

Procedência: Corregedoria da Advocacia Geral do Estado

Interessado: Fundação Hemominas

Número: 14.645

Data: 19 de abril de 2006

Ementa:

LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE – SINGULARIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA – VÍCIO INSANÁVEL DO PROCEDIMENTO – CONTRATO – NULIDADE – SERVIÇOS JÁ REALIZADOS – PAGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES – CONTROLE CONTÁBIL, FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO – JURIDICIDADE.

Relatório

O ilustre Corregedor da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais solicita manifestação desta Consultoria Jurídica a propósito do Relatório da Auditoria nº 2320.2.18.03.058.05, pertinente ao controle de legalidade de despesas de prestação de serviços advocatícios, decorrentes de procedimento de inexigibilidade de licitação realizado pela Fundação Hemominas.

Requerida a remessa do processo de inexigibilidade de licitação, os respectivos autos foram encaminhados pela Fundação Hemominas, acrescentando-se ao relatório da Auditoria Geral do Estado.

É o breve relatório. Passo a opinar.

Parecer

A realização do procedimento licitatório segundo as modalidades previstas no ordenamento jurídico consiste em regra obrigatória para a Administração Direta e Indireta antes da celebração dos contratos

administrativos, nos termos estritos do artigo 37, XXI da CR/88 e das normas gerais da Lei nº 8.666/93. Há hipóteses em que o certame afigura-se impossível por ser a competição inviável (inexigibilidade de licitação) ou casos em que a própria lei, no exercício da discricionariedade política, faculta ao administrador não realizar a licitação pelas modalidades existentes, por não considerar este, necessariamente, o meio apto à proteção do interesse jurídico que se busca atender com o contrato (dispensa de licitação).

Para a caracterização da inexigibilidade licitatória, é indispensável a prova de que a competição é inviável, considerando o universo de proponentes disponíveis no mercado, bem como a natureza do objeto ou serviço pretendido. A impossibilidade da disputa consiste em evento decorrente do mundo dos fatos, vale dizer, da própria realidade administrativa. Depende não só da capacidade técnica e científica da pessoa a ser contratada, mas também da vinculação direta entre tal capacitação e a necessidade pública que se busca atingir. Esta necessidade deve apresentar singularidade material, de modo a justificar a extraordinária contratação direta.

Nessa linha de raciocínio, certo é que a singularidade de um serviço exige que a produção intelectual em questão se mostre invulgar, distinta dos demais trabalhos rotineiros do setor, por um aspecto intrínseco, que lhe seja inerente e que demande um conhecimento peculiar, aprofundado e inconfundível. Assim sendo, a própria natureza da necessidade administrativa, por si só, deve demonstrar como imperativa uma habilidade intelectual diversa dos conhecimentos normalmente utilizados pelos profissionais do setor, de modo padronizado. Conclui-se ser imperioso que a atividade que se pretende contratar seja singular, por critérios objetivos decorrentes das próprias técnicas a serem empregadas na espécie.

O doutrinador Anderson Rosa Vaz esclarece que singular, do latim “singulare”, é algo único, particular, extraordinário, anômalo, incomum:

“É importante dizer: não basta a notoriedade daquele que efetivará a prestação do serviço técnico especializado. A *natureza singular* diz respeito ao objeto do contrato, e não aos profissionais que prestarão o serviço. Marçal Justen, mais uma vez, liquida a questão: ‘singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo.’” (BLC, fevereiro de 2.004, p. 98)

Resulta clara a insuficiência da singularidade subjetiva, decorrente da notória especialização da pessoa natural ou jurídica a ser contratada. Indispensável, cumulativamente, que as atividades a serem contratadas também sejam singulares. O Enunciado nº 39 da Súmula do Tribunal de Contas da União consagra que “notória especialização só tem lugar quando se trata 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.”

O Tribunal de Justiça de São Paulo já assentou que “a notória especialização do contratado, por si só, é insuficiente para justificar a dispensa da licitação, sendo imprescindível o elemento necessidade por parte da Administração Pública” (Apel. Cível nº 115.400-5/8, 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, julgada em 01.06.99, Adcoas 8175346).

Destarte, embora seja indiscutível, em alguns casos, o reconhecimento público da elevada capacidade técnica de determinados profissionais, a natureza da atividade pública a ser atendida não justifica falar-se em inexigibilidade. Isto porque, a despeito de a habilitação do profissional ser singular, a necessidade administrativa não o é. Qualquer contratação direta em situações dessa natureza surge eivada por ilegalidade insanável:

“4. Contratos firmados, sem licitação, para a elaboração de estudos, planejamento, projetos e especificações visando a empreendimentos habitacionais. Sociedade de economia mista como órgão contratante e pessoa jurídica particular como contratada. Ausência de características específicas de notória especialização e de prestação de serviço singular. (...)9. Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública. 10. Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público. Ressarcimento devido pelos causadores do dano.” (REsp 403.153-SP, Relator Min. José Delgado, 1ª Turma do STJ, DJU 09/09/2003).

Ao examinar o artigo 25 da Lei Federal nº 8.666, que consagra norma geral vinculante da Administração Pública em todas as esferas da

federação, conclui-se que a singularidade para fins de inexigibilidade pressupõe um objeto ou serviço individualizado, distinto do restante, em razão de um aspecto intrínseco que o diferencia dos demais. Somente após comprovado que o objeto ou o serviço apresenta características específicas, justifica-se que a Administração busque um profissional qualificado para executá-lo. A notória especialização da empresa, por si só, não dispensa a singularidade objetiva da prestação requerida pelo Estado.

Especialmente em relação à contratação de escritórios especializados para acompanhamento de ações judiciais, é imperioso atentar para a necessidade de que a singularidade e a complexidade desses serviços sejam de tal ordem que evidenciem não poderem ser normalmente executados pelos próprios profissionais dos quadros da entidade administrativa, justificando-se a contratação de terceiro cujo nível de especialização o recomende para causa.

O Tribunal de Contas da União tem assentado em processos como o TC-650.148/96-7:

“o patrocínio de causas trabalhistas poderia, em tese, ser executado por outros escritórios ou advogados, especializados na área, não se enquadra, por certo, no conceito de singularidade ora apresentado pela doutrina.

Logo, estando descaracterizada a natureza singular do serviço, estaria afastada a hipótese de inviabilidade de competição e a licitação, no caso em apreço, seria obrigatória, conforme havíamos inicialmente dito.

3. Verifique-se, primeiramente, quanto à singularidade dos serviços: como considerar ‘singular’ um serviço exercido de forma rotineira, assemelhando-se a uma assessoria jurídica? Diferentemente seria se estivéssemos a tratar da contratação de advogados para o patrocínio de uma causa específica, que até poderia, dependendo de suas particularidades, ser considerada como um serviço ‘singular’. (...)

5. 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 de confiança) como suficiente para a

inexigibilidade do certame. Ademais, não creio que, nesse particular, tais serviços difiram substancialmente de tantos outros que, apesar dos pesares, submetem-se ao regime da licitação, a exemplo das empresas de auditoria independente, das consultorias e até mesmo das empresas de engenharia, sem mencionar tantos outros ramos.” (BLC, nov. 98, p. 544-545).

Não foi em outro sentido a Decisão nº 324/94 do TCU ao considerar que, mesmo a contratação de profissionais de grande renome, como é o caso de Ministro aposentado do STF, afigura-se irregular se os serviços contratados não são, a rigor, de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade de competição (Decisão nº 324/94, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU de 21.12.94, p. 20.172).

No caso dos autos, denota-se do contrato firmado pela Hemominas que o seu objeto “é a prestação de serviços de advocacia na defesa da Fundação Hemominas, nas ações Indenizatórias” ajuizadas sob o argumento de contaminações por vírus HIV, transmitidos por transfusões de sangue oriundo daquela entidade administrativa. Embora se afigure como trabalhosa a defesa da fundação pública naqueles casos, não se vislumbra a atividade advocatícia necessária nas respectivas ações como serviços de alta especialização, dependentes de conhecimentos pouco difundidos entre os demais operadores do Direito. Não se ignora qualquer das condições técnicas da empresa contratada, incluindo-se a manifesta experiência pregressa no exercício de advocacia especializada, o rigor na organização e aperfeiçoamento da equipe técnica que a constitui, bem como a solidez acadêmica e empírica dos trabalhos desenvolvidos em Juízo. No entanto, a sua contratação para o acompanhamento de uma ação cujo fundamento basilar é tão-somente a responsabilidade civil do Estado mostra-se desproporcional, principalmente considerando-se os quadros de pessoal da fundação, com profissionais de habilitação e conhecimentos suficientes para defesa sobre a matéria litigiosa. Com a devida vênia, não se entende provada a essencialidade do trabalho desenvolvido pelo competente escritório, considerando-se a ausência de maior complexidade jurídica nos conflitos em tese.

Todas as vezes em que se mostrar possível a disputa, é indispensável a realização do certame licitatório por uma das modalidades previstas no ordenamento, consoante tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REDE DE COMUNICAÇÃO DE DADOS DE ÂMBITO NACIONAL. LICITAÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

É inafastável a exigência constitucional e legal da realização de licitação, quando se verifica que o objeto do contrato a ser firmado é passível de prestação por mais de uma empresa de telecomunicação. Nulidade da contratação reconhecida. Recurso provido.” (ROMS nº 15.251-CE, Relator Min. Paulo Medina, 2ª Turma do STJ, DJU 05/12/2002).

Descumprido tal dever de licitar pela modalidade adequada à espécie, tem-se clara a ilegalidade do procedimento de inexigibilidade, bem como do contrato deste oriundo. Impõe-se o reconhecimento, pela Administração, do vício, nos termos do artigo 49, § 2º da Lei Federal nº 8.666. Por força do mencionado dispositivo, a nulidade do procedimento induz a do contrato. Contudo, malgrado a ilegalidade, não se pode olvidar da necessidade de, em relação aos serviços prestados, o Estado pagar os valores devidos com base no contrato administrativo firmado, se os valores não se mostram desproporcionais em face daqueles praticados no mercado, respeitadas as normas orçamentárias incidentes na espécie. Tal obrigação tem por objetivo evitar o enriquecimento ilícito da entidade administrativa, como bem esclarece o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral de direito.” (BLC, abril de 1998, p. 193)

Ao analisar a norma do artigo 59, parágrafo único da Lei de Licitações, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas. Agravo regimental improvido.” (Agr. Regimental no REsp nº

303.730-AM, Relator Min. Paulo Medina, 2ª Turma do STJ, DJU 17/09/2002).

Não é em outro sentido a orientação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Uma vez comprovada a realização de serviço por empresa e seu correspondente não pagamento pela Administração, sobressai sua altaneira responsabilidade em cumprir com suas obrigações, sob pena de intolerável enriquecimento ilícito, ainda que aquela tenha dado motivo à rescisão do contrato.” (Apelação Cível nº 346.502-8, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, 5ª Câmara Cível do TJMG)

“Ação de Cobrança c/c Perdas e Danos. Licitação. Nulidade do Contrato. Não pagamento da última parcela avençada. Conclusão dos serviços.

1. Embora considerado nulo o contrato de execução dos serviços, por inobservância do competente processo licitatório, o pagamento relativo à execução dos serviços se impõe, sob pena de locupletamento ilícito da Administração, posto que estes passaram a integrar o patrimônio da Municipalidade.

2. Em reexame necessário, confirmar a decisão, prejudicado o recurso voluntário.” (Apelação Cível nº 199.568-7, rel. Des. Célio César Paduani, 4ª Câmara Cível do TJMG, julgada em 17.05.2001).

Destarte, recebida a prestação executada pela empresa contratada, não pode a Administração locupletar-se indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato decorrente de procedimento de inexigibilidade viciado, requerer a devolução de valores pagos por serviços de advocacia já realizados, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa.

Isso não significa, contudo, impossibilidade de se apurar as responsabilidades (civil, penal e administrativa) incidentes na espécie, nem mesmo de se levar a efeito controle da regularidade dos pagamentos realizados. Referido controle afigura-se cabível sob o prisma da sua constitucionalidade, mormente a razoabilidade do montante fixado a título de contraprestação, bem como sob o prisma da sua regularidade financeira e orçamentária. Indispensável

que, evidenciada a razoabilidade do valor fixado a título de contraprestação, todos os pagamentos realizados tenham ocorrido com fundamento no contrato e termos aditivos firmados entre as partes, observado o procedimento contábil e orçamentário previsto para regular quitação de despesas administrativas (exigência de prévia dotação orçamentária, v.g.). Ausentes quaisquer de tais pressupostos (embasamento contratual prévio ou regularidade financeira/orçamentária), cabível a pretensão de a Administração ser indenizada pelos prejuízos sofridos, com eventual devolução de valores pagos a maior ou de modo irregular.

Conclusão

Pelas razões expostas, entende-se incabível a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação quando não evidenciada a singularidade objetiva da defesa judicial necessária em favor da entidade administrativa, sendo nulo o contrato firmado com base no referido procedimento. Tal nulidade, por si só, não autoriza à Administração recusar pagamento ou pedir devolução pelos valores quitados em face de serviços já realizados, desde que razoável a contraprestação pactuada no contrato e que tenham sido observadas as normas orçamentárias, contábeis e financeiras previstas no ordenamento. Se descumpridos tais pressupostos, impõe-se o exercício da autotutela administrativa, com apuração das responsabilidades incidentes na espécie.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 29 de março de 2006.

Raquel Melo Urbano de Carvalho

Procuradora do Estado

MASP 598.213-7

OAB/MG 63.612