

DA DISPENSA DA LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

I – INTRODUÇÃO

“... o advogado se transforma num dos arquitetos do direito, ajudando a imprimir novos rumos à jurisprudência, o que acaba por se refletir nas obras doutrinárias e na própria reformulação das leis”

(Antonio Evaristo de Moraes Filho)

O acesso à Justiça, nos últimos decênios passou a despertar a atenção dos homens do direito, que, estafados pela permanente e incômoda força descontrolada do Estado, aniquiladora dos direitos e garantias individuais dos seus cidadãos, passaram a desenvolver soluções práticas para coibir as violências verificadas.

A sociedade clamava pela criação de novos tribunais e uma acessibilidade mais contundente ao Judiciário, visto que à luz dos cânones do *laissez-faire*, a justiça só poderia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos, eis que *“aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte”*¹.

Mas, no início do Século XX, a consciência dos juristas começou a despertar, em face do despautério que traduzia esta impossibilidade efetiva das pessoas desprovidas de meios financeiros “fazerem ouvir” seus direitos nos tribunais².

E nessa crescente tendência, várias Constituições promulgadas depois da 2ª Guerra Mundial arrolaram a efetiva assistência judiciária entre os direitos fundamentais dos cidadãos e os deveres do Estado, como, por exemplo, a Carta Italiana de 1948, em seu art. 24, §3º: *“São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição”*.

Igualmente a Constituição Portuguesa de 1976, no seu art. 20.2: *“A todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos”*.

Aliás, no Brasil, já na Constituição de 1934 estava determinado no art. 113, Inc. 32, que:

“a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

¹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, Ed. Eras, 1988, pág. 15.

² Cf. Antonio Evaristo de Moraes Filho, “O Papel do Advogado na Sociedade Moderna”, texto básico da Aula Inaugural proferida no Tribunal regional Federal – 2ª região, em 15.03.96.

Sintomaticamente esta tendência se aperfeiçoou com a evolução dos tempos, e no Brasil, a Magna Carta de 1988 manteve entre os direitos individuais a “*assistência jurídica integral e gratuita*”, pelo Estado, “*aos que comprovarem insuficiência de recursos*”, (art. 5º, LXXIV), estabelecendo o artigo 134 que incumbe à Defensoria Pública “*a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados*”.

E coube ao legislador infraconstitucional, em caráter supletivo, determinar que a Ordem dos Advogados e o próprio Juiz de Direito, indiquem patronos para a defesa dos interesses dos carentes, na forma da Lei n. 1.060/50, recepcionada pela atual Constituição Federal. O atual Estatuto da Advocacia, promulgado através da Lei n. 8.906/94, considera infração disciplinar o fato de o advogado “*recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública*” (art. 34, XII).

Mas, em matéria de acesso à Justiça, a atuação do advogado não se esgota na prestação de serviços aos carentes, visto que o art. 133 da CF considerou-o “*indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”.

Ou nas felizes palavras de Francisco Vani Bemfica³, “*o advogado é um profissional importante. Sem ele, não há justiça, sem justiça, não há direito; sem direito, não há Estado.*”

Possuem os advogados ideais entranhados em suas consciências, capazes de movê-los a continuidade da luta, zelando pela Justiça, liberdade, contra a opressão, o arbítrio, a corrupção, a brutalidade das prisões, para uma ordem social mais justa e humana.

Compassado com esse espírito, o advogado Dario de Almeida Magalhães⁴, deixou registrado nos anais da história:

“Os governos de força nunca toleraram o advogado, a ponto de Napoleão depois de 18 Brumário, extinguir a Ordem dos Advogados de seu país e proclamar que se deveriam lançar no Sena os homens da lei, para depois responder ao chanceler Cambrocères, quando lhe propôs restaurá-la: “Enquanto tiver esta espada na cintura, não assinarei semelhante decreto. Eu quero que se corte a língua dos advogados que a usem contra o governo.”

Quando o advogado presta assistência judiciária, exerce o seu maior *munus* público. Daí por que se faz necessário desenvolver breve reportagem sobre a natureza da advocacia no Brasil.

Embora claramente determinada em lei, tal natureza é assaz ignorada, por se focar insistentemente que o advogado é um mero mandatário de interesses particulares dos seus constituintes.

Essa ótica restritiva é totalmente estrábica, visto que desde a Lei 4.215/63, há mais de trinta anos, o seu art. 68 já possuía o condão de prescrever:

³ *O Juiz. O Promotor. O Advogado*, 3ª Edição, Forense, 1992, pág. 341.

⁴ *Páginas Avulsas*, Ed. Cupolo Ltda., 1957, pág. 57.

“No seu Ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo, com os Juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.”

Compassado com esse enquadramento legal, o Superior Tribunal de Justiça, na voz do eminente Ministro Gomes de Barros, deixou consignado que o advogado presta, pois, serviço público, “da mesma natureza que os demais serviços prestados pelo estado”:⁵

“A advocacia é serviço público, igual aos demais, prestados pelo Estado. O advogado não é mero defensor de interesses privados. Tampouco, é auxiliar do Juiz. Sua atividade, como “particular em colaboração com o Estado “é livre de qualquer vínculo de subordinação com magistrados e agentes do Ministério Público...”

No seu voto âncora, o eminente Ministro ressaltou:

“Tampouco, se pode enxergar no advogado apenas um auxiliar do Juiz, com atuação secundária na atividade jurisdicional. Em verdade, ele ocupa um dos vértices da relação processual, atuando com absoluta autonomia, em atividade indispensável à administração da Justiça (Constituição Federal, art. 133). Se assim ocorre, não é lícito ao Juiz criar entaves ou limites ao exercício dos direitos legalmente conferidos ao advogado”.

Em total harmonia com o citado julgado, dois anos depois foi baixada a Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, que ao dispor sobre o novo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, em seu art. 2º pacificou:

“Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da Justiça. §1º - No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social; §2º - No processo judicial o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem munus público; §3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

E o art. 6 do citado Estatuto Legal, mantém a igualdade⁶ de tratamento entre magistrados, membros do Ministério Público e advogados, não existindo hierarquia entre eles, devendo-se todos manter consideração e respeito.

Sendo que o §2º do art. 6º do Estatuto em debate confere ao advogado a imunidade penal por suas manifestações, palavras e atos que possam ser consideradas ofensivas por qualquer pessoa ou autoridade, mantendo eficaz o princípio *libertas convenciandi*.

⁵ STJ, MS 1.275-RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 05.02.92, *in* RDA 189:283 e seguintes.

⁶ “O preceito do artigo 6º complementa o princípio da indispensabilidade do advogado, à administração da Justiça, previsto no artigo 2º, ressaltando a isonomia de tratamento entre advogados, o Juiz e promotor de Justiça”, Paulo Luiz Neto Lobo, *Comentários ao Novo Estatuto da OAB*, Brasília Jurídica, 1994, pág. 40.

A profissão liberal da advocacia, como visto, é temperada por uma liberdade que funciona como verdadeira meta jurídica de equilíbrio e distribuição de Justiça.

Compassado com esta ótica, informa o magistrado espanhol e mestre em ciências políticas e sociologia, José Manuel Martín Bernal⁷:

“En la profesión liberal de la Abocacia se advierte igualmente una libertad que pudiérmos calificar de meta jurídica y que se manifiesta en un doble sentido y con una duplicidad de manifestaciones, esto es, por comportar, de una parte un complejo de actitudes sociales, éticas, económicas, políticas, etc. y que por ampararse o proceder de un juicio de conciencia o de una estimación valorativa de la profesionalidad deben ser siempre reconocidos, y de otra parte la libertad que se inspira en la relación derecho-deber, y que se inscribe en el principio de reserva que no sólo impone al Abogado mantener en secreto todo lo que de cualquier forma há ilegado a su conocimiento com ocasión del desempeño del encargo profesional que el cliente le confició, sino que le impone también observar sua conducta inspirada en la discreción y reserva absoluta y que se extiende a cualquier circunstancia, atnto respecto a familiares, causahabientes, terceros o sujetos que estén directa o indirectamente implicados en la controversia”.

Nessa moldura, após essas rápidas considerações, se finaliza enaltecendo uma das características essenciais do advogado, que alicerçado à sua liberdade de expressão, transmuta-se em verdadeira força propulsora da digna profissão, que é a criação intelectual, capaz de possuir características próprias de cada profissional, não sendo vislumbrada em caráter genérico e igualitário, visto ser inerente à criação científica de cada pessoa. É humanamente impossível conjugar em um mesmo contexto a produção em série de intelectuais do direito.

Como a advocacia é uma profissão científica, onde o cultor dessa área contribui para a sua própria formação, a intelectualidade fica armazenada no seu subconsciente, não podendo, dessa forma, ser aferida em um mero certame para a escolha da melhor defesa, em virtude de tal conceito ser eminentemente subjetivo e singular.

Após a presente sinopse, em uma síntese bem apertada da importância do advogado na construção da democracia e acessibilidade ao Judiciário, se verifica, de plano, ser o advogado um profissional liberal dotado de criação intelectual, de prerrogativas e responsabilidades especiais, que o retira do contexto geral, em virtude de seu perfil ser singular, o que, por si só, impossibilita a competição..

Como visto, torna-se impossível aferir a capacidade técnica do advogado em um processo de licitação, pelo fato de a prestação de serviços *sub-examem* ser totalmente singular, não estando a intelectualidade do profissional posta em exposição.

⁷ *Abogados y Jueces ante la Comunidad Europea*, Ed. Colex, 1990, Madrid, p. 25.

II – CARACTERÍSTICA DA LICITAÇÃO NÃO COMPORTA A SINGULARIDADE COMO FÓRMULA DE COMPETIÇÃO.

No direito brasileiro, a regra geral é o dever da Administração Pública licitar os serviços e obras de que necessita para a consecução das suas finalidades.

É o que resulta da norma encartada no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que após o advento da Emenda Constitucional 19/98, excetuou da lei geral (8.666/93) as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, que terão estatuto próprio mais flexível e compatíveis com o artigo 173 do mesmo texto constitucional, sem contudo liberá-las da exigência *sub-oculis*.

Sucedem, que o aludido cânone princípio lógico não possui o condão de regular todas as hipóteses jurídicas que se afiguram como as mais adequadas para cada caso concreto, ressaltando, portanto, “os casos especificados na legislação.”

E coube ao legislador ordinário, dentro de uma razoabilidade, estipular quais seriam os casos dispensados da competição licitatória.

Não figura a dispensa como uma forma de se burlar o sadio e necessário processo de licitação, erigido como essencial para a moralização das contratações firmadas pelos entes de direito público com os particulares.

Essa previsão é plenamente justificável quando a hipótese se encaixar nos cânones legais enunciados nos distintos casos em que o contrato a ser travado pode ser concretizado independentemente de licitação. Estão contemplados nos artigos 17, I e II (caso específico das alienações), 24 e 25.⁸

“Independentemente da sistematização legal, que é muito imperfeita, poder-se-ia dizer que em alguns deles a Administração tem a faculdade de dispensar a licitação; em outros está obrigada a fazê-lo; em dada hipótese está proibida de licitar (motivo de segurança nacional) e que, de par com todos estes existem as situações de licitação inviável, ou seja, em que não comparecem os pressupostos lógicos ou fáticos em vista dos quais caberia efetuar-la. Note-se que o art. 17, I e II fala em licitação “dispensada”, ao passo que o art. 24 refere casos de licitação “dispensável” – o que sugere, respectivamente, nos primeiros, um assunto já resolvido pela lei e, nos segundos, uma faculdade do legislador – enquanto o art. 25 arrola hipótese de “inexigibilidade” da licitação, aludindo a situação em que esta é inviável. Ademais, a hipótese apontada como de licitação “dispensável”, prevista no art. 35, IX, como dito, é, na verdade um caso de licitação proibida, embora a lei n. 8.666 (ao contrário do diploma anterior) não a tenha categorizado de tal modo.”

Após a consagrada visão do eminente mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, se constata que o artigo 25 da Lei 8.666/93 exige a licitação quando houver inviabilidade de competição, sendo que o seu inc. II, estipula:

⁸ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Licitação – Inexigibilidade – Serviço Singular”, Parecer publicado na RDA 202:365.

“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.”

A enumeração do art. 25 é exemplificativa e permite a contratação na hipótese dos casos em que é inviável a competição, dada as peculiaridades e circunstâncias que o caso comporta. Ao tomador dos serviços cabe a aferição da conveniência e oportunidade da contratação, em consonância com a sua autorizada margem de discricionariedade.

Sendo certo que o art. 13, inc. V, da lei em comento, considera serviço técnico profissional especializado os trabalhos de:

“V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.”

Contudo, para que o intérprete não seja menos desavisado, mister se faz que se atente que o parágrafo inaugural do artigo citado ressalva os casos de inexigibilidade de licitação, para os casos contidos nos incs. I a VII, para após a verificação necessária, ser celebrado, nos casos não permitidos, para a realização de concurso a fim de se dimensionar qual é a melhor proposta para o tomador de serviço.

A lei 8.666, conforme já narrado, contempla a inexigibilidade de competição quando houver inviabilidade da mesma, dada a natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização (inc. II, art. 25).

Assim, existe permissão legal quando for 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 serviços relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Nada mais precisa do que as palavras do consagrado Celso Antonio Bandeira de Mello⁹ para se atingir a devida mixagem do que venham a ser serviços singulares:

“Serviços singulares são os que se revestem de análogas características. A produção de um quadro, por um artista, é singular pela natureza íntima do trabalho a ser realizado. De modo geral, são singulares todas as produções intelectuais ou artísticas, realizadas isoladas ou conjuntamente, por equipe, sempre que o trabalho a ser produzido pelo cunho pessoal (ou coletivo) expressado em características técnicas, científicas e ou artística”.

E continuando o seu brilhante percurso, o emérito mestre lembra:¹⁰

⁹ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Licitação – Inexigibilidade – Serviço Singular”, Parecer publicado na RDA 202:368.

¹⁰ Parecer citado.

“neste enquadramento cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por jurista (...) todos estes serviços se singularizam por um estilo, por uma criatividade, engenhosidade, habilidade destacada ou por uma orientação pessoal significativa – e cuja significância seja relevante para tranquilidade administrativa quanto ao bom atendimento do interesse público a ser curado. Note-se que a singularidade referida não significa que outras pessoas ou entidades não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicas em sentido absoluto (...). Em suma: um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento 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. É o que ocorre quando os conhecimentos científicos, técnicos, artísticos ou econômicos a serem manejados (conforme o caso) dependem, pelo menos, de uma articulação ou organização impregnada pela específica individualidade e habilitação pessoal do sujeito (pessoa física ou jurídica, indivíduo ou grupo de indivíduos) que o realize. O serviço, então, absorve e traduz a expressão subjetiva e, pois, a singularidade de quem o fez, no sentido de que – embora outros, talvez até muitos, pudessem também fazê-lo – cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais.”

Após esta verdadeira aula do Professor Bandeira de Mello, se verifica que o advogado se encaixa perfeitamente nas palavras do sábio doutrinador, eis que a criação intelectual que rege a advocacia é singular, por ser fruto da criação de cada profissional. Não é aferível a intelectualidade e o poder de criação dos profissionais liberais da advocacia, por ser variável de um para o outro.

Ora, como viabilizar-se a competição da aferição da melhor prestação de serviços advocatícios para o ente tomador do serviço se o mesmo depende de implementação futura?.

Ou seja, “a necessidade de confiança é, pois, um elemento relevante para o reconhecimento do serviço como singular, ou, quando menos para auxiliar tal reconhecimento.”¹¹

Alicerçado a esse ingrediente, se agrega a competência individual do executor do serviço que, de acordo com a sua capacitação profissional, dará bom atendimento a tarefa confiada, atendendo à carência administrativa.

Assim sendo, para satisfazer a conveniência administrativa necessário se faz que o advogado tenha uma mínima qualificação, capaz de *prima facie* demonstrar a sua capacidade de articulação jurídica que será colocada ao dispor do tomador do serviço.

¹¹ Parecer citado, pág. 369.

A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois “não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas.”¹²

Comungando da mesma hóstia, a insigne Consultora da União, Dra. Mirto Fraga, pelo Parecer n. GQ-77, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 05.07.95 (Processo n. 0001.000723/92-54), fortalece as colocações feitas anteriormente quando afirma:¹³

“Nos termos da Lei n. 8.666, de 1993, o serviço técnico profissional especializado de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, v) para o qual é inexigível a licitação deve ser um serviço, de natureza singular, isto é, extraordinária, para, incomum, especial”.

Em defesa da notória especialização como forma de revelação da singularidade, a doutrina¹⁴ vem entendendo que é esvaziada a competição:

“quando o profissional for de notória especialização e o objeto do contrato revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda a qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo.”

Vamos mais além, por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada a sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado.

Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois como sabiamente afirmado por Calamandrei, “a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela.”

Ou, por outra conotação, é o mesmo caso da contratação de um cirurgião plástico pela Administração Pública para realizar uma operação reparadora em um servidor público, pois, em tais casos os grandes e renomados médicos possuem uma clientela fixa e definida, que lhes permitem não precisar da habilitação em processo de licitação, onde certamente o preço do serviço seria superior ao do iniciante concorrente.

¹² *Aspectos Jurídicos da Licitação*, Adilson Abreu Dallari, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1980, págs. 33 e seguintes.

¹³ *in RDA* 201:291.

¹⁴ Betty E. M. Dantas Pereira, “Advogado – Serviços Técnicos Profissionais Especializados – Contratação – Aplicação do Decreto-lei n. 2.300/86”, *in Boletim de Licitações e Contratações*, dez/92, pág. 474.

Para esses tipos de serviços nem sempre o preço da contratação se revela como a melhor opção para o tomador do serviço, visto que a notória especialização é fator de consagração da singularidade.

Não vai daí, a defesa da possibilidade da exorbitância da cobrança de honorários advocatícios em favor do contratado direto, visto que a razoabilidade deverá nortear a futura celebração do contrato de prestação de serviços.

Tal assertiva não é novidade, pois já mereceu reflexão do Tribunal de Contas da União, consoante voto do Min. José Bento Bugarin (Processo TC-022.225/92-7), que não teve dúvida em discorrer sobre a inviabilidade de competição para permitir a inexigibilidade do certame, referendando a contratação direta de advogados, sem licitação, para defenderem o Banco do Brasil da enxurrada de processos oriundos dos diversos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Brasil Novo):

“22. Quanto aos motivos apresentados para sustentar a inviabilidade de competição, é procedente, apenas nos contratos em questão, que possuem peculiaridades acima descritas, o argumento da impossibilidade de realização de licitação do tipo menor preço. O mesmo não valeria se houvesse qualquer outro tipo de pagamento aos advogados que não honorários “ad exitum”, hipótese em que seria obrigatório o certame.”

Após esta irrefutável explanação do Ministro José Bento Bugarin, se constata que a cobrança de honorários *ad exitum* se afigura como a mais razoável e compatível com o princípio da moralidade, visto que o advogado recebe os seus honorários em percentual sobre o que o contratante lucrou ou deixou de pagar, resultante da intervenção profissional do causídico eleito.

Em tais casos, onde existe a impossibilidade de adoção do tipo melhor técnica, em razão da singularidade da prestação do serviço, não há como discordar do decidido pelo TCU, visto que a contratação específica não elenca condições objetivas para julgamento de propostas.

Verifica-se, nessa esteira, a inviabilidade jurídica de competição, que consoante Toshio Mukai,

“... aparecem casos tais que o ordenamento jurídico impede a competição; não se trata portanto, de objeto singular, impossibilidade material ou inconveniência administrativa. É o direito, ele próprio, que torna inviável a competição. Daí serem inexigíveis licitações nesses casos”¹⁵.

¹⁵ *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, 2ª Edição, Ed. Saraiva, 1990, pág. 43.

Ainda que se torne exaustivo, mister se faz que se traga à colação, mais uma vez, a autorizada visão do Ministro Bugarin que, ao apreciar o artigo 23 do Estatuto das Licitações (similar ao art. 25 da Lei 8.666/93), que estabelece ser:

“inexigível a licitação quando houver inviolabilidade de competição, em especial” nas situações enumeradas em seus incisos, pontificou: “Verifica-se, dessa forma, que o elenco de situações previstas nos incisos do referido dispositivo não é exaustivo, mas apenas exemplificativo, sendo inexigível a licitação também quando se configurar qualquer outra hipótese em que seja inviável a competição, consoante estabelece o “caput” do artigo. E isto ocorre no caso em questão, onde, conforme acima se demonstrou, não existe a possibilidade de competição em virtude das características peculiares de que se revestiram as contratações.”

Por igual, a comprovação de que os serviços contratados, efetivamente, possuem características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a ser obtido reside na própria ação judicial, e na forma célere e eficaz como se alçou o resultado perseguido – objeto do contrato *sub-oculis*.

A necessidade de êxito nas ações judiciais a serem contratadas, demanda serviço de notória especialização, que seria aquele que atenderia plenamente o êxito da contenda.

Assim sendo, a singularidade¹⁶ do serviço advocatício afasta a regra geral do processo licitatório.

III – PRINCÍPIOS VETORES DA PROFISSÃO DO ADVOGADO DEVEM SER CONSIDERADOS PARA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS SEM A OBRIGATORIEDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO

Em destacado posicionamento, Alice Gonzales Borges¹⁷, tece considerações relevantes sobre a desnecessidade da licitação para a contratação de serviços profissionais de advocacia, sobre vários e argutos fundamentos, inclusive o da “antinomia entre normas e a conflitualidade de princípios, de que fala Canotilho.”

A conflitualidade de princípio de que trata a citada publicista resultaria da conjugação da Lei 8.666/93 confrontada com a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB) e o Código de Ética dos Advogados.

¹⁶ Marçal Justen Filho entende que singular é o interesse público a ser satisfeito: “Como já observado, a natureza singular não é propriamente do serviço, mas do interesse público a ser satisfeito. A peculiaridade do interesse público é refletida na natureza da atividade a ser executada pelo particular. Surge, desse modo a singularidade”. Dessa afirmação extrai-se que os serviços advocatícios são singulares pois decorrem sempre de um relevante interesse público a ser satisfeito.

¹⁷ “Licitação para Contratação de Serviços Profissionais de Advocacia”, *in* RDA 206:135-141.

Isto porque, descarta a efetivação de “*uma pré-qualificação, seguida de seleção, ou um registro cadastral também seguido de seleção e sorteio, para que incorra na proibição do art. 22, §8º, da Lei 8.666/93,*”¹⁸ pelo fato de ocorrer a inexigibilidade da licitação de serviços advocatícios por duas causas bem definidas na legislação:

“ou porque se trate de serviços de notória especialização, ou porque, em muitos outros casos, se configure mesmo, por causas diversas e potencialmente inimagináveis por qualquer legislador, verdadeira inviabilidade de competição.”¹⁹

Nessa moldura, o próprio Código de Ética da Advocacia, em seus artigos 28 e 29, desestimula a competição entre seus profissionais, inviabilizando a competição via licitação, por ser recomendado ao causídico a moderação, discrição e sobriedade.

Por sua vez, o artigo 34 do Estatuto da OAB, elenca como infração disciplinar:

“organizar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (Art. 34, IV). Na mesma esteira, o artigo 5º do Código de Ética veda qualquer procedimento de mercantilização do advogado no exercício da profissão: “O exercício da advocacia, é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

E para impedir que haja captação direta ou indiretamente de clientes assim dispõe o art. 7º da lei em debate:

“Art. 7º - É vedado o oferecimento de serviços que impliquem, direta ou indiretamente, vinculação ou captação de clientela”.

Ainda louvando-se nas lições da ilustre Alice Gonzales Borges, se extrai:

“Enquanto o art. 30, inc. II, da Lei 8.666/93, estatui, como um dos requisitos de habilitação técnica a indicação das instalações materiais da empresa licitante, o art. 31, §1º, do Código de Ética do Advogado veda, nos anúncios do advogado, menções ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional, por constituírem captação de clientela. Constitui requisito de habilitação técnica dos mais importantes, na Lei 8.666/93, a comprovação, por meio de atestados idôneos de órgãos públicos e privados, do desempenho anterior do licitante em atividades semelhantes àquela objetivada na licitação (art. 30, §3º). O Código de Ética veda, nos arts. 29, §4º e 33, IV, a divulgação de

¹⁸ “Licitação para Contratação de Serviços Profissionais de Advocacia”, in *RDA* 206:135-141.

¹⁹ Obra citada.

listagem de clientes e patrocínio de demandas anteriores, considerados como captação de clientela.’²⁰

A seguir indaga:

“Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 30 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes do art. 45, I e §2º da Lei 8.666/93 ?. Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitação do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do artigo 46, §1º, descabe, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, §2º, que combina aqueles dois requisitos. Mesmas restrições sobre a aplicação das normas relativas à desclassificação das propostas, em razão dos preços oferecidos, prevista no art. 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser convidados para baixar o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias. O próprio problema do preço dos serviços advocatícios é outra questão que oferece certas peculiaridades.’²¹

Coroando o brilho e discortíneo da citada doutrinadora, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, através do seu Tribunal de Ética, manifestou-se no sentido de não ferir a ética e nem tampouco a Lei 8.666/93, quando presente a condição de notória especialização decorrente de situação pessoal do profissional ou do escritório de advocacia:

“Licitação – Inexigibilidade para contratação de advogado – Inexistência de infração – Lei n. 8.666, de 21.06.1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, para prestação de serviços ou defesa de causas judiciais ou administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessários, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na lei mencionada, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública.’²²

²⁰ Obra citada, p. 138.

²¹ Obra citada, p. 139.

²² *Contratando Sem Licitação*, Benedicto de Tolosa Filho, Editora Forense, 1998, p. 94/95.

A doutrina comparada também acolhe a desnecessidade da competição quando se vislumbra a prestação de serviços resultante da criação intelectual do portador do serviço, sendo certo, que em posicionamento similar ao nosso, o Professor portenho Roberto Dromi²³ assim se posiciona:

“Exceptúase también de la licitación pública la contratación en la que resulta determinante la capacidad ...”

Sayagués Laso²⁴ também entende:

“resulta imposible la comparación de obras científicas o de arte, para optar por la de precio más bajo, y aun mismo el determinarse en función del costo, que esta materia es elemento completamente secundário”.

Portanto, ao se aferir os comandos legais da Lei 8.666/93 deve ser feita pelo intérprete a interpretação sistemática tanto com o Estatuto do Advogado, como também com o respectivo Código de Ética.

Conseqüentemente, entender determinado preceito legal não é somente aferir de modo mecânico o sentido aparente e imediato que resulta da conexão verbal, é indagar com profundidade o pensamento do legislador, descendo da superfície isolada de um dispositivo, para conjugá-lo com os demais e desenvolvê-los em todas as direções possíveis, com o objetivo de aplicar corretamente a norma legal reguladora da matéria.

Concordamos, portanto, com as eruditas colocações feitas pela ilustre Alice Gonzales Borges, que “em laço de extrema felicidade” demonstrou ser inexigível o certame para que ocorra a contratação da prestação de serviços jurídicos, quer pela impossibilidade de se aferir o conhecimento científico de cada profissional, o que levaria a um julgamento subjetivo, quer pela singularidade do causídico prestador do serviço e, por fim, quer pelo Estatuto e o Código de Ética do Advogado reprimirem a captação direta ou indireta de clientes, além dos outros princípios declinados no presente tópico, que invalidam qualquer processo de seleção para a contratação dos serviços advocatícios, visto não ser o menor preço o fator preponderante para a efetivação do serviço.

Esta reflexão é imperiosa, porque a lei 8.666/93 não exige que haja licitação para contratação direta de parecer, atuação preventiva ou contenciosa do advogado, que pela natureza intelectual do serviço, fica excluído do certame.

A singularidade da prestação do serviço, por si só, justifica a ausência da competição, bem como da pré-qualificação também.

²³ *Licitaciones Públicas*, 2ª Edição, 1995, Buenos Aires, p. 147.

²⁴ *La Licitación Pública*, 1ª Edição, ed. Acali, Montevideo, 1978, p. 74.

Ora, os princípios vetores da profissão do advogado devem também ser considerados para a contratação dos serviços sem a obrigatoriedade do processo licitatório, visto ser totalmente inviável, na presente hipótese, a utilização de uma pré-qualificação de causídicos, para após ser efetuada a escolha pelo menor preço ofertado.

A pré-qualificação, prevista no artigo 114 da Lei 8.666/93 também figurava anteriormente no Decreto-lei n. 2.300/86, sendo definida por Caio Tácito²⁵ como:

“a faculdade concedida à Administração Pública para a prévia verificação das condições próprias de cada empresa ou consórcio que possam ser admitidos a participar de determinadas e futuras concorrências.”

O descarte da pré-qualificação deriva da própria lei de licitação, cabendo a Administração assim no processo de sua realização, desenvolver um campo livre, dentro da oportunidade e a conveniência, atuando dentro da sua zona livre de agir:

“A administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo de livre desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e a conveniência dos atos administrativos. Esta capacidade de autodeterminação representa o poder discricionário do Estado, que se exaure plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional.”²⁶

Contratando diretamente o advogado não estará a autoridade administrativa cometendo infrações, e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei 8.666/93 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentre de uma razoabilidade.

Ao agir de tal de fôrma, não será transgredindo a lei licitante, pois o serviço jurídico a ser prestado será correspondente a necessidade do tomador do serviço, que não pode se desvincular da finalidade legal.

Possuindo o advogado qualificação especial, oriunda da sua própria lei, a licitação para a escolha do melhor serviço deverá ser abortada, pelo fato do processo licitatório, na espécie, não se afigurar como a melhor opção à finalidade pública.

²⁵ “Licitação e Pré-Qualificação”, Parecer, Caio Tácito, *Temas de Direito Público*, 2º Vol., 1997, ed. Renovar, ps. 1427/28.

²⁶ Cf. Caio Tácito, “A Teoria da Inexistência do Ato Administrativo”, in *Temas de Direito Público*, 1º Volume, ed. renovar, 1997, p. 316.

Isto porque, não se busca na contratação do advogado o menor preço para a realização do serviço e sim do resultado da atuação do mesmo. É o resultado e a forma ágil de conseguí-lo que caracterizam também a singularidade da prestação do serviço pelo profissional eleito:

“Não é a lei que a torna inexigível; é a própria natureza do objeto que impõe tal solução, também reservada para os casos em que uma única pessoa possa atender às necessidades do Administrador.”²⁷

Por outro lado, o artigo 25 da Lei 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, pela inviolabilidade de competição, exemplificou: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...”. Pela dicção da citada norma legal, é lícito ao administrador agir movido pela discricionariedade,²⁸ visando, única e exclusivamente ao interesse público.

Dessa forma, mesmo a regra geral impor a licitação, a contratação de advogado se encaixa nos casos de inexigibilidade, na forma e nas condições já enunciadas.

IV – DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL SOBRE O TEMA

Não resta dúvida que o tema em debate é polêmico merecendo atenção especial do Tribunal de Contas da União e do próprio Poder Judiciário, que através de posicionamentos sólidos vêm constituindo a melhor orientação a ser seguida pelos entes públicos.

Iniciando-se pelo ângulo administrativo, é imperioso ressaltar que os pareceres da Advocacia Geral da União, quando aprovados pelo Presidente da República, possuem caráter normativo²⁹ direcionados para a Administração Pública Federal, na forma do art. 40, § 1º da Lei Complementar n.º 73, de 10/2/93.

Em sintonia com o iter legal narrado acima, a Advocacia Geral da União pelo Parecer n.º GQ 77, firmou o seguinte entendimento a ser seguido pela Administração Pública Federal:³⁰

“EMPRESA ESTATAL – ADVOGADO – LICITAÇÃO –
Admissível a contratação de serviços particulares de advocacia com

²⁷ Cf. Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, Vol. 3, Tomo III, ed. Saraiva, 1992, pág. 2.

²⁸ Bandeira de Mello, diz que discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, ed. Malheiros, 1993, p. 48).

²⁹ Ver voto do Min. Sydney Sanches na ADIN n.º 4-7/DF, DJ de 25/6/93

³⁰ in RDA 201:283-296

inexigibilidade de licitação quando o serviço for de natureza singular.
– Se o serviço não for singular, a contratação deve ser precedida de pré-qualificação com adjudicação equalitária entre os advogados pré-selecionados.”

Apesar de guardar restrições quanto ao desfecho final do citado parecer, por entender ser desnecessária a pré-qualificação, o certo é que ficou estampado que a contratação de serviços particulares de advocacia, dada a singularidade do executor, é plenamente lícita a inexigibilidade da licitação.

Não concordamos com a pré-qualificação, como já dito, por ser inviável aferir o critério de menor preço como melhor opção para o tomador do serviço. Como a advocacia exige a especialização, fincada que está a sua prestação em trabalho intelectual do executor do serviço, torna-se incompatível a competição licitatória.

Todavia, deixando a parcial divergência de opinião de lado, é de se destacar a conclusão do respectivo Parecer n.º GQ 77 da AGU: “35. Dessa forma, com fundamento na Lei n.º 8.666, de 1993, e com base na lição de doutrinadores eminentes e em recentes decisões do Tribunal de Contas da União, concluo:

“a) o fato de a entidade dispor de quadro próprio de advogados não impede que ela contrate, sem licitação, serviços de terceiros, uma vez que a Lei n.º 8.666 de 1993 considera inexigível, por inviabilidade de competição, o procedimento licitatório para o ajuste dessa espécie de serviços, desde que de natureza singular e que o profissional contratado seja de especialização tão notória que o seu trabalho se revele, indiscutivelmente como o mais adequado à satisfação dos interesse em causa os artigos 25, II, e § 1º, 13, V; b) a situação de inexigibilidade, devidamente justificada, deve ser, no prazo legal, comunicado à autoridade superior para ratificação e publicação, também em prazo determinado, e o processo respectivo deve ser instruído com a razão da escolha e a justificativa de preço – artigo 26. Em caso de superfaturamento, o § 2º do artigo 25 prevê a responsabilidade solidária pelos danos causados à Fazenda Pública do prestador de serviço e do agente público responsável pela contratação; c) a contratação deve ser celebrada para cada caso específico e singular; d) o contrato deve observar as normas legais, em especial, a dos artigos 54 e 55; e) a contratação dos serviços de natureza singular com profissional de notória especialização não é a única hipótese prevista de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição; f) a enumeração do artigo 25 é exemplificativa e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de discricionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública; mas, g) quando não se tratar de serviço de natureza singular, embora

inviável a competição, a execução pode ser feita por mais de um profissional. Em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação (artigo 114) dos interessados e, conforme determina o Tribunal de Contas da União, à “implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos”, como recomendou o Ministro Bento Bugarin. 36. São observações e conclusões que submeto à consideração superior.”

No campo da consultoria interna, o Parecer GQ-77 da AGU não foi o único e nem será o último, isto porque sempre que se faça a dispensa ou inexigibilidade de licitação, a polêmica é suscitada, por ser exceção à regra.

Antes mesmo da criação da AGU, a Consultoria Geral da República já havia enfrentado a questão, baixado a Exposição de Motivos CGR n. 02/92, de 25.10.92, com o objetivo de derrogar a Exposição de Motivos Interministerial 011/92 (20.01.92), que foi confeccionada com o objetivo de submeter à consideração do Exmo. Sr. Presidente da República:

“Proposta para tornar obrigatória a contratação, por parte do Banco Central do Brasil – BACEN, das empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, de empresas prestadoras de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica especializadas na área trabalhista, para fins de defesa, até a última instância, de interesses em juízo, quando reclamam em ações individuais, plúrimas ou coletivas na Justiça do Trabalho sempre que houver possibilidade de conflito de interesse da parte dos quadros jurídicos próprios.”

Assim, ao ser colocada no cenário administrativo federal, a E.M. CGR 02/92, estipulou que “a contratação das pessoas jurídicas prestadoras dos referidos serviços deverá ser sempre precedida de licitação.”

Pensando melhor servir a coletividade, a citada E.M. determinou que os advogados se submetessem ao certame licitatório, no intuito de ser escolhido o serviço jurídico de menor preço.

Como o resultado do serviço se tornou ineficaz a AGU foi obrigada a reformular o entendimento anterior da extinta Consultoria Geral da República, tendo em vista que o Parecer n. GQ 77 da AGU fez questão de deixar bem nítido que:

“A vista de notícias, que dirigentes de organizações estatais fizeram chegar ao meu conhecimento, a providência sugerida na E.M. antes citada resultou ineficaz, muita vez, posto que o patrocínio judicial foi confiado, em decorrência de licitações decididas pelo critério de menor preço, a profissionais ou escritórios de advocacia de talvez insuficiente preparo e experiências” (g.n).

A seguir, na mesma moldura, informa a parecerista da AGU em questão, que o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos da Administração Federal considera serviço técnico-especializado, os profissionais do direito que patrocinam as ações judiciais ou a defesa das mesmas, sendo abrangido também a atuação administrativa, além, “de outro lado, a insuficiência técnica do patrocínio judicial, segundo ainda as notícias que nos chegam, têm conduzido a sucumbências de extraordinário valor, em algumas entidades alcançando o correspondente a bilhão de dólares norte-americanos. Tão grave e dramática é a situação, que não resultaria inadequado o apelo também à regra de dispensa de licitação (art. 22, IV, do Decreto-lei 2.300, de 1986).”

Portanto, ficou invencivelmente comprovado na esfera administrativa que a licitação de menor preço para a escolha do serviço jurídico adequado não se revela como a melhor opção, podendo o tomador dos serviços profissionais contratar como advogado o escritório que possua singularidade manifesta.

Sobre a singularidade³¹, a Lei 8.666/93 retira do intérprete o caráter subjetivo, em razão do §1º do art. 25 elencar os requisitos que permitem a aferição objetiva da notória especialização do profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade enquadrarmos como o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Tal posicionamento administrativo não está restrito apenas à Advocacia Geral da União, tendo em vista que o TCU construiu entendimento no sentido de permitir a contratação direta de advogado particular sem a necessidade do processo licitatório. Este autorizado posicionamento foi proferido em 28 de julho de 1994 (Decisão n.º 494/94). DOU de 15/8/94, Seção I, págs. 12.310/12, Processo T.C. 019.893/93-0), onde foi julgada denúncia de “contratação de advogado particular, com honorários elevados e sem licitação, pela RFFSA – Rede Ferroviária Federal S.A., ”empresa estatal que possui quadro próprio de advogados.”

A denúncia se lastreou nos seguintes pontos: a) que a RFFSA apesar de dispor de quadro próprio de advogados, contratou diretamente advogado por particular para defender uma determinada causa na Justiça; b) o contrato previa honorários elevados – Cr\$ 68.845.000,00 (sessenta e oito milhões, oitocentos e quarenta e cinco mil cruzeiros reais).

O Tribunal de Contas da União rejeitou a denúncia, nos termos do voto âncora do eminente Min. Carlos Átila, nos seguintes termos:

“1º) a circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se portanto a

³¹ Ver a justificativa de inexigibilidade de licitação n. 060/92, do Ministério da Marinha.

contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa; 2º) e exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador, a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade. 3º) a contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados com os mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter. 4º) a contratação deve ser celebrada estritamente para a prestação de serviço específico e singular, não se justificando portanto firmar da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.³²”

Antes da explanada decisão n.º 494/94, o TCU teve oportunidade de julgar, em 2 de junho de 1993, denúncia contra a contratação pelo Banco do Brasil, sem licitação, de serviços de advocacia de particulares, para promoverem execuções de devedores (Processo TC-022.225/92-7), citado alhures, que teve a relatoria do Min. Bento Bugarin (Decisão 69/93, Plenário, Sessão 02/06/93, DOU 22/6/93, p. 8.321/24), onde foi prestigiada a contratação direta,³³ dada a necessidade do ente contratante.

Em outra oportunidade, o Sindicato dos Servidores das Autarquias de Fiscalização do Exercício Profissional do Estado de São Paulo – SINDEXPRO, denunciou ao Tribunal de Contas da União o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP, pelo fato de ter contratado ilustre advogado paulista sem licitação.

Mais uma vez, a Col. Corte de Contas seguiu a trilha da dispensa de licitação a título de notória especialização do contratado, com a recomendação da prestação pessoal do serviço do jurista.

Assim ficou ementado a r. decisão:

“Denúncia. Contratação de Advogado com inexigibilidade de licitação por autarquia que possui quadro próprio de advogados. Serviços com características singulares e complexas não ligados à finalidade da Entidade. Notória especialização. Conhecimento em improcedência da denúncia. Determinações à Entidade.³⁴”

³² Assim ficou ementada a r. decisão do TCU: “A contratação de advogado, com a dispensa de licitação, à título de notória especialização deverá importar em obrigação singular de prestação de serviço, não podendo ser atribuída ao corpo jurídico de escritório”. (Processo TC 19.893/93-0, 02.08.94, Pleno, TCU, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, *in* RDA 197:272.

³³ No mesmo sentido seguem as seguintes decisões do TCU: a) TC 001.899/92-9, Rel. Min. Homero Santos, Decisão n.º 18/92, sessão de 15/4/92; b) TC 028.618/83-1, Rel. Min. Bento Bugarin, Decisão, s/n.º, sessão de 9/5/90. Embora a Corte de Contas tenha determinado providências para sanar falhas, tem entendido que em virtude das condições e peculiaridades de cada caso concreto, em nome do respeito do exame da conveniência e da oportunidade, deve o administrador ater-se aos princípios norteadores da Administração Pública (cf. Parecer n.º GQ 77 da AGU)

³⁴ Processo TC n.º 019.522/94-0, rel. Min. José Antônio Barreto de Macedo, data da Sessão: 17/7/96, Decisão n.º 438/96, *in* RDA 205:287-304.

Seguindo os firmes posicionamentos do TCU, o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, através do voto do Conselheiro Sérgio Cabral, julgou pela inexigibilidade de licitação a contratação de serviços advocatícios realizada pela COMLURB, uma vez que a anulação da aludida contratação atentaria contra a comunidade a própria razoabilidade administrativa:

“CONTRATO SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ADVOCATÍCIOS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ...Entretanto, sob a alegação de não possuir em seus quadros contingente bastante para defender causas judiciais, que estão a correr em prazos exíguos, a COMLURB solicita e é atendida quanto ao conhecimento para fins de arquivamento dos processos e seus aditivos uma vez que à anulação dos contratos atenderiam contra a comunidade e a razoabilidade administrativas.”³⁵

Na mesma esteira, o Tribunal de Contas do Paraná, ao julgar o processo n. 31344/95, seguindo a corrente legal referendou a contratação direta de advogado para defesa judicial de Vereador, nos seguintes termos:³⁶

“Consulta. Contratação direta de advogado para defesa judicial de vereador. Legalidade da mesma, visto que: inexistente no quadro funcional da Câmara um advogado; a defesa foi pertinente ao livre exercício e às prerrogativas do mandato parlamentar, e ainda, não incide o regime formal da licitação em razão do pequeno valor da contratação.”

Deixando de lado o posicionamento administrativo e direcionando o foco de atenção para o Poder Judiciário, se constata que o Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre a contratação de advogado sem processo licitatório, em respeito a natureza do trabalho a ser prestado pelo profissional, considerou como lícita a dispensa do certame:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. ADVOGADO: CONTRATAÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. I – Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público. II – Concessão de *habeas corpus* de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.”³⁷

O sempre arguto e competente Min. Velloso, deixou consignado na relatoria do julgado multicitado, que o trabalho intelectual do advogado é impossível de ser aferido mediante

³⁵ TCM-RJ. TC. N. 28/05/96, RTCM/RJ n.º 15. Set/96. P. 117.

³⁶ TCPR, 31344/95, Rel. Conselheiro Quiêse Crisóstomo da Silva, Decisão 2200/96, de 27.02.96.

³⁷ RHC n.º 72830-RO, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª t., julgado em 20/10/95, DJ de 16/2/96, pág. 2999, ementário vol. 1816-01, pág. 161.

processo licitatório, descartando a hipótese do preço mais baixo ser a melhor opção para o tomador do serviço. Pela peculiaridade da prestação de serviço do advogado, assim disse o ilustre julgador:

“Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa pública.”

Extrai-se do v. acórdão as seguintes considerações: a- o STF julgou lícita a contratação de advogado sem o processo de licitação; b- ao referendar a dita contratação, procurou o Min. Relator enaltecer a singularidade da prestação de serviço intelectual ministrada pelos advogados; c- por ser pessoalíssima tal prestação de serviço, entendeu àquela Corte ser inviável à competição; d- afastou o dolo ou o prejuízo ao patrimônio público.

Este julgado representa precioso precedente, pelo fato de ter sido construído pela Suprema Corte, que como guardião da Constituição deixou cristalinamente fixado que a contratação direta de advogados, sem a realização do processo licitatório, não agride ao art. 37, XXI, da CF.

Após este *leading case* do STF, os que defendiam a corrente contrária a que estamos desenvolvendo no presente capítulo terão que refletir mais sobre o tema, pois a decisão da Excelsa Corte Constitucional confere legalidade a contratação direta de advogado, para acompanhamento de ações nos Tribunais Superiores.

Bem anterior ao posicionamento do STF, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda sobre a égide do Decreto-Lei 200/67 e da Lei Paulista n.º 89/72, conferiu foro de legalidade para a dispensa de licitação de advogado contratado diretamente, ficando assim ementado o aresto:

“Licitação. Advogado contratado para determinada causa. Notória Especialização. Dispensa de licitação. Aplicação dos arts. 126, § 2º, “d”, do DL n.º 200/67 e 10v. da Lei Paulista n.º 89/72. Inexistência de lesividade aos cofres públicos. Ação popular supletiva ao Estado. O patrocínio ou defesa de causas jurídicas ou administrativas constituem serviços técnicos profissionais especializados. A especialização no campo jurídico existe sob múltiplos aspectos.”³⁸

³⁸ TJ/SP, Rel. Des. Valentin Silva, Ap n.º 7.696-1, in RT n.º 549, Jul/81, pág. 75.

Marçal Justen Filho,³⁹ traz à tona recentes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Já se reconheceu válida a contratação de jurista para defesa dos interesses públicos e demandas relevantes, mesmo quando a Administração dispusesse de procuradoria jurídica (RTJESP 111/165 (...)). Em decisão na RTJESP 70/138, foi julgada válida a contratação de advogado que possuía “... uma relação pessoal e profissional estreita com o Prefeito ...”, inclusive porque isso geraria uma relação de conhecimento e confiança inovadora da escolha do administrador público.

Do mesmo Eg. Tribunal, se coleciona também o seguinte precedente:⁴⁰

“LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADO POR PREFEITURA MUNICIPAL – Caráter *intuitu personae* – Licitação dispensável”.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso,⁴¹ ao argumento de que é lícito a dispensa de licitação para a contratação direta do advogado determinou que o Estado pague os honorários pactuados sob pena do ensejo do enriquecimento ilícito:

“DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS – NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO ADVOGADO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – VALIDADE DO CONTRATO – HONORÁRIOS DEVIDOS – Em se tratando de serviços técnicos especializados, é dispensável o procedimento licitatório, à luz dos arts. 12 e 13 do Decreto-lei n. 2.300/86. Não pode o Estado se furtar ao pagamento dos serviços prestados, sob o argumento de nulidade do contrato, ou falta de previsão orçamentária, uma vez que os serviços foram devidamente autorizados. O descumprimento da obrigação assumida validamente, premiaria a invocação da própria torpeza e ensejaria odioso enriquecimento ilícito.”

No robusto voto do Desembargador Relator, foram registradas as seguintes colocações, que foram recepcionadas pela Lei 8.666/93:

“Sucede que, nos termos dos arts. 12 e 23 do Decreto-lei n. 2.300/86 o procedimento licitatório não é exigido diante de serviços técnicos profissionais especializados, como ocorre no patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.”

A seguir, o Des. Orlando Almeida Perri, relata semelhante julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:⁴²

³⁹ Ob. cit., pág. 264

⁴⁰ TJSP, Ap. Cível n. 239.171-1, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Walter Theodósio, julgado em 27.03.96.

⁴¹ TJMT, AP. Cível n. 19035, Câmara Especial, Rel. Des. Orlando de Almeida Perri, julgado em 18.07.97.

“Cobrança de honorários. Serviços profissionais. Elaboração de Lei Orgânica do Município. Falta de licitação. Contratante Câmara Municipal de Vereadores. Inexistência de ofensa ao art. 37 da Constituição Federal de 1988. Plausível a sentença que não vislumbre ofensa ao art. 37, caput, da CF/88, quando o trabalho de advogado teve a confiança. Não restou prejuízo ao Município à falta de licitação, não sendo questionado o valor pago, não tendo reclamo de favorecimento pessoal e demonstração de que o trabalho não correspondeu às expectativas. Legitimidade da Câmara Municipal para contratar serviços do advogado. Apelo desprovido”.

Por outro flanco, o citado julgador trouxe à lume Parecer da lavra do Procurador de Justiça que funcionou no feito, onde o ilustre membro do *parquet* estadual, deixou estampado nas suas razões que:

“Via de regra, é possível à administração pública, contratar profissionais comprovadamente técnicos, para executarem serviços de natureza específicas, sem que isso constitua qualquer ofensa aos princípios consagrados no art. 37, da Carta Política do País, notadamente ao da legalidade e moralidade. É o caso das Auditoras contratadas no início do mandato do agente político visando receber a Administração sem os vícios que imagina causados pelo antecessor”.

No mesmo ciclo dos tribunais estaduais, o Eg. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba também registrou, em consonância com a Lei 8.666/93, a inexibibilidade de licitação para os serviços advocatícios, impondo ao Estado o pagamento dos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração:

“Câmara Municipal. – Nulidade contratual – Pagamento dos serviços efetivamente prestados. Tratando-se de contratos administrativos, esses devem ser regidos pelas normas pertinentes ao direito público, notadamente à Lei n. 8.666/93. – A Lei 8.666/93, em seu art. 25, §1º, prevê a hipótese de inexibibilidade de licitação, nos serviços de notória especialização: contratação de escritório de advocacia para defender os direitos e interesses dos Poderes e esferas governamentais no âmbito federal, estadual e municipal. – Acaso o contrato de prestação de serviços jurídicos seja nulo, cabe à Administração pagar os efetivamente prestados, sob pena de enriquecimento ilícito, que é vedado em um Estado Democrático e de Direito como o nosso, eis que a própria “Lei das Licitações”, em seu art. 59, parágrafo único, dispõe: “A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contando que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. – Apelação conhecida e provida.”⁴³

⁴² Ap. Cível n. 194.009.815-5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jasson Ayres Torres, *Informa Jurídico*, versão 9.0.

⁴³ TJPB, Ap. Cível 97.002521-6, Rel. Des. Amaury Ribeiro Barros, 2ª C.C., julgado em 29.09.97, *DJ* 03.10.97, pág. 25.

E o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, também já teve a oportunidade de deixar registrado, através de autorizado posicionamento do Des. Sergio Cavalieri Filho⁴⁴, que é inexigível a licitação para a contratação de advogado, por caracterizar-se como uma relação *intuitu personae*:

“Licitação. Prestação de serviços de advocacia especializada. Inexigibilidade. É inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais de notória especialização. Serviços singulares são aqueles que apresentam características tais que inviabilizam, ou pelo menos dificultam, a sua comparação com outros, notória especialização tem o profissional que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação. Preenche tais requisitos a prestação de serviços de advocacia junto aos Tribunais Superiores prestados por profissionais de notório saber jurídico e larga experiência na área do Direito Público, na defesa de causa de grande valor patrimonial para a Administração Municipal. Não se pode perder de vista, por outro lado, que o mandato é contrato "intuitu personae", onde o elemento confiança é essencial, o que torna incompatível com a licitação. Ação popular. Ônus da Sucumbência. No caso de improcedência da ação, fica o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, consoante preceito constitucional. Provimento parcial do recurso. (IRP)”

Contudo, para arrematar, se extrai firme julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que em conformidade com que foi deliberado pelo STF, enquadrou como lícita a contratação de advogado diretamente, por ser uma das exceções do estipulado pelo art. 37, XXI da CF:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS. RENÚNCIA: IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO: LEGALIDADE. ART. 37, XXI, CF/88. HONORÁRIOS. INTERESSE DA UNIÃO. I – Não há falar-se em renúncia ao direito em que se funda a demanda, vez que a ação popular visa amparar interesses da coletividade. II – O princípio constitucional acerca da obrigatoriedade de licitar imposta à Administração Pública (art. 37, XXI) comporta exceções, destacando-se a hipótese de contratação de profissionais com notória especialidade, não havendo, portanto, ilegalidade no contrato administrativo. III – Honorários bem arbitrados considerando-se a complexidade da causa. IV – Contatado o interesse da União, mormente quando seus agentes estão sendo acionados em razão de atuação firma em demanda administrativa, onde evitaram que o erário viesse a sofrer prejuízos com a manutenção de concessão considerada inoportuna e prejudicial aos interesses da armada. V – Apelações dos

⁴⁴ TJRJ, Ap. Cível 6.648/96, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, julgado em 07.01.97, ementário 07/97, n. 04, pág. 2.665/2669.

réis e da União providas. VI – Recurso adesivo não conhecido por intempestividade.”⁴⁵

Como visto, tanto o posicionamento do judiciário como o administrativo, atentos à evolução do direito, transcenderam entendimentos enterrados pelos posicionamentos anteriores, consagrando a contratação direta do advogado, ressalvando, apenas, que a prestação dos serviços terá que ser singular, e regida pela notória especialização;

Neste último aspecto, entendemos que a notória especialização, para efeito de exonerar a administração de prévia licitação, para a contratação dos serviços, tem como critério básico o perfil da profissão da advocacia e a intelectualidade do prestador de serviços, na forma do §1º do art. 25 da Lei 8.666/93.

É humanamente impossível dimensionar-se qual o melhor advogado do Brasil (se é que é possível tal rótulo) em virtude da complexidade jurídica que o caso comporta, bastando o advogado possuir um alto grau de especialização.

A partir do momento em que o advogado possui um trabalho sério e competente, criando respeitabilidade no seu meio, e gerando monografias e livros sobre os diversos temas do direito, está apto a ser enquadrado como um possível prestador de serviços jurídicos eventuais para a Administração Pública.

Por igual, a singularidade desta prestação poder-se-á caracterizar pela rapidez e eficiência no resultado esperado pelo tomador do serviço. Ou, em outras palavras, a velocidade e o resultado favorável as pretensões do ente público são requisitos ensejadores da singularidade.

O emérito Min. Rafael Mayer, quando Consultor-Geral da República, teve a oportunidade de se deparar com o tema da notória especialização, como elemento de exoneração do certame. Sua Excelência baixou a Exposição de Motivos n. L-135, de 28 de fevereiro de 1977⁴⁶, que ficou ementada da seguinte forma:

“Notória especialização, para efeito de exonerar a administração de prévia licitação, para a contratação de serviços, tem como critério básico para a sua conceituação jurídica a singularidade do objeto do contrato, individualizado e incompatível de competição concursal...”

Assim, após as robustas decisões declinadas, se constata que é plenamente acolhida a contratação direta de advogado, sem que haja colisão com o ordenamento repressivo, ou ferimento da legalidade. A lei permite a contratação direta, sendo que tal inexigibilidade de licitação ecoa tanto na esfera judicial como na administrativa.

⁴⁵ AC. 96.01.14253-3/DF, Rel. Juiz Cândido Ribeiro, TRF-1ª Região, 3ª Turma, DJ 14.11.97, pág. 97150.

⁴⁶ In RDA 129:266.

Sendo certo, que:

“a inobservância da finalidade insita na competência do agente caracteriza forma especial de ilegalidade que se designa como desvio de poder (*détournement de pouvoir*, na terminologia francesa).”⁴⁷

Portanto, para que não seja responsabilizado no futuro, deve o administrador público zelar pela *res publica* e contratar advogado gabaritado para alcançar a finalidade pública, dentro de uma razoabilidade honorária, tudo em prol das necessidades do tomador do serviço direto e da finalidade pública.

V – CONCLUSÃO

A licitação pública é um procedimento administrativo que tem por objetivo selecionar a melhor proposta para a Administração Pública⁴⁸. Como o serviço prestado pelo advogado é singular, excetuando-se das regras que são voltadas para a competição do menor preço, a inexigibilidade do certame é uma consequência natural.

Por igual, como no trabalho intelectual do advogado não existe o “equivalente perfeito”,⁴⁹ salta aos olhos, que a competição fica esvaziada.

Neste caso, a legislação federal permite a contratação direta do advogado, por ser singular a prestação do seu serviço:

“Os bens singulares, consoante se disse, é que não são licitáveis. Um bem se qualifica desta maneira quando possui individualidade tal que o torna inassimilável a quaisquer outros. Esta individualidade pode provir de o bem ser singular: a) em sentido absoluto; b) em razão de evento externo a ele ou c) por força de sua natureza íntima.”⁵⁰

Pelo exposto, concluímos ser totalmente inviável o certame competitivo para aferição da melhor prestação de serviço advocatício, em total sintonia com o posicionamento do STF e dos precedentes judiciais e administrativos narrados anteriormente.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

⁴⁷ Caio Tácito, “Poder Discricionário. Desvio de Finalidade. Princípio da Razoabilidade”, in *Temas de Direito Público*, ed. Renovar, 1997, págs. 1112.

⁴⁸ Cf. Agustin Gordillo, “Después de La Reforma Del Estado”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, VII – 1)

⁴⁹ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Licitação”, 2ª tiragem, 1985, ed. RT, pág. 15

⁵⁰ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 16