

# A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO E OS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Pedro Ângelo Figueirêdo<sup>1</sup>

*Inexigibilidade de licitação. Contratação de Advogados. Necessidade de atender os requisitos da inviabilidade da competição, singularidade do serviço, e notoriedade de quem o presta. A natureza singular é do serviço e não do seu executor. A notória especialização, por si só, não autoriza a inexigibilidade. Serviços advocatícios rotineiros, exigem licitação.*

1. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, tem suscitado certa polêmica, sobretudo no que diz respeito aos serviços advocatícios.

A origem da dúvida tem sido, dentre outros, o argumento em regra levantado por alguns profissionais liberais, de que seu labor é personalíssimo, marcante, e por isso tem a natureza singular, exigida pelo inciso II, do art. 25, do mencionado Estatuto. Ajuntam a tal raciocínio o entendimento segundo o qual, tendo o contratado notória especialização, a singularidade do serviço é uma consequência.

Façamos algumas reflexões sobre a juridicidade dessas alegativas.

2. Preliminarmente, nunca é demais trazer a colação a regra geral insculpida no art. 37, XXI, da Carta Federal, que estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, fixado no *caput* do seu artigo quinto.

Daí, a Lei das Licitações trazer logo no seu início, após fixar no art.1º o âmbito do seu alcance (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no art. 2º já delimita com precisão a normal geral:

"As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei."

A par destas duas observações, quer nos parecer que as "regras do jogo" foram fixadas de modo muito transparente: licita-se como regra e dispensa-se como exceção.

As exceções, no tocante a inexigibilidade, são tratadas especificamente no art. 25 da referida lei, que a semelhança da "norma penal em branco", remete para a listagem do seu art. 13. Ali estão catalogados os serviços técnicos, dentre eles o advocatício (inciso V).

3. Mas para ocorrer a excepcionalidade o mencionado art.25 impõe, no seu inciso II, quatro requisitos que entendo fundamentais e distintos:

- inviabilidade de competição;

---

1. Conselheiro do TCM-CE

- previsão do serviço no art. 13;
- singularidade do serviço; (singularidade objetiva)
- notória especialização. (singularidade subjetiva)

A primeira dessas exigências supra, vem no *caput* do aludido artigo, como norma de comando:

"é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:".

As três outras seguem-lhe como "complemento" no inciso II:

"para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização"...

A par disto já podemos concluir que sendo viável a competição, mesmo que os três requisitos "complementares" estejam presentes, é obrigatória a licitação.

4. Outra não é a lição do Professor Jorge Ulisses Jacoby, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, na excelente monografia "Contratação Direta Sem Licitação", 3ª ed. Brasília Jurídica, 1997, pág. 299:

Assim, mesmo quando se caracterizar um dos casos tratados nos incisos, se for viável a competição, a licitação é exigível, porque não foi preenchido o requisito fundamental descrito no *caput* do art. 25.

E aponta a decisão nº525/93-Pleno, do TCU no mesmo sentido:

...o enquadramento em situação de inexigibilidade de licitação, prevista no Estatuto de Licitações e Contratos -Lei 8666/93, art.25, *caput*-, exige inviabilidade de competição, ...

*-in obra cit, pág.299.*

Conclui lamentando:

Daí porque não se compreende que alguns autores e julgados, coloquem lado a lado dois conjuntos de idéias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade, que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um agente capaz de realizá-lo, a licitação é inexigível, abandonando o requisito fundamental do instituto, constante do *caput*, do art. 25, da Lei 8.666/93.

*-in obra cit, pág.326.*

O magistrado carioca JESSÉ TORRES, em palestra no segundo Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado no Rio de Janeiro em 2-6-95, publicada no BLC-abril/96 pág. 172 também advertiu:

Assim, se a cabeça do art. 25 diz que a licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial nas situações descritas, só posso extrair daí uma interpretação, para mim convincente, de que mesmo configurada a situação descrita no inciso, se for viável a competição, o dever geral de licitar está acima da inexigibilidade, ou seja, se houver viabilidade de competição, ainda que se configure a hipótese de um dos incisos, é necessário licitar. Não vejo como possa ser diferente.

Parece-nos imprudência dizer, como alguns, que o simples fato do serviço estar arrolado no art. 13, tem natureza singular !

Ora, é manifesto que nem todos os serviços advocatícios, têm esses predicados. Aliás, poucos o têm. Somente as causas que, por sua complexidade, ou pelo montante isolado que cada uma representa, ou circunstância especial, marcate para a população ou para a Administração Pública, se revestem desse caráter singular.

Elas não estão no dia-a-dia da Administração. São eventuais.

Os serviços rotineiros, que vão desde a confecção de uma simples procuração extrajudicial até uma defesa na Justiça do Trabalho; de uma simples defesa administrativa num processo de prestação de contas até o comparecimento a uma audiência judicial em casos de pequenas indenizações, reclamações, etc, não podem ser havidos como "singulares".

São serviços que podem ser prestados pela esmagadora maioria de advogados, hoje espalhados nas grandes e pequenas cidades, muitas vezes residindo nestas, ou próximo, ou, ainda, dando nelas expediente semanal. Enfim, numa condição que chamados, em poucas horas estarão diante do constituinte !

Atualmente há um mercado fértil de advogados, muitos deles carentes de uma oportunidade que a contratação direta geralmente lhes furta.

Estes esforçados profissionais povoam os sertões cearenses, muitos deles ali residindo ou prestando assistência semanal a seu contratante, sendo certo que tal categoria, como de resto muitos profissionais liberais, também estão às voltas com o fantasma do desemprego ou escritórios vazios. São, à semelhança dos "sem terras" e, numa imagem respeitosa, os "sem clientes" que assolam este País e sobretudo o Nordeste.

Além de ilegal e ilegítimo, é desumano fechar-lhes as portas !

5. Com efeito, a doutrina pátria e a jurisprudência dos Tribunais de Contas, inclusive do TCU, são todas no sentido de que sendo rotineiro o serviço, descabe chama-lo de singular.

Vejamo-las.

"A singularidade, como textualmente estabelece a Lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana."

-Jorge Ulisses, obra cit. pág. 328.

A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da questão, mas boa parte da doutrina pátria, *data venia*, não tem dado enlevo ao termo, ou quando o faz acaba por associá-lo ao profissional, deixando de identificar o serviço.

-idem, idem, pág.329.

...

A esse respeito, no julgamento do Processo TC-013.263/93-5, mesmo a contratação de profissionais de grande renome, inclusive Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, foi considerada irregular porque os serviços contratados não eram, a rigor, de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade da competição.

-idem, idem, pg. 331.

E em tópico específico sobre a contratação de serviços advocatícios, cita passagem da decisão 137/94-TCU onde consta:

"Com relação ao Contrato nº 028/SR-DEJUR-5, com o escritório de advocacia França e Ribas S/C, a analista refutou as alegações da entidade, que sustentava a inexigência de licitação, com base na singularidade dos serviços (singularidade objetiva), como também na notória especialização dos sócios da firma contratada (singularidade subjetiva). Demonstrou a instrução tratar-se, na realidade, de serviços rotineiros de advocacia e, portanto, passíveis de competição no mercado próprio." E, circundando essa manifestação, asseriu o Ministro Relator que "como bem salientou a instrução, o cerne da questão, na espécie, não é a competência ou mesmo a notoriedade da contratada e de seus profissionais, mas a possibilidade de competição no mercado para a prestação dos serviços desejados, que vão desde a "defesa de direitos e interesses da RFFSA, em processos judiciais, nas esferas civil, trabalhista, criminal e fiscal, até a confecção de pareceres jurídicos sobre quaisquer assuntos relacionados à sua esfera de atuação."

-idem, idem, pg.332.

Sobre o assunto, o festejado Jessé Torres doutrina:

Imaginem, por exemplo, uma hipótese que já tem se tornado clássica, no decisório do Tribunal de Contas da União pelo menos, da contratação de escritórios de advogados para a prestação de serviços especializados à administração pública. Foi muito comum durante largo período que essas contratações de escritórios especializados, se desse diretamente, considerando-se a licitação inexigível com base no inciso da notória especialização. Fez-se isso fartamente na administração pública brasileira em todos os seus níveis e escalões.

Recentemente o Tribunal de Contas da União veio decidir em termos peremptórios que esta prática é abusiva. Entende afinal a Corte Federal de controle externo que só mesmo em situações excepcionalíssimas em que se configure acima de qualquer dúvida razoável aquele caráter único, singular do serviço a ser contratado ao escritório de advogado; afora esta possibilidade a contratação de escritório não cabe nas hipóteses de inexigibilidade porque será sempre viável a competição; ainda que os escritórios não queiram competir entre si, o fato é que a competição é plenamente viável.

-BLC-abril-96, pág. 173 -Palestra no 2º Semin.Dir.Adm. - RJ.

Também o Prof. Roque Citadini, Conselheiro do TCE-SP, na sua excelente obra "Coment. e Jur. sobre a Lei das Licitações", ed. Max Limonad 1996, corrobora o conceito de "natureza singular" do serviço:

Além da comprovação de que a empresa ou profissional sejam notoriamente especializados, aptos, portanto, a desempenhar os serviços listados no art.13 desta lei, será necessário que o objeto a ser contratado seja de natureza singular.

...

A singularidade do serviço a ser contratado é requisito indispensável para se poder justificar a contratação direta com empresa ou profissional notoriamente especializado. Se o serviço objeto da contratação for rotineiro, comum, sem exigência de qualquer conhecimento ou técnica de maior complexidade, não há razão para a sua contratação sem licitação.

Não basta portanto, que a empresa seja de especialização notória no mercado; é preciso, também, que o objeto do contrato venha a requerer conhecimento ou técnica especiais e individualizadores para que se possa contratar diretamente.

Conforme afirmou Celso Antônio Bandeira de Melo, "se o serviço pretendido for banal, singelo e por isto irrelevante que seja prestado por "a" ou "b", não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação".

-pág. 182.

A conhecida Prof<sup>a</sup> Alice Borges, da Universidade de Salvador-BA, membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, em conferência no X Congresso do aludido Instituto, em Curitiba-PR -12-9-96-, cujo trabalho foi publicado na Genesis-Rev. Dir.Adm. Aplicado, edição out/dez-96, pág. 949, deita suas luzes na *vexata quaestio*.

O que vem assumindo, ultimamente, um aspecto polêmico, relativamente à obrigatoriedade da licitação, sobretudo ante a proliferação de sociedades de

advogados e escritórios de advocacia organizados em empresa, é a contratação permanente de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais.

Vem-se alegando que alguns de tais serviços advocatícios são rotineiros, não demandando maiores conhecimentos especializados, para o fim da inexigibilidade de licitação. Lendo alguns pareceres da Advocacia Geral da União, decisões do Tribunal de Contas da União, bem como pronunciamentos de certos juristas, chega-se à conclusão de que tais serviços são necessariamente massificados, prestados em série, incluídos em "pacotes", que deverão ser organizados e distribuídos em perfeita igualdade, de acordo simplesmente com o valor aritmético das causas e não de sua maior ou menor eventual complexidade.

Por isso mesmo, tem sido amplamente defendido por alguns que tais serviços de advocacia podem perfeitamente ser objeto de licitação.

Mas licitar como ? A matéria não é de fácil solução. É aí que se revela a antinomia entre normas e a conflitualidade de princípios, de que fala Canotilho.

....

A idéia predominante é a da pré-qualificação dos escritórios de advocacia interessados, seguida de uma sistemática, objetiva e imparcial, de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados. É o que vem preconizando a Advocacia Geral da União, o Tribunal de Contas da União, e o jurista Ulisses Jacoby.

A ilustre Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao TCM-CE -Dra. Leilyanne Feitosa-, em trabalho apresentado e distribuído em maio/98 aos Conselheiros desta Eg. Corte, assinalou pontos importantes que me permito transcreverlos:

"De todo modo, apesar do que aduzem nas justificativas, não é a notoriedade do profissional contratado o pressuposto fático para a inexigência de licitação.

...

...se assim fosse, poder-se-ia dizer que todo e qualquer serviço teria natureza singular, caracterizada essa por seu executor, fosse quem fosse, vg o simples ajuizamento de uma ação ordinária de cobrança, se feita por Rui Barbosa, passaria a ter natureza singular.

...

A singularidade do serviço decorre de sua complexidade ou de sua inusitabilidade, ou seja, decorre do fato de aquele serviço apresentar uma certa especificidade que requer uma habilidade maior do profissional.

6. Agora vejamos as decisões das Cortes de Contas, inclusive TCU:

Contrato. Prestação de serviços de consultoria. Notória especialização. A notória especialização como motivo determinante da dispensa formal de licitação se configura quando os serviços a serem contratados pela Administração tiverem características de notável singularidade no modo da prestação ou resultado a ser obtido, suscetíveis de execução somente por determinados profissionais ou firmas de reconhecida e correspondente especialização, em grau incomparável com os demais.

-TCE-RJ, Rel. Cons. Humberto Braga, *in* RTCE nº 21 pág. 165.

Contratação de serviços técnicos profissionais especializados. Notória especialização. Inexigibilidade de licitação. Singularidade.

O Dec.-Lei 2.300 já contemplava a espécie como de inexigibilidade de licitação, desde que evidenciada a natureza singular dos serviços. Tem natureza singular esses serviços quando por conta de suas características particulares, demandem para a respectiva execução não apenas habilidade legal e conhecimentos especializados, mas, também, ciência, criatividade e engenho peculiares, qualidades pessoais insuscetíveis de submissão a julgamento objetivo e por isso mesmo inviabilizadoras de qualquer competição.

-TCE-SP, TC nº 133.537/026/89, Rel. Cons. Cláudio Ferraz, em 29-11-95.

Licitação. Singularidade não caracterizada. Para se caracterizar a singularidade, os serviços não podem ser corriqueiros, comuns.

-TCE-SP, Rel. Cons. Cláudio Ferraz, *in* *Roque Citadini, ob. supra*, pág. 179.

Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória, só se justifica quando conjugado a este requisito: o da singularidade dos serviços.

-TCE-SP, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt, obra cit. pág. 179.

Contrato. Inexigibilidade de licitação. Nulidade do contrato e multa.

É indispensável que os serviços técnicos sejam de natureza singular, assim não é bastante que o profissional tenha notória especialização.

-TCE-RJ, Rel. Cons. Humberto Braga, ob. cit. pg. 182.

Nesse aspecto o Colendo TCU tem fechado questão, inclusive nos casos de contratação de advogados ou escritórios de advocacia:

"Com fundamento no § 2º do art. 1º da Lei 8.443/92 c/c o Enunciado 110 da Súmula de jurisprudência predominante nesta Corte de Contas, decide conhecer da presente consulta para responder que a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados enumerados no art. 12 do Dec. Lei 2.300/

86, só será possível nos termos do art. 23, II, se os referidos serviços forem de natureza singular (não atuações rotineiras) e se o profissional possuir as qualificações notórias a que se refere o parágrafo único do mencionado art. 12.”

-TCU, proc. TC-013.355.92.9, Rel. Min. Adhemar Paladini.

No corpo do referido acórdão, disse o emin. Min. Relator:

“O Tribunal, por ocasião do exame do TC nº 012.021.91.1, concernente à Representação formulada pela 6ª IGCE a respeito do contrato celebrado entre o IBAC e advogados particulares, entendeu que os serviços contratados não eram de natureza singular na especialização do contratado e que simples atuações em causas trabalhistas (fato analisado) ou serviços de rotinas não caracterizam a singularidade.

Neste processo, concluiu a instrução da 9ª IGCE com a anuência do Sr. Diretor de Divisão Técnica e do Sr. Inspetor-Geral com a proposta de ser dada resposta ao consulente, com ênfase no Enunciado nº 110 da Súmula da Jurisprudência predominante no TCU, no sentido de que:

a) ...

b) a contratação dos serviços técnicos arrolados no art. 12 do Decreto-lei Nº 2.300/86, só será possível, nos termos do art. 23, II, se os serviços forem de natureza singular (não atuações rotineiras) e se o profissional possuir as qualificações notórias a que se refere o parágrafo único do mesmo art. 12.”

No mesmo sentido decidiu o TCU no proc. TC-012.351.93.8-Representação, em caso que a EBCT contratara, sem licitação, o escritório de advocacia Awwad & Awwad Advocacia e Consultoria S/C, pela irregularidade do contrato.

Veja-se, no caso supra, trecho do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

“No tocante à contratação do escritório AWWD & AWWD Advocacia e Consultoria s/c, para atuação na área trabalhista, mediante inexigibilidade de licitação, com fulcro na notória especialização do contratado, entendemos, também, não deva prosperar a argumentação da ECT, visto que para o caso em apreço, por sua natureza, faz-se necessária a licitação, como procuraremos demonstrar a seguir.

...

Adicionalmente, trazemos a lume a v. Decisão nº 342/93 do Plenário (cf TC 022.038.92.2, ata 33/93, sessão de 04-8-93, relator Min. BENTO BUGARIM), em reforço à convicção desta Corte, quanto à indispensabilidade de certame licitatório para a contratação de serviços advocatícios.”



No mencionado parecer o estudioso Procurador cita farta doutrina e vários precedentes daquela Colenda Corte.

Novamente sobre contratação de advogados, o TCU se manifestou, resumindo toda a querela no voto do MIN.-SUBSTITUTO JOSÉ ANTÔNIO DE MACEDO, no proc. TC 019.522/94-0, decisão nº 438/96, DOU de 06-8-96, citado por Jorge Ulisses na obra retro, pág. 324:

"Numa lapidar síntese da jurisprudência do TCU, sobre as questões tratadas neste sub-título, o Ministro-Substituto, José Antônio B. de Macedo, reportando-se ao voto do MIN. CARLOS ÁTILA, em precedente daquela Corte, registrou que "firmou-se o entendimento de que as contratações da espécie não são necessariamente ilegais, desde que efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada com características singulares e complexas, que evidenciam a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade."

Mas o Colendo TCU tem mantido essa linha de raciocínio, mesmo depois do julgamento do RHC nº \_\_\_\_\_-Rondônia, pela 2ª Turma do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, interpretado por alguns como chancela do Sumo Colégio à contratação por inexigibilidade de licitação de todo e qualquer serviço advocatício, mercê das normas do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) e seu Código de Ética, os quais vedam a "mercantilização" no exercício daquele mister. Diz a 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.

E no corpo do voto, diz o emin. Min. Relator CARLOS VELLOSO:

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 de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor.

Tal decisório, quer nos parecer, considerou a espécie que tratara como serviço singular, tanto assim que na transcrição supra, ao comparar com o serviço médico aludiu a "delicada" cirurgia e não a uma cirurgia qualquer.

Depois dessa decisão do STF o TCU, num caso em que o SEBRAE-Sta.Catarina contratara, sem licitação, os serviços advocatícios do escritório "Kurtz, Pirajá Martins, Reis e Steil, Advocacia Associada" (proc. TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98), decidiu pela irregularidade da contratação, face a ausência do processo licitatório.

No corpo desse acórdão o Min. Adhemar Paladini, relator, diz a respeito do "fator confiança":

Quanto aos argumentos utilizados pelo recorrente no sentido de que "a contratação de escritórios de advocacia ou de advogados decorre do fator "confiança" existente entre o contratante e o contratado", há que se registrar, preliminarmente, que a lei não previu tal hipótese (necessidade da confiança) como suficiente para a inexigibilidade do certame."

E, finalmente, cabe lembrar que ainda está em plena vigência, porque não cancelada e até referida em alguns julgados recentes, a SÚMULA 039 do TCU:

### **SÚMULA Nº 039 - TCU**

A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, § 2º, do Decreto-lei 200, de 25.02.67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Extrai-se do enunciado supra a característica de que a regra é licitar e que a contratação direta, por notória especialização (o que corresponde ao atual art. 25 da Lei 8666/93), só é permitida quando o serviço for inédito ou incomum, capaz de exigir um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos.

7. As reflexões supra, sobre o inquieto assunto, demonstram que a doutrina e a jurisprudência atual, inclinam-se pela exigência da licitação para a Administração Pública contratar serviços advocatícios, sempre que estes não tragam a marca da singularidade, porque rotineiros, ainda que seu executor tenha notória especialização, dado que esta, por si só, não autoriza a contratação direta.

E sinalizam ainda que, mesmo preenchidos esses dois requisitos (singularidade e notória especialização), se houver viabilidade de competição, licitar será imprescindível.

A mencionada decisão do STF que tem sido interpretada por alguns como autorizadora da contratação direta de serviços advocatícios, mercê do Estatuto da Advocacia e seu Código de Ética, os quais vedam a sua mercantilização, reacende o debate.

Como compatibilizar o princípio constitucional da igualdade, traduzido na obrigação de licitar, aliado à regra geral de lei específica -nº8.666/93-, com as normas federais reguladoras do exercício da nobre profissão dos Advogados, é tarefa dos doutos, dos quais sempre fui atencioso ouvinte.