Michel Neto: Poder público pode contratar assessoria jurídica sem licitação

Para tratar o presente tema, inicialmente cabe indagar-se em que circunstâncias os serviços técnicos profissionais especializados de advocacia possuem natureza singular, que sua prestação deva se dar por profissionais de notória especialização, tornando inviável a seleção por meio de processo licitatório. A resposta tem sido apresentada pela doutrina e pela jurisprudência.

Em obra que enfrenta verticalmente a matéria, o jurista Rubens Naves (*Advocacia em defesa do Estado. São Paulo: Editora Método, 2008.)* estabelece os diversos ângulos de exame a partir dos quais a singularidade de um dado serviço pode ser observada.

Primeiramente, tal qual se encontra na lição de Marçal Justen Filho[1], divide-a em objetiva e subjetiva:

> *"… pode-se dizer que o serviço é singular em virtude de suas próprias características, que o diferenciam de outros, ou que ele o é porque depende de qualificações especiais da pessoa que irá executá-lo."*

A partir de um ponto de vista objetivo, isto é, centrado no serviço que será executado, Marçal Justen Filho observa :

> *"(…) É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional 'especializado'. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda especializado)."[2]*

Ocorre que este ângulo de apreciação, fundado no objeto do serviço a ser prestado, não dá conta da totalidade do universo semântico contido na expressão *serviço singular*.

Singularidade e confiança
Mesmo os autores que fixam sua conceituação nesse elemento, acabam por conceber a necessidade de atenção ao aspecto subjetivo essencial nesta matéria. É o que se vê na obra do mesmo eminente Marçal Justen Filho, ao tratar, precisamente, do exemplo dos serviços advocatícios:

> *"… O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas no mundo real.*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> *"Ora, essas circunstâncias significam que cada sujeito encarregado de promover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas. As soluções serão tão variadas e diversas entre si como o são as características subjetivas da criatividade de cada ser humano."*[3]

Pelas mesmas razões que se destacaram neste excerto, é possível identificar-se a necessidade de que, na consideração da expressão utilizada pela Lei *serviço de natureza singular*, seja o intérprete obrigado a enfrentar a questão sob o ponto de vista subjetivo, isto é, dos atributos do prestador dos serviços que, anteriormente à consideração da notória especialização (circunstância passível de aferição objetiva), imprimem especialidade na execução do serviço.

Por isso, afirma Adilson de Abreu Dallari[4], que se dá a singularidade do serviço *"quando o fator determinante da contratação for o seu executante, isto é, quando não for indiferente ou irrelevante a pessoa, o grupo de pessoas ou a empresa executante"*.

Afastando-se de um posicionamento extremado, seja no que tange à necessidade do elemento objetivo na caracterização da singularidade (não parece razoável sustentar-se a existência de um serviço que, sendo técnico, isto é, sendo passível de execução a partir da conjugação de procedimentos catalogados pelo conhecimento científico, seja também absolutamente inédito, único, sob pena de uma contradição em termos), seja quanto ao elemento subjetivo (não há serviço intelectual que não comporte, no seu modo de execução e na adoção de soluções para o enfrentamento de um dado problema, uma modulação pelo sujeito que o realiza, tornando-o, no limite, único), há doutrinadores que procuram conciliar ambos os aspectos da questão na delimitação da natureza singular de um dado serviço :

> *"Em suma, a singularidade corporifica-se tendo em vista a viabilidade de o serviço, prestado por determinado profissional, satisfazer as peculiaridades do interesse público, envolvido no caso particular. Deve-se verificar se esse interesse público é peculiar, tendo em vista o valor econômico ou o bem jurídico em questão, ou se a tutela revela-se complexa, demandando serviços especializados. A especialidade do interesse público justifica a seleção com base em uma avaliação complexa, abrangendo critérios de natureza subjetiva. A Administração deverá apurar quais são os profissionais mais habilitados a atendê-la e, entre esses, optar por aquele cuja aptidão (para obter a melhor solução possível) mais lhe inspire confiança."*[5]

Chega-se, assim, ao núcleo do fundamento pelo qual se autoriza a Administração a proceder à contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados de consultoria e assessoria jurídica, qual seja, a impossibilidade de afastar-se o elemento de confiança, para a formulação da sustentação jurídica das concretas decisões por meio de que a Administração Pública implementa uma dada política pública. Se cabe ao administrador público decidir, entre alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico, a concreta manifestação do interesse público a ser perseguido mediante a execução de uma específica política pública, então, não se pode prescindir de assessoria e consultoria jurídica acolhida sob o signo da confiança.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O processo licitatório tem como seu pressuposto teleológico a possibilidade de aferir, a partir de elementos prévios objetivos e catalogáveis, a melhor proposta que atenda ao interesse público concreto.

Pois bem, um limite ao estabelecimento de critérios objetivos de seleção é a confiança, como elemento indissociável da defesa do ponto de vista do administrador público na formulação das políticas públicas.

Esta consideração constitui o fundamento, a partir do qual também a Jurisprudência vai se orientando no juízo acerca das contratações diretas para a prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica, conforme pontificou o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a 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 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança”.[6]*

Apesar da decisão acima discorrida tratar de processo criminal, relevante notar que o ministro relator atentou em incluir na ementa resumo de obra de sua autoria na qual afirma que há serviços profissionais técnicos especializados que a Administração deve contratar sem licitação e que o profissional contratado deve ser escolhido de acordo com o grau de confiança que a própria Administração deposita nele, independentemente da existência de outros profissionais que realizem o mesmo serviço.

Pertinente ainda mencionar trecho da Ministra Carmem Lúcia ao acompanhar o voto do Relator na AP 348, ao se pronunciar que:

> *"Um dos princípios da Licitação, postos no art. 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

inexigibilidade de licitação – art. 25 c/c art. 13."

Como se vê, a confiança constitui aspecto subjetivo insuperável, que impossibilita a seleção segundo critérios objetivos, catalogáveis num edital de licitação.

Há de esclarecer-se, então, por que a confiança é um elemento relevante o bastante para afastar da atuação da Procuradoria Municipal os serviços em questão (prestação de serviços de consultoria especializada e acompanhamento de processos perante o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo), mas não, por exemplo, o contencioso fiscal da Municipalidade.

Realmente, no Estado Democrático de Direito, a prestação de contas junto ao ente de controle externo não constitui evento excepcional, mas é da própria natureza do chamado sistema de *freios e contrapesos*. Mas, por isso mesmo, há de serem acometidos ao Poder Executivo instrumentos efetivos pelos quais se lhe assegurem o exercício do múnus conferido pelo poder democrático.

Dito noutros termos, como corolário da harmonia e separação de poderes, compete ao representante eleito democraticamente para ocupar o Poder Executivo o desenvolvimento concreto de políticas públicas que integram sua plataforma política e que devem ser formalizadas dentro do arcabouço institucional e jurídico dado pela ordem pública brasileira. A outra face desta chamada concretização de políticas públicas refere-se, precisamente, à prestação de contas juntos às instituições de controle e demonstração, conforme o princípio de convencimento, da adequação dos instrumentos utilizados ao ordenamento pátrio.

Embora seja um lugar-comum a afirmação de que os entes de controle limitam-se a exercer um exame de legalidade e de que o juízo de mérito da ação administrativa seria exercido exclusivamente pela Administração, a análise atenta do nosso ordenamento demonstra que este é tão somente um dogma repetido sem muita reflexão. A Constituição da República, no *caput* do art. 37, ao introduzir entre os princípios da Administração aquele da eficiência alargou enormemente o âmbito de cognição dos demais Poderes sobre a esfera da política pública considerado *in concretu*, dada a ampliação da ideia de legalidade.

Não por outra razão, lê-se nos art. 70, *caput*, e 71 da Constituição da República, quanto à competência do Tribunal de Contas da União (e, pelo princípio do paralelismo, quanto à competência dos demais Tribunais de Contas) :

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

(…)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

> *Art. 71 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União…*

Isto significa, portanto, que constitui condição *sine qua non* para que o Administrador possa desenvolver e concretizar a política pública por ele defendida e para a qual foi eleito democraticamente, que ele conte com uma consultoria jurídica alinhada aos seus propósitos, sob pena de frustrarem-se, pela estagnação e emperramento institucional, suas iniciativas legítimas. Nada tem de irregular que procure o Administrador fazer valer, pelo exercício do contraditório e da ampla defesa junto aos entes de controle externo, o seu ponto de vista enquanto ente legítimo e democraticamente eleito para concretizar as políticas pelas quais entende plasmar o interesse público.

Eis, portanto, a questão nuclear que envolve o juízo acerca da legalidade da contratação direta, com inexigibilidade de licitação, de consultoria jurídica : é legítimo que o Administrador disponha de instrumento institucional e técnico, alinhado com as suas convicções (as quais receberam o beneplácito da ordem democrática que o elegeu) e sob o signo da confiança, para a defesa deste ponto de vista junto à instituição de controle externo.

Notória especialização

Ainda, demonstrado o primeiro requisito para a subsunção da contratação direta ao permissivo legal, qual seja, a singularidade decorrente do inafastável liame de confiança na prestação dos serviços; relevante brevemente atentar que o tema deve ser enfrentado ainda em um segundo requisito.

Importa, então, considerar-se que o mesmo juízo que destaca o elemento subjetivo na contratação de serviços técnicos profissionais especializados, estabelece o limite de objetividade por meio do qual o ordenamento entende como protegido o interesse público de que esta prestação de serviços se dê segundo os cânones da melhor técnica: trata-se da notória especialização.

Assim, *"a notória especialização não é uma causa de configuração da inexigibilidade de licitação, mas de seleção do profissional a ser contratado"* ***[7]***.

Pelo exposto, forçosa a conclusão de que, preenchidos os requisitos da notória especialização e singularidade do serviço prestado — principalmente no que tange o prisma da confiança do administrador público — não há de se falar qualquer irregularidade com relação ao contrato de prestação de serviços técnicos profissionais especializados contratados pela Administração Pública com fulcro no artigo 25, inciso II da Lei de Licitações.

Nesse diapasão, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em situação semelhante à tratada no presente estudo, pronunciou-se nos seguintes termos:

> *"Na presente lide, em que pese a contratação ter ocorrido sem a realização de licitação o escritório de advocacia contratado demonstrou, por meio de documentos, que possui área de atuação diferenciada, especificamente em causas administrativas e de interesse do Tribunal*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de Contas (fls. 288/292).

É certo que os advogados do Município não guardam condições técnicas específicas para o acompanhamento de processos de ordem jurídica e contábil como os trabalhos desenvolvidos perante o Tribunal de Contas. E a especialização do escritório de advocacia contratado é evidente.

Pode-se afirmar, então, nesse caso que a especificidade dos advogados é que determinará a exigibilidade da licitação ou não. A escolha deve obedecer, portanto o princípio da razoabilidade, considerando-se um conjunto de circunstâncias.

*E no presente caso. A dispensa da licitação foi regularmente utilizada."**[8]***

[1] *Ainda a inviabilidade de competição para contratação de serviços técnicos profissionais especializados*, Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 2, n. 17, p. 2.064, maio 2003. *Apud :* NAVES . *Op. cit.* p. 56

[2] *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12.ed. São Paulo : Dialética, 2008. p. 350. comentário n. 7.3 ao art. 25.

[3] *op. cit.* p. 349. comentário n. 7.2 ao art. 25.

[4] *Aspectos jurídicos da licitação. Apud* : NAVES. *Op. cit.* p. 57.

[5] NAVES. *Op. cit.* p. 61

[6] STF. Ação Penal n.º 348-SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, DJ de 03.08.2007.

[7] JUSTEN FILHO. *Op. cit.* p. 352. comentário n. 7.5 ao art. 25.

[8] TJSP. Apelação nº 0003330-62.2009.8.26.0075 – Comarca de Santos – Rel. Des. Franco Cocuzza – Julgado em 22.10.12

Date Created
12/01/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.