



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

PARECER JURÍDICO

Ofício n.º 016/2015, de 25 de março de 2015.

Consultante: Secretaria Municipal de Administração

EMENTA: Contratação de advogado

Fundamentação: Aplicação do disposto no artigo 25 da Lei n.º 8.666/93.

Trata-se de consulta formalizada pela Secretaria Municipal de Administração do Município de Tucumã, estado do Pará, acerca de abertura de procedimento administrativo com o fito de se proceder a contratação direta, na modalidade de **inexigibilidade de licitação**, visando a celebração de contrato administrativo com o Advogado, **Dr. ÉLDER REGGIANI ALMEIDA**, brasileiro, solteiro, portador da cédula de identidade n.º 5569053 SSP/PA do CPF n.º 956.258.512-87, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado do Pará, OAB/AP 18.630, objetivando dar suporte à Administração Municipal, notadamente nas demandas judiciais de maior complexidade e outros de ordem administrativa, que remetam a necessidade de apreciação por parte do operador do direito em alusão.

É a síntese necessária.

A Constituição Federal determina a obrigatoriedade de licitação para a contratação em geral, nos termos de seu art. 37, XXI. A licitação, como procedimento precedente para a vinculação contratual administrativa, é a regra geral, cabendo a legislação ordinária determinar os casos excepcionais em que se afasta o seu uso.

De suma importância o procedimento licitatório, mormente em um novo paradigma constitucional em que a moralidade está alçada a norma de diretriz obrigatória para toda a administração, a teor do que preconiza o art. 37, *caput* da Carta Republicana. A conservação da *res publica*, exige o procedimento licitatório, firmado nos princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

A Lei 8.666/93, o estatuto geral de licitações, traz casos em que o uso do certame licitatório é afastado. O art. 24 da lei mencionada enumera casos em que a licitação é dispensável, ao passo que o **art. 25 traz casos de inexigibilidade do certame licitatório**. (Destaquei)

Diz-se que a licitação é dispensável quando não é efetuada em razão de escolha administrativa. Nos casos de dispensa de licitação ela poderia, plenamente, ser realizada, porém, o legislador em nome de outros interesses públicos optou por não exigir sua realização. Dessa forma, as situações enumeradas no art. 24 são taxativas, não se permitindo interpretação extensiva.

Em que pese o legislador poder elencar situações de dispensa de licitação no art. 24 da Lei de Licitações, ele deve pautar-se em critérios razoáveis e extremamente necessários. No cotejo de interesses, deve-se prevalecer o princípio constitucional que prevê como regra o instituto da licitação. Não há discricionariedade ampla do legislador ao adicionar ou modificar incisos no referido artigo. Em casos de abuso do legislador infraconstitucional indubitável a inconstitucionalidade em virtude da pretensão de burla à Constituição.

Já a licitação inexigível é aquela em que não há viabilidade de sua realização por falta de competitividade, seja pela singularidade do objeto ou do ofertante. Nesses termos, a relação trazida à baila no art. 25 é meramente exemplificativa, ou seja, pode haver situações outras em que a competição é inexigível, o que enseja a incidência da referida exceção do dever de licitar. Em outras palavras, a expressão “em especial” disposta no final do caput do art. 25 reforça a natureza do instituto, de que as hipóteses elencadas em seus três incisos estão em *numerus apertus*.



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

No caso em tela, a contratação de serviços advocatícios por terceiros deve ser observado em cada caso particular, com as especificidades de cada situação em concreto. Não se pode chegar a uma conclusão peremptória. No mais, importante relembrar dos princípios basilares caracterizadores do regime jurídico administrativo: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

O art. 25 da lei 8.666/93 traz em seu inciso II, como umas das causas exemplificativas de inexigibilidade, a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da referida lei, desde que possua natureza singular, prestado por profissionais ou empresas de notória especialização.

Nesses termos, o art. 13, inciso V, considera como serviços técnicos profissionais especializados o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, desde que de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. (Destaquei)

Da análise dos dispositivos susos, têm-se como requisitos para a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios: a natureza singular e a notória especialização do executor.

O § 1º do art. 25 dá-nos a definição de notória especialização, nos seguintes termos:

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.

O eminente Celso Antônio, reconhecendo o caráter subjetivo para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, aclara-nos com seu brilhantismo peculiar:

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.

Para os serviços advocatícios os requisitos de notória especialização e singularidade se juntem na ideia de confiança necessária ao serviço advocatício. Assim, há uma análise discricionária por parte do administrador quando da escolha do executor dos serviços advocatícios.

Licitação. Inexigibilidade para contratação de advogado. Inexistência de infração. Lei 8.666, de 21.06.1993, 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



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

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 de 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 E-1.062 (OAB – Tribunal de Ética. Processo E-1.355, rel. Dr. Elias Farah)

No mais, a natureza do serviço advocatício é alheia a qualquer forma de competição objetiva. Em artigo apurado sobre o tema, Alice Maria Gonzalez Borges^[5] diz existir um “antagonismo entre a Lei. 8.666/93 e o Estatuto da OAB e seu Código de Ética”, e explica que “o exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição”:

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, §2º, que combina aqueles dois requisitos.

Veja-se julgado do STF:

Trata-se de contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como ‘serviços técnicos profissionais especializados’, isto é, serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contrato. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo. Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em que deseja contratar é subjetivo; logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. o parágrafo 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93). Ademais, a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com que, embora vencedor da licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança (Voto do



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

*Min. Eros Grau, no RE n. 466.705, 1ª T., rel. Min. Sepúlveda
Pertence, DJ de 28.04.2006)*

Superada a questão subjetiva, relacionada à escolha do prestador dos serviços advocatícios, tendo por certo que é uma indicação discricionária, pautada na confiança entre os sujeitos, resta analisar quais tipos de serviços que podem ser prestados.

É corrente na doutrina e na jurisprudência a exigência de que o serviço a ser prestado pelo advogado seja bastante singular, que requisite um esforço e conhecimento singulares pelo prestador. Não se tem admitido a contratação direta de advogado para a propositura de ações simples, v.g., a propositura de execuções fiscais.

Dito entendimento é plausível e aceitável, na medida em que o ente que almeje contratar serviços advocatícios sem licitação possua um corpo jurídico próprio. Nesses casos, a contratação terceirizada de advogado somente é aceitável em casos excepcionais, em que a figura do advogado seja o diferencial para a concretização dos escopos da Administração. Não sendo legítima a inexigibilidade para a contratação de serviços rotineiros.

Para caracterização de situação de inexigibilidade de licitação, na contratação de serviços advocatícios, é necessária a comprovação de singularidade do serviço a ser prestado, além da notória especialização, devendo-se demonstrar cabalmente a inviabilidade de competição. Quando os serviços advocatícios contratados se referem a atividades rotineiras de assessoria jurídica, tem-se por afastado o requisito da singularidade necessário para caracterizar a inviabilidade de competição. [...] (TCU. Acórdão n. 2.012/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Desse modo, nada obstante União, Estados e Distrito Federal terem suas entidades de representação judicial, há situações em que o Poder Público poderá contratar serviços advocatícios alheios à estrutura de seu corpo jurídico. Tal possibilidade se mostra viável, repita-se, frente a particularidades de situações que requeiram um tratamento diferenciado, seja uma causa de grande complexidade ou interesse para o ente, seja quando o advogado é diferencial para os escopos almejados.

Podemos citar como exemplo a possibilidade de contratação de advogado de renome para a defesa de causa complexa, ou elaboração de parecer que servirá de subsídio para os procuradores do ente; a defesa do chefe do executivo em processo onde se apura a prática de crime de responsabilidade ou improbidade administrativa; a contratação de advogado especializado em área em que os procuradores não possuem um conhecimento suficiente para querela específica.

Ao conferir aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal a sua representação judicial, o art. 132 da Constituição veicula norma de organização administrativa, sem tolher a capacidade de tais entidades federativas para conferi mandato ad judicia a outros advogados para causas especiais. (STF, Per. 409-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29-6-1990, grifo nosso)

No mais, a contratação por inexigibilidade encontra guarida no entendimento do Pretório Excelso:

Ação penal pública. Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. Licitação. Art. 37, XXI, da Constituição



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

do Brasil. Dispensa de licitação não configurada. Inexigibilidade de licitação caracterizada pela notória especialização dos profissionais contratados, comprovada nos autos, aliada à confiança da Administração por eles desfrutada. Previsão legal. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 'Serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/1993). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente." (AP 348, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-2006, Plenário, DJ de 3-8-2007.)

O Tribunal de Contas da União sumulou interpretação legal sobre a inexigibilidade de licitação, com o fito de evitar confusões hermenêuticas, no enunciado n. 252/2010 do seguinte teor:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Não obstante, pretendemos alargar a possibilidade de contratação direta, e desse modo, minorar os requisitos para a inexigibilidade, quando o ente, em casos de municípios e figuras da administração indireta, não possua um corpo jurídico próprio. Dessa maneira, os entes que não possuam uma Procuradoria Jurídica própria podem contratar serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, inclusive para a realização de serviços rotineiros.

Tal entendimento exsurge da própria lógica do sistema constitucional. Temos como corolário do postulado da unidade do ordenamento jurídico, juntamente com a supremacia dos preceitos constitucionais, a necessidade de uma interpretação da legislação infraconstitucional, à luz das normas constitucionais, que garanta a unidade da vontade constituinte originária.

No que toca aos Municípios que não possuem uma Procuradoria, a contratação direta de advogado é perfeitamente realizável, tendo em vista a necessidade de tratamento uniforme aos entes federados (princípio da simetria) e da singularidade dos serviços advocatícios. Se em município que



GOVERNO MUNICIPAL DE TUCUMÃ
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

possua Procuradoria pode-se ter como Procurador-Chefe alguém de confiança do Prefeito, afora a possibilidade de contratação direta em situações peculiares, **é plenamente racional e justificável que nos municípios onde não haja Procuradoria Jurídica, seja permitida a contratação direta de serviços advocatícios por causídico de confiança do Prefeito Municipal.** (destaquei).

Aos entes da administração indireta o raciocínio é idêntico: aos que possuem procuradoria jurídica a contratação direta é excepcional, já aos que não possuem uma procuradoria jurídica, a contratação é direta, com os requisitos jurisprudenciais minorados.

Mas é claro que em todas as situações deve o administrador zelar pela efetividade dos princípios constitucionais administrativos: moralidade, publicidade, eficiência, economicidade, dentre outros. Com a ideia contemporânea de normatização dos princípios, seu cumprimento se faz imperioso e indispensável na atual conjuntura constitucional. Importante frisar a economicidade, visto que a própria lei de licitação dispõe no § 2º, do art. 25, que se comprovado o superfaturamento, respondem solidariamente o prestador de serviços e o agente público responsável pela contratação.

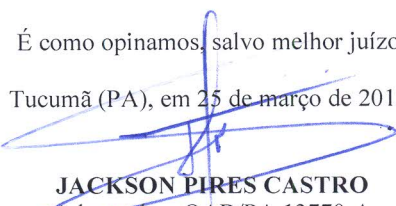
O eminente professor José dos Santos Carvalho Filho aborda com propriedade a questão:

Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilidade penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência.

Dessa maneira, pode-se concluir que para a Administração Municipal, ainda que possua em sua estrutura uma Procuradoria Geral, a contratação direta, via INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, do advogado, Dr. ÉLDER REGGIANI ALMEIDA, é legal, nos termos do Diploma legal invocado alhures, pelo que se manifesta favorável a contratação. Respeitada, em todas as situações, a economicidade e o zelo pelo bem comum.

É como opinamos, salvo melhor juízo.

Tucumã (PA), em 25 de março de 2015.


JACKSON PIRES CASTRO
Advogado – OAB/PA 13770-A