

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PATROCINAR AÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE DA INSTAURAÇÃO DECERTAME. HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE. PREVISÃO NO ENUNCIADO NORMATIVO HOSPEDADO NO art. 74, inciso III e §3º da Lei Federal nº 14.133/2021.

1.RELATÓRIO.

Trata-se, na espécie, de interesse do Município de Duque Bacelar -MA em proceder à Contratação de escritório de advocacia para prestação de serviços advocatícios especializados para propor demanda judicial objetivando a retenção e ao produto da arrecadação do IRRF incidente sobre todos os pagamentos realizados por ele, a pessoas físicas ou jurídicas, impedindo que a Receita Federal do Brasil proceda com a autuação do município relativamente ao período de vigência das Instruções Normativas RFB nº 1.599, de 11 de dezembro de 2015 e nº 2.005, de 29 de janeiro de 2021, condenando, por fim, o ente ao pagamento das diferenças identificadas nos últimos cinco anos e nos anos posteriores enquanto tramitar o processo judicial.

Questiona-se a respeito de se poder qualificar como **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO** a escolha e a contratação de escritório de advocacia para a prestação de serviço especializado em assessoria jurídica para tal fim.

O escopo do trabalho a ser realizado encontra-se descrito no Termo de Referência e na proposta de serviços apresentada pela pretensa contratada.

Convém desde logo ressaltar que a proposta apresentada evidencia que a pretendida contratação se faria sem quaisquer despesas antecipadas para os cofres públicos, ou seja, o labor jurídico ofertado é totalmente **SOB RISCO** (só haverá pagamento quando e se ocorrer benefício financeiro em favor da parte contratante), nada devendo o Município na hipótese contrária.

De outro lado, também cabe referir que o escritório **DANIEL QUEIROGA GOMES – SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA** apresentou documentação que demonstra experiência em assuntos e procedimentos objeto da almejada contratação municipal, restando indubitavelmente comprovados os aspectos que patenteiam não apenas a sua notória especialização nas matérias de que cuida, como detém sólida formação e experiência na recuperação de valores/créditos em demandas que envolvem Municípios.

Superada a análise documental e da capacidade da empresa proponente, cabe demonstrar a justificativa técnica no sentido de bem caracterizar a ocorrência da hipótese de inexigibilidade do procedimento licitatório prévio para a contratação de tais serviços profissionais de advocacia, levando em conta especialmente a urgência que têm os cofres públicos dos recursos que advirão da tarefa sob análise.

É o relatório.

FLS. Nº 444
Rubrica _____

2. FUNDAMENTAÇÃO.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os princípios que regem a Administração Pública, estabeleceu a necessidade de um procedimento prévio formal de escolha para as contratações de obras, serviços, compras e alienações, denominado licitação, a teor o seu art. 37, inciso XXI, *in verbis*:

Art. 37. (...)

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 econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, como regra geral, tem-se a obrigatoriedade de licitação para a celebração de contratos com particulares.

A regra, inobstante sua teologia, não é absoluta.

Com efeito, a disposição normativa encartada no art. 37, XXI, da Carta Constitucional estabelece a obrigatoriedade da formalização e procedimentos licitatórios, ressalvados os casos especificados na legislação.

Assim, possibilitou o legislador constitucional ressalvasse a legislação ordinária casos em que se faria possível a realização, pela Administração Pública, de contratação direta, independentemente da formalização de prévia concorrência.

A exceção deve se fundar, necessariamente, na verificação da impossibilidade ou na inconveniência do certame; na primeira hipótese, inexistiriam contendores habilitados a celebrar o contrato, enquanto na segunda a licitação se afiguraria lesiva aos interesses públicos;

“Dado o caráter geral das disposições sob foco, a legislação, distrital ou municipal não poderá reduzir itens. Embora a aparência sugira tratar-se de rol *numerus clausus*, a doutrina mostrava-se divergente ao debruçar-se sobre o art. 12 do revogado Dec.-lei nº 2.300/86, de reação quase idêntica. Com Razão, porque o art. 13, tal como o antigo art. 12, serve às hipóteses de inexigibilidade agora reunidas no art. 25, e estas são exemplificativas. Com efeito, é possível imaginar-se serviços especializados não previsto no art. 13 e cujo objeto seja insuscetível de licitação, por inviável a competição; é a inviabilidade da competição que determina a inexigibilidade; se viável for competição, devida é a licitação.”

(Jessé Torres Pereira Júnior. Comentários á Leis das Licitações e Contratações da Administração Pública. 4ª Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p.100).

Nesse toar, seguindo a orientação traçada pela Carta Magna, a obrigatoriedade da formalização de certames licitatórios sofre restrições, especificadas, de forma expressa, pela legislação ordinária pertinente à matéria – Lei Federal nº. 14.133/21 a qual, de acordo com o comando insculpido no art. 37, XXI, primeira parte, traçou hipóteses em que a licitação é dispensável e outras em que a concorrência é inexigível.

Aqui há de se fazer uma distinção entre as duas hipóteses.

FLS. Nº 112
Rubrica _____

Na dispensa, é possível a realização de concorrência para obter a Administração às condições de contratação mais vantajosas à sua esfera patrimonial, outorgando o legislador, no entanto, a possibilidade de, por razões de conveniência e oportunidade, ser afastada a exigência; já nas hipóteses de inexigibilidade, não há como se instaurar o certame, vez que há inviabilidade de competição:

“A inviabilidade de competição significa ausência de opção ou alternativa para a Administração Pública. Sempre que existir uma única pessoa ou um único objeto em condições de satisfazer o interesse público, a licitação representaria uma formalidade inútil, cujo resultado seria previsível de antemão.”

(Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 4ª Ed., Ed. Aide, São Paulo, 1195, pág. 150).

Independentemente da sistematização legal, que é muito imperfeita, poder-se-ia dizer que em alguns deles a Administração tem a faculdade de dispensar a licitação, em outros está obrigada a fazê-lo; em dada hipótese está proibida de licitar (motivo de segurança nacional) e que, de par com todos estes existem as situações de licitação inviável, ou seja, em que não comparecem os pressupostos lógicos ou fáticos em vista dos quais caberia efetuar-la. Note-se que o art. 17, I e II, fala em licitação ‘dispensável’ – o que sugere, respectivamente nos primeiros, um assunto já resoluto pela lei e, nos segundos, uma faculdade do legislador – enquanto o art. 25 arrola hipóteses de ‘inexigibilidade’ da licitação, aludindo a situação em que está é inviável.”

(Celso Antônio Bandeira de Mello. “Licitação – inexigibilidade – serviço singular”. Revista de Direito Administrativo (RDA), vol.202, p.365).

Quanto à inexigibilidade, a própria redação do artigo 74 traz a possibilidade e ampliação. O próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática.

Estabelece a Lei Federal nº. 14.133/21, no art. 74, hipóteses em que se afigura insuscetível a instauração de certame licitatório, dada a especialização o serviço a ser contratado. Nesse rol se inclui, consoante se infere do dissecar do enunciado normativo insculpido no art. 74, III, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Colimando a Administração Pública levar a cabo a contratação de serviços técnicos, faculta-lhe a Nova Lei de Licitações declarar – fundamentadamente – a inexigibilidade do certame.

A exclusão do prévio procedimento de licitação deve ter esteio, nesses casos, na especialização do (os) profissional (ais) escolhido (os).

A questão de ser ou não exigível uma licitação não comporta uma resposta genérica, seja em sentido positivo, seja em sentido negativo. Porquanto é consabido que o campo de atuação profissional do Advogado é bastante amplo, compreendendo tanto trabalhos usuais, corriqueiros, de pequena complexidade técnica, quanto situações de extrema dificuldade, alta complexidade, verdadeiramente polêmicas e de enorme repercussão prática, tanto de ordem econômica quanto propriamente jurídica, afetando o direito de pessoas e o próprio interesse público.

O estudo desse problema, portanto, exige muita ponderação, repudiando-se, de uma vez, soluções simplistas e extremadas. Nem se pode dizer que toda contratação direta de Advogados pelo Poder Público é lícita, dado o caráter fundamentalmente intelectual e pessoal do trabalho advocatício, nem se pode por igual afirmar que toda e qualquer contratação de Advogados deve ser precedida de licitação, em face do princípio da isonomia.

Por necessário, cabe afastar um equivocado entendimento que vinha grassando no âmbito de alguns poucos Tribunais de Contas estaduais no sentido de que a Administração Pública estaria proibida de contratar Advogados externos porque a Constituição teria reservado essa função aos Procuradores de seus quarós, admitidos por concurso ou não.

Data vênia, das respeitáveis opiniões discordantes, entendemos que o art. 132 da Constituição Federal, afirmando que “os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria das respectivas unidades federadas”, não tem e não pode ter esse alcance.

A tradição, a praxe e o bom-senso indicam que os assuntos litigiosos sem grande repercussão financeira ou transcendência política para os quais não são requeridos profissionais altamente especializados devam ser resolvidos por bacharéis em Direito com conhecimentos universais, como os que normalmente integram as Procuradorias dos Municípios.

Todavia, quando a tarefa jurídica requer conhecimentos diferenciados e/ou experiência pregressa de elevada monta em determinada matéria, obviamente a solução está na contratação de profissional externo que satisfaça a todos esses requisitos, aos quais deve somar-se à necessária dose do elemento confiança do ordenador da despesa, sendo este um elemento subjetivo impossível de levar em linha de conta na comparação com outros profissionais da mesma área.

Não é objetivo deste trabalho, contudo, tentar esvaziar o disposto no supramencionado art. 132 da Constituição Federal com relação à esfera municipal. Com toda a certeza, a contratação eventual e temporária de Advogados para questões

específicas não é o substituto perfeito da Procuradoria. O que se defende neste Parecer é que uma coisa não é incompatível com a outra.

Na verdade, a contratação de serviços técnicos profissionais de Advogado externo tem sua legalidade ou ilegalidade dependente das circunstâncias do fato, requerendo do intérprete ou aplicador da lei o cuidadoso exame aprofundado de cada específico caso.

O principal aspecto que tem que ser considerado nas contratações de consultoria jurídica externa é o da eficiência e eficácia que deve ser perseguido por todo Administrador Público. Por gerir dinheiro ou interesse público, o Gestor Público age em nome do povo, é um agente da realização do interesse da coletividade. Desse modo, se sua Procuradoria não reunir o melhor conhecimento sobre determinada questão não-usual, será seu dever contratar o profissional que melhor possa desempenhar a função, desde que seu preço esteja dentro dos parâmetros do mercado. Situação que resta configurada vez que fixados os honorários em acordo com o Código de Processo Civil e Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Esclarecidos todos esses aspectos peculiares, impede agora examinar as questões doutrinárias que eventualmente justificam a inexigibilidade de licitação na contratação de Advogados e/ou de sociedade de Advogados pela Administração Municipal.

Remanesce inequívoco, portanto, que a possibilidade de contratação direta, sem licitação, com fundamento na inexigibilidade, se baseia sempre na inviabilidade de competição, entendendo-se como tal a impossibilidade de comparação entre diversos possíveis executantes do serviço pretendido.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu Curso de Direito Administrativo (8ª Ed., Malheiros, 1996, p.332), resumiu de maneira clara e objetiva a questão da singularidade, ensinando que:

“Em suma: 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 ator, **envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual**, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, **e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público**. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito A ou pelos sujeitos B ou C, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de

reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, **serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.**

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata”

A contratação direta sem a realização de licitação se justifica quando se conjugarem a alta complexidade do serviço a ser executado e a notoriedade do executante escolhido. A respeito destacou LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (*in* Direitos dos Licitantes. 3ª Ed., Malheiros, 1992, p.34):

“Se a notória especialização é uma das exceções à regra da licitação, traz, como consequência, a possibilidade de contratações à revelia do procedimento licitatório. E, assim sendo, há de estar bem evidenciado que se conjugam os fatores necessários à sua validade.

De conseguinte, como já afirmado, dois são os fatores que devem, obrigatoriamente, estar presentes;

1) Existência da especialização notória: em síntese, capacidade notória;

2) Necessidade desta especialização notória, por parte da Administração.”

A relevante questão já foi objeto de decisão no Supremo Tribunal Federal. Com efeito, ao relatar o RHC nº 72.830-8-RO (acórdão publicado no Boletim Licitações e Contratos – BLC, Curitiba, nº 10, 1996, p. 521), o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em seu ilustrado voto, acolhido por unanimidade, negando a existência de crime na contratação de Advogados para a defesa de interesses do Estado da Rondônia junto aos Tribunais Superiores, fez a seguinte notável ponderação:

*“Acrescente-se que a contratação de Advogados dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagina-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade **que não sabe conceituar valores.** O mesmo pode ser dito em relação ao Advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res publica.”*

Resulta, pois, possível de deduzir que a importância especial dos interesses públicos a serem defendidos nem sempre se coaduna com uma escolha automática, formal, impessoal, como se todos advogados fossem iguais, já que são pessoas formadas em Direito e inscritas na OAB. É que há situações em que não é irrelevante a escolha deste ou daquele profissional; dependendo da circunstância, fica a Administração obrigada a buscar o concurso do melhor profissional, daquele que se apresente como mais habilitado, em especial quando o assunto não é do perfeito domínio dos Procuradores Públicos.

A propósito, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, em seu art. 6, XVIII, faz uma enumeração (meramente exemplificativa) dos trabalhos que por ela são considerados como “*serviços técnicos profissionais especializados*” e no art. 6, XIX, a definição de “notória especialização”.

Nos diversos incisos desse artigo, para os efeitos deste estudo, cabe mencionar as referências a estudos técnicos, pareceres, assessorias ou consultorias técnicas, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e, ainda, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal. É certo, pois, que o objeto da contratação em exame se enquadra dentro daquilo que a própria Lei já considera como serviços técnicos profissionais especializados.

Essa enumeração está diretamente relacionada com a questão da inexigibilidade de licitação, que é disciplinada pelo artigo 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, que comanda:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

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: (g.n.)

Já o § 3º desse mesmo dispositivo, traz o conceito legal de notória especialização nos seguintes termos:

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Ou seja, é a própria Lei Federal nº 14.133/21, em seu art. 74, § 3º, que estabelece o que vem ser a notória especialização. É aquela detida por profissional ou empresa, no campo de sua especialidade.

É quase unânime que o conceito de notória especialização traz em si mesmo certa propensão à ambiguidade. Tem-se embutido aí, para alguns, a característica de exclusividade. A ser verdade isso, seria redundante o inciso III do art. 74 da referida Lei. Neste particular, corrobora a sempre veiculada jurisprudência do TCU quanto ao assunto,

calçada no destacado voto do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, constante da Decisão-TCU nº 565/95, parcialmente transcrito a seguir:

“Portanto, no meu entender, para fins de caracterizar a inviabilidade de competição e conseqüentemente a inexigibilidade de licitação, a notória especialização se manifesta mediante o pronunciamento do administrador sobre a adequação e suficiência da capacidade da empresa para atender ao seu caso concreto. Logo, num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha ‘notória especialização’: será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.”

E, conforme ensina Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª Edição, Dialética, São Paulo, 1998, p. 265, “*não se exige que o profissional tenha reconhecimento de sua capacitação e especialização perante a comunidade. Exige-se, isto sim, que se trate de profissional destacado e respeitado no seio da comunidade de especialistas em que atua.*”

Por isso mesmo, permitindo-nos reafirmar o que foi dito, não é de se admitir que a notória especialização requeira, necessariamente, o caráter de exclusividade. E dessa forma, não se está aqui a defender que somente a empresa futuramente contratada poderia ser a única a executar, de forma competente, os serviços objetos do ajuste. Pode haver outros. Mas a competição entre eles encontraria óbices práticos, estratégicos e quiçá legais.

Em razão do exposto, considerando que até então o procedimento não apresenta irregularidades que acarretem vícios de legalidade e tendo em vista os preceitos legais que regem a matéria, opinamos pelo prosseguimento do processo em seus ulteriores atos.

3. RECOMENDAÇÕES.

É imperioso ressaltar ainda que, não obstante se tratar de situação de inexigibilidade de licitação, todas as outras condições referentes a esse procedimento devem ser atendidas, tais como: plena capacidade e personalidade jurídica para contratar, capacidade técnica, idoneidade moral e financeira, regularidade fiscal etc., enfim, todos os requisitos exigidos na lei para o processo de habilitação da pretensa contratada.

Ademais, é de perspicua relevância que sejam examinadas a documentação comprobatória de habilitação jurídica e a regularidade fiscal, outrossim, o prazo de validade das aludidas certidões, conforme exigência dos artigos 62 e seguintes da Lei nº. 14.133/21.

Observe-se que a inexigibilidade deve ser ratificada pela autoridade competente e regularmente publicada.

Destarte, pelas circunstâncias elencadas no caso em apreço, com arrimo na melhor doutrina e em recentes julgados do TCU, ousamos afirmar que não há qualquer óbice legal quanto à possibilidade de se realizar contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com a ressalva de que devem ser observadas as recomendações deste parecer.

Isto posto, e considerando que:

- a) O exame da documentação (prestação de serviços similares, exame curricular e resultados concretos) apresentada pela banca advocatícia proponente, serviu para confirmar que ela é dotada de notória especialização, com experiência profissional perfeitamente adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública para a sua contratação temporária, ou seja, que ela é versada exatamente naquilo para o que o Município necessita de assessoramento jurídico com o fito de receber valores repassados equivocadamente a União Federal, em decorrência da interpretação equivocada quanto ao conteúdo do art. 158, I, da CF/88, na qual originou o Tema 1130 do STF, para garantir ao Município o direito à retenção e ao produto da arrecadação do IRRF incidente sobre todos os pagamentos realizados por ele, a pessoas físicas ou jurídicas, referentes aos anos de 2017 até a data do trânsito em julgado da ação, valor este a ser devidamente corrigido desde a data em que devido.
- b) Em razão da prescrição quinquenal, o Município de Duque Bacelar - MA vem deixando de aumentar sua receita mensal, de modo a ter urgência na propositura de demanda judicial.
- c) A Constituição Federal não veda a assinatura de acordo para prestação de serviços advocatícios terceirizados à Administração Pública municipal;
- d) O escritório profissional cuja contratação é objeto desta análise está oferecendo serviço jurídico totalmente diferenciado (de outras ofertas já recebidas) na sua concepção operativa;
- e) O labor ofertado não produzirá qualquer tipo de desembolso aos cofres municipais se não houver incremento da receita decorrente do serviço a ser prestado;

4. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, atendidas as recomendações dispostas neste parecer jurídico, opina-se pela possibilidade jurídica de contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 74, inciso III, da Lei nº 14.133/21, para os serviços advocatícios citados, uma vez que os mesmos preenchem os requisitos fáticos e jurídicos, não recaindo qualquer irregularidade na forma a ser contratada, ficando, todavia, a decisão de mérito

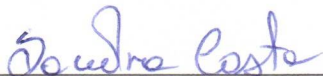
acerca da conveniência, oportunidade, necessidade e viabilidade orçamentária a cargo da autoridade consultente.

Por fim, ressalte-se que o presente arrazoado tem caráter meramente opinativo, não vinculando o administrador em sua decisão, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº. 24.073, rel. Ministro Carlos Velloso.

Opina-se, outrossim, pela remessa dos autos à autoridade competente para promover a autorização da contratação, nos termos do art. 72, VIII, da Lei nº 14.133/21.

É este o Parecer que submeto à apreciação da Autoridade Superior Competente.

Duque Bacelar 10 de abril de 2024.



Sandra Costa
Procuradora
OAB/PI 4650

FLS. Nº 119
Rubrica