

Processo nº 1533/2021-TCE

Natureza: Consulta

Espécie: Chefe de Poder

Entidade: Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão - ALEMA

Consulente: Deputado Othelino Nova Alves Neto, Presidente, CPF nº 585.725.383-72, residente e domiciliado a Rua das Cegonhas, nº 16, Olho D'Água, São Luís/MA, CEP nº 65.065-100.

Ministério Público de Contas: Procurador Paulo Henrique Araújo dos Reis

Relator: Conselheiro Edmar Serra Cutrim



SUMÁRIO: CONSULTA. CONSULENTE. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO. QUESTIONAMENTOS DIVERSOS SOBRE LICITAÇÕES. EXAME DE MÉRITO. CONHECIMENTO. LEGITIMIDADE. PREJULGAMENTO DA TESE E NÃO FATO OU CASO CONCRETO. RESPOSTA. NOTIFICAÇÃO DO CONSULENTE PARA QUE TOMA CIÊNCIA DESTA DECISÃO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS NESTE TCE.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO EDMAR SERRA CUTRIM:

1. RELATÓRIO

Este processo trata-se de Consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, Deputado Othelino Nova Alves Neto, que diante de competência constitucional e legal indagou ao Tribunal de Contas do Estado, os seguintes questionamentos.

(...)

“1. Considerando o art. 3º-A, da Lei nº 8.906/94, incluído pela Lei nº 14.039/2020 e ainda o artigo 13 da Lei 8.666/93, pergunta-se: os serviços de assessoria e/ou consultoria jurídicas são singulares pela própria natureza?”

2. O fato do ente público ter assessor(es) em seu quadro e/ou procuradoria Jurídica é fator impeditivo para contratação de consultoria e/ou assessoria jurídica?

3. Considerando a natureza intelectual do serviço a ser prestado e a necessidade da administração pública, a contratação de serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica poderá se dar para além dos processos excepcionais e/ou específicos?

4. Considerando que cada processo tem sua particularidade e que deve ser analisado com o devido zelo pelo advogado, sendo que inclusive órgãos de controle como o TCU tem posicionamento de responsabilização de parecerista (Acórdão nº 1337/2011 - Plenário e Acórdão nº 5.291/2013 — 1ª Câmara), pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica não são rotineiros, ou seja, são singulares?

5. Quais os critérios objetivos que a administração pública pode utilizar para inferir que os advogados a serem contratados por processo de inexigibilidade detém notória especialização, além dos critérios já previstos, de modo exemplificativo, na legislação (art.25, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.666/93 e art.3º-A, caput e parágrafo único da Lei nº 8.906/94)?

6. Quais os critérios mais adequados para justificar o preço na contratação dos serviços técnicos jurídicos por inexigibilidade?

7. Em contratação para causas específicas, que se busca o proveito econômico para o ente público contratante consistente em deixar de pagar ou receber quantia, possível firmar contrato de êxito? Em caso positivo, em até qual percentual?

8. Preenchidos os requisitos para contratação por inexigibilidade, a confiança na capacidade técnica-intelectual, em última instância, pode ser adotada como critério no processo de escolha do contratado?

9. Por fim, considerando a natureza do serviço público pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica são considerados serviços contínuos?”.

(...)

2. Conduzida a consulta pelo Núcleo de Fiscalização de Controle Externo (NUFIS 1), por intermédio do **Relatório de Instrução nº 1036/2021-NUFIS 1**, que teceu considerações acerca dos questionamentos formulados na consulta pela autoridade consulente, ante o fundamentação do art. 1º, inciso XXI, da Lei nº 8.258/2005 e com supedâneo na norma jurídica acolhida de julgados que examinaram a matéria, na coerência sistemática e lógico-jurídica dos preceitos constitucionais e nos princípios hermenêuticos da unidade da Constituição e da concordância prática ou harmonização.

3. Ao final, o corpo técnico concluiu pelo conhecimento da consulta, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, e pela resposta nos seguintes termos:

“b) com base no art. 1º, inciso XXI, da Lei 8.258/2005 e com fulcro na norma jurídica acolhida de julgados que examinaram a matéria, na coerência sistemática e lógico-jurídica dos preceitos constitucionais e nos princípios hermenêuticos da unidade da Constituição e da concordância prática ou harmonização, **responder** ao consulente que:

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

b.1) a contratação de servidores e ou empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade ou do órgão governamental deve ocorrer por meio de concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal). A celebração de contratos de serviços de assistência jurídica que não integram o plexo das atribuições finalísticas do órgão ou entidade deve, por sua vez, ser precedida de procedimento licitatório (art. 2º da Lei 8.666/1993);

b.2) a disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. Excepcionalmente, caberá a contratação de advogados privados, mediante processo licitatório, desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, como nos seguintes casos: **(i)** demanda excessiva, incompatível com o volume de serviço possível de ser executado por servidores ou empregados do quadro próprio; **(ii)** especificidade do objeto a ser executado; **(iii)** conflitos entre os interesses da instituição e dos empregados que poderiam vir a defendê-la;

b.3) tratando-se de objeto que inviabiliza a competição ou esta não seja necessária ou desejável, deve a Administração Pública dar preferência à realização de contratação mediante pré-qualificação ou credenciamento dos profissionais aptos a prestarem os serviços, na forma do art. 114, da Lei nº 8.666/93, devendo observar o seguinte: **(i)** a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; **(ii)** a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e **(iii)** a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços;

b.4) a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente no art. 25, II, c/c art. 26 da Lei 8.666/93 (necessidade de procedimento administrativo formal, notória especialização profissional e natureza singular do objeto), deve observar: **(i)** inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e **(ii)** cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado;

b.5) é vedada a terceirização dos serviços advocatícios que objetivem o resgate ou recuperação de créditos de natureza tributária, por consubstanciar em atividade típica e contínua da administração tributária (CF, 37, XXII), devendo ser atribuída sua execução a servidores do quadro permanente de pessoal, constituído por advogados públicos, nos termos dos arts. 131 e 132, da Constituição da República, exceto nas hipóteses consignadas no item **b.2**, antecedente;

b.6) fixar entendimento, em interpretação conforme a Constituição do art. 3º-A, da Lei nº 8.906/1994, de que a singularidade não é uma característica intrínseca aos serviços advocatícios. O simples fato de o serviço jurídico ter natureza técnica ou intelectual não o torna necessariamente singular, deforma a inviabilizar a competição pública. Somente os serviços que escape à rotina do órgão ou entidade, de caráter excepcional, incomum à praxe jurídica, de peculiar *expertise*, são considerados de natureza singular, não se incluindo nesse rol as atividades triviais ou rotineiras, que são funções típicas da própria estrutura de advocacia pública que atende a Administração ou que podem ser realizados de modo satisfatório pela maior parte de advogados;

b.7) na contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve a Administração consubstanciar os atos da contratação junto a competente processo administrativo, onde restem demonstrado as circunstâncias e as razões da contratação direta, a escolha do profissional ou da sociedade empresarial e a cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado, na forma do art. 26, da Lei nº 8.666/93;

b.8) para além da previsão contida no art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93, a notória especialização do profissional pode ser comprovada por intermédio de incontroversa qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado, como, por exemplo, formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação e experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes;

b.9) na contratação direta, a Administração Pública deve demonstrar que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional. Essa justificativa do preço deve ser lastreada em elementos que confirmem objetividade à análise, a exemplo de comparação da proposta apresentada pelo profissional que se pretende contratar com os preços praticados em outros contratos cujo objeto seja análogo, conforme preconizado pelo art. 26, parágrafo único, III, c/c art. 113, da Lei nº 8.666/93;

b.10) diante da singularidade do objeto, revelando-se, por qualquer motivo, inviável a competição, e havendo múltiplos advogados ou sociedades de advogados com notória especialização no serviço pretendido, pode a Administração Pública escolher aquele que mais lhe inspira confiabilidade, devendo, entretanto, fundamentar a escolha em processo administrativo formal;

b.11) é possível o pagamento, pela Administração Pública, de honorários contratuais com base em cláusula *ad exitum*, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado ou da sociedade de advogados exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros, calculados de acordo com o valor da causa levantado pela Administração, utilizando-se para tanto, por analogia, conforme art. 4º da LINDB, os critérios e percentuais previstos no art. 85, §3º, do CPC;

b.12) no caso de contrato com cláusula *ad exitum*, o pagamento, pela Administração Pública, deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou administrativa ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço, nos termos do art. 65, II, c, da Lei nº 8.666/93;

b.13) o adimplemento dos honorários contratuais, pela Administração Pública, nos contratos com cláusula *ad exitum*, correrá à conta de recursos alocados no orçamento do órgão ou entidade, em dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros, de acordo com o regime jurídico dos contratos administrativos, disciplinado pela Lei nº 8.666/93 (art. 40, XIV, a c/c art. 55, III), e não se lhe aplica o pagamento mediante dedução da quantia a ser recebida pela Administração, previsto no art. 22, §4º, da Lei nº 8.906/94."

(...)

4. Chamado a se pronunciar, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas - MPJTCE-MA, por intermédio do nº **Parecer nº 1964/2021/GPROC/PHAR**, da lavra do Procurador-Geral, Dr. Paulo Henrique Araújo dos Reis, manifestou-se, em concordância com a informação técnica, com ressalvas pontuais, mas que isso é importante para o processo dialético vez que a ciência jurídica é umas das ciências social mutável que acompanha o comportamento da sociedade em todos os seus contextos.

5. Por despacho vieram os autos a este Gabinete para prolação de voto.

É o relatório.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO:

Trata-se de Consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, Deputado Othelino Nova Alves Neto, que diante de competência constitucional e legal indagou ao Tribunal de Contas do Estado.

2. Em verdade, verifico que o corpo técnico desta Corte de Contas, respondeu a meu entender, satisfatoriamente os pontos questionados aqui tratados, em que pese ressalvas, o que foi de forma assertiva corrigida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas - MPJTCE, em seu parecer, conforme passo a minha explanação sobre o **mérito da causa**, registrando que quando necessário for, usarei da jurisprudência mencionada pelo *Parquet* de Contas, dentre outras colhidas por mim.

3. Cumpre primeiramente enfatizar, que na fase de instrução do processo aqui analisado, foram observadas as regras legais e regimentais.

4. Na mesma toada, o art. 1º, inciso XXI da Lei nº 8.258/2005, determina que ao Tribunal de Contas do Estado, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual, decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno.

5. Já o art. 59, inciso I, da LOTCE-MA, diz também que o Tribunal decidirá sobre consultas quanto à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades, dentre outras: I – Governador do Estado, **Presidente da Assembléia Legislativa**, Presidente do Tribunal de Justiça, Prefeito ou Presidente da Câmara Municipal. **Portanto a autoridade consulente tem legitimidade para formular a presente consulta a Corte.**

6. Enquanto que, o § 3º, do art. 59 da Lei nº 8.258/2005, afirma que a resposta à **consulta** a que se refere este artigo **tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.**

7. Pelo exposto, considerando o Relatório de Instrução nº 1036/2021-NUFIS 1, do Núcleo de Fiscalização de Controle Externo (NUFIS 1), **acolhendo** o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas - MPJTCE-MA, **VOTO** no sentido de que este Egrégio Tribunal decida:

I) Conhecer **da consulta** formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, Deputado Othelino Nova Alves Neto, ante a sua legitimidade conforme prevista no art. 59, inciso I, da Lei nº 8.258/2005, c/c o art. 269, § 2º, do Regimento Interno do TCE/MA;

II) Responder **ao consulente**, conforme fundamentações jurídicas a seguir elencadas:

1. Considerando o art. 3º-A, da Lei nº 8.906/1994, incluído pela Lei nº 14.039/2020 e ainda o artigo 13 da Lei nº 8.666/1993, pergunta-se: os serviços de assessoria e/ou consultoria jurídicas são singulares pela própria natureza?

Como bem ressaltou pelo consulente, a Lei nº 14.039/2020, alterou a Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), acrescentando a esta o art. 3º-A, cujo teor se destaca a seguir:

"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." (meu grifo)

De efeito, cabe assentar, desde logo, que não se rejeita a incidência do adágio latino *in claris cessat interpretatio* (**a clareza afasta a interpretação**), certo que, a nosso ver, todo texto normativo acima não exige a devida interpretação jurídica.

Do referido dispositivo, de antemão, denota-se que apenas quando comprovada a notória especialização dos serviços profissionais oferecidos pelo advogado é que se estará diante de um serviço considerado técnico e singular. Nessa senda, o parágrafo único do artigo qualifica a notória especialização como *status* do advogado em seu campo de atuação, o qual pode ser retratado pela sua experiência, vida acadêmica, bem como dos meios que dispõe para atender seu cliente.

Desse modo, da norma ora comentada, infere-se que, em seu estado puro, os serviços advocatícios não podem ser considerados como singulares sem que haja um elemento que revele a especialização do advogado que o presta. Tal conclusão vai ao encontro do entendimento sedimentado no **Pleno do CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**.

Após julgamento da Proposição nº 49.0000.2012.003933-6/COP, o Conselho Pleno editou a Súmula nº 04/2012/COP, colacionada a seguir: **"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

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.



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." (meu grifo)

Perfilhando a mesma trilha, o Conselho Federal da OAB se manifestou acerca do veto apresentado pelo Presidente da República em face do art. 3º-A, inserido no Projeto de Lei nº 4.489/2019, que alteraria o Estatuto da Ordem, associando a natureza singular do serviço com a notória especialização, como se vê dos trechos a seguir, retirados das Razões para a derrubada do Veto:

Além disso, a Lei nº. 13.303/2016, mais atual, já reconheceu a umbilical relação entre os conceitos de natureza singular e notória especialização, optando pela comprovação da notória especialização do contratado. Com isso, resolveu-se a questão da insegurança jurídica causada pelo conceito de natureza singular, que ainda persiste na Lei nº. 8.666/1993, tão bem abordado no Parecer nº. 167/2019 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado Federal [...] A Constituição Federal estabelece que a licitação só há de ocorrer nos casos em que seja garantida igualdade de condições a todos os concorrentes. No caso da contratação de serviços advocatícios e de contadores, há inviabilidade de competição em condições de igualdade entre as partes, justamente pela impossibilidade da adoção de critérios objetivos de seleção, uma vez que tais serviços são (i) singulares e (ii) realizados com base na confiança de que o profissional irá exercer sua atividade de forma adequada. Os serviços singulares são realizados com "traço eminentemente subjetivo", uma vez que cada advogado "advoga do seu jeito" e cada contador detém o seu "método de trabalho". Tais questões já foram objeto de análise no e. Supremo Tribunal Federal.

O entendimento que parece ser o mais razoável a ser adotado por este Tribunal de Contas é o de que a comprovação da notória especialização já comprova também a singularidade do serviço, posto que, caso contrário, estar-se-ia possibilitando a elaboração de entendimentos de caráter subjetivo sobre o tema, afastando a objetividade expressa na lei. **Explica-se.**

O art. 3-A do Estatuto da OAB, já manifesta através de critérios estritamente objetivos, o que se poderia considerar como serviço de natureza técnica e singular, destacando a qualificação técnica e estrutura propiciada pelo advogado, elementos que obrigatoriamente devem ser comprovados no procedimento de inexigibilidade da licitação.

Conclui-se que o incremento de qualquer outra condicionante para o reconhecimento da singularidade da atividade advocatícia importaria em ônus insuportável sobre os profissionais da área, dos quais já estão sendo exigidos muitos requisitos para tanto.

Busca-se dar contornos mais bem definidos à aferição da singularidade e especialização do advogado. **Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ**, há enorme dificuldade em se avaliar qual advogado é o melhor para ser contratado pela impossibilidade de se estabelecer critério objetivos para essa avaliação, já que se trata de serviço cuja intelectualidade lhe é imanente.

Destaca-se o teor da ementa a seguir transcrita:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS GABINETE DA 1ª RELATORIA DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Quanto à alegada violação ao art. 17, §§ 7º, 8º, 9º, e 10 da Lei 8.492/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em que pese a natureza da ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012. 3. Depreende-se da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização. 4. É impossível aferir, mediante procedimento licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição. 5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). 6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional. 7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. (REsp 1192332/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013) (grifo n.)

O mesmo raciocínio foi adotado pelo **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP** que, nas razões da Recomendação nº 36/2016, considerou-o como fator determinante para recomendar aos membros do Ministério Público que demonstrassem ilegalidades na contratação de advogados, tendo em vista que o procedimento de inexigibilidade, por si só, não seria considerado ato ímprobo, *ipsis litteris*:

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº. 1.192.332/RS (2010/0080667-3), julgado em 12/11/2013, entendeu que é impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição; e que a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço); [...]

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou ímprobo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.

Ademais, deve-se levar em consideração que as soluções fornecidas pelo advogado, ou pela sociedade de advogados, também representam a natureza

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

singular da atividade, tendo em vista que cada operador do direito poderá apresentar um diagnóstico e um prognóstico, do ponto de vista jurídico, para o caso apresentado, de modo que a singularidade dos serviços técnicos decorre da comprovação do caráter singular dos profissionais contratados, e não das causas judicial ou administrativa patrocinadas.

Corroborando com esse entendimento, seguem os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*(...) Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, 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 individualizados repercutirão necessariamente quanto à maior ou menos satisfação do interesse público. Bem por isto, não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito "A" ou pelo sujeito "B" ou "C", ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação. (...) **Foi aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região apontou com propriedades: "se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos (Direito dos Licitantes, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 32)".** (nosso grifo)*

Assim, não se pode, de forma descuidada, considerar o serviço advocatício como "comum" ou "corriqueiro", ao passo que se trata de atividade estritamente intelectual, a qual demanda a atenciosa avaliação de cada caso concreto e a resposta mais efetiva aos problemas do ente público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aduz também que a complexidade e a relevância do serviço, bem como os interesses públicos que gravitam em torno da lide, fazem com que o serviço se torne peculiar. Eis o entendimento da autora sobre o tema:

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer pericia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. (grifo nosso)

Parece evidente que o critério da notória especialização do advogado reforça a singularidade dos serviços de assessoria e consultoria jurídicas, que são de natureza intelectual, sob pena de se obstar qualquer mensuração acerca da singularidade do serviço prestado.

Esta Corte de Contas através do Colegiado Maior (Plenário) em apreciação do **Processo nº 8829/2019-TCE1, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Álvaro César de França Ferreira**, emitiu o seguinte **Prejulgado (DECISÃO PL-TCE Nº. 338/2020)**:

- a) **conhecer da Consulta**, nos termos do art. 59, §3º, da Lei Estadual nº 8.258/2005 c/c o art. 269, inciso I, do Regimento Interno;
- b) manifestar-se no mesmo sentido proposto pelo Relatório de Instrução (RI) nº 1.189/2020-LIDER/NUFIS1, nos seguintes termos:
 1. com base no art. 1º, inciso XXI, da Lei nº 8.258/2005, responder ao consulente que:

1.1) A contratação de serviços advocatícios deverá ser realizada mediante procedimento licitatório formal e poderá ser feita por inexigibilidade quando o serviço for de natureza singular e realizado por profissional ou empresa de notória especialização, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993; (g. n)

(...)

Por oportuno, cumpre destacar, que a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), recentemente sancionada e em plena vigência, trouxe significativas alterações normativas e conceituais estabelecidas tanto no inciso III, quanto no §3º do art. 74, a saber: a) a exigência da natureza singular para a caracterização dos serviços técnicos especializados foi substituído pela necessidade de natureza predominantemente intelectual; e b) enquanto na Lei nº 8.666/93 a comprovação da notória especialização tem como objetivo permitir inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, por sua vez a Lei nº 14.133/21 visa permitir inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato, coadunado-se com a mudança de entendimento da matéria.

Destarte, a natureza singular dos serviços de assessoria e consultoria jurídicas se revela pela notória especialização, definida no parágrafo único do art. 3º-A do Estatuto da OAB, em face das necessidades do ente público, que terá a prerrogativa de optar, de forma discricionária, pelo prestador de serviço que lhe seja conveniente a partir da comprovação da capacidade técnica e operacional do contratado com base em critérios objetivamente explicitados, levando em consideração atuações pretéritas, êxito em demandas judiciais e administrativas, qualificação acadêmica e profissional, independente se o objeto da contratação se tratar da atividade de assessoria jurídica ordinária da rotina administrativa do ente público ou se determinada causa específica.

2. O fato do ente público ter assessor(es) em seu quadro e/ou procuradoria Jurídica é fator impeditivo para contratação de consultoria e/ou assessoria jurídica?

Quanto ao segundo ponto levantado na consulta, há entendimento pacífico de que a existência de membros no quadro da Procuradoria Jurídica dos entes públicos não obsta a contratação de serviços de consultoria e assessoria jurídica, seja por meio de procedimento licitatório ou por meio de contratação direta, desde que atendidos os requisitos legais.

Neste particular, o **Supremo Tribunal Federal - STF**, em controle concentrado², no julgamento da **Ação Direta de Constitucionalidade - ADC 45-DF3**, fixou entendimento que é possível contratação de escritório de advocacia pela Administração mesmo quando exista quadro permanente de advogados públicos, como se lê em trecho do **Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso**.

"Todavia, o fato de a entidade pública contar com quadro próprio de procuradores, por si só, não obsta a contratação de advogado particular para a prestação de um serviço específico. É necessário, contudo, que fique configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública, e.g. em razão da especificidade e relevância da matéria ou da deficiência da estrutura estatal. Pense-se, por exemplo, numa demanda ou situação que exija atuação de advogado no exterior.” (Trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso na ADC 45)

Complementa-se com outro julgado do STF oriundo do **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 1.156.106 – SP**, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, sobre a desnecessidade de que o ente público constitua órgão próprio de procuradoria.

“Posicionamento que tem sido confirmado de forma reiterada em julgados do Supremo Tribunal Federal, que já decidiu, por exemplo, que os municípios não estão obrigados à instituição da figura da advocacia pública (**RE 225.777/MG, Relator para Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24/2/2011, Pleno**), porque ‘não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição’ (**RE no 690.765/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 05/08/2014**), tanto que ‘quando a Constituição Federal quis submeter o legislador municipal à Constituição Estadual previu tais hipóteses expressamente, a exemplo do disposto no art. 29, VI, IX e X, da Constituição Federal’ (**Ag.Rg no Recurso Extraordinário no 883.445/SP, Rel. Min. Roberto Barroso**). No mesmo sentido: **AgReg no RE no 893.694/SE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21/10/2016**.”

Portanto, ao ver, é possível a contratação de escritório de advocacia para realização de consultoria e assessoria jurídica mesmo quando o ente possua quadro próprio de advogados públicos, não sendo este um óbice para contratação.

3. Considerando a natureza intelectual do serviço a ser prestado e a necessidade da administração pública, a contratação de serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica poderá se dar para além dos processos excepcionais e/ou específicos?

A Lei de Licitação, ao dispor sobre os serviços técnicos profissionais, cita os trabalhos relativos a pareceres, assessorias, consultorias, patrocínios ou defesas em causas judiciais e administrativas, atividades estas que só podem ser exercidas por advogados, sem limitar textualmente a atuação de causas específicas ou excepcionais.

Acerca da contratação de advogados por parte de municípios, o jurista José da Afonso da Silva, em parecer proferido nos autos da ADC 45/2016, narra um caso, de sua experiência própria, em que o procurador de determinado Município, ao atuar em processo onde a prefeitura foi condenada a pagar vultosa importância ao autor da ação, decidiu que não iria recorrer da decisão. O prefeito, ciente do caso, contratou escritório de advocacia que recorreu do decisório e reduziu consideravelmente o valor da decisão.

O caso narrado pelo ilustre jurista, demonstra que a análise de “processos excepcionais e específicos” não deve ser realizada de maneira restrita, pois um processo, aparentemente simples, pode ter repercussão completamente diversa de acordo com a atuação do profissional da advocacia. Assim, conclui que a atuação da advocacia consiste em um *munus*, haja vista que sempre existe debate e divergência sobre os assuntos discutidos.

“O que diferencia os objetos jurídicos de outros objetos profissionais é que os segundos, como os objetos da medicina, da biologia, da engenharia etc., são regidos e conhecidos por ciências exatas, enquanto os primeiros são regidos e conhecidos por uma ciência cultural, ciência valorativa, ciência interpretativa; por isso, são dialéticos, conflitivos, pois em torno de um objeto jurídico há sempre dois ou mais advogados em pelega”.

Como se sabe, dentro da administração pública há vultosa atividade jurídica, ao passo que os entes, sobretudo municípios, possuem diferentes estruturas e quadro pessoal para lidar com esse trabalho, o qual envolve atividades de complexidade diversa.

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça, cientes das dificuldades que assolam os municípios brasileiros, tem reconhecido a legalidade de contratação de advogados para realizar assessoria e consultoria, ainda que não sejam exclusivamente para o patrocínio de casos excepcionais e específicos. Dentre eles, destacamos decisão recente do Tribunal de Goiás que considerou legal a contratação de advogados que tenham notória especialização no ramo do Direito Público, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE ASSESSORIA JURÍDICA DO MUNICÍPIO. ESCOLHA BASEADA NA CONFIANÇA. PRECEDENTES STF E STJ. 1. Possível a contratação direta de advogado, pela Administração Pública, uma vez que a escolha de representantes jurídicos é baseada na confiança, haja vista que a competição entre escritórios envolve elementos subjetivos. 2. Em pequenos Municípios a inexigibilidade de licitação permite a contratação de advogados que não são exatamente expoentes altamente titulados, mas possuem conhecimentos e são dotados de alguma experiência em matéria de direito público em nível superior aos que militam normalmente na advocacia cível, criminal ou trabalhista na região, o que permite obter orientações razoáveis por uma remuneração correspondente. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-GO - AI: 00632491320208090000, Relator: Des(a). NORIVAL SANTOMÉ, Data de Julgamento: 20/07/2020, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 20/07/2020). (grifo meu)

Como bem colocado no Relatório de Instrução, a defesa dos entes públicos em juízo cabe aos advogados públicos, os quais tem a missão de defender o ente nas ações rotineiras, contudo, não exclui a possibilidade da Administração Pública de contratar profissionais com notória especialização para atuar em conjunto com o quadro técnico do ente. Não se pode estabelecer o conceito do que seria trabalhos excepcionais e específicos, ao passo que até as demandas jurídicas que possam parecer simples podem ter desdobramentos complexos, o que legitima a contratação de assessoria jurídica constante e rotineira ao ente público.

O critério na avaliação sobre a necessidade de contratação de assessoria jurídica especializada decorre da discricionariedade do gestor público, independentemente da natureza do objeto – se para uma causa específica ou para o acompanhamento das demandas rotineiras da administração –, tendo em vista que o objetivo maior é resguardar a própria legalidade dos atos administrativos, na medida que a contratação também atende a um fim consultivo e preventivo, garantindo maior debate jurídico sobre a rotina do ente público e redução de riscos nas decisões do órgão.

Este fato é ainda mais relevante em se tratando da realidade prática da grande maioria dos Municípios do Brasil, devido à deficiência da estrutura estatal, bem como a demanda jurídica excessiva, incompatível com o volume de serviços possível de ser executado por servidores ou empregados do quadro próprio.

Assim sendo, entendemos que a contratação de assessoria e consultoria jurídica por entes públicos não deve restringir-se às “intituladas” situações “excepcionais e específicas”, sob o risco de deixar os entes públicos sem suporte técnico jurídico, ocasionando prejuízos imensuráveis, bem como pela

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

natureza da atividade jurídica que presume que cada caso concreto possui aspectos únicos e relevantes.

4. Considerando que cada processo tem sua particularidade e que deve ser analisado com o devido zelo pelo advogado, sendo que inclusive órgãos de controle como o TCU tem posicionamento de responsabilização de parecerista (Acórdão n.º 1337/2011-Plenário e Acórdão n.º 5.291/2013 — 1ª Câmara), pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica não são rotineiros, ou seja, são singulares?

A possibilidade de responsabilização de advogado parecerista é matéria a ser analisada com elevada cautela, em atenção à liberdade do exercício da profissão, que merece proteção por um lado, e ao cuidado com os interesses públicos, que também demandam amparo.

Em caso que versava sobre a matéria ora questionada, o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35196/DF, de Relatoria do Ministro Luiz Fux (Presidente da Corte), fixou rígidos parâmetros a serem observados para responsabilização de pareceristas perante Tribunais de Contas, destacando-se que várias podem ser as interpretações jurídicas de um mesmo fato. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliada desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual *in concreto*, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGOU PROVIMENTO por manifesta improcedência. (STF - AGR MS: 35196 DF - DISTRITO FEDERAL 0010491-84.2017.1.00.0000, RELATOR: MIN. LUIZ FUX, DATA DE JULGAMENTO: 12/11/2019, PRIMEIRA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE-022 05-02-2020)

Pode-se dizer que a possibilidade de responsabilização do advogado parecerista não influencia na singularidade do serviço, mas o fundamento da excepcionalidade dessa responsabilização, em razão da diversidade de entendimentos possíveis entre diferentes profissionais.

Dessa forma, os serviços prestados por advogado, a priori, não podem ser considerados como rotineiros, já que cada caso possui suas especificidades, ensejando o surgimento de uma variedade incontável de interpretações.

5) Quais os critérios objetivos que a administração pública pode utilizar para inferir que os advogados a serem contratados por processo de inexigibilidade detém notória especialização, além dos critérios já previstos, de modo exemplificativo, na legislação (art. 25, parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.666/93 e art. 3º-A, caput e parágrafo único da Lei n.º 8.906/94)?

A contratação por inexigibilidade de licitação, exige que o serviço advocatício seja prestado por advogado com notória especialização, isto é, o profissional deve ser reconhecido, apresentando histórico de prática e experiência na área.

Observa-se que a própria legislação, art. 25, parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.666/93 e art. 3º-A, caput e parágrafo único da Lei n.º 8.906/94, aponta que considera-se serviço de notória especialização o profissional ou empresa que detém experiência, estudo, publicações, aparelhamento, equipe técnica, dentre outras condições, que permitam a aferir a essencialidade do seu trabalho, bem como sua aptidão para satisfazer o objeto do contrato.

A mais alta Corte de Justiça Brasileira - STF, ao analisar a matéria, reconheceu a dificuldade em realizar licitação em serviços advocatícios, inclusive no que se refere a atribuição de parâmetros legais a especialização do profissional. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do INQUÉRITO n.º 3.074 - SC4, RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO, enfrentou o tema nos termos a seguir:

Como se percebe, o que a norma exige é que a escolha recaia sobre profissional dotado de especialização notória, ou seja, incontroversa. Não basta, portanto, que goze da confiança pessoal do gestor público, sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado. É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.

É certo que esses indicadores continuam permitindo certa margem de discricionariedade na análise do que seja “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao interesse público”. Eles parecem suficientes, contudo, para delimitar uma faixa de opções aceitáveis, excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais dos administradores públicos. O que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas.

Porquanto, a competência e adequação do profissional contratado deve indiscutivelmente ser aferida por elementos objetivos e notáveis, como já previsto

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

na legislação pátria. Assim, a aplicação da norma faz surgir uma série de elementos objetivos capazes de comprovar a dita especialização do profissional, tais como, a experiência pretérita do profissional em causas e demandas de natureza similar ao serviço contratado, conclusão de cursos e titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, **a autoria de obras, obtenção de láureas e prêmios, organização de equipe técnica**, dentre os outros fatores.

Por todo exposto, infere-se que as disposições já existentes na legislação pátria, em conjunto da confiança da Administração na técnica do profissional, são suficientes para a aferição da notória especialização dos profissionais da advocacia.

6) Quais os critérios mais adequados para justificar o preço na contratação dos serviços técnicos jurídicos por inexigibilidade?

Quanto aos critérios para justificativa do preço na contratação dos serviços jurídicos, vê-se que a comparação dos valores praticados no mercado é uma das mais robustas medidas de valoração do serviço prestado, sendo comprovado que os valores praticados não são exorbitantes se comparados a de outros advogados ou sociedades advocatícias.

Nesse sentido, é recomendável que seja feita comparação entre os preços cobrados pelo prestador de serviço para outros entes públicos, servindo como parâmetro para justificativa do valor, conforme entendimento adotado por diversos Tribunais de Contas:

EMENTA: DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. RAZÃO DE ESCOLHA DO EXECUTANTE. JUSTIFICATIVA DO PREÇO. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. 1. No intuito de atender ao requisito da singularidade, na contratação direta de profissional os serviços a serem executados devem se mostrar únicos e específicos. 2. Com o objetivo de comprovar a notória especialização do contratado, é inadmissível que o gestor abuse de seu poder discricionário com interpretação própria do requisito. **3. A justificativa do preço da contratação importa em comparação do preço normalmente executado pelo profissional, com aquele cobrado do contratante. Corresponde também ao cumprimento do princípio da publicidade por parte do gestor, tendo em vista a maior dificuldade de fiscalização em uma contratação direta.** 4. A razão da escolha do executante deve se dar objetivamente, com argumentos concretos e que possibilitem a assimilação dos reais motivos da contratação. Representa, também, cumprimento dos princípios da publicidade e da motivação, na medida em que informa aos administrados a justificativa de se contratar determinado profissional, e a ordem lógica dos atos realizados pela Administração até a contratação. Segunda Câmara 13ª Sessão Ordinária – 02/05/2019. (TCE-MG - DEN: 1031476, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 02/05/2019, Data de Publicação: 21/05/2019)

EMENTA - PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ACESSORIA PEDAGÓGICA JUSTIFICATIVA DE PREÇO AUSÊNCIA DE DOCUMENTO TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO REGULARIDADE COM RESSALVA RECOMENDAÇÃO CONTRATO ADMINISTRATIVO FORMALIZAÇÃO REGULARIDADE. A justificativa de preço em contratação decorrente de inexigibilidade de licitação pode ser feita mediante a comparação do valor ofertado com aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou similar. Cabe ressalva a o procedimento de inexigibilidade pela falta do documento denominado Termo de Referência ou Projeto Básico, ao ser verificado que o assunto que seria tratado no termo foi objeto de adequação e caracterização por corpo docente nomeado exclusivamente para tal fim, suprimindo o conteúdo do documento, o que evidencia impropriedade de natureza formal, e ensina a recomendação ao atual gestor para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes. A formalização do contrato administrativo é declarada regular ao verificar consonância com os dispositivos legais pertinentes. ACÓRDÃO: Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 19ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 20 de agosto de 2019, ACÓRDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade, **com a ressalva do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação nº. 1/2017, realizado pela Administração do Município de Terenos, a regularidade do Contrato Administrativo nº 1/2017, firmando entre o Município de Terenos e a empresa Editora Positivo Ltda.**, e recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, ao atual Prefeito Municipal de Terenos, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, que faça cumprir as prescrições da Resolução TCE-MS n. 88, de 3 de outubro de 2018, que obrigam a remessa a este Tribunal de cópias dos documentos nela enumerados, mais precisamente o projeto básico ou termo de referência, de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas. Campo Grande, 20 de agosto de 2019. Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt Relator. (TCE-MS - INEXIGIBILIDADE / DISPENSA E CONTRATO ADMINISTRATIVO: 54932017 MS 1799091, Relator: FLÁVIO KAYATT, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2221, de 30/09/2019)

Nesse ponto, os critérios mais adequados para justificar o preço na contratação dos serviços técnicos jurídicos por inexigibilidade é a análise de referência de outros preços praticados pelo contratado em outros entes públicos, ou por outros profissionais que executem serviços similares em entes públicos, conforme estabelecido no § 4º do art. 23 da Lei nº 14.133/21. É o mais adequado para justificar o preço, na medida que não existe no Estado do Maranhão uma tabela de preço fixo para tais serviços. Lembrando, porém, não ser possível e justo exacerbar valores ao contrato que podem produzir resultado lesivo ao patrimônio público, sob pena de responsabilização do ente contratante e do contratado. Assim, devem ser respeitados os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

7) Em contratação para causas específicas, que se busca o proveito econômico para o ente público contratante consistente em deixar de pagar ou receber quantia, possível firmar contrato de êxito? Em caso positivo, em até qual percentual?

Sobre o questionamento a respeito da possibilidade de firmamento de contrato de êxito por serviços jurídicos técnicos, mostra-se plenamente possível, inclusive por ser benéfico à Administração Pública, tendo em vista que o pagamento fica condicionado à obtenção de ganho financeiro pelo ente público.

Neste diapasão, o TCE-MG entende pela possibilidade tanto da remuneração através de contrato de êxito, bem como pela possibilidade de inexigibilidade de licitação, amparado no artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/93, *litteris*:

“ 1- contratação de honorários por êxito: é possível esse tipo de ajuste, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço, bem como por risco puro, mediante remuneração do advogado exclusivamente por meio dos honorários de sucumbência, devendo constar no contrato o valor estimado e a dotação orçamentária própria de serviços de terceiros. O pagamento deve estar condicionado ao exaurimento do serviço, com o cumprimento da decisão judicial ou ingresso efetivo dos recursos nos cofres públicos, não se podendo considerar, para esse fim, a mera obtenção de medida liminar ou a simples conclusão de fase ou etapa do serviço conforme entendimento assentado no parecer da Consulta nº 873919, de 10/04/13; ”

“ 2 - contratação de advogado por inexigibilidade de licitação: possibilidade, desde que comprovada a singularidade do serviço e a notória

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

especialização do profissional, conforme entendimento assentado no julgamento dos Processos Administrativos nos 743.539, de 24/08/10; 736.255, de 02/12/08; 691.931, de 30/10/07; 687.881, de 21/03/06 e do Relatório de Inspeção – Licitação nº 489.457, de 18/09/07, e no enunciado da Súmula nº 106, publicada no D.O.C. de 05/05/11”

No tocante ao percentual a ser fixado, dependerá do bom desempenho da atividade, assim como da dificuldade do caso em exame. É o que preceitua o Código de Ética da OAB:

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes: I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; II – o trabalho e o tempo necessários; III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desviar com outros clientes ou terceiros; IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente; VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado; VII – a competência e o renome do profissional; VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

A jurisprudência sobre o tema converge nesse sentido, *in verbis*:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONTRATO COM A CLÁUSULA "QUOTA LITIS"- COBRANÇA SOBRE ATRASADOS E PRESTAÇÕES - ACRÉSCIMOS DA SUCUMBÊNCIA E CUSTEIO DA CAUSA - IMODERAÇÃO - Deve o advogado, ainda que na contratação "ad exitum", levar em conta o trabalho a ser efetuado, a sua complexidade, o tempo necessário, a possibilidade de atuar em outras ações, razão pela qual, no caso da consulta, torna-se imoderado o percentual de 40% a 50%, mais a sucumbência e o custeio da causa, esta a ser suportada pelo profissional no caso da cláusula "quota litis". (Proc. E-2.841/03 - v.u. em 11/12/03 do parecer e ementa do Rel. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO e votos convergentes dos Drs. OSMAR DE PAULA CONCEIÇÃO JÚNIOR e ROSELI PRÍNCIPE THOMÉ - Rev. Dr. JAIRO HABER - Presidente Dr. ROBISON BARONI)

Ademais, em resposta a consulta acerca da mesma temática, este Egrégio Tribunal de Contas TCE-MA, no **Prejulgado (Decisão nº. 87/2013), nos autos do Processo nº 10019/2013-TCE5, de Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Raimundo Nonato de Carvalho Lago Júnior**, assim se posicionou: **a)** o município pode contratar empresa especializada, mediante processo licitatório, especializado à execução de serviços de levantamento documental da dívida tributária municipal dos contribuintes, uma vez que é possível o cometimento à pessoa jurídica de direito privado do encargo ou da função de arrecadar tributos, conforme inteligência do § 3.º do artigo 7.º da Lei Federal n.º 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional); **b)** o município pode contratar empresa especializada para prestar serviços relacionados com a implantação de sistema de controle e gerenciamento e com o desempenho de atividades de operacionalização da arrecadação, clássico à recuperação de créditos tributários de forma mais eficiente, nos moldes do § 3.º do artigo 7.º da Lei Federal n.º 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional), terceirização esta se encontraria em perfeita harmonia com o princípio da indelegabilidade da competência tributária, consagrado no caput do artigo 7.º da Lei Federal n.º 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional); **c)** quanto à espécie contratual, pode o município firmar contrato de risco puro, onde não haja qualquer dispêndio de valor com a contratação e desde que o ente estatal contratante calcule o valor máximo a ser pago, aplicando-se o incidente percentual sobre a totalidade dos créditos just recuperados pela empresa contratada, exigindo-se do município, pretendendo a contratação nesses moldes, prevendo o controle dos créditos a receber, de modo que possibilite uma avaliação prévia do custo-benefício do contrato, além da obrigatoriedade da previsão dessas condições em regras expressas no edital da licitação correspondente, conforme estabelecido no artigo 40 da Lei Federal n.º 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratações); e, **d)** finalmente, a celebração do contrato nos moldes impõe à Administração Pública a criação de mecanismos de controle interno para fins de verificação do cumprimento do objeto contratado, consoante artigo 58, inciso III c / c artigo 67, caput , e seu § 1.º, ambos da Lei Federal n.º 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratações).

Com esses fundamentos, adoto, com ressalvas, o posicionamento da Unidade Técnica desta Corte de Conta no Relatório de Instrução nº 1036/2021, no sentido de ser possível o pagamento, pela Administração Pública, de honorários contratuais com base em cláusula *ad exitum*, fixado em percentual sobre o valor auferido com a prestação do serviço ou por risco puro, devendo constar no contrato o valor estimado dos honorários e a dotação orçamentária própria para o pagamento de serviços de terceiros. Ressalvando que o valor máximo percentual deve observância ao disposto no art. 36 do Código de Ética da OAB (Lei nº 8906/94).

8) Preenchidos os requisitos para contratação por inexigibilidade, a confiança na capacidade técnica-intelectual, em última instância, pode ser adotada como critério no processo de escolha do contratado?

Em verdade, a confiança e personalidade entre o advogado e seu cliente é característica inerente à profissão, como bem explicitado pelo **CATEDRÁTICO PROFESSOR JOSÉ AFONSO DA SILVA, em parecer jurídico proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC 45/2016, proposta pela Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, em trâmite do STF, que já tem maioria formada de 7 (sete) votos, pela Procedência da Ação e pela Declaração de Constitucionalidade na norma, objeto da presente ação, senão vejamos:**

A peculiaridade mais saliente dos serviços advocatícios é que eles assentam no **princípio da confiança**, que repugna o certame licitatório, mas essa confiança que é subjetiva sim, mas com singularidades que afastam critérios puramente pessoais. Primeiro, porque decorre da natureza valorativa do objeto jurídico que, por se prender, a circunstâncias especiais que o liga ao titular, revela singularidade específica, depois porque as pessoas que precisam de um advogado, confiam em que o seu vai resolver o seu problema.

De antemão, não estar-se-á a defender que o princípio da confiança autorizará escolhas arbitrárias, pois é imprescindível a observância dos requisitos para contratação por inexigibilidade, isto é, o serviço técnico singular e de notória especialização.

A questão da confiança refere-se a critério subjetivo que considera o próprio grau de confiança da Administração com o contratado. Nesse interim, oportuno colacionar o julgado do **Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos da AÇÃO PENAL nº 348-SC, de Relatoria do Ministro EROS GRAU7, julgamento realizado na Sessão de 15/12/2006 - Plenário, DJ de 3-8-2007.** Vejamos:

Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. (...) A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. '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

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

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 nº 8.666/1993). (g. n.)

O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Com supedâneo no precedente supracitado, os requisitos previstos na legislação devem ser aliados ao elemento subjetivo da confiança, de modo que além de notória especialização, os advogados devem desfrutar da confiança da Administração, tendo em vista o caráter personalíssimo que rodeia a prestação de um serviço advocatício, de modo que o ente público não está autorizado a contratar por inexigibilidade de licitação escrito de advocacia pelo mero arbítrio da confiança pessoal, mas sim pelo binômio de notória especialização e confiança na técnica do profissional contratado.

9) Por fim, considerando a natureza do serviço público pode-se dizer que os serviços de consultoria e/ou assessoria jurídica são considerados serviços contínuos?

As atividades da administração pública, seja na esfera municipal, estadual ou federal, está restritamente relacionada a questões jurídicas complexas, as quais exigem a atuação de profissionais qualificados e aptos para oferecer a melhor solução técnica a fim de salvaguardar o interesse público.

Deve-se considerar ainda que os municípios apresentam realidades diversas, de modo que enquanto alguns possuem quadro de procuradores e profissionais habilitados para realizar atividades rotineiras, outros não contam com a mesma estrutura. Sobre o aspecto, destaca-se trecho da resposta consulta nos autos do **Processo nº 7601/2017-TCE-TO (Tribunal de Contas do Estado do Tocantins)8: No que diz respeito à contratação de assessoria jurídica, importa salientar que, diante de situações concretas e realidades distintas existentes entre os municípios, alguns não possuem Procuradoria própria ou, nos quadros da Administração, cargos suficientes para atender as demandas de suas localidades, ficando, por esse motivo, carentes de serviços de consultoria, assessoria e patrocínio judicial.**

Em alguns casos, a realização de concurso público para a contratação de serviços advocatícios é inviável economicamente para o município, no sentido de que ampliar o quadro de profissionais ensejaria um curso elevado ao ente público. No entanto, tal situação é considerada excepcional, sob pena de, tornando-se regra, em razão de suposta economicidade, o Município deixe de prestar serviços eficientes, indo de encontro ao disposto no supradito art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

A atividade jurídica está presente no dia-a-dia da Administração Pública, seja através dos processos judiciais, seja através de decisões do poder executivo que demandam a apresentação de parecer jurídico, da análise técnica e minuciosa de advogados para que o ato atinja a finalidade pública desejada.

Tais serviços jurídicos, em sua maioria, precisam ser realizados em curto tempo. Isto é, a apresentação de defesas, recursos, pareceres jurídicos, exigem o trabalho rápido e preciso do profissional, celeridade esta que não se coaduna com a burocracia dos procedimentos licitatórios. **Sobre o tema, o celebre PARECER DO JURISTA E PROFESSOR JOSÉ AFONSO DA SILVA, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 45-DF, ajuizada pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB:**

Ai está um fator que é típico da atividade advocatícia: ou seja a angústia dos prazos (vamos chamar esse fator, sem preocupação técnica, de princípio da premência). Princípio este que é incompatível com o princípio da licitação, incompatibilidade que torna inviável o processo licitatório. Estou atento à observação de que aqui só estamos no campo do patrocínio e da defesa de causas judiciais, referidos como serviços técnicos especializados no inc. V, do art. 13 da Lei 8.666, de 1993. De fato, não preciso insistir no serviço de consultoria, porque quem dá pareceres jurídicos são juristas de notória especialização com insofismável inexigibilidade de licitação nos precisos termos do art. 25, inc. II, daquela lei. Logo, não há necessidade de quebrar lanças em favor de questão resolvida por decisão expressa da própria lei de licitação. (g. nosso)

Nesse sentido, o suporte técnico, através de consultoria e assessoria jurídica, enquanto serviço contínuo, apresenta-se como compatível com os princípios do interesse público e da eficiência da administração pública, tendo em vista a presumida necessidade desse auxílio, cuja ausência poderá ocasionar prejuízos irreparáveis para o ente e, em última instância, para a sociedade.

Não obstante, a contratação desses serviços de forma continuada, sobretudo considerando o vulto de trabalho jurídico inerente a administração pública, prestigia o princípio da economia, pois evita a realização de contratos conforme o surgimento das demandas. Porquanto, os serviços de assessoria/consultoria, considerando as atividades exercidas dentro da administração pública, são considerados serviços de natureza contínua.

III) **Encaminhar** ao Excelentíssimo Senhor Presidente Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão, Deputado Othelino Nova Alves Neto, cópia do Relatório da Unidade Técnica, Parecer do MPC, Relatório e Voto deste Relator, bem como da Decisão aqui prolatada;

IV) **Determinar** a publicação desta decisão no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, para que produza seus efeitos legais;

V) **Determinar** o arquivamento dos presentes autos na Consultoria Técnica de Controle Externo – COTEX, para todos os fins de direito.

É como Voto.

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MARANHÃO, SÃO LUÍS, 28 DE ABRIL DE 2021.

Conselheiro **Edmar Serra Cutrim**

Relator

Assinado eletronicamente pelo Conselheiro Edmar Serra Cutrim em 05/05/2021.

RelatorTCE-MA. Relator: Conselheiro Álvaro César de França Ferreira. Sessão Plenária: 09/09/2020. DOE: 24/02/2021

2 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

3 STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 45-DF. Relator: MIN. ROBERTO BARROSO.

4 STF. Processo: Inq 3074- SC. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 03-10-2014. Julgamento: 26 de Agosto de 2014. Relator: Min. ROBERTO BARROSO

5 Sousa Filho, Daniel Domingues de. Tribunal de Contas do Maranhão e Controle Externo: Legislação Consolidada e Jurisprudência. 2º ed. - São Luís: EDUFMA, 2019/2020, pag. 1.522 a 1.526.

6 TCE-MA. Processo nº 10019/2013-TCE. Relator: Cons. Raimundo Nonato de Carvalho Lago Júnior. Sessão Plenária: 27/11/2013. DOE: 16/06/2014.

7 STF. AP nº 348-SC, de Relatoria do Ministro EROS GRAU. Sessão de 15/12/2006 - Plenário, DJ de 3-8-2007.

8 TCE-TO: Processo: 7601 /2017 - Processo eletrônico. Assunto: CONSULTA: CONSULTA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ESPECIALIZADOS DE ACESSORIA JURÍDICA COM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Origem: Município: Tocantínia - TO. Interessado(s): F.: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DO TOCANTINS. Distribuição: PRIMEIRA RELATORIA - Conselheiro(a) titular: MANOEL PIRES DOS SANTOS

Relator(a): SEVERIANO JOSÉ COSTANDRADE DE AGUIAR. Sessão Plenária 13/12/2017. Pub. BO nº 1984 em 18/12/2017.

