

PARECER MJVS Nº 05/1997, DE 17 DE FEVEREIRO DE 1997¹

Marcos Juruena Vilella Souto

Processo Nº E-14/30285/97.

Serviços jurídicos. Inviabilidade de sua terceirização para substituição do quadro funcional de entidades da administração indireta. A inexigibilidade de licitação requer a demonstração cabal da situação de impossibilidade de competição em atenção aos princípios licitatório e da continuidade. A pré-qualificação, se adotada irrestritamente para todas as contratações realizadas mediante declaração de inexigibilidade de licitação, ensejaria, com isto, burla ao princípio do concurso público, reclamando, portanto, um minudente exame pela administração pública das razões obstativas ao certame licitatório.

Senhor PROCURADOR-GERAL,

O ilustre Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico (PG-15) encaminha consulta objetivando dirimir dúvida acerca da possibilidade da contratação direta de advogados, mediante a declaração de inexigibilidade de licitação, em razão de sua *notória carência* nos quadros funcionais de entidades da administração indireta, com evidente prejuízo, por conseqüência, da execução da tarefa de cobrança de seus créditos, sugerindo, ainda, a manifestação quanto à utilização, para este fim, do instituto da pré-qualificação.

A matéria, muito embora apresente pequenas variações de mérito, devido a envolver o estudo da pré-qualificação, não é inteiramente nova nesta Procuradoria Geral do Estado, tendo obtido, através dos Pareceres nº 35/94-JAV e 18/95-JAV, esclarecimentos no

¹ [Nota do Editor] Esta transcrição respeitou a grafia original do documento.

sentido de que a contratação de advogados pelas entidades paraestatais deve obedecer a alguns parâmetros inarredáveis, somente sendo admitida temporária e excepcionalmente, afastadas, portanto, as contratações realizadas com o propósito de remediar definitivamente insuficiências do quadro funcional.

A esse respeito, aliás, esta Procuradoria Geral do Estado já firmou entendimento no sentido da essencialidade dos serviços jurídicos na estrutura permanente dos órgãos e entidades da Administração, demonstrando, assim, a impossibilidade, como regra, de sua terceirização, mormente quando já existe corpo jurídico organizado na entidade paraestatal interessada em contratar. Tal entendimento decorre do fato de que as funções *jurídicas* são funções de *controle* e, no trinômio das funções administrativas *planejamento/execução/controle*, o que cabe é descentralizar a *execução*, a fim de que os órgãos da Administração se concentrem no planejamento e no controle.

De qualquer forma, nas excepcionais hipóteses em que caiba tal contratação, conforme o caso, tanto poderá vir a ser efetivada por meio de licitação como pela declaração de sua inexigibilidade (esta reservada às hipóteses de contratação de profissionais de notória especialização para serviço singular ou para situação anormal).

Aqui cabe, tão-somente, a investigação dos contornos que deve assumir a conjugação entre os institutos da inexigibilidade de licitação e as terceirizações temporárias e excepcionais dos serviços jurídicos mediante a pré-qualificação, no que, *data venia*, ouso discordar das conclusões albergadas pelo Parecer nº AGU/MF-01/95, quanto à utilização da pré-qualificação para as contratações diretas de advogado, amparando a declaração de inexigibilidade de licitação.

Ora, se de fato restaram comprovados os requisitos necessários à contratação direta com apoio na declaração de inexigibilidade de licitação, impor, ainda, como sua condicionante, a realização da pré-qualificação de interessados, implicaria reconhecer tratar-se, não de hipótese de inviabilidade de competição, mas, ao revés, de cabimento do procedimento licitatório, uma vez que presentes os competidores e não havendo singularidade do objeto, qualquer outro motivo impeditivo ao certame, frise-se, apenas seria possível conceber temporária e excepcionalmente.

O instituto da pré-qualificação, consoante o disposto no art. 114 da Lei nº 8.666/93, e igualmente descortinado pela doutrina, destina-se à preparação de concorrências futuras preordenadas, como garantia, portanto, de um julgamento objetivo e imparcial, sempre que seu objeto recomende uma análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, e por conseqüência, seria ilógico que ao Poder Público fosse dado utilizá-lo combinadamente

com um regime de exceção (inexigibilidade) apenas admitido, restritivamente, nos casos previstos por lei.

Descabe, ainda, a pré-qualificação para prova da notoriedade da especialização, que dela não depende.

Em outras hipóteses, já se pensou no *cadastramento*, envolvendo um objeto com quantidade muito elevada de unidades a exigir um número grande de profissionais, que, isoladamente, não conseguiriam atender o objeto da contratação. Tal praxe é aceita com certa tranquilidade para conveniar hospitais, clínicas, laboratórios e médicos para utilização por *servidores*. São estabelecidos requisitos técnicos para o *cadastramento*, não se instaurando pré-qualificação.

Assim se posicionou MARCELO RODRIGUES PERRACINI:

Arriscando-nos a um conceito, temos para nós que Sistema de Credenciamento, é, portanto, um procedimento administrativo que visa suprir certas necessidades da Administração que só podem ser adequadamente satisfeitas mediante a contratação do maior número possível de interessados, aos quais será dado tratamento isonômico e que deverão observar um regulamento comum, que indicará a forma de atendimento dessas necessidades, e ao qual será dada ampla publicidade. Aqueles que assim desejarem, aderem às condições noticiadas e firmam um ajuste com a Administração, que ocorre por inexigibilidade de licitação, tem natureza precária (a exemplo dos convênios), e que poderá ser denunciado a qualquer instante, seja pela Administração, seja pelo interessado, atendidos os prazos prefixados no Regulamento. Ademais, qualquer um que se interessar poderá ser admitido imediatamente, desde que preencha os requisitos fixados no regulamento do Sistema. (BLC nº 7/96, pág. 334 – São Paulo: NDJ, 1996).

O conceito, elaborado à luz do entendimento do Colendo Tribunal de Contas, ainda não pode ser aplicado *in casu*, eis que não há precariedade, nem regulamento, nem demonstração de impossibilidade de atendimento do volume, ainda não apurado.

À vista do exposto, não havendo uma necessária correlação entre a realização da pré-qualificação e a contratação direta em função da inexigibilidade de licitação, notadamente quando aventada para suprir deficiências do quadro funcional de entidades da administração indireta, implicando, assim, na terceirização permanente de serviços jurídicos essenciais, opina-se no sentido contrário à ação de semelhante prática no âmbito estadual. É certo que tal prática já ocorreu no Banco do Brasil, em que se optou por contratar terceiros e não por prover emprego público mediante concurso, por se tratar de uma necessidade *esporádica*, motivada pelo *eventual* aumento de demandas, que não justificava uma estrutura *permanente*. Não parece, a princípio, ser o caso dos autos.

A pré-qualificação não pode ser adotada como um substitutivo do concurso público. Se a opção é contratar um profissional de reputação notória – como já admitido no Parecer nº 17/95-MJVS – é desnecessária; se há vários profissionais e o serviço é comum,

deve se justificar, nos artigos 24 ou 25 da Lei nº 8.666/93 a não realização de licitação. O que não parece cabível é substituir departamento jurídico, ainda que a atividade não seja de controle (e sim de representação judicial) sem um sistema de *seleção* por mérito (salvo se presente exceção na lei).

É oportuno esclarecer que o princípio da economicidade impede que seja criado e/ou ampliado o quadro de empregos públicos na área jurídica só para atender à representação de empresas estatais em causas de pequeno valor e/ou em comarcas distantes da sede (nem mesmo a contratação prevista na CF, art. 37, IX ampararia a tese); por outro lado, para causas com tais características, sem complexidade ou singularidade no objeto ou possibilidade de repercussão em outras esferas (estendendo a aplicação do julgado a terceiros), descaberá a contratação do profissional de notória especialização. Diante desse quadro, pode se pensar no sistema de credenciamento de advogados (que não se confunde com pré-qualificação), conforme regulamentação que observe os princípios do art. 37 da CF e do 3º da Lei nº 8666/93, para, sem emprego de recursos da Administração, atribuir o patrocínio das entidades a profissionais qualificados que serão remunerados apenas pelos honorários de êxito fixados em juízo. Se não houver volume de causas que permita uma distribuição igualitária entre os interessados, ter-se-á por indispensável a abertura de licitação, mesmo que a contratação envolva somente honorários de êxito (tais dados, no entanto, ainda não estão disponíveis).

É o parecer, s.m.j.

[assinatura]

MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO

Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 5/97-MJVS, do eminente Procurador do Estado, DR. MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO (fls.20/25), acolhido pela douta Procuradora Assistente da Procuradoria Administrativa, DR^a JOSENETE VELOSO MONTEIRO (fls.26).

A contratação de advogados pelas entidades paraestatais só deve ser admitida *em caráter de exceção e temporariamente*, porque os serviços jurídicos, por sua essencialidade na estrutura permanente dos órgãos e entidades da Administração, não podem ser terceirizados.

Essa *contratação excepcional*, de regra, deve resultar de *procedimento licitatório*; podendo, todavia, haver casos que se amoldem na contratação direta, pelo reconhecimento da inviabilidade de competição, quando será declarada a *inexigibilidade da licitação*, à luz dos parâmetros da lei.

A *pré-qualificação* está, por definição da lei, vinculada a específica modalidade de licitação (a concorrência), conforme disciplinado no art. 114 da Lei 8666/93. Assim, *não se afina esse instituto com a declaração de inexigibilidade*.

Se o *volume de causas* for de tal ordem que imponha a *contratação de um número considerável de profissionais*, com distribuição isonômica, poderá ser adotado o sistema de *credenciamento*. Mas para tanto há de ser elaborado o regulamento em que se fixarão as condições para que o advogado seja credenciado e a forma de atendimento às exigências da Administração.

À PG-15, para ciência e adoção das providências cabíveis.

Em 24 de março de 1997

[assinatura]

LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO