

PL 4489/2019 NOTA TÉCNICA PELA MANUTENÇÃO DO VETO 01/2020

(PL 10980/2018 – Casa Iniciadora: Câmara dos Deputados;
PL 4489/2019 – Casa Revisora: Senado Federal)

1. Introdução

A propositura aumenta os casos de inexigibilidade de licitação previstos na Lei 8.666/93, que dispõe sobre normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública.

O efeito da nova lei será permitir que qualquer atividade de natureza jurídica ou contábil seja prestada independentemente de licitação ou concurso público.

2. Violação do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal

As razões do veto, indicadas pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, identificam precisamente a inconstitucionalidade da propositura:

“A propositura legislativa, ao considerar que todos os serviços advocatícios e contábeis são, na essência, técnicos e singulares, viola o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitar, nos termos do inciso XXI, do art. 37 da Constituição da República, tendo em vista que a contratação de tais serviços por inexigibilidade de processo licitatório só é possível em situações extraordinárias, cujas condições devem ser avaliadas sob a ótica da Administração Pública em cada caso específico, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. Inq. 3074-SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 193, de 3-10-2014)”

A decisão do STF, citada acima, enumera cinco requisitos para contratação de escritório de advocacia sem licitação: existência de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço; demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público e cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Os requisitos são cumulativos e o preenchimento de um não dispensa o outro.

A Constituição estabelece que a licitação é regra e a contratação direta a exceção, ficando a cargo da legislação federal estabelecer as situações em que o interesse público recomenda que não ocorra competição – dispensa – e aquelas em que a competição é inviável – inexigibilidade.

A propositura em questão vai contra a lógica das normas constitucionais e que está consagrada na legislação em vigor, estabelecendo a possibilidade de que, para qualquer atividade jurídica ou contábil, possa escolhido qualquer profissional notoriamente especializado a juízo do administrador.

3. Falha técnica sobre o conceito de “singularidade do objeto” da contratação

O conceito de notória especialização apresentado na propositura é uma mera repetição do disposto no § 1º do art. 25 da Lei 8666/93, porém ela incide em grave falha técnica ao pretender extrair a singularidade do objeto a ser contratado da notoriedade da especialização daqueles que podem ser contratados.

A Administração Pública deve atender, nos termos do art. 37 da Constituição, dentre outros, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O dever de impessoalidade está diretamente ligado à isonomia nas contratações e concursos públicos, de forma que não haja privilégios nem preterições e é justamente em respeito a tal valor constitucional que o inciso XXI do artigo já citado estabelece que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

As exceções encontram-se estabelecidas na Lei 8666/93, cujos artigos 24 e 25 dispõem, respectivamente, sobre casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. O conceito de singularidade encontra-se inserido nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, em casos em que não há como efetuar o certame por falta de outras pessoas ou materiais aptos a atender às necessidades da Administração.

Assim, a criação de uma presunção de singularidade para qualquer serviço realizado por pessoa ou escritório de advocacia ou contabilidade com notória especialização fere de forma direta o dever constitucional de licitar quando houver viabilidade de concorrência.

A demonstração da necessidade da contratação, na natureza excepcional do serviço, da notória especialização vinculada ao objeto, é elemento inerente à singularidade, vez que pressupõe a inviabilidade de competição. Por isso, autorizar a contratação de advogados e contadores para TODOS e QUAISQUER SERVIÇOS jurídicos e contábeis, ao declará-los singulares, fere de forma direta ao art. 37, “caput” e inciso XXI, por ofensivo à isonomia, moralidade e igualdade de acesso às oportunidades públicas mediante processo licitatório.

O Superior Tribunal de Justiça diante de premissa similar assim decidiu:

[...] O Tribunal adotou a errônea premissa de que o exercício da advocacia, em razão de sua natureza intelectual, por si só, consiste em uma atividade técnica de conhecimento específico que torna impossível a concorrência. Assim agindo, deu incorreta qualificação jurídica ao requisito da singularidade do serviço, por vislumbrar singularidade em atividades rotineiras e comuns do município, as quais poderiam ser satisfatoriamente executadas por qualquer profissional do direito, bem como deixou de evidenciar a mestria jurídica extraordinária dos contratados. Ademais, descabido utilizar como critério para fundamentar a inexigibilidade a alegada confiança da Administração, já que as contratações devem ser feitas exclusivamente com base no interesse público, o qual não admite preferências de qualquer natureza, muito menos as pessoais. (AREsp 1507099/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

4. Mitigação dos instrumentos de controle da atividade administrativa

A lei atual determina que exista justificativa circunstanciada a respeito do objeto a ser entregue ao profissional a ser contratado, a fim de que possa ser considerada válida a contratação; o modelo proposto altera a lógica, e presume que os serviços de apenas duas categorias profissionais são marcados pela singularidade.

A inversão dessa premissa implica estar desincumbido o gestor de qualquer justificativa específica para a identificação da hipótese de inexigibilidade, que decorreria, de modo imediato, da relação entre a atividade a ser desenvolvida e a regulamentação das profissões de advogado ou contador.

5. Concurso público e isonomia

As atividades administrativas ordinárias, notadamente aquelas técnicas, administrativas e burocráticas, devem ser exercidas por profissionais que sejam selecionados por meio de concurso público, conforme inc. II e V do art. 37 da Constituição Federal; eventualmente, quando inviável este procedimento, deve haver a seleção por meio de licitação como meio de assegurar a escolha impessoal – que leve em consideração as necessidades do serviço e não as relações havidas entre o prestador e o agente responsável pela escolha.

Finalmente, uma outra faceta da propositura que colide com o regramento constitucional é a criação de regra excepcional para advogados e contadores, sem que seja estendida às outras profissões regulamentadas (engenharia, arquitetura, medicina, etc.) nem apresentada qualquer justificativa plausível para essa discriminação.

Por estas razões, merece ser mantido o veto 01/2020 pelo Congresso Nacional.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020.

