

À Sua Excelência o Senhor
Conselheiro Joaquim Alves de Castro Neto
Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás

Goiânia, 16 de outubro de 2020.

Assunto: Manifestação do IDAG nos autos da Consulta Pública (Edital nº 001/2020), acerca do regime jurídico da contratação de serviços técnicos jurídicos, contínuos e corriqueiros (assessoria jurídica em sentido amplo), em face das disposições da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 8.906/94 e da Lei nº 14.039/2020.

Senhor Presidente,

Ao tempo em que o cumprimos pela excelente gestão à frente do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás – TCM, apresentamos neste documento, resumidamente, as contribuições do Instituto de Direito Administrativo de Goiás – IDAG para o processo de consulta nº 0211/2020, que trata das “possibilidades jurídicas da contratação de serviços técnicos jurídicos, contínuos e corriqueiros (consistente, como regra, em assessoria jurídica em sentido amplo, sem objeto específico ou especializado) por parte dos Poderes Executivo e Legislativo dos municípios goianos, diante do disposto no artigo 13 e art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93 e artigo 3º-A do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), acrescentado pela Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, nos termos deste edital”.

Na oportunidade, parabenizamos o ilustre Conselheiro Fabrício Motta, relator do processo, extensível a todo o colegiado desta Corte de Contas, pela iniciativa da consulta pública e pelo convite especial, previsto no item 2.2 do Edital nº 01/2020, reconhecendo a importância e o papel contributivo do IDAG no debate de questões relevantes afetas à gestão pública e ao direito administrativo.

Com efeito, o IDAG, fundado em 1998, é uma entidade civil e científica, cultural e independente, que visa a promover e difundir o estudo do Direito Administrativo e da Gestão Pública, promovendo a interação entre os órgãos e poderes estaduais e municipais de Goiás com os mais renomados doutrinadores e instituições acadêmicas do país. Nesse sentido, o IDAG tem obtido pleno

êxito no aperfeiçoamento da legislação, da jurisprudência e da própria Administração Pública de Goiás.

Quanto ao tema consultado, primeiramente, é preciso deixar assentado que, a rigor, os serviços de consultoria jurídica e representação judicial ou extrajudicial da União, dos Estados e do Distrito Federal encontram previsão específica nos artigos 131 e 132 da Constituição da República. Por isso, a presente manifestação tem como foco a contratação de serviços jurídicos contínuos e comuns tão somente no âmbito municipal.¹

Em suma, a questão que se apresenta diz respeito à validade de contratação direta, isto é, sem prévia licitação pública, para a prestação de serviços técnicos jurídicos “contínuos e corriqueiros”, especialmente diante do advento da Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020, que acrescentou o artigo 3º-A à Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB). O artigo 3º-A segue abaixo reproduzido:

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.**” (destacado)

As atividades permanentes, exclusivas ou não do Estado, que por lei ou por vontade constitucional são organizadas em unidades de competência denominadas cargos públicos, devem ser prestadas mediante realização de concurso público (artigo 37, II, da CF). Excepcionalmente, admite-se a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, da CF).

De outro lado, a Administração pode contratar serviços mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados em lei (artigo 37, XXI, da CF).

¹ A propósito do tema, José Afonso da Silva afirmou em parecer juntado aos autos da ADC 45 que: “(...) os Municípios não estão contemplados nessa institucionalização constitucional [arts. 131 e 132 da CF], sem embargo de poderem ter suas procuradorias, como por certo os Municípios das Capitais dos Estados e Municípios maiores as têm. Mas há centenas de Municípios que não as têm, porque sequer comportam manter procuradorias jurídicas como um serviço permanente de sua estrutura. Por isso, têm que recorrer à contratação de um profissional habilitado para prestar-lhes tais serviços, quando as circunstâncias o exigem. Demais, as próprias entidades federadas que têm suas procuradorias e consultorias jurídicas, não raro, se veem na contingência de contratar advogado para pareceres ou para a defesa de seus interesses em juízo.”

No plano infraconstitucional, a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial, “para contratação de **serviços técnicos especializados**, de **natureza singular**, com **profissionais** de **notória especialização**” (artigo 25, caput e II da Lei nº 8.666/1993). Verificam-se, nesse domínio, três conceitos distintos: (i) a especialidade dos serviços, (ii) a singularidade dos serviços e (iii) a notoriedade da especialidade do profissional.

De acordo com o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, considera-se 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 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.**”

Assim, à luz da Lei nº 8.666/1993, notória, ou sejam de conhecimento geral, deve ser a especialização do profissional. Além disso, a sua atividade especializada deve ser essencial e indiscutivelmente adequada para a satisfação do objeto do contrato. Em outras palavras, é imperioso que as habilidades especiais do profissional, que devem ser de conhecimento público, guarde uma correlação lógica, adequada e necessária com o objeto do contrato.

A rigor, antes de constatar a notoriedade da especialização do profissional, a Administração Pública **deve definir o objeto do contrato**, ou seja, **delimitar as características do serviço** a ser contratado. Somente assim o gestor público poderá identificar a essencialidade e a adequação da notória especialização do profissional para fins de comprovação da inviabilidade da competição. Por isso até hoje a singularidade do serviço estava associada à notoriedade da especialização do profissional.

Vale notar que a especialização poderá estar no campo de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades. Nota-se que a especialidade pode residir inclusive nos aspectos ligados ao aparelhamento e equipe técnica do profissional ou da empresa.

De outro lado, o artigo 13, V, da Lei nº 8.666/1993 considera **serviços técnicos especializados** os trabalhos relativos ao “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou

administrativas”. Assim, para fins de contratação direta, a Lei considerou que os serviços jurídicos de representação judicial ou extrajudicial são técnicos e especializados.

Entretanto, embora tenha exigido a singularidade do serviço para fins de enquadramento na hipótese de inexigibilidade de licitação, a Lei nº 8.666/1993 não trouxe um conceito de singularidade. Logo, em tese, um serviço pode ser considerado técnico e especializado sem ser singular.

Nesse contexto, a doutrina se pôs a delimitar o conceito de singularidade a partir da marca pessoal do trabalho a ser produzido, conceito que não se confundia com exclusividade.²

No mesmo sentido, ao lado da notoriedade da especialização do profissional, a singularidade sempre constituiu elemento relevante na justificação da inviabilidade da competição em licitações públicas. Em matéria de contratação de serviços advocatícios, a jurisprudência ressalta ainda a confiança no profissional como marca pessoal relevante para fins de contratação direta (STF, RE 466.705).

A fim de colocar termo à controvérsia acerca da natureza singular dos serviços jurídicos, a Lei nº 14.039/2020 atribuiu aos “serviços profissionais de advogado” a característica da singularidade. A propósito, o Relator do Projeto de Lei nº 10.980, que deu origem à Lei nº 14.039/2020, afirmou categoricamente que:

“[...] concordamos com o explanado pelo nobre autor em suas justificações. Em sua linha de raciocínio, **os advogados, na verdade, são singulares em razão da sua notória especialização intelectual e da confiança depositada pelo seu constituinte.** Somente ao profissional da advocacia é dado realizar assessoria ou consultoria jurídica e o patrocínio ou a defesa de causas judiciais, daí resta evidente a singularidade dos serviços advocatícios”.

Desse modo, parece certo que, agora por expressa previsão legal, as atividades privativas de advocacia são considerados **serviços técnicos especializados e singulares**. Nesse campo o legislador não fez distinção entre atividades corriqueiras ou invulgares. Nada obstante, ao contrário do que sugeriu o Relator do Projeto, o artigo 3º-A da Lei nº 14.039/2020 estabeleceu que os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza,

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 535.

técnicos e singulares, “**quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.**” Aqui reside a celeuma.

Tradicionalmente a ideia de notoriedade da especialização do profissional esteve ligada à noção de serviços complexos, como por exemplo: emissão de pareceres jurídicos em complicados projetos de concessão de serviços públicos, consultas jurídicas em assuntos específicos no domínio do direito urbanístico etc. Todavia, a alteração legislativa parece ter relativizado esta associação em matéria de “serviços do profissional advogado”. Eis o motivo porque alguns se mostram perplexos com a modificação legislativa, já que ordinariamente a simplicidade e a trivialidade não são características compatíveis com a concepção de especialidade.

Entretanto, como dito, deve-se lembrar que **a contratação direta ainda depende da demonstração da notoriedade do profissional.** O parágrafo único do artigo 3º-A da Lei nº 8.906/1994 praticamente reproduziu o artigo 25, § 1º da Lei nº 8.666/1993.

Como já afirmado, a notoriedade está ligada à essencialidade e à patente adequação do trabalho do profissional *vis-à-vis* a demanda do poder público. Não seria demasiado afirmar que os “serviços de profissional advogado” são técnicos e singulares *ope legis*, ou seja, por força de lei, mas nem sempre, em concreto, o trabalho do profissional será essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado.³

É possível perceber que a essencialidade e a adequação são conceitos que podem ser identificados na norma da proporcionalidade, que se acha inscrita no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999⁴ e no artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.647/1942 (LINDB).⁵

A fim de se alcançar o alcance da alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.039/2020, faz todo sentido a invocação da norma da proporcionalidade, pois é certo que **o gestor público deve buscar a contratação pública mais eficiente em termos econômicos**, sem, contudo, deixar de realizar o valioso princípio da igualdade de participação de eventuais concorrentes (artigo 37, XXI, da Constituição da República).

³Fabrizio Motta defende que a notoriedade gera a presunção relativa de singularidade. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/interesse-publicoadvocacia-inexigibilidade-licitacao-nem-tudo-mudou>

⁴ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Assim sendo, a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim.⁶ **Deve-se verificar se existe uma relação de adequação entre o objeto da contratação (serviços jurídicos contínuos e corriqueiros) e a notória especialização do profissional ou da sociedade de advogados.** Isto é, deve-se comprovar que a especialização do profissional promoverá o interesse do ente contratante.

De outro lado, a essencialidade confunde-se com a necessidade. Essencial é algo necessário, indispensável. Pode-se dizer que o exame da necessidade de uma medida, nos termos da regra da proporcionalidade, é um teste comparativo. Isso significa que um ato estatal é necessário quando comparado a alternativas que poderiam ter sido utilizadas para a mesma finalidade. **Com efeito, para fins de contratação por inexigibilidade, a Administração deve demonstrar que inexistente outra medida igualmente eficaz, e menos dispendiosa, para que seja suprida a demanda pública por serviços de profissional de advogado.**

Enfim, no domínio de serviços “contínuos e corriqueiros”, embora seja juridicamente possível a contratação de serviços de profissional de advogado com base no artigo 25, caput, II, da Lei nº 8.666/1993, algumas circunstâncias podem indicar que a contratação direta não se faz necessária ou equilibrada, tais como: (i) o volume da demanda; (ii) a existência ou possibilidade fática e jurídica de criação de órgãos permanentes de consultoria jurídica e representação judicial do Município; (iii) a existência ou possibilidade de criação de cargo de provimento em comissão; e (iv) a análise de custo/benefício das alternativas disponíveis, inclusive de formas alternativas de contratação como o credenciamento ou pré-qualificação.

Por fim, vale ressaltar que as considerações acima apresentadas não se aplicam ao exercício da cobrança da dívida ativa, realizada nos termos da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), em especial aquela relacionada às receitas derivadas, dotadas de coercibilidade e compulsoriedade, como os tributos, cuja cobrança envolve, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, um controle de legalidade possível somente por servidores e advogados públicos em sentido estrito, o que se constitui em uma garantia a favor do contribuinte.

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 171.

Sem ignorar a repercussão que a modificação legislativa produzirá no domínio da improbidade administrativa, são estes os termos pelos quais o Instituto de Direito Administrativo de Goiás - IDAG considera juridicamente possível compatibilizar os artigos 25, caput, II, § 1º e 13, V, da Lei nº 8.666/1993, e 3-A, caput e parágrafo único da Lei nº 8.906/1994, com o artigos 37, II e XXI da Constituição da República, nos exatos termos acima referidos.

Atenciosamente,



Juscimar Pinto Ribeiro

Diretor-Presidente do IDAG