

Parecer PGM N° 05/2021

Referência: Processo Administrativo da Câmara Legislativa de São Cristóvão

Assunto: Administrativo. Licitações e contratos.

Assessoria Jurídica Específica . Inexigibilidade

Interessado(a): Município de São Cristóvão – Câmara Municipal de São Cristóvão

EMENTA:

Direito Administrativo. Contrato administrativo. Inexigibilidade de licitação. Lei Federal n.º 8.666/93. Singularidade do serviço. Notória especialização. Possibilidade jurídica condicionada ao cumprimento as recomendações necessárias contidas neste Opinitivo. Recomendação de observação quanto ao critério de fixação de valor.

I- Relatório:

Cuida-se de análise acerca da possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da empresa **FIGUEIREDO. E PINNA ADVOGADOS**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 08.695.236/0001-00 , *objetivando a prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica especializada para propositura e acompanhamento de medidas administrativas e jurídicas e atuação na defesa dos interesses jurídicos da Câmara Municipal de São Cristóvão em Ações Constitucionais e Ordinárias e atuação jurídica em serviço de caráter legislativo*. Na forma do Art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, que regula o instituto das licitações e contratos administrativos, **é inexigível a licitação "para a contratação de serviços técnicos enumerados no Art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação"**.

Juntou, na oportunidade, requerimento de contratação, declaração de impacto financeiro-orçamentário, proposta da empresa junto com documentos e certidões; documentos pessoais dos sócios da empresa consistente em certificações de cursos e currículos; justificativa da contratação elaborada pela Comissão própria.

É o relatório.



II- Fundamentação:

Com fundamento na análise de acórdãos do STF, notadamente o Inquérito nº 3074-SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14, e o Inquérito nº 3.077/AL, rel. Ministro Dias Toffoli, julgado pelo Tribunal Pleno em 29/03/12), anotei as seguintes conclusões:

“a) É possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, II, atendidos os requisitos da lei. As interpretações extremadas que pretendem simplesmente aniquilar a possibilidade fática de contratação direta não se coadunam com as disposições da Lei de licitações;

b) Esta hipótese de contratação direta tem cabimento mesmo quando haja uma pluralidade de especialistas aptos a prestarem os serviços à Administração, porquanto não se trata de hipótese de exclusividade. Desta forma, não cabe o argumento de que a existência de potenciais outros profissionais ou empresas aptos a prestarem o serviço impede a inexigibilidade de licitação;

c) Uma vez presentes os requisitos da Lei nº 8.666/93, a decisão de contratar e a escolha do contratado – dentre os que cumprem os pressupostos, obviamente - inserem-se na esfera de discricionariedade própria da Administração Pública;

d) A eventual existência de corpo jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, cumpridos os requisitos legais. Se a existência do corpo jurídico fosse impeditivo, o artigo 13, incisos II, III e V da Lei 8.666/93 seria inconstitucional, porquanto admite expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas. Além disso, é de rigor avaliar concretamente a aptidão profissional do corpo jurídico disponível para a Administração e a questão da confiança, ligada a aspectos discricionários, deve ser considerada para fins de licitude da decisão”.

O correr dos dias ao invés de refrear parece ter aguçado as controvérsias. Embora se verifique razoável consenso sobre a possibilidade de utilização da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços específicos de advocacia – especificidade esta que deve ser aquilatada caso a caso – com prudência e sem paixões – ainda há registro de um sem número de feitos em tramitação no Poder Judiciário e nos Tribunais de Contas a discutir a regularidade das mencionadas contratações.

Nesse cenário normativo, veio à tona, após um digladiado processo legislativo¹, a Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, que inseriu no Estatuto da OAB (Lei 8.906/94)², o seguinte dispositivo:

¹ O presidente da República havia vetado o Projeto de Lei da Câmara (PL 10.980/18), com fundamento em inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público. O veto, entretanto, foi derrubado pelo Congresso Nacional.

² A lei inseriu disposição semelhante para versar sobre a contratação de serviços de contabilidade. O fato de o legislador ter tratado de serviços de advocacia e contabilidade deixar ver que a direção de regência das disposições são



“Artigo 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.”

A nova disposição legislativa merece reflexão!

É muito pouco lógico concluir, como pretendem alguns, que a edição de uma lei nova, em tema de tamanha controvérsia, seja a representação de um “nada jurídico”, deixando as “coisas” no mesmo lugar. Diria Maximiliano, em conhecida lição, que “a lei não possui palavras inúteis” – *verba cum effectu, sunt accipienda*.³

Parece sensato compreender que o esforço do Poder Legislativo em disciplinar uma questão já posta no ordenamento, especialmente conhecendo-se a quantidade de lides a envolver a temática, teve obviamente o condão de prescrever novidades.

Esta novidade trazida pela Lei 14.039/20 não reside no aspecto subjetivo da contratação, ou seja, na conceituação do profissional ou empresa detentor de *notória especialização*, porquanto o parágrafo único do novo artigo 3-A da Lei 8.906/94 reproduz *ipsis litteris* a disposição do artigo 25, §1º da Lei nº 8.666/93⁴.

A mudança proposta pelo legislador é pertinente ao aspecto objetivo da contratação, a estabelecer, na cabeça do artigo 3-A da Lei 8.906/94, que “**os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.**”

Pelo teor do dispositivo, os serviços de advocacia (consultiva ou contenciosa), quando executados por profissionais notórios e especializados (a lei alude apenas a estes profissionais), são presumidamente singulares, porque assim se passa com as produções *intelectuais* “*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.*”⁵

especialmente os pequenos municípios que muitas vezes se fazem valer de tais serviços, mediante contratação de terceiros.

³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16. ed., Rio de Janeiro, 1997. p. 251

⁴ A redação dos dispositivos é a seguinte: “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”.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 508.



O que o legislador estabeleceu, como analisou com primazia o professor Luciano Ferraz, foi uma presunção em favor da singularidade do objeto da contratação, que terá lugar todas as vezes que os serviços advocatícios forem executados por profissionais detentores de notória especialização.

É importante ressaltar *que a caracterização do serviço precede a busca do profissional mais apto para executá-lo*. A partir das características de determinado serviço de advocacia surgirá a necessidade/possibilidade de contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas.

Não se parte inicialmente da escolha do advogado para depois atribuir-lhe serviços - a legitimidade da busca por um notório especialista advém da necessidade de sua experiência, conceito, e formação para atender, de forma mais adequada possível, à plena satisfação do objeto do contrato. Essa afirmação não obsta a possibilidades de contratações que necessitem de ajustes posteriores na delimitação do objeto, necessárias justamente em razão das atividades a serem desempenhadas pelo profissional (como serviços de consultoria ligados à busca de solução ou modelagem jurídica complexa, com fatores que vão sendo conhecidos e definidos ou apresentados ao contratado na medida da delimitação ou do surgimento da necessidade administrativa durante a execução).

A comprovação da notória especialização continua sendo um imperativo, e deve ser objeto **de especial motivação pelos responsáveis pelo procedimento de contratação**. A adoção de procedimento formalizado também continua obrigatória, com especial realce para a **razões da escolha do contratado e justificativa do preço** (artigo 25, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

Diante da nova presunção legal, entretanto, toda e qualquer pretensão de afirmar a inexistência da singularidade do objeto, uma vez presente a notória especialização do executor, **atrairá um robustecido ônus de prova, a revelar a completa desproporcionalidade da contratação**

Dos Requisitos Específicos:

A contratação de advogados diretamente, por meio de inexigibilidade de licitação, encontra amparo no **art. 13, V e no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993**, dispositivos que possuem as seguintes redações:

“**Art. 13.** Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;”

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

(...)



II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de **NATUREZA SINGULAR**, com profissionais ou empresas de **NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

Recentemente, o **Tribunal de Contas da União**, em processo de contratação realizado pela Petrobras envolvendo a defesa da estatal perante a “**Operação Lava Jato**”, estabeleceu as seguintes premissas para a contratação direta de advogados particulares nessas situações – *vide* Acórdão **2761/2020 (divulgado em 10/11/2020)**:

A) A inexigibilidade de licitação nesse caso não é, por si só, vedada, podendo ser realizada conforme os ditames do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, desde que reconhecidos no caso concreto a presença dos requisitos concernentes à singularidade do objeto e à notória especialização do contratado;

B) A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 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** – **Súmula 252 do TCU**;

C) No caso, por ser a Petrobras entidade regida pela **Lei 13.303/2016**, a regra aplicável à contratação estaria contida no art. 30, inciso II, alínea “e” da referida norma, que tem redação quase idêntica a do art. 25, II, da Lei n. 8666/93;

D) Para o TCU, a **notória especialização** decorre da análise do currículo do contratado, documento que, no caso, foi chancelado pela área jurídica da Petrobras. Já a **singularidade do objeto** “*pressupõe complexidade e especificidade, devendo ser compreendida como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado.*” No caso concreto, a Petrobras defendeu que a causa era complexa, extensa, tinha grande repercussão e relevância institucional e econômica;

E) No caso, entendeu-se que o contrato firmado possuía **natureza singular**, tinha característica de **serviço técnico especializado** e o contratado **detinha notória especialização**, atendendo, assim, os três requisitos exigidos para a regularidade da forma de contratação adotada, além do que não havia indícios de prejuízos à estatal;

F) Concluiu-se, por fim, que “presentes os requisitos caracterizadores da **especialidade e singularidade do serviço** e da **notória especialização do contratado** (inciso II do art. 30 da Lei 13.303/2016), admite-se, a **juízo discricionário** da estatal, a contratação direta de escritório de advocacia”.

Cumprido destacar que a contratação de escritório de advocacia pelo Poder Público em geral, com base nos **arts. 13, V e 25, II**, da Lei n. 8.666/1993, está sendo debatida pelo Supremo Tribunal Federal na **Ação Declaratória de Constitucionalidade 45/DF**, com julgamento iniciado



em 16/10/2020, processo de relatoria do Min. Roberto Barroso que propôs a **fixação da seguinte tese:**

*“São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, **além dos critérios já previstos expressamente** (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) **inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público;** e (ii) **cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.**”*

Percebe-se que além dos requisitos da **singularidade do serviço** e da **notória especialização do profissional**, previstos na Lei n. 8666/93, o Supremo, a meu ver, acertadamente, entende que tal contratação somente deve ocorrer **quando o serviço não puder ser efetuada por integrantes do Poder Público** e o **preço exigido se mostrar compatível com o praticado no mercado.**

Os requisitos traçados na tese acima, complementam e conferem sentido à Lei n. 8.666/1993, pois ordinariamente são agentes públicos que devem prestar esse tipo de serviço e são responsáveis por atuar na defesa do Poder Público. **A contratação de terceiros pela Administração é uma exceção e deve ocorrer, em regra, por licitação.** A ausência de licitação (por inexigibilidade, no caso) já seria uma exceção e, por isso, somente deve ocorrer se houver, além da demonstração da **singularidade do serviço** e da **notória especialização do profissional**, um **processo administrativo formal** que demonstre a **compatibilidade de preço** com os oferecidos no mercado para situações semelhantes e a **impossibilidade de realização da tarefa por agentes públicos.**

A tese proposta já conta com adesão de outros **6 (seis) ministros.** No dia **23/10/2020**, o Min. Gilmar Mendes pediu destaque e o tema foi retirado do Plenário Virtual e será debatido pelo Pleno do STF.

Conclusão:

Ante o exposto e considerando o que preceitua o Art. 25, II, c/c o Art. 13, inciso III da Lei nº 8.666/93, **entende esta Procuradoria pela VIABILIDADE CONDICIONADA da contratação direta por inexigibilidade de licitação, ante a comprovação dos requisitos para a sua concretização, segundo o posicionamento do STFn expresso nos votos da ADC 45-DF, quais sejam:**

- a) Delimitação do objeto da contratação para **evidenciar a especialidade e singularidade** dos serviços e, nos termos do voto da ADC 45/DF – STF, a **demonstração da inadequação da prestação dos serviços pelos integrantes do**

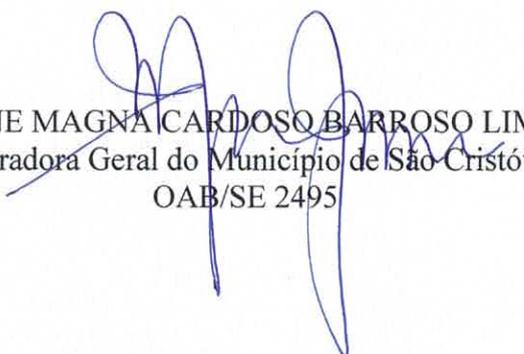


Poder Público que devem constar em justificativa complementar da Comissão de Licitação, sob pena de responsabilidade, observando-se que a **singularidade do objeto** “*pressupõe complexidade e especificidade, devendo ser compreendida como uma situação diferenciada e sofisticada que exige grande nível de segurança, restrição e cuidado*”, nos termos do voto do TCU citado.

- b) Ainda no tocante ao objeto do contrato, deve ser observada a questão atinente à falta de personalidade jurídica da Câmara e o fato de que somente pode demandar em juízo para defender seus direitos institucionais, sendo as demais demandas de competência da Procuradoria Jurídica do Município, motivo pelo qual deve ser restringido o objeto da contratação neste aspecto;
- c) Embora se observe a juntada de comprovação de realização de cursos e títulos individuais dos integrantes da empresa, verifica-se que a contratação é feita em nome da pessoa jurídica referente à sociedade de advogados, devendo, neste aspecto, fazer **a juntada de atestados de capacidade técnica da pessoa jurídica contratada**, emitidas por tomadores de serviços anteriores, com objeto semelhante ao desta contratação, nos termos da Lei 8666/93, para demonstrar a notória especialização na prestação do serviço;
- d) Por fim, para cumprimento do último requisito, e conforme voto do Ministro Luiz Roberto Barroso na ADC 45/DF, deve-se demonstrar que a **cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado**, podendo a empresa juntar contratos anteriores de mesma natureza para aferição da média de preços cobrada ou qualquer outro parâmetro legalmente aceito de verificação do preço cobrado, ausente qualquer comprovação neste sentido nos presentes autos, e no tocante ao valor, advertimos que, deve o gestor observar os princípios da razoabilidade com vistas ao proveito econômico e as recomendações deste parecer, sendo esta fixação de sua inteira responsabilidade.

É o parecer. S.M.J.

São Cristóvão, 04 de janeiro de 2021.


ALINE MAGNA CARDOSO BARROSO LIMA
Procuradora Geral do Município de São Cristóvão
OAB/SE 2495