis que ficou demonstrado que os profissionais do escritório possuem experiência e conhecimentos específicos relacionados ao Direito Público Municipal, Administrativo, Constitucional, e ainda em Licitações e Contratos Administrativos, o que indica a idoneidade para atender a necessidade do presente, o que se enquadra no que prevê o § 1º do art. 25 da LLC.

Diante do exposto e observado o valor a ser praticado na contratação que não poderá ser superior aos preços comparativamente praticados no mercado, opino pela possibilidade da contratação direta da *Brasil de Castro Sociedade de Advogados S.S*, com fundamento no art. 25, II combinado com art. 13, III e V, ambos da Lei nº 8.666/93, e as alterações que lhe foram realizadas.

É o Parecer, SMJ.

Igarapé-Açu/PA, 07 de janeiro de 2021.

Emanuel Cláudio Tavares Araújo
OAB/PA nº 17.343