

Tópicos Jurídicos

A Contratação de Serviços Advocatícios pela Administração Pública

*Pedro Câmara Raposo Lopes

O tema do presente ensaio vem sendo objeto de inúmeros questionamentos perante as Cortes de Contas e órgãos de controle interno das entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

Embora recorrente, a questão ainda não mereceu adequado tratamento, o que decorre, segundo acreditamos, de uma lacuna legislativa que impende seja colmatada, dada a especificidade dos serviços advocatícios e a necessidade constitucional de realização de licitação por parte dos órgãos e entidades do aparelhamento administrativo.

Procuraremos abordar tão-somente a contratação de profissionais de advocacia para a prestação de serviços de natureza corriqueira, deixando de lado a contratação por notória especialização, por acreditarmos que a inexigibilidade de licitação, nestes casos, não se reveste de maior dificuldade dogmática¹.

A contratação de escritórios de advocacia pela Administração Pública vem sendo feita com base nas orientações plasmadas no parecer AGU/MF 1/95, anexo ao parecer GQ-77, de 30/06/95, cujas conclusões, por indispensáveis ao desate das dúvidas, merecem transcrição em sua literalidade:

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 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 interesses em causa – arts. 25, II, e §1º, 13, V (ver itens 19 a 22 e 26 deste parecer);

b) a situação de inexigibilidade, devidamente justificada, deve ser, no prazo legal, comunicada à autoridade superior para ratificação e publicação, também em prazo determinado, e o processo respectivo deve ser instruído

* Procurador Regional da Fazenda Nacional da 1ª Região, diretor-geral da Escola Superior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, *master* em Direito de Empresas pela PUC/RJ, professor de Direito Administrativo do curso de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense.

com a razão da escolha e a justificativa do preço – art. 26 (ver item 25 deste trabalho). Em caso de superfaturamento, o §2º do art. 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, as dos arts. 54 e 55;

e) a contratação de 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 art. 25 é *exemplificativa* (ver itens 27 e 30.4) 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 (art. 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 (ver itens 30.2 a 30.5 deste parecer).”

Em atendimento ao item g do aludido parecer, vêm as entidades procedendo à “pré-qualificação” de escritórios de advocacia que atendam aos requisitos constantes dos instrumentos convocatórios, escolhendo-se os vencedores por critério de pontuação, conforme os fatores neles definidos.

No Processo TCU 012.154-8/93 (*DOU* de 02/12/94, p. 18.444), Relator o Ministro Iram Saraiva, aquela Corte de Contas chegou à seguinte conclusão, *verbis*:

A jurisprudência tem sido pacífica no sentido de que as contratações de serviços advocatícios devem ser precedidas do competente exame licitatório, admitindo-se sua dispensa somente em ocasiões e condições excepcionalíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito, incomum, jamais rotineiro e duradouro.

Verifica-se, pois, que a regra, segundo o entendimento então firmado, é a licitação, a exceção é a inexigibilidade.

Mais recentemente (Proc. TC-000.760/98-6, *DOU* de 03/05/99), o egrégio TCU voltou a se pronunciar a respeito do tema, em hipótese na qual se debatia a respeito de contratação de renomado jurista para defesa da empresa estatal Tele-

comunicações do Espírito Santo S.A. – Telest.

Do voto do ínclito Relator, o Ministro Bento José Bugarin, colhe-se o seguinte transunto, *verbatim*:

De fato, o caso apreciado no TC 019-893/93-0 (Decisão 494/94 – Plenário, Ata 36), por ser bastante similar ao que ora se examina, bem resume o entendimento desta Casa, pelo que se mostra recomendável reproduzi-lo neste voto, 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 contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;

2º) o 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 como mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter;

4º) *a contratação deve se celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular; não se justificando, portanto, firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada.*”

Vê-se, pois, que a conclusão do egrégio TCU difere da orientação gizada pela Advocacia-Geral da União, no mencionado parecer AGU/MF 1/95, anexo ao Parecer GQ-77, de 30/06/95, no que atine à utilização do procedimento de “pré-qualificação”. Para a AGU, este “procedimento” seria o adequado para a seleção de profissionais destinados a dar meças às necessidades rotineiras da entidade ou órgão, enquanto que para o TCU a “pré-qualificação” deve ser adotada para a seleção de profissionais para o desempenho de atividades que refujam às rotinas burocráticas da Administração.

Ao nosso ver, toda a controvérsia gravita em torno do confronto das peculiaridades dos serviços advocatícios *vis a vis* a necessidade de atendimento ao princípio licitatório, erigido como verdadeiro cognato dos cânones da impessoalidade e da isonomia (Constituição da República, art. 37, inciso XXI).

Parece-nos que as dificuldades e necessidades levaram a Administração a

adotar o insueto procedimento da “pré-qualificação” como panacéia para os males da insuficiente regulamentação legal, conquanto tal procedimento, *rogata venia*, evidentemente não se preste a tal desiderato.

De efeito, a Lei 8.666/93, art. 114, prevê o instituto da pré-qualificação no seguintes termos, *litteratim*:

Art. 114 O sistema instituído nesta lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

– *omissis* –

§2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados ao procedimento e à análise da documentação.

O instituto da pré-qualificação não é, em si mesmo, uma modalidade de licitação, tanto que não foi contemplado dentro do rol do art. 22 do Estatuto das Licitações.

Constitui, isso sim, procedimento preparatório de uma futura licitação a ser tocada sob o rito procedimental da concorrência.

É que algumas compras e serviços, tendo em vista a complexidade que os envolve, demandam a realização de prévio procedimento destinado a efetivar uma análise mais acurada de requisitos de índole técnica. Somente serão admitidos ao futuro certame aqueles previamente qualificados, na forma do art. 114. Vem a talho, corroborando nossa posição frente ao tema, a sempre oportuna ensinança de Hely Lopes Meirelles²:

o procedimento para a pré-qualificação é assemelhado ao da própria concorrência, iniciando-se com a definição de seu objeto, edital com ampla publicidade e especificação dos requisitos desejados pela Administração, abertura dos envelopes de documentação em ato público e julgamento dos participantes por comissão, com a subsequente homologação da decisão por autoridade competente. *Na pré-qualificação não se apresentam propostas, mas apenas a documentação comprobatória dos requisitos de capacitação solicitados pela Administração.*

Na prática, a “pré-qualificação” de que falam a AGU e o TCU guarda maior parença com um sistema híbrido de registro de preços (este tratado no art. 15, inciso II, da Lei 8.666/93), mas que dele difere em tal intensidade que não seria possível traçar analogia.

Repontando-se para o caso específico das empresas estatais, é de sabença comum que estas não possuem quadro de profissionais do ramo jurídico em número compatível com as suas *necessidades cotidianas*, razão que as tem levado a realizar o arremedo licitatório apelidado de “pré-qualificação”.

Não queremos, com essa afirmação, apodar de ilegítima a atuação dessas empresas estatais. Ao revés, o inusitado procedimento visa a atender às determinações superiores da AGU e a garantir a todos quantos queiram participar em negócios com o Poder Público a possibilidade de fazê-lo, em igualdades de condições.

No que concerne à prestação de serviços de advocacia, todavia, algumas observações suplementares devem ser lançadas.

Cai a lanço julgado do excelso Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 72.830-8, assim ementado, *litteratim*:

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.

Naquela oportunidade, o Ministro Carlos Velloso, Relator, averbou, com precisão capilar:

(...) 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. Esse absurdo somente seria admissível, numa sociedade que não saiba conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão a defesa da *res publica*.

Com base nas conclusões de S.Exa., é certo que já se tem propugnado ser inexigível a licitação, *sic et simpliciter*, dos serviços advocatícios, o que nos parece ser precipitado.

A regra da inexigibilidade de licitação encontra-se insculpida no art. 25 da Lei 8.666/93, assim redigido:

Art. 25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a referência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo sindicato, federação ou confederação patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

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;

III – para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Na linha da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos afirmar que toda licitação tem como pressupostos lógicos a “pluralidade de ofertantes” e a “pluralidade de bens”, à míngua dos quais pode-se falar em “objeto singular” e “fornecedor exclusivo”.

Em tais hipóteses fala-se em inexigibilidade de licitação, por inviável a sua realização. Parte-se do contexto fático da impossibilidade de competição, à luz do objeto a ser contratado, para apontar-se na inviabilidade jurídica de realização do certame.

Não nos parece, todavia, serem essas as únicas possibilidades de inexigibilidade do procedimento licitatório, conclusão que, aliás, exsurge da própria redação do art. 25, *caput*, da Lei 8.666/93.

De fato, ali se lê ser “inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, *em especial*.”

Não podendo o legislador antever todas as hipóteses em que inviável a realização de licitação por impossibilidade da própria competição, optou pela técnica *numerus apertus*, possibilitando a declaração de inexigibilidade por razões outras (inclusive jurídicas) que não aquelas nele expressamente consignadas, as quais devem ser utilizadas como paradigmas.

O advogado encontra-se sotoposto, em todo o seu atuar, aos mandamentos legais e éticos de seu mister, que não podem ser desconsiderados na análise dessa questão.

A Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), art. 34, inciso IV, ostenta a seguinte redação:

Art. 34 Constitui infração disciplinar:

(...)

IV – angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros.

Demais disso, assim dispõe o Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Art. 7º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

Art. 31 O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§1º São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional.

A Lei de Licitações, lado outro, impõe como um dos requisitos de habilitação técnica, a indicação das instalações materiais da empresa licitante (art. 30, inciso II), bem como 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).

Vê-se, pois, que a participação de advogados em licitações parece-nos, *de lege lata*, proscriتا pelas normas de seu ofício, o que inviabilizaria a realização de certames destinados à sua contratação, acarretando a inexigibilidade de licitação, em primeira análise.

Veja-se, outrossim, que a utilização dos tipos tradicionais de licitação não seria compossível com a atividade de advocacia. A utilização do menor preço não se compadece com a vedação ao aviltamento de valores de honorários advocatícios (Código de Ética, arts. 39 e 41), tampouco o tipo técnica e preço, o qual, *ex vi* do art. 46, §1º, deságua, alfim, no cotejamento de preços e a licitação de *técnica e preço* combina os dois requisitos, incidindo na mesma vedação.

O professor Marçal Justen Filo, em palestra proferida no 4º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo, nos dias 24 a 29/11/96, expôs o seu abalizado ponto de vista nos seguintes termos:

Quando, porém, se imagina o serviço de advocacia como manifestação da liberdade interna de cada sujeito, não há uma competição por critério objetivo, muito menos econômico. Isto é inviável, incompatível com a natureza do interesse público a ser satisfeito, que não vai ser preenchido por aquele que fornecer uma proposta de menor preço nem de melhor técnica; porque é impossível predeterminar de antemão quais serão as técnicas a serem adotadas na condução de uma questão jurídica. O processo em juízo, por exemplo, pressupõe uma variedade de alternativas que inviabiliza uma proposta técnica de antemão; o sujeito, no máximo, pode dizer qual é a sua habilitação, mas habilitação, eventualmente, significa averiguação de sua idoneidade, e nunca uma seleção de propostas por um critério de vantagem objetivamente avaliável, comparável e selecionável.

– omissis –

Essas considerações todas reforçam a tese de que *a possibilidade de*
Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 16, n. 10, out. 2004

submeter as contratações de advogados a uma competição formal, objetiva, de natureza de licitação, tendem a ser, no final das contas, uma espécie de simulacro de atendimento às exigências do Tribunal de Contas. Ou seja, para que o Tribunal de Contas não proteste ou para que não surjam problemas, fazem-se certames com pré-qualificação ou com licitação de técnica e preço com critérios às vezes absurdos, como quantidade de processos atendidos e uma quantia variável de acordo com isso (...)

Portanto, a tendência é reconhecermos, inclusive, que o contrato de prestação de serviços advocatícios não se submete à Lei 8.666, mas sim ao estatuto profissional adequado (...)

Assim como o eminente professor (embora não cheguemos ao extremo de retirar a contratação de advogados da craveira comum da Lei 8.666/93), entendemos ser inexigível a licitação para a prestação de serviços advocatícios, não se podendo, destarte, censurar a realização do simulacro da “pré-qualificação”, absolutamente necessário ao atendimento dos princípios constitucionais da Administração Pública.

É que, de fato, o princípio licitatório é, como já afirmado, corolário dos princípios administrativos gerais constantes no art. 37, caput, da CR/88, sobretudo os da impessoalidade e moralidade.

A não-realização de procedimento licitatório nos moldes tradicionais da Lei 8.666/93 não significa encontrar-se a Administração alforriada do dever de franquear a ampla possibilidade de participação de profissionais que se disponham a prestar-lhe serviços, o que se consegue mediante procedimentos como os que vêm sendo periodicamente encetados.

Não importa o nome que se lhes dê: “pré-qualificação”, “credenciamento” ou quejandos, o que se impõe de rigor é a adoção de algum processo de cadastro, ad instar do que sucede com o sistema de registro de preços, e que venha a possibilitar, sobretudo, a equânime distribuição de feitos entre os cadastrados, sem distinções e discriminações odiosas. Neste ponto, o procedimento adotado pela AGU, assim nos parece, atende ao desiderato constitucional.

Outros dois pontos, todavia, merecem destaque, e impõem solução legislativa urgente.

É que as demandas ajuizadas em face da Administração (e para as quais vêm sendo realizados os procedimentos de pré-qualificação) não se revestem de um fator indispensável e impostergável: o caráter episódico que justificaria a contratação de mão-de-obra externa.

O caráter permanente da necessidade dos serviços advocatícios corriqueiros predica a realização de certames destinados à contratação de advogados, que passem a integrar o quadro permanente da entidade.

Ademais, os contratos celebrados com os advogados eleitos por intermédio dos procedimentos de “pré-qualificação” violam de maneira lancinante a regra ge-

ral da Lei 8.666/93, segundo a qual não há contratação por prazo indeterminado.

Deveras, o art. 57 do Estatuto das Licitações e Contratos estabelece a regra segundo a qual o prazo dos contratos ficará adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, com as ressalvas que contempla, vedando-se, a outro tanto, a contratação por prazo indeterminado (§3º).

Tal norma defluiu da exigência constitucional de que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.”

Não é por outra razão que os contratos previstos na Lei 8.987/95 não se subsumem à norma do art. 57 da Lei 8.666/93, por isso que a remuneração é feita pelos usuários dos serviços públicos por intermédio das tarifas deles cobradas.

Assim, das duas uma: ou os honorários avençados são somente os de sucumbência (e nesta hipótese óbice não haverá à indeterminabilidade do prazo contratual), ou também são avençados (hipótese em que o contrato deve respeitar o prazo máximo da Lei 8.666/93).

Neste último caso, é preciso que os contratos contenham cláusula resolutória expressa, ressaltando-se aos profissionais a participação nos honorários de sucumbência de forma proporcional, *ex vi* do art. 14 do Código de Ética e Disciplina da OAB, e redimensionados os honorários contratados, tendo em vista a temporariedade dos mandatos.

Nessa ordem de idéias consideramos correito o procedimento de escolha atualmente utilizado pelas entidades administrativas, mas reputamos ilegais os contratos por prazos indeterminados comumente celebrados.

A sugestão que alvitramos é a imediata deflagração de procedimentos destinados à contratação, por concurso público, de advogados para integrarem o quadro de pessoal permanente e que, enquanto não contratados os novos advogados pelo concurso, sejam mantidos os atuais contratos nos moldes dos editais de pré-qualificação ainda em vigor, a fim de que não se acarrete danos ao erário das entidades com a solução de continuidade de tais indispensáveis serviços.

Notas:

¹ A não ser, é claro, a natural dificuldade de se avaliar aprioristicamente a qualidade singular das necessidades administrativas ou os predicados dos candidatos, em se tratando de obrigação de meio.

² *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 283.