Parecer Jurídico.

Contratação de escritório de advocacia. Inexigibilidade. Possibilidade se houver os requisitos da notória especialização e confiança.

Trata-se de análise da juridicidade da contratação de escritório de advocacia.

De plano, devemos registrar que o parecer é peça opinativa, referindo-se a análise em tese da possibilidade, sem analisar o atendimento dos requisitos pelo contratado, análise esta que cabe ao ordenador de despesas.

**O relatório é sucinto, passemos à fundamentação:**

A Constituição da República Federativa do Brasil foi taxativa ao determinar que a União, os Estados e o Distrito Federal teriam seus órgãos de representação judicial e consultoria integrados por servidores públicos concursados, *in verbis:*

“*Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.*

*§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.*

*§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.*

*§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.*

*Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.*

*Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.*”

Restando clarividente que **não há obrigatoriedade da advocacia pública municipal ser realizada por servidores**.

Via de regra, com exceção das atividades fins, **a municipalidade pode contratar fornecedor dos serviços de que necessite**, conforme se extrai de outro comando constitucional:

“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 e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Aqui também não se pode olvidar da mensagem que o constituinte originário deixou: a regra geral de aquisição mediante pela licitação pela administração conterá as ressalvas legais.

As hipóteses que elidem a submissão ao processo licitatório são as dispensas e as inexigibilidades, sendo esta última a possibilidade que se adéqua ao caso, vejamos os seus requisitos.

Os serviços a serem prestados para suprir as necessidades da administração municipal são do maior relevo e inerentes aos princípios norteadores do Estado Democrático deDireito. Sem a prestação de serviços jurídicos não há como se conferir legalidade à administração.

A alta complexidade da legislação administrativa, que na prática por diversas vezes é ampliada por temas do direito trabalhista, tributário, penal e outros ramos, impõe à administração o investimento em uma estrutura de profissionais, softwares e organização administrativa incompatíveis com o orçamento e porte financeiro do ente, sendo mais viável a terceirização.

As vantagens são fáceis de se verificar, qual a empresa, do porte de uma prefeitura que não terceiriza os serviços de advocacia? Na iniciativa privada a predominância do *outsourcing* demonstra a sua viabilidade econômica, sendo bem mais barato que o estabelecimento de um órgão especializado.

O princípio da legalidade, as normas que regem a administração e os ramos jurídicos afins são bem conhecidos dos operadores do direito que atuam na área, mas para os agentes políticos impõe a consulta a advogados especializados e que inspirem confiança, pois são as opiniões que irão orientar os atos futuros que, muitas vezes pela necessidade, são imediatos. Some-se ainda, o fato de que o gestor é responsável pessoal, civil e criminal por todas as suas decisões, o que requer confiança no advogado.

Desta forma, a contratação se enquadra na impossibilidade de licitação, conforme dispõe o caput do art. 25, II e Art. 13, I, II, III e V da Lei nº. 8.666/93:

*“Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*

*I -* ***estudos técnicos****, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*

*II -* ***pareceres****, perícias e* ***avaliações em geral****;*

*III -* ***assessorias ou consultorias técnicas*** *e auditorias financeiras ou tributárias;*

*(...)*

*V -* ***patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas****;*

*(...)*

*Art. 25. É inexigível a licitação quando houver a inviabilidade de competição, em especial:*

*(...)*

*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;”*

Do texto legal dessumi-se que a lei deixa de exigir a licitação em virtude da impossibilidade de comparar os serviços ou seus preços, uma vez que a padronização do serviço é impossível em virtude da natureza de sua execução e da individualidade de seu executor.

O trabalho do profissional da advocacia, ou de uma sociedade especializada, está diretamente relacionado com a técnica empregada pelos indivíduos participantes, com suas características culturais, conhecimentos científicos e intelectuais, não restando outra opção, senão pela individualidade, espécie bem mais restrita de singularidade.

Neste rumo, tendo em vista que o procedimento licitatório não tem condições de padronizar exigências técnicas, culturais, científicas ou até mesmo intelectuais, nem para comparar propostas diferentes para trabalhos desiguais, chegamos à conclusão de que a contratação de advogado pela administração pública para atender aos critérios de singularidade/individualidade, confiança e notória especialização deverá se dar por inexigibilidade.

Neste sentido, citamos o Prof. Carlos Ari Sundfeld, que em sua obra “Licitação e Contrato Administrativo”, pág. 42, leciona que o supracitado artigo faz referência à impossibilidade de realização do certame licitatório por inexistir disputa entre licitantes, aduzindo que o princípio da igualdade entre os licitantes, sendo um dos princípios norteadores do procedimento licitatório, determina o descabimento quando a Administração está diante de uma disputa impossível.

Não obstante, deve-se levar em consideração que se for realizado um procedimento licitatório para a contratação de serviços de Advocacia, a disputa entre estes profissionais ocasiona a mercantilização da profissão, o que é expressamente vedado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB:

*Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.*

A referida vedação prevista no artigo supracitado é considerada conduta incompatível com o exercício da Advocacia, nos termos do artigo 34, inciso XXV do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, vedando-se igualmente procedimentos que impliquem em inculcação ou captação de clientela, de forma direta ou não. O Advogado não pode “ir” atrás de cliente, ou seja, ao cidadão a lei garante que ele irá escolher o seu advogado sem influências, vedando inclusive a propaganda.

O legislador pátrio atribui especiais prerrogativas aos advogados, em contrapartida lhes impôs vedações:

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

(...)

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

A Ordem dos Advogados do Brasil após exaustivos debates e longa depuração do tema, sumulou a matéria:

OAB – Conselho Federal - Súmula Nº. - 4/2012/COP.

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal."

No exercício do mandato é fundamental existir um elo de confiança com o advogado que irá orientar e representar o órgão e o gestor, e essa confiança está ligada na discricionariedade de que dispõe o Poder Público ao tratar de questões da mais alta relevância jurídica ou política. Não se pode esperar que o administrador tenha objetividade total.

Certamente, a escolha de certos profissionais em detrimento de outros levará em consideração a confiança e segurança de que a atividade será realizada a contento por aquele que se contrata.

**Conclusão:**

Isto posto, opinamos pela possibilidade de contratação de escritório de advocacia, diretamente pela inexigibilidade de licitação, tendo em vista que a natureza do objeto a ser contratado impossibilita a licitação.

Natal, 28 de dezembro de 2016.

Pablo de Medeiros Pinto.

OAB/RN 6.330