

PARECER JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 004/2021 - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº 001/2021

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

1. RELATÓRIO

O Prefeito do Município de Tamandaré, em 06 de janeiro de 2021, enviou solicitação à Comissão Permanente de Licitação para a contratação do escritório de advocacia ALBUQUERQUE E BEVILÁQUA ADVOCACIA, para prestação de serviços advocatícios a seguir discriminados: assessoria e consultoria jurídica em gestão pública e representação judicial do Município de Tamandaré, sobretudo em demandas que envolvam questões de alta complexidade ou de importância estratégica, nos seguintes objetos: a) patrocínio dos interesses do Município em processos judiciais de maior complexidade, em auxílio aos Advogados Municipais, que figure como parte, assistente, terceiro interessado, em trâmite na Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, inclusive Tribunal de Justiça de Pernambuco, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Tribunal Regional do Trabalho da 6ª, Tribunal de Contas do Estado e Tribunal de Contas da União, para elaboração de petição inicial de ações ordinárias, cautelares ou especiais; defesa; exceções; incidentes; reconvenção; arguições; recursos; liquidação; impugnação; embargos de devedor; ação rescisória; querela nulitatis; mandados de segurança; habeas data; ações civis públicas; ações por ato de improbidade administrativa; ações populares; ações de inconstitucionalidade de lei municipal; além de realização de audiências, bem como qualquer outro ato ou medida adequada a patrocínio do interesse do Município, inclusive com o acompanhamento presencial dos processos em trâmite nas respectivas sedes dos Tribunais; b) patrocínio dos interesses do Município em auxílio aos Advogados Municipais através da apresentação de defesas, recursos, intervenções orais, pedidos de rescisão, bem como todos os atos processuais adequados nos processos de relevante complexidade em trâmite nos órgãos e entidades da administração direta ou indireta da União ou Estado de Pernambuco; c) apresentação de defesas e recursos administrativos em autos de infração de órgãos de fiscalização da esfera estadual e federal de relevante complexidade em auxílio aos Advogados Municipais; d) orientação quanto à correta interpretação da legislação federal, estadual e municipal em questões de alta complexidade e especialidade técnica.

A solicitação acima referida foi encaminhada através de despacho do Presidente da Comissão Permanente de Licitação para a Procuradoria Municipal para análise e emissão de parecer.

É o relatório.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Versam a presente opinativo sobre possibilidade de contratação de serviços advocatícios mediante contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Como regra, a Administração Pública para contratar serviços ou adquirir produtos encontra-se obrigada a realizar previamente processo de licitação, conforme previsto no art. 37, XXI, da CF/88 e no art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993.

Essa obrigatoriedade de licitar funda-se em dois aspectos basilares: o primeiro é o de 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, a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse e, ao mesmo tempo, propicia iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração.

Todavia, existem certas situações em que o gestor público, embora podendo realizar o processo de licitação, poderá dispensar a realização do certame, como são os casos previstos no art. 24 da Lei Federal nº 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.

Eis o teor do citado art. 25 da Lei de Licitações:

“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.”

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 para o Poder Público **em face da singularidade do objeto da futura contratação e da infungibilidade dos serviços e do prestador.**

O inciso II do mencionado art. 25 da Lei de Licitações prevê a inexigibilidade para os serviços técnicos especializados, referenciados no art. 13 da mesma norma.

Dentre os serviços técnicos para cuja realização a licitação é inexigível estão incluídos os serviços de **assessorias ou consultorias técnicas** (inciso III) e **patrocínio e defesa de causas judiciais ou administrativas** (inciso 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 essas situações. 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, no qual se encontram inseridos os serviços advocatícios objeto da presente análise, a licitação não é apenas dispensada, mas sim inexigível. Vale dizer, portanto, que, a inexigibilidade da licitação encontra-se inserida na esfera da discricionariedade do Poder Público e, caso este contrate serviços advocatícios sem prévia instauração de certame, 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 da situação, mas sem desprezar 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, sendo que tal obediência está presente quando se constata que a própria legislação prevê as hipóteses em que a licitação é inexigível

Portanto, 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 contratado.

2.2. SINGULARIDADE DO OBJETO

A singularidade do objeto, no presente caso, diz respeito 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, ou de uma sociedade de advogados com a de outra. **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 *intuitu personae*.

Na definição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, serviços singulares, de um modo geral:



“São 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 (2000, p. 470).”

No mesmo sentido **Vera Lúcia Machado D'Ávila** se expressa a respeito do tema:

“Singular é o serviço que, por suas características intrínsecas, não é confundível com outro. Não ser confundível com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite sua comparação (In: DI PIETRO, 1994, p. 65).”

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 matéria e da complexidade exigem apreciação por um corpo de profissionais alheios ao corpo de servidores da Administração, que, dotados de notória especialização (requisito que será analisado a seguir), adquirida, entre outros fatores, pela experiência dos profissionais, possuem maior aptidão para a solução de questões que refogem ao dia a dia 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, entendemos que, 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: a) defesa dos interesses do Município em juízo, especialmente nos tribunais de segunda instância (Tribunal de Justiça de Pernambuco, Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região), bem como nos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho), em causas de maior complexidade; b) defesa dos interesses jurídicos do Município perante os tribunais de contas (Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco) e órgãos da administração pública federal e estadual, em situações de maior complexidade; c) assessoria e consultoria jurídica em assuntos legislativos e administrativos complexos.

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.

Nesse sentido o eminente e respeitado doutrinador **Marçal Justen Filho**, em seu brilhante livro intitulado “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (Ed. Dialética, 9ª ed. São Paulo, ano de 2002, página 289), assim se pronuncia, especificamente a respeito da possibilidade de contratação de serviços de advocacia:

“Considere-se, por exemplo, o caso de contratação de advogado de prestígio para defesa do Estado em processo judicial de grande relevo. A observância da isonomia não significa considerar todos os advogados inscritos na OAB em igualdade de condições e selecionar um deles por sorteio. Isso conduziria,



possivelmente, a ato inválido por infração ao princípio da indisponibilidade do interesse público: a Administração contratadora, possivelmente, advogado destituído dos requisitos necessários para defesa satisfatória do interesse estatal. Ou seja, terão de ser tratados igualmente aqueles que estão em situação igual. No exemplo só podem ser contratados os advogados com reputação profissional, experiência e conhecimentos compatíveis com a dimensão e complexidade da demanda. Não se produz licitação, dentre outros motivos, por ausência de viabilidade de julgamento objetivo. Logo, não se poderia reprová-la escolha fundada em critério de confiança pessoal do administrador. Ou seja, não é possível que o mesmo fundamento que conduz à inexigibilidade seja invocado como causa de invalidade da contratação direta. Logo, a Administração poderia escolher um advogado dentre aqueles que preenchessem os requisitos de experiência, notório saber etc. Será decisão discricionária, o que não caracteriza ofensa ao princípio da isonomia.”

E continua o irretocável doutrinador:

“Não é possível a atividade administrativa para tutelar o princípio da isonomia. A Administração necessita realizar o contrato e terá de contar um único sujeito – ou, pelo menos, não poderá contratar todos os sujeitos potencialmente em condições equivalentes de conhecimento, experiência e notório saber. É impossível estabelecer critério objetivo de seleção da melhor alternativa. Logo, e havendo situações equivalentes, a única solução é legitimar escolha fundada na vontade do agente administrativo. Isso corresponde ao conceito de discricionariedade.”

Com o mesmo pensamento, 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 gestor 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.

Também 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 deve levar em consideração a confiança e segurança de que a atividade será realizada a contento por aquele que se contrata.

Especificamente com relação aos serviços advocatícios, **Eros Roberto Grau** afirma que a singularidade está atrelada à confiabilidade que é depositada a um determinado profissional ou empresa; ser um serviço singular, não significa que ele seja necessariamente o único, já que outros poderiam realizá-lo. A distinção encontra-se no modo e no estilo de determinado contratado.

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.



Nesse sentido, esclarece Eros Grau:

“Por certo, pode a Administração depositar ‘confiança’ em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico profissional especializado, singular, mesmo porque, detendo notória especialização, todos eles são virtualmente merecedores da ‘confiança’, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referentemente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se a possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo.” (Licitação e Contrato Administrativo – estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74-75)

Aplicando sua teoria, o mesmo Min. Eros Grau, em sede do julgamento da AP nº 348, apontou a inviabilidade de licitação em virtude da confiabilidade:

“[...] o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para 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 n. 8.666/93)’.”

Ainda concernente à confiabilidade, **José Afonso da Silva** acrescenta que “a peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no princípio da confiança, que repugna o processo licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais”.

Plínio Salgado e Ana Carolina Wanderley Teixeira, analisando a jurisprudência do STJ quanto ao tema, assinalam a referida Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que



“o estatuto da advocacia estabelece preceito que veda ao advogado mercantilizar e aviltar o valor dos honorários (...), circunstância que não poderia ser observada quando se constata, de grande parte dos editais de licitação, que a contratação feita pelo poder público objetiva, em geral, o menor preço”.

Destaque-se, ainda, o entendimento de Hely Lopes Meirelles quanto à matéria:

“Não só existe a impossibilidade jurídica de competição de preço ou de técnica entre os serviços jurídicos, como também a instauração de licitação contraria as normas do próprio Estatuto da Ordem dos Advogados e respectivo Código de Ética (arts. 39 e 41 [art. 48, §6º NCE] e Precedentes do Tribunal de Ética 1.062, no Processo E-1.355). Assim, nem mesmo o concurso seria viável.”

Registre-se, ainda, que essa circunstância já foi reconhecida em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Os julgados do STF reconhecem a inviabilidade da disputa objetiva entre advogados para contratação pelo poder público, por meio de licitação. Assim foi no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 72.830-8/RO (Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 24/10/1995), no Recurso Extraordinário 466.705-3/SP (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 14/03/2006), na Ação Penal 348-5/SC (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 15/12/2006) e no Habeas Corpus 86.198-9/PR (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 17/04/2007). As decisões ressaltam, em diferentes circunstâncias, a inexistência do dever de licitar, quando presentes os requisitos da notória especialização do advogado, da confiança entre administração e advogado e da relevância do trabalho contratado. Também aparece a preocupação em se verificar a presença de honorários com valores razoáveis e da existência de serviço efetivamente executado em proveito da administração pública.

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, 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 fosse mercadoria, segundo, Paulo Luiz Lobo Netto (*in* “Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB”, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190).

A propósito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) publicou, na edição do Diário Oficial da União do dia 23/10/2012, 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 último. A publicação se deu na página 119, Seção 1 do Diário Oficial. A dispensa do procedimento licitatório se dá, conforme o texto da primeira súmula, em razão da singularidade da atividade, da notória especialização e da inviabilização objetiva de competição dos serviços. Já a segunda súmula prevê que não pode 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.

Eis os textos das referenciadas súmulas:

SÚMULA N. 04/2012/COP O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “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.” Brasília, 17 de setembro de 2012. OPHIR CAVALCANTE JUNIOR - Presidente JARDSON SARAIVA CRUZ - Relator

SÚMULA N. 05/2012/COP O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 05/2012/COP, com o seguinte enunciado: “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).” Brasília, 17 de setembro de 2012. OPHIR CAVALCANTE JUNIOR - Presidente JARDSON SARAIVA CRUZ – Relator

Todas as circunstâncias acima delineadas, que implicam no reconhecimento da adequação da contratação direta de advogados, foram expressamente reconhecidas em recente decisão do Pleno do TCE/PE, conforme se observa dos seguintes trechos do voto do Conselheiro Ranilson Ramos no julgamento do Processo T.C. nº 1205717-4:

“Esta Corte de Contas, nalguns julgados, tem considerado que tanto o contador, quanto o advogado a ser contratado pelo Poder Público têm de se submeter ao necessário procedimento licitatório, de forma a que sejam obedecidos não só os princípios gerais da Administração Pública, mas também os princípios setoriais relacionados à isonomia de acesso às contratações públicas e à contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

Tenho me manifestado pela diferença de tratamento em relação aos dois profissionais, e não por uma distinção execrável entre os referidos experts em suas respectivas áreas, mas em razão de uma leitura em torno da forma como o constituinte originário tratou praticantes de determinados misteres.

Nos autos do Processo TC nº 1205449-5, o Relator Romário Dias apresentou entendimento de que o tema não é tão simples, podendo ser considerado “caso difícil”, o que já indica a necessidade do manejo da principiologia constitucional.

A Constituição Federal assim foi escrita no tocante ao advogado:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A indispensabilidade do advogado, consoante manifestação do Supremo Tribunal Federal, constitui “princípio de índole constitucional”, embora não seja referido princípio, como de resto quaisquer outros princípios com sede na Lei Maior, absoluto, comportando exceções. Todavia, conforme excerto de decisão do Superior Tribunal de Justiça:





A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco auxiliar do juiz. Sua atividade, como 'particular em colaboração com o Estado,' é livre de qualquer vínculo de subordinação para com magistrados e agentes do Ministério Público" (STJ, MS 1.275/91, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RDA 189:283).

A Lei Federal nº 8.906, de 04/07/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da OAB, buscando dar concretude ao comando normativo constitucional, assim foi talhada pelo legislador ordinário:

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Por seu turno, o Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, pp. 4.000/4004, traz o seguinte regramento:

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização. [...]

Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

Assim, resta clara a impossibilidade decorrente de prescrição ética, mas com fundamento de validade em lei federal (que, por sua vez, dá concretude a mandamento constitucional), de que um causídico, ainda que indiretamente, busque fazer a vedada captação de clientela, o que configuraria concorrência com outro colega, corporificando, ainda, a indevida competição.

Ocorre que na mesma Lei Maior, em seu artigo 37, inciso XXI, o constituinte originário determinou:

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.

Portanto, deu-se, igualmente, uma “constitucionalização” do chamado “princípio da licitação pública”. Tratando do tema em sua obra Constituição Federal Anotada (2012, p. 715), Uadi Lamego BULOS afirma que:

[a] constitucionalização do princípio da licitação pública é imposição lógica da implantação de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput). Justifica-se em nome da moralidade administrativa e do pórtico da igualdade, porque através dela é estabelecido um procedimento administrativo cujo escopo é escolher as propostas para a execução de obras, serviços, compras ou alienações que sejam mais vantajosas para a Administração Pública. Isso se dá através de contratações, as quais passam por um critério seletivo, estabelecido de acordo com a lei.

Tem-se, assim, uma situação perante a qual se pode dizer haver um “caso difícil”, a exigir o manejo de instrumental apropriado, a exemplo da “ponderação de interesses” (SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 2003) ou da principiologia jurídica (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 2004).

Há, de um lado, o “princípio” da indispensabilidade do advogado (e os consectários desse princípio) e, de outro, o “princípio” da licitação pública. Na trilha dos estudiosos da principiologia jurídica, não há invalidade de qualquer dos princípios em colisão, mas unicamente prevalência de um princípio sobre o outro (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 2012, p. 149). Portanto, por se tratar de normas constitucionais e, ademais, de normas que encerram princípios constitucionalizados, dá-se a necessidade da adoção de uma “metodologia de interpretação” constitucional e, mais ainda, do manejo dos princípios de interpretação da Constituição (LENZA, 2012, pp. 153, 155 a 160).

É evidente que, em razão das muitas metodologias existentes, deve-se atentar para a indubitável necessidade de reconhecer os limites à interpretação constitucional, visto que a atividade de interpretar a Constituição não é absoluta, inadmitindo-se, por exemplo, que sob o pretexto de “interpretar” o Texto Maior, a decorrente mudança do sentido da norma termine por mudar o próprio texto da Lei Maior, razão pela qual a atividade interpretacional encontra limites no chamado “programa da norma constitucional” cujo fim é preservar os princípios estruturais (político e jurídico) da Constituição (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição. 2012, p. 327).





Por primeiro, manejando-se os princípios da unidade da Constituição, bem como da força normativa da Constituição, deve-se ter em mente que foi vontade do legislador constituinte alçar o exercício da advocacia ao patamar de atividade indispensável à administração da justiça, sendo certo que o termo “justiça” referenciado na Lei Fundamental não está só e necessariamente atrelado à ideia de Poder Judiciário. A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, é garantia da proteção dos interesses de seus outorgantes, independentemente da amplitude da atuação, quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial, quer na extrajudicial. Mas o mesmo legislador constituinte, ao estabelecer o regramento posto no inciso XXI do art. 37, quis dotar a Administração Pública de mecanismos jurídicos cujo fim é a concretude do princípio democrático e republicano de que todos podem, sem privilégios, contratar com a Administração Pública, que a todos os concorrentes deve ser assegurada a igualdade de condições, daí a colocação da exigência de cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, mas o processo de licitação pública somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, mediante o princípio da unidade da Constituição e, de seu correlato, que é o princípio da força normativa da Constituição, ambas as normas devem subsistir em seus aparentes espaços de tensão, mas preservado o fundamento social que lhe serve de supedâneo: é preciso licitar, mas quando é possível assegurar a “todos os concorrentes” a igualdade de condições. Note-se que no inciso XXI do art. 37 da Constituição não é mencionada expressamente a busca da “proposta mais vantajosa” para a Administração, mas a esta é imposta a necessidade de que o procedimento licitatório “[...] somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, justamente com o fim de evitar o uso de exigências exacerbadas sem a correspondente finalidade prática com vistas ao objetivo final colimado.

Com frequência tem-se mencionado que da mesma forma que um contador ou outro profissional liberal (médico, odontólogo etc.) pode ser contratado mediante processo de licitação, com o advogado não poderia ser diferente. O arrazoado até aqui decorrido mostra que não se trata de dar ares de “profissional especial” ao advogado, mas de reconhecer o que o próprio constituinte originário pôs na Lei Maior no tocante ao exercício da advocatura. A especificidade de sua atuação, e ao mesmo tempo a abrangência de situações com as quais terá de lidar no dia-a-dia do exercício de seu mister, notadamente para





fazer valer a concretização da Constituição e o cumprimento das leis, tornam o causídico e paracleto um profissional com a tônica constitucional diferenciada. E o constituinte originário apreendeu essa especificidade.

Com essa exposição de razões, tenho entendimento no sentido de que, inexistindo possibilidade de competição entre os advogados, forçoso é reconhecer que a Administração Pública não poderá assegurar concorrência onde é vedada a competição e, em decorrência, dar-se-á a inexigibilidade para licitar. O procedimento formal de inexigibilidade, todavia, deverá ser levado a cabo para o fim de eventuais responsabilizações nas searas respectivas.

A propósito, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) publicou, na edição do Diário Oficial da União do dia 23/10/2012, 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 último. A publicação se deu na página 119, Seção 1 do Diário Oficial. A dispensa do procedimento licitatório se dá, conforme o texto da primeira súmula, em razão da singularidade da atividade, da notória especialização e da inviabilização objetiva de competição dos serviços. Já a segunda súmula prevê que não pode 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.

Eis os textos das referenciadas súmulas:

SÚMULA N. 04/2012/COP O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: "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."





Brasília, 17 de setembro de 2012.

OPHIR CAVALCANTE JUNIOR – Presidente

JARDSON SARAIVA CRUZ - Relator

SÚMULA N. 05/2012/COP O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 05/2012/COP, com o seguinte enunciado: “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).”

Brasília, 17 de setembro de 2012.

OPHIR CAVALCANTE JUNIOR – Presidente

JARDSON SARAIVA CRUZ – Relator

É importante mencionar que as súmulas do Pleno da OAB funcionam como uma determinação de conduta à classe da advocacia.

As referidas súmulas são de edição recente, mas consolidam entendimento de há muito presente nas discussões entre os atores envolvidos e que dizem respeito tanto a aspectos relacionados à inexigibilidade de licitação, quanto à responsabilização de causídicos quando da emissão de pareceres.

Portanto, tenho como inexistente a irregularidade relativa à realização de despesas com contratação de serviços de assessoria e consultoria jurídicas mediante inexigibilidade de licitação, mas considero que os Recorrentes cometeram a impropriedade de não terem preparado a respectiva documentação do procedimento licitatório de inexigibilidade.”



Não bastassem todos os argumentos acima delineados, certo é que recentemente a questão teve tratamento legislativo que espanca por completo quaisquer dúvidas porventura antes existentes.

Efetivamente, a Lei nº 14.039, de 2020, acrescentou o art. 3º-A à Lei nº 8.906, de 1994 – Estatuto da Advocacia, com a seguinte redação:

“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.”

Como se observa, a fim de dar segurança jurídica às contratações diretas de serviços jurídicos definiu-se, por meio de expressa disposição legal, que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização.

Não se desconhece que o referido dispositivo legal teve sua constitucionalidade questionada através da ADI nº 6569/DF, o que, entretanto, não afasta a sua incidência até que haja suspensão pelo STF, o que não ocorreu até a presente data.

Indiscutível, portanto, que os serviços técnicos que se pretende contratar são singulares.

2.3. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

A notória especialização tem a ver com as características intrínsecas do profissional ou da empresa, resultado de conhecimento teórico e prático sobre a matéria, na consistência e excelência do desempenho de serviços anteriores e na conceituação ético-profissional que possui perante a comunidade. Não se exige que o profissional ou a empresa sejam os únicos no ramo habilitados para executar os serviços, sendo suficiente que se constate a existência de especialização suficiente que o destaque para a execução das atividades requisitadas.

É indiscutível que o escritório de advocacia a ser contratado, tendo em vista a ampla experiência teórica e prática demonstrada através de extenso currículo dos profissionais

que integram os seus quadros, tanto na área legislativa quanto na área administrativa, bem como das mais variadas demandas na área do Direito Público que acompanham ao longo de suas largas vidas profissionais, possui a notória especialização necessária para a prestação dos serviços singulares acima evidenciados.

Efetivamente, o advogado Paulo Roberto Fernandes Pinto Júnior, que integra o quadro de associado do escritório cuja contratação se pretende, foi Técnico de Auditoria e Procurador do Ministério Público de Contas do TCE/PE e Procurador do Banco Central do Brasil, ocupando, atualmente, o cargo de Procurador da Assembleia Legislativa de Pernambuco, o que demonstra sua larga experiência no trato com as questões jurídicas afetas à administração pública e ao processo legislativo.

Por sua vez, os sócios Gustavo Paulo Miranda de Albuquerque Filho e Renato Cicalese Beviláqua, além de já terem ocupado cargos técnicos em administrações públicas municipais, atuam em inúmeras demandas na área do Direito Público.

Por sua vez, o escritório prestou serviços através de contrato ao Município de Água Preta – PE, o que ratifica a experiência no acompanhamento das questões de interesse da Administração Pública.

Ademais, encontram-se acostados aos autos do procedimento de inexigibilidade a comprovação de atuação em centenas de processos perante os órgãos de controle (TCE/PE e TCU) e diversos órgãos e instâncias do Poder Judiciário em questões envolvendo complexas matérias de Direito Público.

2.4. DEMAIS REQUISITOS

Conforme decisão do TCE/PE na Consulta nº 1208764-6, são requisitos essenciais para a contratação direta de serviços de advocacia o atendimento, cumulativamente, dos 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 (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.

A fim de atender ao requisito previsto pelo TCE/PE na Consulta acima mencionada, há de se reconhecer a impossibilidade da prestação do serviço pelos integrantes do poder público (concursados ou comissionados).

De fato, o Município de Tamandaré não tem quadro de procuradores, contando atualmente apenas com o cargo comissionado de Procurador-Geral.

A demanda de processos judiciais e administrativos é elevada, assim como as solicitações de orientações jurídicas das diversas secretarias e órgãos municipais, o que é impossível de ser atendido através dos integrantes da área jurídica da Prefeitura de Tamandaré.

No primeiro grau encontram-se registros de 500 (quinhentos) processos no primeiro grau da Justiça Estadual e de 35 (trinta e cinco) processos no Tribunal de Justiça de Pernambuco, conforme consultas anexas.

Na Justiça Federal de primeiro grau encontram-se 16 (dezesesseis) registros de processos físicos e 11 (onze) registros de processos eletrônicos.

Ademais, além do quadro reduzido, a distância entre o Município de Tamandaré e o Município do Recife, sede dos órgãos de controle (TCE/PE e TCU) e dos órgãos jurisdicionais de segunda instância (TJPE, TRF da 5ª Região e TRT da 6ª Região), causa dificuldades no acompanhamento de diversas demandas de interesse da administração municipal.

Além da dificuldade de acompanhamento das demandas acima mencionadas, o deslocamento de servidores municipais para os referidos órgãos administrativos e jurisdicionais acarretaria elevadas despesas (passagens aéreas, custos com combustíveis, diárias, etc.), o que torna recomendável a contratação de escritório de advocacia com sede em Recife para auxiliar a Procuradoria Municipal.

É imperioso observar que a Procuradoria Municipal não estará abrindo mão de sua competência constitucional de exercer a representação judicial do Município, posto que continuará a ser condutora dos processos, contando, entretanto, com o auxílio do escritório a ser contratado para um melhor atendimento do interesse público.

Por fim, necessário se faz analisar se os honorários propostos pelo advogado são coerentes com os praticados no mercado, a fim de atender ao disposto no art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações.

Deve-se reconhecer a dificuldade de mensurar a adequação do “preço” a ser pago pela contratação de serviço tão especializado e complexo como os advocatícios. Não é fácil fazer a comparação entre valores cobrados por profissionais, mesmo porque existe grande variação decorrente do grau de notoriedade e especialização do profissional.

Entretanto, no caso presente, verifica-se que o valor proposto é razoável e encontra-se na média de contratos semelhantes praticados por outros escritórios de advocacia, inclusive mostrando-se compatível com os valores constantes da Tabela de Honorários da Ordem de Advogados do Brasil - Pernambuco.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino pela possibilidade da contratação direta da Sociedade de Advogados ALBUQUERQUE E BEVILÁQUA ADVOCACIA, com fundamento no art. 25, II combinado com art. 13, III e V, ambos da Lei nº 8.666, de 1993, e as alterações que lhe foram realizadas.

É o parecer.

Tamandaré, 08 de janeiro de 2021.



ADRIANO SOARES ARAGÃO
Procurador Geral do Município

ADRIANO SOARES ARAGÃO
PROCURADOR GERAL
Nº Portaria 001/2021