

PARECER JURÍDICO Nº003/2024

CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA PARA ORIENTAÇÃO TÉCNICA ESPECIALIZADA A EQUIPE DO REURB DA PREFEITURA DE ABDON BATISTA. ART.74, INCISO III, ALÍNEA C DA LEI 14.133/21 – POSSIBILIDADE.

O Município de Abdon Batista, pretende contratar profissional advogado técnico especializado, para assessoria e encaminhamento da equipe de reurb, no processamento de pedidos de reurb protocolado junto a Prefeitura.

Considerando a essencialidade do REURB, verifica-se que havendo comprovação da necessidade do serviço advocatício, que não possa ser exercido pelo Procurador do Município, ante a sobrecarga de trabalho e a especialidade exigida, deve o Gestor dar condições de trabalho aos servidores que estão à frente da equipe de processamento ao REURB.

Segundo o art. 74, inciso III, da nova lei, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial nos casos de:

III – **contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais** ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) **assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;**

(...)

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (...)

O § 3º desse artigo estabelece que a notória especialização do profissional ou da empresa será demonstrada pela especialidade no campo de atuação que vai decorrer de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações,

organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, que permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

A lei, também, deixa assentado que nessas contratações é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade (art. 74, § 4º).

Como já dito, a nova lei excluiu da hipótese de incidência da inexigibilidade de licitação, a necessidade de demonstração de que o serviço deva possuir natureza singular, atenuando as interpretações equivocadas com relação a aplicação dessa expressão, que passou a ser considerada como algo raro e exclusivo.

Em verdade, um serviço singular é aquele que demanda do seu prestador conhecimento aprofundado e, por isso, trata-se de atividade diferenciada, mas jamais única ou exclusiva.

A propósito o Ministro Dias Tóffoli já se manifestou sobre o tema, pontuando que serviços singulares são aqueles que demandam “primor técnico diferenciado, detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais. Trata-se de serviços cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado ‘toque do especialista’, distinto de um para outro, o qual os qualifica como singular, tendo em vista a inviabilidade de comparar com objetividade a técnica pessoal, a subjetividade, a particular experiência de cada qual dos ditos especialistas, falecendo a possibilidade de competição”.

A retirada da singularidade como elemento essencial para efeito de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação não pode ser desconsiderada pelos aplicadores do direito. Tem uma razão de ser. O legislador infralegal teve o firme propósito de deixar claro que o serviço não precisa ser único, tampouco complexo ou exclusivo, mas, sim, que ele demanda do seu executor conhecimento, habilidade e aptidão específica, adequada e, de plano, comprovável.

No que diz respeito aos serviços jurídicos, outra não deve ser a orientação, devendo qualquer outra interpretação ser combatida com veemência.

Não há dúvidas de que a contratação de serviços jurídicos pode e deve ser enquadrada como inexigibilidade por inviabilidade de competição, pois, em tese, podem haver dois ou mais juristas tão qualificados quanto para a pretendida solução, não sendo possível compará-los, seja em razão do preço do serviço ou em razão de técnica.

Como estabelecer a competição se cada causídico tem sua habilidade e destreza técnica próprias? Como comparar a natureza do trabalho por eles prestado, dada a subjetividade do objeto? É inegável que o êxito de um processo

judicial ou administrativo depende da condução do seu patrocinador, e não apenas do valor proposto. Por isso, a confiança na qualidade da execução do serviço também exterioriza a dificuldade de estabelecer critérios objetivados de escolha, elemento essencial para justificar a licitação.

Outro elemento a fortalecer a tese de inviabilidade de competição da contratação de serviços jurídicos e que não pode ser desconsiderado diz respeito ao requisito confiança, que é premissa atrelada a escolha do prestador de serviço para se buscar o que é melhor para o poder público.

O Supremo Tribunal Federal também considera a confiança um elemento impactante para caracterização da inviabilidade. Vejamos:

EMENTA: I. Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).

Por fim, outro ponto caracterizador da inviabilidade de licitação diz respeito a segurança quanto à sua boa execução, questão não mensurável, a ratificar a impossibilidade de competição e sepultar qualquer dúvida quanto à legalidade do enquadramento dos serviços advocatícios na hipótese de inexigibilidade.

Superada a questão da exigência da demonstração da singularidade do serviço como elemento caracterizador da contratação direta por inexigibilidade de licitação, faz-se importante destacar que a nova lei fez referência, no seu art. 8º, § 4º, acerca da possibilidade de contratação de empresa ou profissional

especializado, por prazo determinado, para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação, quando envolver bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração.

Como se pode ver, a lei traz o contorno de avaliação que deve ser considerado para efeito de aplicação da norma, isto é, descobrir se o serviço é rotineiro ou comum para efeito de desqualificá-lo como passível via contratação direta.

A questão que se coloca é saber o que é habitual ou não na unidade administrativa. Um determinado serviço pode se apresentar trivial para um ente público e incomum para outro, a exemplo de uma concessão de serviço público que pode ser trivial para um município de grande porte e complexo para um município menor.

E tem mais: há serviços que muita embora sejam rotineiros têm especificidades que fogem a categoria de atividade comum e típica da organização. Um bom exemplo são os novos procedimentos e estruturas previstas na nova lei, como o diálogo competitivo e a central de compras.

Até mesmo a adequação dos órgãos e entidades públicas à nova lei pode demandar apoio de consultoria jurídica especializada, já que o corpo próprio de procuradores, muitas vezes, não detém o conhecimento abrangente, sistêmico e aprofundado que se faz necessário para implantação das regras, sistemas, programas e processos estabelecidos pela novel legislação.

Não dá para argumentar, ainda, que a existência de um corpo de advogados públicos disponíveis não permite a contratação direta. A bem da verdade, o art. 74, §3º, é no sentido de que todo e qualquer serviço advocatício, que pode envolver consultoria técnica, parecer, ou patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, pode ser contratado de modo direto, desde que respeitada a hipótese de notório saber do profissional ou sociedade contratada. O referido artigo não diz que o órgão ou entidade que possuir corpo próprio de advogados não possa se valer da inexigibilidade.

Segundo voto da lavra do Ministro Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário nº 656.558, a administração pública pode contratar advogados sem licitação, quando houver real necessidade e nenhum impedimento legal, mesmo se tiver procuradores concursados.

Uma outra situação que desponta diz respeito à retração econômica, crise fiscal e reforma da previdência, que acabaram comprometendo a estrutura das procuradorias e contratação de novos servidores e realização de

concursos, gerando exigüidade de pessoal para execução das atividades próprias da área e necessidade de apoio de consultoria jurídica.

Não se pode também desconsiderar as diversidades regionais e, sobretudo municipais em um país de dimensões continentais, com mais de 5000 municípios com realidades tão distintas, submetidos de igual modo a uma mesma lei de aplicação nacional.

Como podemos ver são inúmeros os fatores e trabalhos de envergadura que poderão ensejar a necessidade da contratação direta de empresas ou profissionais de notória especialização para consultoria jurídica: complexidade ou especificidade da matéria, local da prestação do serviço, grau de jurisdição, ausência de profissionais com conhecimento e expertise para realizar o serviço.

É importante alertar que esse novo olhar para as contratações diretas como instrumento de aperfeiçoamento dos resultados das contratações públicas deve ser considerado e aplicado na análise perceptiva dos órgãos de controle evitando que esse tipo de contratação gere insegurança aos gestores públicos que têm medo de adotar medidas que possam gerar conseqüências gravosas no âmbito administrativo e judicial, tais como processos administrativos e ações de improbidade administrativa.

A bem da verdade, esse olhar sistêmico e casuístico, que não a mera aplicação seca da lei, já vem sendo exigido desde a entrada em vigor da LINDB, ora reforçado pelo novo diploma legal das licitações e contratações públicas.

Outro ponto relevante para a contratação direta por inexigibilidade de escritório de advocacia é que os honorários não podem em hipótese alguma ser vilipendiados. Ou seja, ser objeto de disputa entre advogados, isso fere o art.5º do Código de Ética da OAB.

Acrescenta-se, ainda, que a mercantilização da advocacia é também vedada pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo artigo específico é abaixo transcrito:

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

Verifica-se, portanto, que a instauração de procedimento licitatório para a contratação de advogado é ato administrativo pelo qual o profissional participante poderia junto ao seu Órgão de Classe, face à impossibilidade de estabelecimento da livre concorrência entre os candidatos, o que concretizaria na mercantilização do serviço.

Do exposto, a vedação à mercantilização inviabiliza a licitação de serviços advocatícios, conforme bem pontuado pela doutrina e jurisprudência.

Mercantilização da atividade Além dos advocatícia, pressupostos do elemento da confiabilidade da relação profissional e da discricionariedade do ato, infere-se, ainda, que os critérios da notória especialização e da singularidade do serviço são intrínsecos à atividade profissional em si, sendo inviável sua aferição por meio de competição objetiva entre os candidatos.

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de se determinar a notória especialização nos casos de avaliação da atividade advocatícia, cujos parâmetros são deveras ampliativos a permitir uma determinação precisa caso a caso. Isso porque, poderia se avaliar tantos títulos acadêmicos, quanto publicações, tempo de atividade, sucesso nas causas judiciais sem poder inferir qual critério se sobressairia ao outro, face à evidencia da subjetividade. Conota-se, assim, que tal subjetividade intrínseca aos critérios de notória especialização e singularidade, impedem sua determinação nos casos de competição entre advogados, o que impossibilita a instauração de procedimento licitatório. A contratação entre advogado e ente público é conforme demonstrado, ato discricionário em essência, com fundamento na vedação da mercantilização da atividade advocatícia e na confiabilidade existente nessa relação profissional.

Nesta esteira de entendimento não se pode olvidar que, ao se tratar de serviços advocatícios, é quase impossível estabelecer critérios objetivos que possibilitem a comparação objetiva de propostas, tendo em vista as características individuais do executor do serviço, e neste caso importante observação realizada pelos nobres articulistas e professores Gabriela Pércio e Ronny Charles, que através da notoriedade que os cercam, encartam entendimento, em artigo publicado na página do Professor Ronny, inclusive à luz da jurisprudência do TCU, de que:

“Não quer significar, em última análise, que somente um particular terá condições de executar o serviço a contento ou que somente um dentre os vários será digno da confiança da autoridade competente, **mas, sim, que um deles será escolhido por ela porque, na sua percepção, oferece maiores chances de alcançar os resultados pretendidos.** A discricionariedade é elemento intrínseco claro e irrefutável a essa hipótese de inexigibilidade de licitação, conforme igualmente reconhecido pela doutrina e pelo TCU na Decisão 439/1998 – TCU/Plenário, proferida em caráter normativo.

A Lei nº14039 /2020, oriunda de uma luta histórica da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, norma esta que garantiu o enquadramento “dos serviços profissionais de advogado”, como “técnicos e singulares”, e neste caso podendo impactar no tratamento fiscalizatório dos contratos advocatícios, que até então, necessitavam, perante os órgãos de controle, a comprovação da “inviabilidade

de competição”, da “singularidade do objeto” e da “notória especialização”, requisitos previstos na Lei de Licitações para implementar a contratação de referido profissional pela administração pública.

Não há menor dúvida que os serviços advocatícios se tratam de serviços técnicos especializados e intelectuais, o que dificulta, sobremaneira, a promoção da competição ensejadora de licitação, tendo tais serviços aproximação inequívoca a inexigibilidade de licitação, prevista na Lei de Licitações.

Neste sentido mister citar a Lei 14.039/2020, que assim preceitua:

Art. 1º A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. ”

(...)

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade 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 podemos ver a contratação de consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação é possível e necessária para serviços especializados, conseguindo avançar e progredir no atendimento do seu desiderato último que é o interesse público.

Diante das prescrições do art.74, inciso III – primeira parte, alínea “c” da Lei n.14.133/21, combinado com as disposições do art.3ºA. e seguintes da Lei nº14.039/20, por estarem presentes os instrumentos de Formulação de Demanda, Termo de Referência, Estudo Técnico Preliminar, preço da contratação, comprovação documental de experiência do profissional, nos termos do art. 74, inciso III, da nova lei, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial nos casos de: III – **contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais** - entendo ser possível a contratação ora em apreço.

Ressalto que o presente parecer jurídico, é uma peça opinativa, que reflete a interpretação subjetiva de seu emissor referente a aplicação das leis. Não é vinculativo, e pode se for o caso ser refutado pelo Gestor Público.

Nestes Termos, é o PARECER.

Abdon Batista-SC, em 15 de janeiro de 2024.

JOÃO ROGÉRIO DE ANDRADE

ASSESSOR JURÍDICO OAB/SC 14027
