

Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública*

Antônio Carlos Cintra do Amaral

1. Se pudesse resumir em uma frase o conteúdo desta palestra, afirmaria que a contratação de serviços de advocacia, contenciosa ou consultiva, pela Administração Pública, **deve** ser efetuada mediante inexigibilidade de licitação, sempre que o contratado seja considerado **notoriamente especializado**. Não tem sido este, porém, o entendimento de alguns órgãos de controle. Passarei a expor, sinteticamente, as razões jurídicas que me levam a essa afirmação preliminar.

2. A licitação de serviços técnicos especializados (inclusive jurídicos) pela Administração Pública é inexigível quando (art. 25, II, e § 1º, da Lei 8.666/93):
 - a) haja inviabilidade de licitação;
 - b) o serviço seja de **natureza singular**; e
 - c) o profissional a ser contratado seja de notória especialização, definido por lei como sendo **o mais adequado** à plena satisfação do objeto do contrato.

3. Para maior clareza do raciocínio, transcrevo os dispositivos legais aplicáveis:

*“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver **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;*

.....
§ 1º 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.” (grifos meus)*

4. Na interpretação desses dispositivos, costuma-se cometer os seguintes equívocos:

4.1. **Não se perceber que a singularidade a que alude a lei está no profissional notoriamente especializado.**

Por exemplo: o parecer de um jurista notoriamente especializado será necessariamente **diferente** do parecer de outro jurista notoriamente especializado, e talvez seja, até, com ele **conflitante**. Isto porque:

“A lei não tem necessariamente um sentido apenas: muitas vezes, se não mesmo em regra, ela assume vários sentidos, conforme o ponto de vista donde a encaramos; e então será preciso escolher um deles, pois só com um deles pode a lei ser aplicada” (Manuel Augusto Domingues de Andrade – “Ensaio sobre a Teoria da Interpretação da Leis”. Coimbra: Arménio Amado-Editor Sucessor, 1987, pp. 9/10).

Ou, como diz **Kelsen**, a norma legal é uma “*moldura*”, dentro da qual cabem várias soluções de aplicação possíveis (“*Teoria Pura do Direito*”, trad. portuguesa. Coimbra: Arménio Amado-Editora, 6ª edição, 1984, pp. 466/467).

4.2. **Não se perceber que a escolha do profissional notoriamente especializado mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, como diz a lei, inclui-se na margem de decisão discricionária do administrador.**

Vale dizer: o juízo relativo a quem é **o mais adequado** cabe ao administrador, e **não ao controlador**.

4.3. **Afirmar-se que o profissional a ser escolhido deve ser único.**

Se a lei diz que ele deve ser **o mais adequado**, pressupõe-se que existem pelo menos **dois adequados**, dentre os quais a Administração tem a discricionariedade de escolher o que, a seu ver, é “*o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*”.

4.4. **Sustentar-se que a licitação entre advogados notoriamente especializados é viável.**

Vale dizer: que entre eles há **viabilidade de competição**. **Não há!**

Escrevi em 1995 (“*Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*”. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 2ª tiragem em 1996, p. 108):

“É ilusória – e até mesmo ingênua – a crença de que profissionais de reconhecida capacidade estão sempre dispostos a participar de licitações

promovidas pela Administração Pública. O que ocorre é exatamente o oposto: quanto maior e mais reconhecida seja sua competência profissional, menor sua disposição de disputar contratos pela via da licitação. Pode muito bem sentir-se honrado pelo fato de ser contratado pela Administração, mas está fora de cogitação submeter-se a procedimento licitatório, sobretudo – como é a regra – se o julgamento se verificar pelo critério de menor preço.”

4.5. **Afirmar-se que não há discricionariedade administrativa no Estado de Direito.**

Não se percebe que só tem sentido falar-se em discricionariedade administrativa exatamente no Estado de Direito, como diz **Afonso Rodrigues Queiró** em “*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*” (Coimbra: Coimbra Editora, 1940). Escreve o eminente jurista português que “*a noção de poder discricionário é a noção de Estado de Direito*” (ob. cit., p. 5). Explica (p. 10):

“A actividade administrativa no Estado de Direito realiza-se por intermédio de órgãos próprios, regulado o seu exercício pela lei. Este princípio da submissão à lei por parte da Administração é o fundamento do Estado de Direito moderno.”

E menciona **Laun**, que diz não ter sentido dar tratamento científico ao poder discricionário no **Estado-Polícia**, porque ele aí é **ilimitado**.

Em minhas palavras, somente tem sentido falar-se em discricionariedade administrativa quando a atuação do agente público é **infralegal**, residindo ela na aplicação ao caso concreto de uma das soluções contidas abstratamente na norma legal.

5. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada sobre o assunto. No julgamento da AP 348 (15/12/2006 – Plenário), o Ministro Relator **Eros Grau** disse em seu Voto:

“15. Permito-me insistir mais uma vez: o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.”

Transcrevo trechos da Ementa do Acórdão:

“ ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado.

.....
O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.”

E no Habeas Corpus 86/988-PR, de 17/4/2007 – 1ª Turma, afirmou magistralmente o Ministro Relator **Sepúlveda Pertence**, fulminando a viabilidade de competição entre advogados:

*“Se é para oferecer antes um trabalho profissional para que, entre os concorrentes, a administração escolha um, seria uma licitação paradoxal: **ela começaria pela execução do trabalho.**”*

Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional.” (grifos meus)

A decisão foi unânime, tendo os Ministros **Ricardo Lewandowski** e **Carlos Britto** usado da palavra para expressamente apoiar o voto do Relator.

6. Termino esta breve palestra repetindo que, reconhecida a **notória especialização** do profissional, sua contratação **deve** ser efetuada mediante inexigibilidade de licitação, desde que a Administração contratante, **dentro de sua margem de discricionariedade**, considere que ele é **“o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”**. (grifos meus)

Como disse na Conclusão do meu *“Teoria do Ato Administrativo”* (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 116), ao órgão de controle, compete verificar se, no caso concreto, a solução de aplicação escolhida pelo agente administrativo foi razoável ou desarrazoada. Se razoável, o ato praticado foi legal. Se desarrazoada, o ato foi ilegal, devendo ser sancionado com a anulação. É a lição que nos dá o jurista belga **Chaïm Perelman**, em inúmeros de seus escritos sobre a **Lógica Jurídica**.

Não compete ao órgão de controle emitir juízo sobre a solução que lhe pareça ser *“a mais razoável”*. Se o fizer, estará extrapolando os limites da função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. Não lhe cabe administrar, e sim julgar.

No momento em que ultrapassa esse limite, o órgão de controle gera **insegurança jurídica**. O administrador deixa de buscar, **dentro da legalidade**, a solução de aplicação que melhor atenda aos interesses públicos sob sua guarda. **Porque não sabe o que o órgão de controle faria em seu lugar!**

É incompatível com o regime democrático a existência de uma Administração Pública cujos atos não sejam passíveis de controle. Mas igualmente não pode existir uma Administração Pública séria, competente e responsável sem que haja uma delimitação clara entre as funções de administrar e de julgar.

* Síntese da palestra proferida no XXV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Salvador, Bahia, no período de 18 a 21 de outubro de 2011.