

Câmara Municipal de Jussara

Outros

PARECER

I – SITUAÇÃO FÁTICA

A Comissão de Licitação da Câmara Municipal de Jussara, nomeada pela Portaria nº 001 de 25 de abril de 2011 atendendo a determinação do Excelentíssimo Senhor Presidente, indaga a esta procuradoria acerca do procedimento necessário para contratação de Empresa especializada para promover para a adoção de procedimento judicial e extrajudicial para pleitear junto ao INSS os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição social sobre exercentes de mandato eletivo realizada durante o período de janeiro de 1998 a setembro de 2004.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre-nos destacar que as normas brasileiras determinam como regra geral que, a Administração Pública ao contratar serviços e obras das quais necessita, o faça por processo licitatório. Referida determinação está insculpida no artigo 37, XXI, da Carta Constitucional.

Ocorre que, muito embora a obrigatoriedade de licitação seja essa uma previsão estabelecida na CF/88, não regula todas as hipóteses jurídicas para cada caso concreto, ressaltando, os casos especificados na legislação.

Segundo o jurista Mauro Mattos, justifica-se tal hipótese de contratação direta sem licitação quando a necessidade e finalidade do Poder Público se enquadra nos preceitos legais. Estão tais hipóteses contempladas nos artigos 17, I e II (caso específico das alienações), 24 e 25 da Lei 8.666/93:

Nestes casos, a legislação federal permite a contratação direta do advogado, por ser singular a prestação do seu serviço e, nesse sentido, por ser inviável a competição:

Acerca do referido tema, Celso Antonio Bandeira de Mello (Licitação – Inexigibilidade – Serviço Singular, p. 365) entende que:

“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 “dispensada”, ao passo que o art. 24 refere casos de 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 hipótese de “inexigibilidade” da licitação, aludindo a situação em que esta é inviável. Ademais, a hipótese apontada como de licitação “dispensável”, prevista no art. 35, IX, como dito, é, na verdade um caso de licitação proibida, embora

Câmara Municipal de Jussara

a lei n. 8.666 (ao contrário do diploma anterior) não a tenha categorizado de tal modo.”

Após análise do consagrado mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, se constata que o artigo 25 da Lei 8.666/93 inexistia a licitação quando houver inviabilidade de competição, sendo que o seu inc. II estipula:

“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.”

A enumeração do art. 25 é exemplificativa e permite a contratação na hipótese dos casos em que é inviável a competição, dada as peculiaridades e circunstâncias que o caso comporta.

Ao ente público tomador dos serviços cabe a aferição da conveniência e oportunidade da contratação, sempre observando sua margem de discricionariedade. Sendo certo que o art. 13, inc. V, da lei em comento, considera como serviço técnico profissional especializado os trabalhos de:

“V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.”

A lei 8.666/93, conforme já dito, contempla a inexigibilidade de competição quando houver inviabilidade da mesma, dada a natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (inc. II, art. 25).

Assim, existe permissão legal quando for 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 serviços relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Bem como quando houver natureza singular do serviço, quanto a este requisito Celso Mello, diz:

“Os que se revestem de análogas características. A produção de um quadro, por um artista, é singular pela natureza íntima do trabalho a ser realizado. **De modo geral, são singulares todas as produções intelectuais** ou artísticas, realizadas isoladas ou conjuntamente, por equipe, sempre que o trabalho a ser produzido pelo cunho pessoal (ou coletivo) expressado em características técnicas, científicas e ou artística”.

Desta forma, verifica-se que a contratação do escritório indicado **GUSMÃO ANDRADE ADVOGADOS** perfeitamente se encaixa na situação de desnecessidade e inviabilidade de

Câmara Municipal de Jussara

processo licitatório para sua contratação, uma vez que a criação intelectual que rege a advocacia é única e individual sendo fruto da criação de cada profissional, bem como, por possuir o escritório selecionado conhecimento especializado específico sobre os temas que versam os processos em que se prestará o serviço.

Segundo o Professor Bandeira de Mello, não é aferível a intelectualidade e o poder de criação dos profissionais liberais da advocacia, por ser variável de um para o outro. Isso por que, verifica-se inviável viabilizar a competição da aferição da melhor prestação de serviços advocatícios para o ente tomador do serviço, eis que o mesmo depende de implementação futura. Ou seja, **“a necessidade de confiança”** é, pois, um elemento relevante para o reconhecimento do serviço como singular, ou, quando menos para auxiliar tal reconhecimento.”

O STF através do competente Min. Velloso, deixou consignado na relatoria do julgado (RHC n.º 72830-RO, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª t., julgado em 20/10/95, DJ de 16/2/96, pág. 2999, ementário vol. 1816-01, pág.161), que o trabalho intelectual do advogado é impossível de ser aferido mediante processo licitatório, descartando a hipótese do preço mais baixo ser a melhor opção para o tomador do serviço. Pela peculiaridade da prestação de serviço do advogado, assim disse o ilustre julgador: (grifos adotados)

“Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação 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 pública.**”

Com isso temos que o STF julgou lícita a contratação de advogado sem o processo de licitação, bem como que a suprema corte entende pela singularidade da prestação de serviço intelectual ministrada pelos advogados e por ser pessoalíssima tal prestação de serviço, e inviável à competição, afastando com isso o dolo ou o prejuízo ao patrimônio público.

Este julgado representa precioso precedente, pelo fato de ter sido construído pela Suprema Corte, responsável pela interpretação e guarda da Constituição, que claramente fixou que a contratação direta de advogados, sem a realização do processo licitatório, não agride ao art. 37, XXI, da CF.

Porém, alerta-se que para satisfazer a conveniência administrativa e a norma, é necessário que o advogado contratado tenha uma mínima qualificação, devendo ser capaz de demonstrar a sua capacidade de articulação jurídica que será colocada ao dispor do tomador do serviço.

Por ser esta um prestação impar de serviços, baseada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedida fica a aferição plena da competição, tendo em vista o fato de se licitar coisas iguais e não homogêneas.

Câmara Municipal de Jussara

Nesta mesma esteira de pensamento a Consultora da União, Dra. Mirto Fraga, no Parecer n. GQ-77, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em Processo n. 0001.000723/92-54, fortalece as colocações feitas anteriormente quando afirma:

“Nos termos da Lei n. 8.666, de 1993, o serviço técnico profissional especializado de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, v) para o qual é inexigível a licitação deve ser um serviço, de natureza singular, isto é, extraordinária, para, incomum, especial”. Em defesa da notória especialização como forma de revelação da singularidade, a doutrina vem entendendo que é esvaziada a competição: “quando o profissional for de notória especialização e o objeto do contrato revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda a qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo.

A singularidade do advogado está obviamente interligada a sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais dos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras. “

A propósito, esclarecedoras foram as palavras do Min. Joaquim Barbosa, em recente despacho no Inq. n.º 2.045/MG, ao se discutir sobre a prestação de serviços específicos de advocacia ao Município de Belo Horizonte, relacionados a questões urbanísticas e eleitorais:

“(…) nos termos da Lei de Licitações, para se configure hipótese de inexigibilidade há de se tratar de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração. Caberá ao administrador público, dotado de poder discricionário, sem se afastar do princípio da moralidade administrativa, apontar as hipóteses de singularidade do serviço. Com efeito, a singularidade do serviço e sua relevância para a Administração podem resultar de inúmeras situações de fato, e, sobretudo no tocante à atividade de assessoramento técnico-jurídico, afiguram-se muitas vezes, na prática, difíceis de precisar”. (Inq. 2.045/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 23.10.2003).

Verifica-se, dessa forma, que o elenco de situações previstas nos incisos do referido dispositivo não é exaustivo, mas apenas exemplificativo, sendo inexigível a licitação também quando se configurar qualquer outra hipótese em que seja inviável a competição, E isto ocorre no caso em questão, onde, conforme acima se demonstrou, não existe a possibilidade de competição em virtude das características peculiares de que se revestiram as contratações.

Câmara Municipal de Jussara

No caso concreto, o escritório de advocacia contratado ira prestar serviços específicos junto a Receita Federal do Brasil e Justiça Federal em processos que por certo tramitarão nos Tribunais Superiores, que trazem complexidade que justificam a procura por especialistas, afastando a atuação da Procuradoria do Município nestes processos que estará comprometida com as demais demandas ordinárias do Município, quais sejam a orientação diária da Administração Pública e atuação em inúmeros processos administrativos e judiciais comuns.

Quanto, à notoriedade, a questão inicial é: qual o critério que permite qualificar uma empresa ou uma pessoa como dotada de notoriedade?

Citando Adilson Abreu Dallari trata-se de um “difícil problema para ser solucionado. Sobre essa questão assim se manifestou Hely Lopes Meirelles: não há padrões objetivos para se identificar a notória especialização a que se refere a Lei. Por isso mesmo, há que ser reconhecida por critérios subjetivos do conceito geral que goza o profissional ou empresa no campo de sua especialidade. Esse conceito se forma pelo bom desempenho do especialista ou da firma especializada em serviços anteriores, aliado aos estudos, experiência e publicações técnicas ou científicas sobre a matéria, atestando a capacidade e a idoneidade profissionais...” (in Aspectos Jurídicos da Licitação, 4ª ed. p.52).

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles no seu livro Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed. p.98, define serviço técnico especializado:

“no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral - aprofundou-se nos estudos no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios...”

Ademais, temos que o escritório contratado atende a um dos principais requisitos que definem a singularidade do objeto, qual seja, possuem a “confiança” do gestor do Município e da sua equipe de trabalho.

Note-se, ainda, que outro não tem sido o entendimento de nossos tribunais no que diz respeito ao tema da inexigibilidade de licitação para os casos de advocacia especializada. Veja-se, por exemplo, o que decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em recente acórdão. Confira-se a ementa, in verbis:

“LICITAÇÃO. Prestação de Serviços de Advocacia Especializada. Inexigibilidade. É inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização. Serviços singulares são aqueles que apresentam características tais que inviabilizam, ou pelo menos dificultam, a sua comparação com outros; notória especialização tem o profissional que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação. Preenche tais requisitos a prestação de serviços de advocacia junto aos

Câmara Municipal de Jussara

Tribunais Superiores prestados por profissionais de notório saber jurídico e larga experiência na área do Direito Público, na defesa da causa de grande valor patrimonial para a Administração Municipal.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que o mandato é contrato intuitu personae, onde o elemento confiança é essencial, o que o torna incompatível com a licitação (Ap. Cível 6.648/96)".

Diante de todo o exposto, nota-se que a contratação pretendida em momento algum desatenderá os requisitos legais e, muito menos, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Conclusão

A licitação pública é um procedimento administrativo que tem por objetivo selecionar a melhor proposta para a Administração Pública⁴⁸. Como o serviço prestado pelo advogado é singular, excetuando-se das regras que são voltadas para a competição do menor preço, a inexigibilidade do certame é uma consequência natural.

Por igual, como no trabalho intelectual do advogado não existe o "equivalente perfeito", salta aos olhos, que a competição fica esvaziada. Neste caso, a legislação federal permite a contratação direta do advogado, por ser singular a prestação do seu serviço:

"Os bens singulares, consoante se disse, é que não são licitáveis. Um bem se qualifica desta maneira quando possui individualidade tal que o torna inassimilável a quaisquer outros. Esta individualidade pode provir de o bem ser singular: a) em sentido absoluto; b) em razão de evento externo a ele ou c) por força de sua natureza íntima."

Ademais ressalta-se que contratação não se deu para a realização de advocacia "ordinária" - no sentido de simples, comum e diária - mas sim de serviços específicos em processos que envolvem alto grau de indagação, alta complexidade ou ainda alto valor patrimonial.

Pelo exposto, concluímos ser totalmente inviável o certame competitivo para aferição da melhor prestação de serviço advocatício, em total sintonia com o posicionamento do STF e dos precedentes judiciais e administrativos narrados anteriormente.

Este é o nosso parecer.

Jussara(BA)., 04 de novembro de 2011.

Adriano Gonçalves de Queiroz
Procurador do Município