

PARECER JURÍDICO



PARECER JURÍDICO

Consulente: O Excelentíssimo Prefeito do Município de Toritama/PE.

Consulta: Possibilidade de abertura de Procedimento de Inexigibilidade de Licitação para a contratação de escritório advocacia especializado para a prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica na área de Direito Imobiliário, Notarial e Registral para o Município de Toritama/PE.

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI FEDERAL Nº14.133/21.
ABERTURA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO 030/2024
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 019/2024.**

O Parecer a seguir exposto é dotado de caráter eminentemente opinativo, tendo por finalidade apresentar os aspectos técnico-jurídicos acerca das providências legais essenciais à abertura de procedimento de inexigibilidade de licitação.

Essencialmente deve ser o processo instruído com os elementos que a Lei de Licitações elenca de forma bastante nítida, valendo salientar que devem ser visualizados como um todo e não como artigos esparsos. Isso porque necessitam ser atendidos os requisitos do art. 74, inciso III, alínea e, além, dos princípios que regem o Direito Administrativo Pátrio.

Insta oportunizar que a oportunidade e a conveniência não integram nossa margem de apreciação, posto tratar-se esta Assessoria Jurídica com atribuições técnico-jurídicas, com intuito de assessorar e esclarecer com maior precisão técnica os demais órgãos da Administração sobre questões de sua alçada.

RELATADOS OS FATOS. PASSO A OPINAR.

Primeiramente, destaco competir a este Consultor Jurídico, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente. Tampouco cabe a esta consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. Ademais, destaco que a presente manifestação apresenta natureza meramente opinativa e, por tal motivo, as orientações apresentadas não se tornam vinculantes para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela emanada por esta Consultoria Jurídica.

Analisando a contratação em questão, cumpre inicialmente destacar que, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, impõe como regra o procedimento licitatório, deixando como exceções exclusivamente os casos previstos na legislação específica, senão vejamos:

Art. 37. *Omissis.*

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.

Assim, a Lei Federal nº14.133/21, estabeleceu como uma das exceções a regra da realização do Procedimento Licitatório, a inexigibilidade de licitação nos termos do art. 74 caput e incisos.

Desta forma, temos que a licitação para atingir suas finalidades precisa fornecer à Administração alguns pressupostos, dentre estes: **a)** mais de um interessado em fornecer o objeto, ou seja, várias propostas para que possa escolher uma, a melhor, dentre elas; **b)** mercado concorrencial para baratear os custos do objeto, tendo em vista que não pode haver superfaturamento; **c)** objeto suscetível de definição, ausência de subjetividade intrínseca, possibilidade de prever o conteúdo do objeto, para que o mesmo possa ser cotado e receber propostas.

LEI FEDERAL Nº 14.133/21

ART. 74. É INEXIGÍVEL A LICITAÇÃO QUANDO INVIÁVEL A COMPETIÇÃO, EM ESPECIAL NOS CASOS DE:

(...)

III - CONTRATAÇÃO DOS SEGUINTE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL COM PROFISSIONAIS OU EMPRESAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO, VEDADA A INEXIGIBILIDADE PARA SERVIÇOS DE PUBLICIDADE E DIVULGAÇÃO:

(...)

E) PATROCÍNIO OU DEFESA DE CAUSAS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVAS;

É sempre válido salientar que a inexigibilidade do certame, apesar de dispensar algumas formalidades, não enseja a inobservância dos princípios impostos à Administração Pública, presentes na Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência.

No caso específico da prestação de serviço de advocacia, verifica-se que as necessidades apresentadas pelo Município em comento, em que pese de notória especialização técnica jurídica, são passíveis de execução por uma diversa gama de Sociedades de Advogados especializadas nos ramos de direito público licitados, de modo que afigura-se de todo necessário a eleição de critérios objetivos de qualificação técnica dos possíveis interessados que se revelem suficientemente aptos à prestação dos serviços pretendidos para escolha dos melhores proponentes por área de especialidade.

Nesse sentido, forçoso reconhecer que a inexigibilidade é a modalidade mais adequada na presente espécie, em face da inviabilidade de competição entre sociedades de advogados aptas tecnicamente à prestação dos serviços de consultoria e assessoria ora licitados, por expressa vedação legal da prática de atos de mercancia, sendo a advocacia atividade incompatível com qualquer atividade de mercantilização, estabelecida pela Lei Federal nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB – em



TM

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

consonância com a regulamentação que lhe é emprestada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução do Conselho Federal da OAB nº 02, de 19 de outubro de 2015.

No âmbito nacional, a OAB assumiu protagonismo na discussão através, inicialmente, da edição da Súmula n. 5/2012/COP editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal:

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.

Referida súmula encontra ressonância no que dispõe o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual, em seu art. 5º, veda expressamente a mercantilização da advocacia:

ART. 5º O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA É INCOMPATÍVEL COM QUALQUER PROCEDIMENTO DE MERCANTILIZAÇÃO.

Na esteira de tal compreensão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou, como assistente, nos autos do RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 656.558, com repercussão geral reconhecida, defendendo que *“não é possível sustentar que o simples fato de a Prefeitura já ter advogados ou procuradores em seu corpo permanente impede a contratação, em casos particulares, de especial dificuldade, de profissional de especial qualificação, pois não se trata de fazer algo que poderia ser usualmente realizado pelos procuradores da Prefeitura. Se o prefeito poderia ou não contratar assessoramento técnico externo é questão atinente à autonomia administrativa do Município”*.

O referido Recurso Extraordinário - RE 656.558, teve iniciado o seu julgamento pelo Pleno do STF no dia 14/06/2017, quando o seu relator, o ministro Dias Toffoli, apresentou resumo de seu voto, admitindo a possibilidade de ocorrer a prática de improbidade administrativa em tal forma de contratação, porém, desde que fique evidenciado dolo ou culpa dos agentes envolvidos no ato.

Segundo o relator, é constitucional a regra da Lei de Licitações relativa à inexigibilidade de licitação para serviços técnicos especializados, entre os quais o texto inclui expressamente os serviços jurídicos. E nesse contexto, para fim de fixação de tese de repercussão geral, propôs o seguinte texto:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.



T

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

consonância com a regulamentação que lhe é emprestada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução do Conselho Federal da OAB nº 02, de 19 de outubro de 2015.

No âmbito nacional, a OAB assumiu protagonismo na discussão através, inicialmente, da edição da Súmula n. 5/2012/COP editada pelo Conselho Pleno deste Conselho Federal:

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.

Referida súmula encontra ressonância no que dispõe o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual, em seu art. 5º, veda expressamente a mercantilização da advocacia:

ART. 5º O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA É INCOMPATÍVEL COM QUALQUER PROCEDIMENTO DE MERCANTILIZAÇÃO.

Na esteira de tal compreensão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ingressou, como assistente, nos autos do RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 656.558, com repercussão geral reconhecida, defendendo que *“não é possível sustentar que o simples fato de a Prefeitura já ter advogados ou procuradores em seu corpo permanente impede a contratação, em casos particulares, de especial dificuldade, de profissional de especial qualificação, pois não se trata de fazer algo que poderia ser usualmente realizado pelos procuradores da Prefeitura. Se o prefeito poderia ou não contratar assessoramento técnico externo é questão atinente à autonomia administrativa do Município”*.

O referido Recurso Extraordinário - RE 656.558, teve iniciado o seu julgamento pelo Pleno do STF no dia 14/06/2017, quando o seu relator, o ministro Dias Toffoli, apresentou resumo de seu voto, admitindo a possibilidade de ocorrer a prática de improbidade administrativa em tal forma de contratação, porém, desde que fique evidenciado dolo ou culpa dos agentes envolvidos no ato.

Segundo o relator, é constitucional a regra da Lei de Licitações relativa à inexigibilidade de licitação para serviços técnicos especializados, entre os quais o texto inclui expressamente os serviços jurídicos. E nesse contexto, para fim de fixação de tese de repercussão geral, propôs o seguinte texto:

- a) É constitucional a regra inserta no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.



TM

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

O julgamento foi então suspenso e deverá ser retomado em conjunto com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 45, na qual – em representação da consolidação de seu pacífico entendimento institucional – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB objetiva que a Suprema Corte declare que são constitucionais os dispositivos da Lei de Licitações (artigos 13, inciso V e 25, inciso II) que permitem a contratação de advogados por entes públicos pela modalidade de inexigibilidade de licitação.

Na ADC 45, a OAB defende que: *“Em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente, nota-se que a inexigibilidade de licitação é único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública(...). Isso porque, a inexigibilidade de licitação pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, a Administração, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos de valor variáveis em maior ou menor grau, escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.”* (Trechos da Petição inicial da ADC 45).

No âmbito estadual, tramitou no **Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco a Consulta (Processo: 1208764-6)** formulada pela Câmara Municipal de Chã Grande, na qual, em alinhamento ao entendimento sedimentado do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, **a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Estado de Pernambuco, ingressou como amicus curiae**, defendeu a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade inerente à própria atividade da advocacia.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas de Pernambuco decidiu, em resposta à consulta supramencionada, pela legalidade da contratação de escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação, confira-se o cerne da deliberação:

PROCESSO TCE-PE Nº 1208764-6

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 13/12/2017

CONSULTA

UNIDADE GESTORA: CÂMARA MUNICIPAL DE CHÃ GRANDE

INTERESSADO: Sr. JOSÉ HENRIQUE DA SILVA – PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CHÃ GRANDE

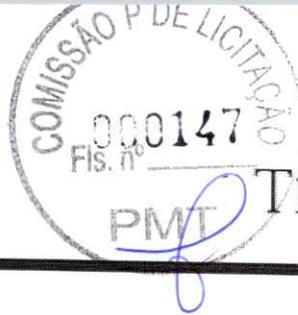
ADVOGADO: DR. PEDRO HENRIQUE BRAGA REYNALDO ALVES – OAB/PE Nº 13.576

RELATOR: CONSELHEIRO MARCOS LORETO

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

ACÓRDÃO T.C. Nº 1446/17

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1208764-6, ACORDAM, à unanimidade, os Conselheiros da do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto do



TM

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

Relator, que integra o presente Acórdão, em CONHECER da presente Consulta e, no mérito, RESPONDER ao Consulente nos seguintes termos:

“1 – As Súmulas editadas pela Ordem dos Advogados do Brasil são dotadas de eficácia normativa, devendo ser aplicadas aos processos de origem e competência do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, ou seja, tais Súmulas possuem o condão de vincular os atos decisórios das Cortes de Contas?

2 – Após a vigência da Súmula 04/12 o Tribunal de Contas manterá o seu posicionamento acerca da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública?”

1- As Súmulas editadas pela OAB só possuem eficácia normativa no âmbito interno dessa instituição, não vinculando, necessariamente, as ações dos Tribunais de Contas;

2- A inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios poderá ocorrer quando for inviável a prestação de atividade jurídica por advogados públicos concursados;

3- O uso desta regra de exceção da inexigibilidade deve se pautar em critérios estritamente objetivos;

4- A formalização da inexigibilidade para contratação de serviços de advocacia deverá atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

a) Existência de processo administrativo formal, facultado o acesso para qualquer interessado ou cidadão, nos termos da Lei Federal de Acesso à Informação;

b) Notória especialização do profissional ou escritório;

c) Demonstração da impossibilidade da prestação do serviço pelos integrantes do poder público (concurados ou comissionados);

d) Cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, demonstrado por pareceres da comissão de licitação, no processo administrativo da inexigibilidade;

e) Ratificação pelo prefeito ou dirigente máximo do órgão.

5- Na notória especialização, os prestadores de serviços devem ser, efetivamente, reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas;

6- A deliberação desta consulta será exigida pelo Tribunal de Contas do Estado, a partir da publicação deste acórdão, como precedente normativo, nos termos do artigo 203 do Regimento Interno. Os contratos assinados anteriormente à publicação do acórdão desta consulta serão analisados pelos respectivos relatores à luz da controvérsia jurídica anteriormente existente e de acordo com o caso concreto posto;

7- O Tribunal, de ofício ou por provocação dos interessados, irá rever a deliberação nesta consulta, quando da decisão de mérito do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria;

8- Existe a possibilidade, também, de contratações de serviços advocatícios por dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, II e V, do Estatuto das Licitações;

ENCAMINHAR cópia desta deliberação à OAB e à AMUPE.

Recife, 22 de dezembro de 2017.

Conselheiro Carlos Porto - Presidente

Conselheiro Marcos Loreto - Relator

Conselheira Teresa Duere

Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior

Conselheiro João Carneiro Campos

Conselheiro Ranilson Ramos

Conselheiro Substituto Marcos Flávio Tenório de Almeida

Presente: Dr. Cristiano Pimentel – Procurador-Geral



TM

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

Resta, portanto, evidente a consolidação da interpretação pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco sobre a matéria, assim como posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹, em que permite a contratação de advogados pela administração pública, com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular e com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização, vejamos:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PASSOS/MG PARA AUXÍLIO JURÍDICO EM PERÍODO DE ASSUNÇÃO DE MANDATO. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELA CORTE DE ORIGEM. ACÓRDÃO REFORMADO NESTA CORTE SUPERIOR POR DECISÃO MONOCRÁTICA, PARA CONDENAR OS DEMANDADOS ÀS SANÇÕES DA LEI 8.429/1992. PRETENSÃO, NESTE AGRAVO INTERNO, SE RESTABELEÇA O ACÓRDÃO DAS ALTEROSAS. DE FATO, O TRIBUNAL DE ORIGEM, COM ESTEIO NO QUADRO EMPÍRICO REPRESADO NO CADERNO PROCESSUAL, ATESTOU A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS E A SINGULARIDADE DO SERVIÇO, RAZÃO PELA QUAL A CONTRATAÇÃO SE ENCARTA EM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

CONDUTA ÍMPROBA INEXISTENTE. AGRAVO INTERNO DAS PARTES DEMANDADAS PROVIDO PARA DESPROVER O APELO RARO DO AUTOR DA AÇÃO.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a contratação, sem prévio procedimento de licitação, para assessoramento jurídico de Prefeito, que estava a assumir mandato.
2. De início, é de se registrar o art. 5o. do Código de Ética da nobre profissão de Advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual o exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização .
3. Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de preço e de técnica a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor MICHAEL SANDEL na obra O que o dinheiro não compra (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo menor preço a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada proposta mais vantajosa para a Administração Pública, que nem sempre é a mais em conta.

¹ AgInt no AgRg no REsp 1330842/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 19/12/2017; REsp 1505356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1370992/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016; AgRg no REsp 1464412/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016; AgRg no AgRg no REsp 1288585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 09/03/2016.



TM

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

Resta, portanto, evidente a consolidação da interpretação pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco sobre a matéria, assim como posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹, em que permite a contratação de advogados pela administração pública, com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular e com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização, vejamos:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PASSOS/MG PARA AUXÍLIO JURÍDICO EM PERÍODO DE ASSUNÇÃO DE MANDATO. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELA CORTE DE ORIGEM. ACÓRDÃO REFORMADO NESTA CORTE SUPERIOR POR DECISÃO MONOCRÁTICA, PARA CONDENAR OS DEMANDADOS ÀS SANÇÕES DA LEI 8.429/1992. PRETENSÃO, NESTE AGRAVO INTERNO, SE RESTABELEÇA O ACÓRDÃO DAS ALTEROSAS. DE FATO, O TRIBUNAL DE ORIGEM, COM ESTEIO NO QUADRO EMPÍRICO REPRESADO NO CADERNO PROCESSUAL, ATESTOU A NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS E A SINGULARIDADE DO SERVIÇO, RAZÃO PELA QUAL A CONTRATAÇÃO SE ENCARTE EM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

CONDUTA ÍMPROBA INEXISTENTE. AGRAVO INTERNO DAS PARTES DEMANDADAS PROVIDO PARA DESPROVER O APELO RARO DO AUTOR DA AÇÃO.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a contratação, sem prévio procedimento de licitação, para assessoramento jurídico de Prefeito, que estava a assumir mandato.
2. De início, é de se registrar o art. 5o. do Código de Ética da nobre profissão de Advogado (Resolução 2/2015, do Conselho Federal/OAB), segundo o qual o exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização .
3. Efetivamente, submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de preço e de técnica a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor. Sobre esse tema, vale conferir a tese do Professor MICHAEL SANDEL na obra O que o dinheiro não compra (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012). Certas situações, quando encaradas sob a perspectiva de compra e venda, se subvertem, isto é, no caso do serviço advocatício, o elemento confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perde quando se busca um profissional pelo menor preço a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a chamada proposta mais vantajosa para a Administração Pública, que nem sempre é a mais em conta.

¹ AgInt no AgRg no REsp 1330842/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 19/12/2017; REsp 1505356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016; REsp 1370992/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016; AgRg no REsp 1464412/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 01/07/2016; AgRg no AgRg no REsp 1288585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 09/03/2016.



TM

THOMAZ MOURA
ADVOGACIA

4. Por consequência, **PODE-SE DIZER QUE TODAS AS VEZES EM QUE O ADMINISTRADOR PÚBLICO CONVOCA DIRETAMENTE UM ADVOGADO PARA UM SERVIÇO ESPECÍFICO, A SINGULARIDADE ESTÁ AUTOMATICAMENTE VERTIDA NA RELAÇÃO, UMA VEZ QUE A CONFIANÇA, POR SER ELEMENTO INTEGRATIVO FUNDAMENTAL ENTRE PARTE E ADVOGADO, TORNA, POR SI SÓ, ÚNICA A CONTRATAÇÃO.**

5. Mesmo que não se adote essa linha interpretativa, esta Corte Superior tem a diretriz de que a contratação direta de serviços de Advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei 8.666/93 - arts. 25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade (AgRg no AgRg no REsp. 1.288.585/RJ, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 09.03.2016).

6. Na presente demanda, o Tribunal de origem, ao analisar os elementos factuais e probatórios que se represaram no caderno processual, atestou que os profissionais tinham notória especialização (fls. 1.219) e desempenharam serviço singular (transição de governo), razão pela qual a contratação estava dentro das exigências previstas na Lei 8.666/1993.

7. Há, no acórdão das Alterosas, informações suficientes a que esta Corte Superior mantenha o decreto absolutório, pois, constatada a notória especialização do Advogado e a singularidade dos serviços, não se pode concluir que a declaração de inexigibilidade de processo licitatório seja causa material de ato ímprobo. A decisão agravada merece reproche.

8. Agravo Interno das partes implicadas provido para desprover o Apelo Raro do autor da ação.

Diante dos apontamentos acima demonstrados, para se proceder com a contratação de advogado ou sociedade de advogados, por meio de inexigibilidade de licitação, em razão da especialidade do objeto, é necessário o preenchimento de tais requisitos, quais sejam:

- a) **Existência de processo administrativo formal, facultado o acesso para qualquer interessado ou cidadão, nos termos da Lei Federal de Acesso à Informação;**
- b) **Notória especialização do profissional ou escritório;**
- c) **Demonstração da impossibilidade da prestação do serviço pelos integrantes do poder público (concursados ou comissionados);**
- d) **Cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, demonstrado por pareceres da comissão de licitação, no processo administrativo da inexigibilidade.**

Logo, verifica-se a inviabilidade de competição, em razão das peculiaridades que tornam o serviço advocatício singular e exclusivo, eivado da fidúcia do Administrador Contratante, de modo a autorizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 74, inciso III, da lei nº 14.133/21.



TM

THOMAZ MOURA
ADVOGACIA

Ressalte-se que quando o Poder Público não possui profissionais especializados para a tarefa de natureza singular, ou, se possuindo, a natureza da tarefa pretendida, pelo volume, não puder ser realizada pelos profissionais do quadro, é possível a contratação de advogado, segundo remansosa jurisprudência do Pretório Excelso, do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo da Corte de Contas, na esfera administrativa.

E mais: a confiança no profissional (conforme sedimentado, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, em especial, no HC 86198) e a subjetividade que envolve a escolha dos serviços de advocacia, em virtude de suas peculiaridades especiais, impossibilitam a objetividade das licitações. Tal entendimento também está consubstanciado na súmula 264 do TCU.

Ainda mais abrangente é a visão da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a qual a realização de procedimento licitatório para contratação de Advogado gera disputa entre estes profissionais e, conseqüentemente, ocasiona a mercantilização da profissão, o que é vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB (CED, art. 5º), sendo igualmente vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela (CED, art. 7º). Para firmar esse entendimento, foram editadas a Súmula n. 04/2012/COP e a Súmula n. 05/2012/COP.

De fato, o uso da licitação é incompatível com o exercício da advocacia, dada a subjetividade que reside na aferição do serviço, bem como a mácula que tal procedimento ocasiona ao Código de Ética e disciplina da OAB. Ademais, a contratação em tal hipótese constitui ato administrativo discricionário, cabendo à própria Administração Pública avaliar a conveniência e a oportunidade de uma eventual contratação, sempre de acordo com suas necessidades.

Portanto, o procedimento para inexigibilidade do certame deve ser instruído com as devidas comprovações nos autos, inclusive a justificativa dos preços, ficando destarte evidenciado o zelo e a observância do interesse público.

No âmbito da União, vigora a ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 17, DE 1º DE ABRIL DE 2009, aprovada pela Advocacia Geral da União - AGU, segundo a qual **"É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ORGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS"**.

No mesmo sentido, o verifica-se o entendimento consolidado do TCU, enunciado no Acórdão 1565/2015-Plenário, consoante Informativo de Licitações e Contratos Número 248 (Sessões: 23 e 24 de junho de 2015), abaixo transcrito:

A JUSTIFICATIVA DO PREÇO EM CONTRATAÇÕES DIRETAS (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI 8.666/93) DEVE SER REALIZADA, PREFERENCIALMENTE, MEDIANTE: (I) NO CASO DE DISPENSA, APRESENTAÇÃO DE, NO MÍNIMO, TRÊS COTAÇÕES VÁLIDAS DE EMPRESAS DO RAMO, OU JUSTIFICATIVA CIRCUNSTANCIADA SE NÃO FOR POSSÍVEL OBTER ESSA QUANTIDADE MÍNIMA; (II) NO CASO DE INEXIGIBILIDADE, COMPARAÇÃO COM OS PREÇOS PRATICADOS PELO FORNECEDOR JUNTO A OUTRAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS OU PRIVADAS. (...) Quanto ao preço, destacou que, "mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93",



T

THOMAZ MOURA
ADVOCACIA

ressaltando ainda que “o Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (...). E, nos **casos de inviabilidade de licitação**, este Plenário se manifestou, conforme ...o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, **poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas**”. (...) Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015.

Não obstante, conquanto o parâmetro legal de fixação de preços em casos de inexigibilidade se assente nos preços praticados pelo próprio fornecedor (como ocorre nas hipóteses de inviabilidade de competição em outras áreas profissionais, como artistas), vem se consolidando, em discussões internas da advocacia especializada e em despachos com conselheiros do TCE/PE acerca do Processo nº 1208764-6 (consulta Chã Grande - inexigibilidade), a compreensão de que a **consulta aos valores praticados por outros fornecedores (escritórios de advocacia)** em contratações similares constitui-se em **relevante fator a balizar a própria fixação de honorários pelo fornecedor assim como o controle de economicidade e planejamento de contratações pelos gestores municipais.**

Naturalmente, sempre há de se ponderar, em cada contratação, peculiaridades subjetivas (a competência e o renome do profissional; a praxe sobre trabalhos análogos) e objetivas (a relevância, o vulto e a complexidade das questões; o tempo necessário para o desenvolvimento do trabalho, que se revela por fatores como: estrutura da procuradoria própria, volume pré-existente de demandas/processos administrativos e judiciais; concomitância eventual de contratação de outras consultorias/assessorias de apoio; distância entre o lugar da prestação dos serviços e o domicílio do advogado; o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente).

Assim, temos que a lei impõe a necessidade de instauração e realização de um processo, devidamente instruído, ratificado e publicado, em momento prévio à contratação, sob os cuidados da Comissão de Contratações de Toritama - PE, órgão legalmente incumbido de zelar pela preservação da Lei no pertinente às contratações no âmbito municipal.

Em resumo, nos pronunciamos no sentido de que **para que ocorra o enquadramento de uma situação concreta às hipóteses de inexigibilidade, deverá o administrador público verificar se o serviço é ou não único, depois qual a área de abrangência para a verificação da exclusividade (deve ser utilizado abstratamente os limites aplicáveis às modalidades de licitações).**

“Ainda que o serviço seja único (no limite espacial fixado), para que ocorra a contratação direta por inexigibilidade deverá se verificar se há apenas uma sociedade empresária ou comerciante individual apto na área territorial delimitada. Para tanto, o mecanismo mais eficiente e seguro é a exigência de apresentação de certidões de exclusividade emitidas por órgãos/entidades cuja competência



abarque os limites territoriais fixados acima. Em caso positivo, a inexigibilidade é possível.” (DE SOUZA, Clayton Ribeiro).

Destarte, ante o que foi amplamente exposto, sob o pálio do artigo 74, inciso III, da Lei Federal nº 14.133/21, norma que rege a matéria em apreço, pode ser inexigível, desde que o contrato a ser celebrado seja fiel a todas as condições preestabelecidas no que foi exposto, formalizado com observância aos rigores da lei, que deverá juntar aos autos os documentos ensejadores da conduta vinculada no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/21 e obedecer aos procedimentos formais previstos na lei específica para formalização do processo. Seja o presente remetido para o Excelentíssimo Senhor Gestor, para análise e decisão final

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Toritama-PE, terça-feira, 09 de julho de 2024.


PAULO GONÇALVES DE ANDRADE
Advogado – OAB|PE nº 46.362