

A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação

Fabício Motta

Procurador do Ministério Público de Contas (MPC-TCM/GO). Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal de Goiás – UFG. Doutor em Direito do Estado (USP) e Mestre em Direito Administrativo (UFMG).

Sumário: Introdução – **1** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os requisitos para a licitude da contratação direta – **2** A caracterização do serviço contratado – **3** Discricionariedade: a possível pluralidade de ofertantes e a comprovação da notória especialização – **4** Contratação direta e advocacia pública – Conclusão

Introdução

A contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública constitui tema envolto em controvérsias e interpretações extremadas, seja por parte dos órgãos de controle, seja por parte dos advogados. Por essas razões, o tema é responsável por considerável número de ações judiciais movidas pelo Ministério Público e de processos de tomada de contas especial no âmbito dos Tribunais de Contas.

As discussões são direcionadas principalmente à possibilidade de contratação direta dos serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação, com amparo no artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Como se sabe, o dispositivo elenca uma das hipóteses nas quais se reconhece a inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da mesma lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

No que se refere à Administração Municipal, o tema possui particular interesse em razão da imensa gama de contratações de serviços de assessoria jurídica, pareceres (consultoria) e advocacia contenciosa, com maior incidência e largueza de objeto nos Municípios despidos de procuradoria própria, composta por procuradores ocupantes de cargos públicos, como também nos Municípios que possuem procuradorias ainda incipientes e dependentes de fomento técnico e aparelhamento.

Neste estudo, abordaremos a configuração jurídica da inexigibilidade para contratação dos serviços de advocacia e consultoria jurídica, analisando especialmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União.

1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os requisitos para a licitude da contratação direta

Em julgado recente, o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de contratação direta de serviços de consultoria jurídica e patrocínio judicial do Município de Joinville (um dos maiores Municípios de Santa Catarina) na retomada dos serviços concedidos de abastecimento de água e esgoto. O serviço era executado pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento há 30 (trinta) anos e, em razão de término de contrato, o Poder Executivo Municipal objetivava transferir a execução do serviço sanitário para a Agência Municipal de Água e Esgoto de Joinville.

O acórdão, cuja ementa segue adiante, foi relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso e enfrentou importantes questões que devem contribuir para diminuir as tensões e colocar rumos nas ações e processos em curso a envolver o tema.

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.¹

Em outra ocasião, o mesmo STF tratou de questão semelhante. No Inquérito nº 3.077/AL, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, foi analisada

¹ Inq. 3074, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Julgamento: 26.08.2014, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-193.

denúncia ofertada contra a então Prefeita e contra o Procurador Municipal (que emitiu o parecer jurídico) pela prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, bem como contra sócios da contratada, pela prática do crime previsto no art. 89, parágrafo único, da mesma lei. No caso, o Município, alegando a necessidade de otimização da receita municipal por meio de serviços de consultoria e capacitação, contratou empresa de auditoria mediante inexigibilidade de licitação. Nesse último julgado, merece destaque o seguinte trecho da ementa:

O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.²

A análise dos dois acórdãos permite a observação de questões centrais sedimentadas na jurisprudência do STF e que não raro são negligenciadas nas ações judiciais propostas pelo MP e nas Tomadas de Contas instauradas pelos Tribunais de Contas:

a) É possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, atendidos os requisitos da lei. As interpretações extremadas que pretendem simplesmente aniquilar a possibilidade fática de contratação direta não se coadunam com os dispositivos 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 impeditiva, o art. 13, incisos II, III e V, da Lei nº 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.

Passemos à análise de algumas dessas questões.

2 A caracterização do serviço contratado

A caracterização objetiva do serviço a ser contratado é o primeiro requisito essencial para a validade da contratação direta. Esse aspecto passa pela adequada percepção do que se deve entender por serviço de natureza singular. O fato é que nem todo serviço é singular; tampouco todo serviço é comum. É ainda possível que serviços *a priori* comuns transmudem-se, a depender das circunstâncias fáticas e das necessidades da Administração, em serviços singulares.

A Súmula TCU nº 39 encampa esse entendimento:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

A característica singular dos serviços de advocacia deve ser apta a exigir a contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas: atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia do funcionamento dos Municípios e demais entidades – desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada (tanto faz quem o executa) por qualquer profissional – não haverão de ser objeto de contratação direta por inexigibilidade. Patrocínio genérico de causas, elaboração de pareceres que não envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados atuantes na área da Administração Pública e pelo órgão técnico jurídico do município não podem ser considerados como singulares.³

Não é demais afirmar que nem todo serviço técnico é especializado. Em acórdão de julgamento

² Inq. 3077, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 29.03.2012, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-188.

³ Nesse sentido, no STJ: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14.12.2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01.02.2006, p. 477. No TCU, dentre outros: Acórdão nº 5.318/2010-2ª Câmara, TC-030.816/2007-2, Rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 14.09.2011.

de Recurso Especial, relatado pelo eminente Ministro Hermann Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça tratou da questão com profundidade:

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: *nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação.* 9. *A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado.* 10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado. 11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços – apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados. 12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso (destacamos).⁴

De acordo com a jurisprudência do TCU, “a regra para contratação de serviços advocatícios é a licitação e a inexigibilidade, exceção, que deve ser precedida da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado”. Ao reconhecer esse posicionamento em determinado voto, anotou o Ministro Benjamin Zymler que a singularidade do objeto é relacionada com “uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado”.

3 Discricionariedade: a possível pluralidade de ofertantes e a comprovação da notória especialização

É sabido que a inexigibilidade de licitação ocorre nas situações em que há inviabilidade de

competição. Em outras palavras, a legislação apenas reconhece no plano jurídico uma situação que reside no plano dos fatos: falta algum dos pressupostos para que uma competição, fulcrada em comparação objetiva, possa ocorrer. É por essa razão que o rol de hipóteses constantes do artigo 25 da Lei nº 8.666/93 é exemplificativo: no plano dos fatos, podem existir diversas situações concretas nas quais a competição não é viável. É comum, contudo, que se interprete a inviabilidade de competição reduzindo seu alcance às situações em que exista somente um ofertante para o bem, produto ou serviço pretendido pela Administração. Na verdade, a exclusividade é somente uma das hipóteses nas quais é impossível competir, consagrada inclusive no inciso I do artigo 25 da Lei de Licitações.

A existência de uma pluralidade de profissionais aptos à satisfação do objeto, como se disse, não descaracteriza a inexigibilidade, tampouco retira a carga de subjetividade relativa à execução do objeto: cada profissional ou empresa o executaria de uma forma, mediante a aplicação de seus conhecimentos, critérios, técnicas e táticas. Diante dessa pluralidade de opções para satisfazer o objeto desejado, a questão que naturalmente surge é a de como escolher a solução que melhor atenda ao interesse público, remanescendo, na espécie, típico exercício de competência discricionária. Cabe à autoridade competente e aos seus auxiliares avaliar, motivadamente, a contratação conveniente e oportuna para a entidade.

Assim é que diante de diversos advogados ou escritórios que sejam portadores de especialização e reconhecimento para a efetiva execução do objeto (serviço singular) pretendido pela Administração, a escolha, que é subjetiva, – mas devidamente motivada – deve recair sobre aquele que, em razão do cumprimento dos elementos objetivos (desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica), transmita à Administração a confiança de que o seu trabalho é o mais adequado (Confira-se, no TCU, o Acórdão 2.616/2015-Plenário, TC 017.110/2015-7, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.10.2015).

No voto condutor do Acórdão prolatado no Inq. 3074, anotou o Ministro Luis Roberto Barroso:

o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da

⁴ REsp 1377703 / GO, Rel. para o Acórdão Min. Herman Benjamin, Órgão Julgador: 2ª Turma, Data do Julgamento: 03.12.2013. Publicação: DJe 12.03.2014.

contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.⁵

O voto do Ministro Dias Toffoli no Inq. 3.077-AL fez referência a outra questão importante: o âmbito de comprovação da notoriedade do profissional ou empresa. Com efeito, uma interpretação muito restritiva do âmbito da notoriedade poderia inviabilizar a aplicação do dispositivo no âmbito municipal e também dar ensejo à caracterização de indesejável reserva de mercado para profissionais determinados:

[Há] profissionais que são conhecidos em todo o país, cujos estudos são tomados como referência aos demais que militam na área. Não haverá, aqui, dúvida alguma de que esses agregam notória especialização. Ocorre que, em sentido diametralmente oposto, existem profissionais que não são nem remotamente conhecidos; recém-formados, sem experiência alguma, sendo igualmente extreme de dúvida que os mesmos não detêm notória especialização. Ocorre que, entre um grupo e outro, se afigura um terceiro, composto por profissionais não tão conhecidos quanto os primeiros, nem tão desconhecidos quanto os segundos. Trata-se, é certo, da maioria, daqueles que ocupam posição mediana: estão no mercado; possuem alguma experiência, já realizaram alguns estudos, de certa forma são até mesmo conhecidos, mas igualmente não podem ser reputados detentores de notória especialização. É que a expressão exige experiência e estudos que vão acima da média, tocante a profissionais realmente destacados. Nesse ponto reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado. Em outras palavras, a notoriedade deve ser aferida no âmbito de atuação da própria entidade contratante. Muitas vezes não haveria sentido em se exigir a contratação de escritórios ou advogados com renome nacional e internacional cujos honorários talvez sequer pudessem ser suportados pelos cofres municipais. Especificamente no tocante à denúncia apreciada, averbou o Ministro-Relator: “Não se apurou, outrossim, que houvesse, naquela região, empresa mais bem capacitada para a realização dos serviços, tampouco que tenha havido descompasso entre o valor do contrato (de R\$139.068,00) e o valor real dos serviços prestados”.

4 Contratação direta e advocacia pública

A existência de quadro próprio de advogados públicos não é incompatível com a contratação

direta, desde que cumpridos os requisitos legais. O ente ou órgão pode se encontrar diante de objeto singular, que requer conhecimentos específicos e diferenciados (considerando-se a estrutura administrativa própria e as capacidades ali existentes), justamente por escapar do que é satisfatoriamente executado pelos Procuradores do quadro ou mesmo ocupantes de cargos comissionados.

Isso pode ser verificado, dentre outras, nas situações: (a) que requeiram conhecimentos específicos e diferenciados (considerando-se a estrutura administrativa própria e as capacidades técnicas existentes); (b) que envolvam teses inovadoras e importantes, com a potencialidade de trazer benefícios financeiros e/ou administrativos para o Município; (c) que necessitem de conhecimentos altamente especializados (STF, Inquérito nº 3.077), inclusive para dirimir controvérsias internas ou para conferir maior segurança à decisão administrativa diante de divergências doutrinárias e jurisprudenciais; (d) que possam periclitar administrativa ou financeiramente a Administração Municipal, restando a situação devidamente comprovada; (e) quando haja conflito de interesses relativamente aos próprios procuradores ou (f) que caracterizem demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço possível de ser executado por servidores ou empregados do quadro próprio, atendidos os demais requisitos (Acórdão nº 141/2013-Plenário, TC 008.671/2011-7, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06.02.2013).

No que diz respeito aos Municípios, a afirmação não implica juízo contrário à existência da advocacia pública municipal, estruturada em carreira, como impõe interpretação sistemática da Constituição. Ao contrário, essa interpretação é necessária para que se compatibilize a aplicação das normas constitucionais e legais com a diversidade imperante no cenário fático municipal: nosso país possui 5.570 Municípios, de portes variadíssimos, sujeitos às mesmas leis gerais. O dever de instituir a advocacia pública municipal não descaracteriza a possibilidade de contratação direta de serviços de advocacia, obedecidos os requisitos tratados. Essa questão, entretanto, merece ser aprofundada em outro estudo.⁶

Conclusão

Tendo como exemplo os precedentes dos Tribunais e a voz da doutrina especializada, não se pode simplesmente presumir a existência de crime e/ou improbidade na contratação direta de serviços

⁵ Inq. 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 26.08.2014, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJE-193.

⁶ Confira-se: MOTTA, Reuder Cavalcante. A (in)compreendida Advocacia Pública Municipal. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 45-54, jan./fev. 2013.

de advocacia e consultoria jurídica, como se tem visto na atuação dos órgãos de controle.

Mais importante do que se preocupar com disputas interpretativas e com a criação de requisitos não impostos pelo ordenamento é conhecer as circunstâncias de cada contratação, avaliar motivadamente a conduta dos agentes envolvidos em cada caso, os benefícios que a Administração objetivou e/ou colheu pela execução dos serviços e a compatibilidade dos valores ajustados com os praticados no mercado. No mais, deve-se afastar

em definitivo a punição dos “delitos de exegese”, trate-se de advocacia pública ou privada.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOTTA, Fabício. A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 24-28, jun. 2016.
