

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 **Chaim 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.*