

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANA CAROLINA COURA VICENTE MACHADO

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO
DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**

**CURITIBA
2009**

ANA CAROLINA COURA VICENTE MACHADO

**INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.
A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO
DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA
2009**

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicionais;
À minha família, sem a qual tudo perderia o sentido;
Aos meus amigos, pelo companheirismo e palavras de incentivo, tornando
gratificante esse árduo percurso;
Aos mestres, pela vocação e conhecimento inestimáveis.

"A cultura é aquilo que permanece no homem quando ele já esqueceu tudo o resto".

(Émile Henriot).

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o tema da inexigibilidade de licitação e a contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública. Tece comentários acerca dos princípios constitucionais correlatos à matéria, bem como faz distinção entre os institutos da dispensa e inexigibilidade do processo licitatório. Num passo seguinte, são ponderadas as possíveis formas de contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público, dentre elas a contratação direta estribada na inexigibilidade, perpassando pelos requisitos exigidos pelo legislador para que se configure tal situação excepcional ao dever constitucional de licitar. Por fim, traz à lume acórdãos e julgados dos Tribunais pátrios a respeito do tema, que contribuem para a conclusão de que é possível a contratação direta de serviços advocatícios através da inexigibilidade de licitação, desde que sejam verificados, *in concreto*, a presença de todos os pressupostos estabelecidos na Lei de regência das licitações e contratos administrativos, tendo em vista que a regra constitucional da realização de licitação foi excepcionada, impondo maior controle.

Palavras chaves: Direito Administrativo. Administração Pública. Licitação. Inexigibilidade. Serviços Advocatícios. Contratação.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
3. LICITAÇÃO: A REGRA	11
3.1. Definição	11
3.2. O Dever de Licitar	12
3.3. Os Princípios Licitatórios	15
a) Legalidade:	15
b) Impessoalidade:	17
c) Moralidade:	18
d) Igualdade:	18
e) Publicidade:	20
f) Probidade Administrativa:	21
g) Vinculação do Instrumento Convocatório:	22
h) Julgamento Objetivo:	23
i) Razoabilidade:	23
j) Proporcionalidade:	24
k) Economicidade:	25
4. CONTRATAÇÃO DIRETA: EXCEÇÃO À REGRA	26
4.1. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: Distinções	27
5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS	31
5.1. Concurso público	32
5.2. Contratação direta através da inexigibilidade de licitação	33
5.2.1. Inviabilidade de competição	34
5.2.2. Serviços Técnicos Profissionais Especializados	36
5.2.3. Natureza singular	39
5.2.4. Notória especialização	42
5.3. Contratação através de processo licitatório: o dever de licitar versus o Código de Ética do Advogado	46
6. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	50
7. CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1. INTRODUÇÃO

A questão que se propõe a enfrentar nessa monografia é quanto à possibilidade da Administração Pública contratar diretamente serviços advocatícios fundamentada na inexigibilidade de licitação, conforme previsto na Lei nº 8.666/93.

Diante da polêmica que se instaura em torno do assunto anunciado, sublinhamos que o tema será abordado de forma despida de valores que não os acolhidos pelo sistema normativo, vale dizer, será realizada uma análise dos preceitos legais e uma interpretação do caso sob um olhar incólume ao natural calor que o debate suscita, e ter como ponto de partida e de chegada senão a própria lei.

A Lei Maior do Estado brasileiro o define como “Estado democrático de direito” e adota princípios e mecanismos que possibilitam a participação popular na formação de governo e na tomada de decisões. Mais do que isso, estabelece garantias fundamentais aos brasileiros, e os declara como iguais, não sendo passíveis de distinções de qualquer natureza.

Imbuído nessa tarefa de garantir a igualdade de todos, o constituinte traça princípios norteadores da Administração Pública, dentre eles o da impessoalidade, da acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas a todos os brasileiros que preencham os requisitos da lei, da investidura em cargo ou emprego público apenas mediante concurso e o da licitação.

Em relação à licitação, a Carta Magna impõe como regra geral a obrigatoriedade de realização de certame licitatório quando a Administração contratar serviços, realizar compras, obras, alienações, sendo assegurado a todos os participantes a possibilidade de concorrer em igualdade de condições, observando assim o direito fundamental da isonomia. No entanto, o próprio legislador constituinte admitiu situações em que esse dever possa ser excepcionado.

O legislador ordinário, de fato, fez as ressalvas previstas no texto constitucional, sem, contudo, descuidar dos princípios da impessoalidade e o da isonomia. A Lei de regência das licitações e contratos administrativos – Lei Federal nº 8.666/93 – estabelece a dispensa e a inexigibilidade de licitação em alguns casos, conforme disposições dos artigos 24 e 25. No entanto, essas exceções são

cabíveis apenas e tão-somente nos casos em que a licitação se mostra desnecessária ou logicamente inviável.

Nesse contexto é que se insere o tema de fundo deste trabalho, a delicada questão da contratação direta de serviços advocatícios pelo Poder Público, prática que tem sido comum nas administrações públicas do país, sem que, no entanto, as justificativas para essa contratação prosperem à luz do direito. A jurisprudência e doutrina pátria ainda não entraram em sintonia plena a respeito do tema, sendo assim, possível nos deparar com lições e entendimentos em ambos os sentidos.

Para um melhor entendimento da questão, nos dispusemos a, primeiramente, fazer uma breve análise do dever constitucional de licitar, bem como dos princípios que lhes são correlatos, para então entrar na análise direta do assunto, sem, contudo, concluir no sentido de ser sempre possível ou não a contratação direta de advogado, o que só é viável a partir do exame do caso concreto, não adotando, dessa maneira, solução apriorística num ou noutro sentido.

Por derradeiro, selecionamos acórdãos e julgados que sintetizam o posicionamento jurisprudencial pátrio sobre o inquieto assunto, de forma a consolidar e corroborar os termos que serão aqui expostos.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988 caracteriza o país como *Estado democrático de direito*. Essa expressão, numa primeira leitura, nos remete à idéia de “governo do povo para o povo”, ou seja, os mecanismos que possibilitam a participação popular na formação de governo.

A partir da década de 50 do século passado, vislumbrou-se a idéia de que uma democracia, para ser completa, deveria ir mais além. Deveria englobar também a chamada democracia administrativa, isto é, não bastava inserir a sociedade na eleição de seus representantes, era necessário também que os cidadãos participassem do modo de atuação estatal. Em outras palavras, os indivíduos deixariam de ser súditos do Estado para se tornarem cidadãos dotados de direitos, elegendo seus representantes políticos, acompanhando e influenciando nas tomadas de decisões.

Logo, a concepção de Estado democrático de direito engloba os mecanismos de participação popular na eleição de seus representantes e no controle de sua atuação política, e também remete à noção de um Estado em que os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objetos de normas jurídicas, tal como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito.¹ Ou, ainda, como define Hely Lopes Meirelles, é o “Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis”.²

O legislador constituinte de 1988, embora não tenha explicitado a expressão “Estado Social”, deixa claro sua preocupação social, permeando o texto constitucional com direitos e instrumentos de garantia da segurança e bem-estar social. Essa atenção despendida pelo legislador constitucional reflete na atuação da Administração Pública, pois a mesma ao desenvolver suas atividades deverá cumprir essas exigências atendendo à vontade expressa na Lei Maior, atentando-se, portanto, para as necessidades da população.

Observa-se, por conseguinte, que a Administração, à medida que se foram ampliando as funções do Estado e, conseqüentemente, suas próprias atribuições, “hoje adquiriu dimensões gigantescas e tornou-se fundamental na vida da

¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, p. 27.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 61.

coletividade, sendo fator condicionante de grande parte das relações econômicas e sociais dos indivíduos, com a responsabilidade, sobretudo, de buscar meios para a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição”.³

Alinhada a essa expansão das funções da Administração, sobretudo no âmbito social e econômico, a Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, inseriu em seu texto preceitos sobre a matéria administrativa, trazendo, dentro do Título III, “Da organização do Estado”, um Capítulo específico denominado “Da Administração Pública”. A Carta Magna traça, então, diretriz de um modelo de Administração, e, de forma lapidar, Bacellar Filho afirma que “a Constituição de 1988 instaura uma nova era para a Administração Pública ao prever princípios constitucionais expressos da atividade administrativa”.⁴

A constitucionalização da atividade administrativa fez com que o administrador adotasse os princípios previstos no texto da Lei Fundamental, regulando, dessa forma, todo o epicentro do poder de decisão dos atos públicos.

Nesse contexto, para que o ato administrativo discricionário melhor atenda ao interesse público, o seu critério de oportunidade e de conveniência deve ter como ponto de partida o respeito aos princípios e as garantias estabelecidas na Constituição. Assim, o espaço para criação do ato administrativo discricionário foi redefinido. A discricionariedade do administrador público, antes livre e incontrolável, passou a estar atrelada aos princípios constitucionais da boa Administração Pública e dos direitos fundamentais do administrado.⁵

Dessa maneira, a idéia da discricionariedade clássica, onde os critérios de oportunidade e de conveniência escapavam ao controle judicial, não tem mais lugar, visto que os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, sendo lícita a análise de mérito do ato administrativo, pouco importando se ele é ou não discricionário.

No *caput* do artigo 37 são arrolados os princípios constitucionais norteadores da atuação estatal, os quais devem ser observados por toda Administração Pública brasileira, sendo os agentes administrativos obrigados a atuarem com boa-fé, lealdade e probidade.

³ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 30.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, p. 14.

⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Prestação de serviços advocatícios à administração pública diretamente, sem licitação, é lícita**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10610>> . Acesso em: 02 ago. 2009.

Visando garantir todos esses princípios, principalmente o da igualdade, é que o legislador constituinte determinou como regra a realização de processo licitatório, conforme reza o artigo 37, XXI, para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Também o artigo 175 da Carta Magna exige licitação para a concessão e permissão de serviço público.

Portanto, licitar é a regra.

3. LICITAÇÃO: A REGRA

3.1. Definição

Licitação é um processo administrativo, albergado no inciso XXI, artigo 37 da Constituição Federal, ao qual a Administração Pública recorre para alienar e adquirir bens, realizar compras, obras e serviços, selecionando a melhor e mais vantajosa proposta dentre aquelas apresentadas, formuladas a partir de critérios pré-estabelecidos.

Dada sua importância, a licitação vem expressamente estabelecida no mencionado dispositivo constitucional, o que demonstra claramente a preocupação do constituinte em garantir o princípio da isonomia, ao dispor que a Administração deve dar chances iguais aos particulares interessados em com ela contratar e assegurar a igualdade de condições a todos os eventuais licitantes.

Cria-se, nesse contexto, um espaço democrático, no qual a Administração Pública seleciona eventuais concorrentes, que competem em igualdade de condições, sem privilegiar injustificadamente um ou outro administrado.

No Direito comparado, o nobre magistrado argentino Agustín Gordillo leciona:

La licitación pública es por su naturaleza un procedimiento administrativo cuya finalidad es seleccionar al sujeto de derecho con quien se celebrará un contrato; constituye un pedido de ofertas efectuado en forma general al público o a cualquier empresa inscripta en un registro creado el afecto, cuando tal sistema de control existe.⁶

No Direito Positivo pátrio, o douto jurista Hely Lopes Meireles, em lição sempre atualizada, ensina:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de reincidência e moralidade nos negócios administrativos.⁷

⁶ GORDILLO, AGUSTÍN. **Tratado de derecho administrativo, tomo 2 : la defensa del usuario y del administrado**, p. XII-6.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 274.

Torna-se clarividente que o legislador constitucional procurou dar abrigo ao princípio da igualdade, bem como albergou o princípio da moralidade e o da indisponibilidade do patrimônio público, vedando à Administração contratar livremente.

O ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello tece a seguinte conceituação:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propões assumir.⁸

O preclaro doutrinador, ainda, esclarece que a licitação visa alcançar duplo objetivo, a realização de negócio mais vantajoso para a Administração, e assegurar aos administrados, de forma isonômica, a participação em tais negócios realizados pelos entes públicos, com a pretensão de contratar com um particular. Com isso, são atendidas três exigências públicas impostergáveis: proteção ao interesse público e recursos governamentais; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade e, finalmente, obediência aos reclamos da probidade administrativa, exigências essas inferidas do texto constitucional⁹.

3.2. O Dever de Licitar

A Constituição Federal de 1988 determinou a realização, em regra, do processo licitatório previamente à celebração de contrato entre a Administração e um particular, com o fito de garantir os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O dispositivo constitucional do artigo 37, XXI, é regulamentado, no âmbito federal, pela Lei 8.666, de 21.06.1993, substituidora do Decreto-lei nº 2.300/86, e

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 517.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 519.

alterada por vários textos posteriores. Essa é a lei de regência para licitações e contratos administrativos, veiculadora de normas gerais obrigatórias em todo o País, conforme previsto no artigo 22, XXVII do Texto Fundamental.

Estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, as entidades jurídicas que se subordinam ao regime jurídico-legal por ela instituído, quais sejam: os três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo ainda os órgãos da Administração Indireta, como os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas¹⁰.

Com o advento da Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o artigo 22, inciso XXVII da Constituição, surgiu dúvida em relação à subordinação das empresas públicas e sociedades economia mista exploradoras de atividade econômica à Lei de Licitações e Contratos, pois o referido dispositivo constitucional reza que a lei estabelecerá o Estatuto Jurídico que regulará as Pessoas Jurídicas acima mencionadas, dispondo sobre vários aspectos, inclusive sobre Licitação e Contratação.

Romeu Felipe Bacellar Filho, em seu precioso magistério, nos ensina que

[...] a incidência de normas juscivilistas nas relações jurídicas onde um dos pólos seja a Administração Pública (ainda que sob a veste da personalidade jurídica de Direito Privado), não impedirá o influxo do Direito Administrativo. Assim, quando a Administração Pública cobre-se com o manto da personalidade jurídica de Direito Privado e atua no campo da atividade econômica destinado à livre iniciativa, encontra-se, por imperativo constitucional (art. 22, XXVII e 37, XXI), jungida aos comandos licitatórios.¹¹

Nesse diapasão, sublinha Celso Antônio Bandeira de Mello que, embora o artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal declarou as empresas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, diversos outros dispositivos constitucionais impõe a quaisquer entidades da Administração Indireta regramento diverso do aplicável às empresas privadas, sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade

¹⁰ Art. 1º, Parágrafo único / Lei 8.666/93: Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**, p. 80.

econômica. Assim, não há por que pretender que o artigo 37, XXI, esbarre no artigo 173, §1º, II.¹²

Dessa forma, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica sujeitam-se ao processo licitatório, por imperativo constitucional, porém, esse regime é um procedimento mais simples do que o disposto na Lei 8.666/93, e deve estar previsto no estatuto jurídico da entidade. Por conseguinte, enquanto essas entidades não preverem em seus estatutos jurídicos esse regime licitatório simplificado, ficam submetidas ao regime da Lei 8.666/93.

Entretanto, leciona Bandeira de Mello, haverá situações em que a licitação será incompatível ou inviabilizadora do desempenho das atividades específicas para as quais essas entidades foram criadas, tornando-se, assim, inexigível o processo licitatório.¹³

Já quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, não resta dúvida que as mesmas estão subordinadas ao Estatuto da Licitação.

Por outra via, as entidades integrantes do “Sistema S” (SESI, SESC, SENAC e SENAI) não estão submetidas à Lei nº 8.666/93, conforme afirma Jessé Torres:

A decisão nº 256/99, da 2ª Câmara, relator Min. Benjamin Zymler, explicitou, em embargos declaratórios, que ‘a partir da Decisão nº 907/97, já se consolidou o entendimento de que as entidades integrantes do chamado ‘Sistema S’ não estão alcançadas pelos ditames da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, não se aplica ao SEBRAE o disposto no parágrafo único do art. 61 da mencionada Lei, que impõe a necessidade de publicação dos resumos dos contratos no órgão oficial da imprensa. Entretanto, a própria Decisão supra citada deixou assente que estão as referidas entidades obrigadas a seguir os princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.¹⁴

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 532.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem, ibidem*.

¹⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**, p.180.

3.3. Os Princípios Licitatórios

Em sua atividade, está o administrador rigidamente conduzido por princípios constitucionais inafastáveis. O desenvolvimento do processo licitatório, além de obedecer a esses princípios, norteadores da atividade da Administração Pública, também deve ser realizado sob a égide de princípios próprios, conforme se depreende da leitura do *caput* do artigo 3º da Lei de Licitações.¹⁵

Observa-se, portanto, que a Lei de regência traz expressa a finalidade do instituto, estando em seu cerne a obediência ao princípio da isonomia e a vantajosidade da proposta, além da obrigação de se adequar aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes são correlatos.

Essas disposições poderiam ser consideradas redundantes, conforme entendimento de Eduardo Martines Júnior, já que estes princípios já foram tidos como norteadores da Administração Pública pelo legislador constitucional, logo, devendo ser observados pelo administrador no desenvolver do processo licitatório. Todavia, corroboramos com a posição do autor, que, pautado em Justen Filho, exerga excepcional relevância ao dispositivo, pois

[...] consagra – expressamente – os princípios norteadores da licitação, devendo os agentes públicos se pautarem por eles na atividade administrativa específica. Assim, o administrador não está adstrito ao mero cumprimento burocrático das normas impostas pela Lei nº 8.666/93, devendo o agente buscar o atendimento, além dos princípios constitucionais da Administração Pública, aos princípios norteadores da licitação.¹⁶

a) Legalidade:

No dizer de Carlos Ari “[...] os agentes públicos exercitam poderes em nome de finalidade que lhes é estranha; desempenham função. Função é o poder

¹⁵ Art. 3º / Lei 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

¹⁶ MARTINES JÚNIOR, Eduardo. **República e Isonomia: licitação e sua inexistência na contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público**, p. 123.

outorgado a alguém para o obrigatório atingimento de bem jurídico disposto na norma. [...] O legislador, o juiz, o administrador, não dispõem de poderes para realizar seus próprios interesses ou vontades”.¹⁷

Percebe-se que a formação da vontade do Estado se dá de forma diferente da formação da vontade dos particulares. A vontade estatal se subsume a normas e é realizada através do processo, não influenciando a vontade do agente, mas sim a vontade da lei, sendo obrigatória a observância daquilo que foi previamente definido.

A fim de não infringir o princípio constitucional da legalidade, claramente estabelecido no artigo 37 da Carta Magna, deve qualquer agente do Estado pautar-se pela estrita observância dos comandos normativos. O agente, na formação da vontade do Estado, não pode fazer da maneira como entender mais correta, mas somente obedecer àquilo que disposto na lei, pressupondo-se que o legislador, ao editar a norma, já previu e adotou a melhor forma de atuação.¹⁸ Assim, não pode o agente estatal deixar de cumprir a lei, pois ele (agente) atua em nome da sociedade e por expressa autorização da Constituição Federal e das leis, que não lhe autorizam a procurar um melhor caminho que não o da própria norma.

No âmbito licitatório, o princípio da legalidade é observado na disciplina dada ao instituto pela Lei 8.666/93, conforme artigo 4º da Lei de regência¹⁹, e, segundo Elias Freire, esse princípio impõe a vinculação do administrador às prescrições legais que regem o procedimento em todos os seus atos e fases, ou seja, é a aplicação do devido processo legal por parte da Administração, sendo-lhe exigido que a modalidade seja escolhida de forma correta, que os critérios seletivos sejam bem claros; que somente deixe de realizar a licitação nos casos previstos em lei, ou seja, durante todo procedimento devem ser seguidos os passos dos mandamentos legais.²⁰

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**, p. 92.

¹⁸ MARTINES JÚNIOR, Eduardo. Obra citada, p. 130.

¹⁹ Art. 4º / Lei 8.666/93: Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o Art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

²⁰ FREIRE, Elias. **Direito Administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões**, p.110.

b) Impessoalidade:

O princípio da impessoalidade nada mais é que um desdobramento do princípio da isonomia, visto que nesse princípio “se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. [...] O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”.²¹ Nesse sentido, Celso Bastos admira-se: “é de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da Administração. Isso porque é difícil configurar a sua autonomia em face de outros princípios, tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo da própria legalidade”.²²

A impessoalidade está prevista como princípio expreso da Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como afirmado no caput do artigo 37 da Constituição Federal. A partir disso podemos afirmar que aqueles que ocupam cargos ou funções na Administração Pública, ao tomar decisões e desempenhar sua função, devem o fazer de maneira desprovida de interesses que não os públicos.

O princípio da impessoalidade, em suma, não permite o tratamento desigual de administrados em semelhante situação e impede o administrador de se utilizar de critérios pessoais para conceder qualquer benefício, privilégio, concessão, proibição ou discriminação.

Da mesma forma, a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que o princípio da impessoalidade, no campo licitatório, está intimamente ligado aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais dos licitantes ou as vantagens por ele oferecidas salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.²³

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 114.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, p. 55.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 306.

c) Moralidade:

O postulado da moralidade inscreve-se, expressamente, no art. 37, *caput*, da Constituição e na Lei nº. 8.666/93 e, de acordo com o ilustre jurista Hely Lopes Meirelles, constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo, juntamente com sua legalidade e finalidade, além de sua adequação com os demais princípios, sem os quais toda atividade pública seria ilegítima.²⁴

A importância desse princípio no âmbito licitatório foi muito bem realçada por Marçal Justen Filho, que se manifesta:

[...] na licitação, a conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório. A conduta do administrador público deve atender para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório. Isso é necessário, mas não suficiente para validade dos atos.²⁵

Não apenas o administrador tem sua conduta pautada pelo princípio da moralidade, mas também os próprios participantes da licitação, os quais devem agir dentro da disputa com honestidade, mantendo uma postura moralmente correta perante os demais e a Administração. Havendo conluio entre os licitantes ou qualquer conduta que desabone a lisura do processo, o princípio da moralidade estará sendo violado e, conseqüentemente, haverá a invalidade de todo o certame.

d) Igualdade:

Afirma-se que o princípio da isonomia decorre do princípio republicano, devido à própria etimologia da palavra república, a qual tem sua origem no latim – *res publica* ou coisa do povo, de todos igualmente e para todos da mesma forma.

A expressão “fundado na igualdade formal das pessoas” é o alicerce do princípio da igualdade, essa é a idéia que se depreende: todos são iguais perante a

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 91.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 73.

lei e na lei, sem distinção de qualquer natureza. Quanto à Lei Maior brasileira, está esse princípio estabelecido expressamente no caput do artigo 5º, mas não só, pois, na realidade, a isonomia vem desdobrada em outras passagens, como se estivesse enfatizando a importância do princípio.

O desdobramento do princípio da igualdade (art. 5º/CF) no âmbito licitatório reflete o próprio fim da realização da licitação, ou seja, serve para garantir o direito de igualdade de todos em participar das contratações feitas pela Administração, selecionando a proposta mais vantajosa através de critérios objetivos, onde os participantes disputarão em igualdade de condições.

Desse modo, o artigo 3º, § 1º, inciso I,²⁶ proíbe que os Agentes Públicos incluam ou admitam, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções; proíbe, também, tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, salvo critérios de desempate, fixados no parágrafo segundo.

No entanto, na prática a igualdade não pode ser tida como um conceito absoluto. Eduardo Martines Júnior, socorrendo-se à lição do jurista francês Leon Duguit, explica: todos os homens são igualmente protegidos pela lei, porém não numa perspectiva aritmética, e sim de forma proporcional, pois se fosse

²⁶ Art. 3º/Lei 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

estabelecida uma igualdade matemática entre os homens, isso na realidade significaria desigualdade.²⁷

Portanto, vale a concepção aristotélica de justiça: trate os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades. Contudo, necessário que essa ruptura do princípio da igualdade, ao tratar de forma desigual os desiguais, só deva ocorrer em situações que logicamente a autorize.

Ou como ensina Celso Antônio, deve existir uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.²⁸ Essa correlação é um dos critérios propostos pelo autor que deve ser aplicado ao caso concreto para a verificação se houve ou não uma ruptura inconstitucional do princípio da igualdade pelo legislador, ao prever em normas infraconstitucionais situações de benefício.

Na matéria administrativa das licitações e contratos, essa é a análise que deve ser feita ao se estudar a dispensa e a inexigibilidade de licitação, situações em que o legislador infraconstitucional subsumiu o princípio da isonomia ao interesse da Administração.

e) Publicidade:

Na lição de Hely Lopes Meirelles, publicidade constitui na divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Os atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade perante as partes e terceiros.²⁹ A publicidade não é elemento formativo do ato administrativo, mas sim requisito de eficácia e moralidade. Visa ainda, além do conhecimento público, o controle do ato pelos interessados diretos e pelo povo.

A Lei de regência das licitações e contratos administrativos determina em seu artigo 3º, § 3º, que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas,

²⁷ MARTINES JÚNIOR, Eduardo. Obra citada, p. 112.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 38.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 96.

até a respectiva abertura”. Nesse diapasão, o artigo quarto da Lei em comento assegura a qualquer cidadão o acompanhamento do certame, desde que não tumultue ou impeça a realização dos trabalhos.³⁰ E ainda, determina que a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e propostas será realizada em ato público.³¹

Em suma, esse princípio traduz-se na transparência, e, como preleciona Fernanda Marinela, a licitação, assim como qualquer outro procedimento administrativo, deverá observar o princípio da publicidade, permitindo o conhecimento pelos interessados, bem como o controle pelos administrados. Em razão desse princípio, os atos e termos da licitação, inclusive a motivação devem ser expostos ao conhecimento de quaisquer interessados, devendo suas sessões serem realizadas de portas abertas como ato público.³²

f) Probidade Administrativa:

“O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos”.³³ Esse princípio norteador da atuação estatal consiste na honestidade de proceder ou na maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou cometidos ao administrador por força de lei, e está diretamente ligado ao princípio da moralidade administrativa. O administrador, no desempenhar de suas funções, então, deve privilegiar os valores da moral, da ética e do bom senso, pautando-se nos preceitos vigentes, bem como na moral comum, consciente do limiar entre o lícito e o ilícito, entre o justo e o injusto.

³⁰ Art. 4º / Lei 8.666/93: Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

³¹ Art. 43, § 1º / Lei 8.666/93: A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela comissão.

³² SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo**, p. 264.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 110.

No âmbito licitatório, a probidade administrativa é exigida dos integrantes de comissões de licitação, agentes públicos e autoridades que, de alguma forma, têm participação no processo de licitação, devendo atuar com retidão, sem visar proveito próprio ou locupletamento de outrem.³⁴ Exige, ainda, que o administrador aja honestamente, não só para com a Administração, mas também para com os licitantes, de tal forma que sua atividade esteja voltada para o interesse da Administração, que é o de promover a seleção mais acertada possível.³⁵

As Leis 8.429/92 e 8.666/93 prescrevem sanções às condutas de improbidade, que se consubstanciam em condutas que frustrem a licitude de processo licitatório ou o dispensem indevidamente.

g) Vinculação do Instrumento Convocatório:

Por tal princípio todos os participantes da licitação, bem como o administrador público, devem cumprir o que foi anteriormente disciplinado e estabelecido no instrumento convocatório quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato, conforme estabelece o *caput* do artigo 41 da Lei de Licitações, *in verbis*: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

Para Hely Lopes Meirelles constitui o princípio básico de toda licitação, afirmando, ainda, que:

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como, tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.³⁶

Portanto, uma vez estabelecidas as regras do certame, o administrador deverá segui-las durante todo o processo, a não ser que constate sua inconveniência ou inviabilidade, podendo revogar o edital ou alterar seus moldes,

³⁴ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 182

³⁵ FREIRE, Elías. Obra citada, p.112.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p.277.

devendo, no entanto, republicá-lo e reabrir o prazo, caso essa mudança afete a elaboração das propostas.

h) Julgamento Objetivo:

Este princípio impõe à comissão de licitação julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração através de critérios objetivos, previamente estabelecidos no instrumento convocatório. A apreciação da proposta, portanto, deve ser impessoal, isenta e de acordo com questões técnicas, observadas as normas correlatas.

Embora essa objetividade não seja absoluta, como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello ³⁷, o princípio do julgamento objetivo visa afastar a avaliação discricionária das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se aos critérios prefixados pela Administração no Edital ou Convite, reduzindo e delimitando, assim, a margem de subjetivismo inerente a qualquer julgamento.

A Lei de Licitações ainda prevê que devem ser observados, além dos princípios expressamente arrolados no artigo 3º, outros princípios correlatos. Podemos apontar, também, como informadores da atividade estatal no âmbito licitatório os seguintes princípios:

i) Razoabilidade:

Tal princípio, implícito na Constituição Federal e de incidência indiscutível em toda a atividade administrativa ordinária, tem nas práticas discricionárias o seu campo de aplicação por excelência, constituindo-se um instrumento de manejo

³⁷ “Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 529.

indispensável na aferição da validade desse tipo de atuação administrativa. A doutrina pátria atribui a esse princípio o “sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre os meios e os fins”³⁸, ou do ponto de vista de Hely Lopes Meirelles, “pode ser chamado de princípio de proibição de excessos”.³⁹ É um princípio que limita a atuação do administrador, obrigando-o a adotar medidas coerentes, justas e adequadas aos fins a que se preordenam.

Na realização de licitações, obviamente que o administrador deve agir de forma razoável, seja na escolha da modalidade de licitação, na elaboração no edital ou na eleição dos critérios de julgamento, atuando de maneira coerente, evitando excessos e perquirindo os fins almejados quando da instauração do processo licitatório.

j) Proporcionalidade:

Embora analisados separadamente, nos parece que o princípio da razoabilidade engloba o da proporcionalidade, e vice-versa, entendimento este que corrobora com o de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual, “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”.⁴⁰

A proporcionalidade consiste em evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais, ou seja, evitar a imposição de obrigações, aos indivíduos em geral, ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.⁴¹ Nessa linha de raciocínio, entende-se ilegítimo todo ato administrativo cuja intensidade e amplitude dos gravames provocados na situação jurídica dos administrados ultrapasse o limite necessário ao cumprimento de sua finalidade.

³⁸ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 130.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 94.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 111.

⁴¹ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 131.

k) Economicidade:

Apesar do princípio da economicidade (art. 70) não se encontrar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos para a Administração Pública (art. 37, *caput*), impõe-se materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de bens e recursos públicos. O administrador público, deste modo, tem obrigação de gerir os recursos públicos de forma responsável, aplicando-os a fim de trazer melhores resultados, ou seja, administrar de uma maneira mais eficiente e econômica.

Marçal Justen Filho acrescenta:

Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios - também avaliáveis em diversos âmbitos.⁴²

Na licitação pública, a oportunidade de incidência do princípio da economicidade se apresenta desde o planejamento do processo licitatório até a avaliação da proposta mais vantajosa para a Administração, devendo o administrador, na seleção da melhor alternativa, examinar todos os valores em conflito, optando pela solução mais conveniente e eficiente, sem colocar em risco outros valores de maior hierarquia.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p.64.

4. CONTRATAÇÃO DIRETA: EXCEÇÃO À REGRA

A Constituição Federal dispõe sobre a necessidade de licitação na realização de despesa pública, como “instrumento de moralidade administrativa, no processo de escolha da proposta que se revele mais vantajosa e conveniente para o Poder Público, ao mesmo tempo em que garante aos administrados-licitantes a possibilidade de, em condições e tratamento isonômicos, disputarem entre si a participação nas obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios que os órgãos e entidades da Administração Pública pretendam efetuar”.⁴³

No direito comparado, o eminente administrativista Agustín Gordillo assevera,

La licitación pública es, en la legislación argentina, el procedimiento de principio para la contratación en la administración pública. [...] Es más, hay autores que consideran que la propia Constitución nacional la exigiría como principio. Para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal.⁴⁴

O legislador constitucional brasileiro de 1988, nessa esteira de raciocínio, admitiu no inciso XXI do artigo 37, da Carta Magna, que, em determinadas situações previstas em lei, o dever de licitar pode ser coordenado com outros princípios do mundo jurídico, como o da economicidade, por exemplo, daí resultando exceção à regra geral: a contratação direta.

Embora previstas constitucionalmente, as exceções ao princípio da licitação devem ser adotadas com cautela e parcimônia pelo administrador, visto que também são tidas como exceções ao princípio constitucional da igualdade. Assim, inexistir ou dispensar a licitação em hipóteses que seria admissível a competição entre possíveis licitantes é desrespeitar a princípios jurídicos basilares, e, após o advento da Lei 8.666/93, constitui crime.

⁴³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**, p. 105.

⁴⁴ GORDILLO, AGUSTÍN. Obra citada, p. XII-1.

4.1. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: Distinções

O processo licitatório, como já sublinhado, é a regra, definida pelo constituinte, a ser observada pela Administração ao contratar serviços, obras, realizar compras e alienações. A contratação direta, por sua vez, constitui uma exceção à regra constitucional, e somente se justifica nas situações consideradas como de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, devidamente previstas em lei.

A contratação direta é permitida com fundamento nos seguintes dispositivos da Lei 8.666/93: artigo 17, I e II (licitação dispensada), artigo 24 (licitação dispensável) e artigo 25 (licitação inexigível). Esses dispositivos autorizam o administrador público a contratar diretamente visando outros princípios constitucionais, sendo, portanto, permissivos.

Destarte, não impõem nem proíbem condutas ao administrador. Este deve justificar sua escolha, conforme exigências do artigo 26, e demonstrar que a situação se enquadra nos requisitos que fundamentam a dispensa ou inexigibilidade, e que não está confrontando princípios fundamentais que regem os atos administrativos, entre eles, o da obrigatoriedade de licitar, da isonomia e da moralidade.

Segundo a melhor doutrina, a diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação não é “questão irrelevante ou meramente retórica”. São “alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso”.⁴⁵

A inexigibilidade de licitação se configura numa realidade extranormativa, na qual se observa a inviabilidade de competição, logo, a impossibilidade de instauração do processo licitatório. A licitação até poderia ser instaurada, porém, devido à ausência “de pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios”⁴⁶, o processo se mostraria frustrado, pois ou não se obteria nenhuma proposta ou se selecionaria uma proposta inadequada. Já na dispensa de licitação, verificamos ser viável a competição, no entanto, diante de certas circunstâncias, o legislador vislumbrou a necessidade de dispensar a licitação, pois reputou que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista a peculiaridade da circunstância.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 345.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 542.

Há dispensa de licitação, no ensinamento dos juristas Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, “quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era, em princípio, imprescindível”.⁴⁷ Embora o certame licitatório seja factível, circunstância relevante, legalmente admitida, desobriga a Administração de utilizá-lo, abrindo ensejo à contratação direta. O administrador, no entanto, não está impedido de realizar o processo licitatório, desde que assim atenda ao interesse público aptamente.

No artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com redação alterada pela Lei nº 8.883/94, foram estabelecidas vinte hipóteses em que é dispensável a licitação. Textos posteriores acrescentaram à relação mais nove casos. O rol instituído pelo citado dispositivo é exaustivo, ao contrário das hipóteses elencadas no artigo 25, que trata da inexigibilidade de licitação, que, segundo entendimento doutrinário, são exemplificativas.

A propósito, Odete Medauar emitiu a seguinte opinião: “a dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do artigo 24 é considerado taxativo”.⁴⁸ Logo, não é permitido ao administrador criar hipóteses além das já arroladas no aludido dispositivo. O fato concreto, para ser dispensado do processo licitatório, deve estar adequado com o preceito legal.

O já mencionado artigo 25, da Lei licitante, regulamenta o instituto da inexigibilidade, sobre o qual Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz doutrinam: “há inexigibilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, de fato ou de direito, previstas em lei, as quais, porque inviabilizadoras de competição, afastam peremptoriamente a licitação”.⁴⁹

Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles tece o seguinte comentário:

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.⁵⁰

⁴⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**, p. 33.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 197.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. Obra citada, p. 33.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p.287.

Assim, diferentemente dos casos de dispensa de licitação, onde o certame é materialmente viável, contudo inconveniente; nas situações de inexigibilidade é inviável a própria competição, obstando a realização do processo.

Conforme entendimento doutrinário, as situações enumeradas no artigo 25 são exemplificativas, não abrangendo todas as hipóteses de inexigibilidade, logicamente por ser impossível ao legislador prever todas as situações materiais em que se observa a inviabilidade de competição. Destarte, novos rótulos podem ser acrescentados ao elenco federal, porém, averbam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, “[...] não podem ultrapassar os conteúdos legalmente traçados e não podem comportar hipóteses infratoras aos princípios norteadores do instituto, refletidos nos casos expressamente agasalhados em direito positivo”.⁵¹

Conclui-se, portanto, que a caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Primeiro observa-se se a competição é viável ou não. Não o sendo, caracteriza-se a inexigibilidade. Possível a competição, verifica-se a existência ou não de alguma hipótese de dispensa.

Acresce enfatizar, por oportuno, que sendo a dispensa e a inexigibilidade de licitação situações que excepcionam à regra constitucional, a exclusão licitatória somente se legitima mediante motivação expressa e instrumentada, firmada pela autoridade administrativa competente, apta à comprovação dos fatos que lhe deram ensejo, tudo de sorte a que nada escape do controle administrativo ou judicial. Essa exigência está prenunciada no artigo 26 do Estatuto⁵², donde se extrai que as exigências visam limitar a atuação do administrador que deve se pautar por critérios objetivos na avaliação da melhor alternativa de atendimento do interesse público, cuja supremacia é irrenunciável.

⁵¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. Obra citada, p. 34.

⁵² Art. 26 / Lei 8.666/93: As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

O administrador, portanto, deve acautelar-se quando decidir pela contratação direta, pois a Lei de licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses expressamente previstas. É o que descreve o artigo 89 da Lei 8.666/93, “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lê, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIANTE DA NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Em determinadas situações a Administração Pública se vê diante da necessidade de contratação de serviços advocatícios, onde o administrador, sob a luz dos princípios constitucionais norteadores da atividade estatal, terá que decidir a melhor e mais eficiente maneira de contratá-los.

Em regra, a contratação de advogados para compor os quadros jurídicos dos entes públicos deve ser feita pela via do concurso público. Porém, circunstâncias anômalas ao cotidiano da Administração podem exigir outra forma de contratação.

Como já visto anteriormente, a regra trazida na Carta Magna é que a Administração realize prévio processo licitatório para contratar serviços com particulares, porém o próprio texto constitucional previu exceções a essa regra.

No caso de contratação de serviços advocatícios, especificamente, observamos que o legislador ordinário deu margem para a contratação direta ao dispor sobre o instituto da inexigibilidade de licitação. No entanto, o fez de maneira obscura; simplesmente criou uma fórmula – inviabilidade de competição – para caracterizar a situação, e trouxe, na letra da Lei, algumas hipóteses exemplificativas.

Isso tem suscitado dúvidas ao administrador diante do caso concreto, visto que terá que atuar com razoabilidade ao, discricionariamente, prescindir do processo licitatório, pois a Lei 8.666/93 prevê sanções àqueles que deixarem de atender à regra geral de licitar, dispensando ou inexigindo a licitação sem o preenchimento dos pressupostos exigidos pela Lei.

Tal conjuntura tem gerado grande discussão doutrinária e muitas divergências jurisprudenciais a respeito do tema, o qual até hoje não tem uma solução plenamente satisfatória. Essa dissonância jurisprudencial é compreensível, visto a natureza da questão ora em apreço. É que, conquanto não se possa afirmar, *a priori*, ser ilegal a contratação direta de advogados pelo Estado, com inexigibilidade de licitação, não se pode, da mesma forma, dizer que sejam sempre possíveis. A ilegalidade ou não da contratação direta só pode ser argüida diante do caso concreto, o que será mais bem analisado em tópico adiante.

5.1. Concurso público

Depreende-se da leitura do artigo 37, II da Constituição Federal, que a regra geral é a realização de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

Em relação aos serviços advocatícios, a Carta Magna estabeleceu em seu artigo 131⁵³ atribuições da Advocacia-Geral da União, e determinou, ainda, a manutenção obrigatória de um quadro próprio de Procuradores para os Estados e o Distrito Federal, conforme artigo 132⁵⁴. Os municípios, porém, ficaram desobrigados de criar sua própria Procuradoria devido à diversidade de situações econômicas enfrentadas por esses entes federativos, a maior parte deles sem nenhuma suficiência orçamentária.

Nos casos acima citados, de obrigatoriedade de instalação de quadro próprio de advogados, a contratação deve obedecer aos ditames do artigo 37, II, da Constituição, que prevê a imprescindibilidade do concurso público, ficando inviabilizada qualquer outra forma de contratação, afora os casos adiante tratados.

Essa opção de manutenção de quadro próprio de advogados, selecionados através de concurso é, sem dúvida, mais benéfica para a Administração, pois profissionais que detenham não só conhecimento técnico-jurídico, mas que conheçam a estrutura do órgão, o passado da instituição e as praxes administrativas, podem ter melhor noção da origem dos problemas enfrentados e desempenhar sua profissão com mais eficiência⁵⁵.

Ou seja, a continuidade do trabalho e a experiência adquirida no desempenho das funções, fazem com que o advogado, com vínculo permanente à

⁵³ Art. 131 / CF88: A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

⁵⁴ Art. 132 / CF88: Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 361.

Administração, proporcione melhores resultados nas causas judiciais ou administrativas em que atuar, trazendo benefício ao ente estatal e, por fim, atendendo ao interesse público aptamente.

No entanto,

[...] 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 quadros próprios, justificando-se, portanto, a contratação de pessoas cujo nível de especialização a recomende para a causa; 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 profissionais 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.⁵⁶

Analisemos essa conjuntura de forma mais detida.

5.2. Contratação direta através da inexigibilidade de licitação

Mesmo sendo estabelecido pela Constituição Federal de 1988 a obrigatoriedade de realização de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, há situações em que a Administração deve optar por outra forma de contratação para obter os serviços pretendidos. O administrador, nessas circunstâncias, deverá, então, decidir sobre a instauração ou não de processo licitatório para contratar os serviços de determinado particular, e atender o interesse sob tutela estatal.

A questão da contratação direta, sem realização de prévia licitação, tendo em vista os abusos e desmandos cometidos por alguns administradores públicos, é assunto que muito se discute. Embora o legislador tenha previsto essa possibilidade, é necessário que a Administração motive e justifique a escolha de contratar um particular diretamente, conforme os requisitos trazidos na Lei de Licitações, e de acordo com os princípios constitucionais norteadores da

⁵⁶ Entendimento consubstanciado no voto do Ministro Carlos Átila Álvares da Silva proferido nos autos do TC-019.893/93-0, Decisão nº 494/94 – Plenário, Ata nº 36.

Administração Pública. Tal providência é exigida justamente porque a regra geral da realização de licitação foi excepcionada, impondo maior controle.

Inserida nesse contexto, está a polêmica gerada em relação à contratação direta de serviços advocatícios, que é defendida por corrente que argumenta no sentido de que o labor dos profissionais liberais dessa área é personalíssimo, marcante, e por isso tem a natureza singular, exigida pelo inciso II, do art. 25 da Lei 8.666/93. Afirma, ainda, que tendo o contratado notória especialização, a singularidade do serviço é uma consequência.

Necessário que sejam feitas algumas reflexões sobre a questão.

Conforme analisado supra, a regra, ditada pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei 8.666/93, é que a Administração realize prévio processo licitatório para a alienação e aquisição de bens, contratação de serviços, compras ou obras. O legislador constituinte, porém, admitiu que pudessem existir exceções a essa regra, e a lei infraconstitucional delimitou hipóteses em que a contratação de um particular possa ser realizada diretamente, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

No caso específico de inexigibilidade, particularmente na contratação de serviços, o Estatuto das Licitações exige que, além de constatada a inviabilidade de competição no caso concreto, deve ainda ser observados três requisitos: que o serviço contratado seja técnico profissional especializado, de natureza singular, e que o prestador dos serviços tenha notória especialização. Analisemos cada um destes pressupostos, correlacionando-os à específica hipótese de contratação de advogados, tema de fundo deste trabalho.

5.2.1. Inviabilidade de competição

O estudo da inexigibilidade de licitação repousa na premissa “inviabilidade de competição”. O legislador infraconstitucional reconheceu que há hipóteses em que é inviável a competição, ora pela peculiaridade do objeto ora pela aptidão singular do prestador do serviço. Desse modo, albergou a possibilidade de contratação direta, e elencou no artigo 25 da Lei 8.666/93 situações

exemplificativas, permitindo ao agente administrativo que diante do fato concreto reconheça a inviabilidade da competição e promova a contratação direta.

Ao “impor taxativamente a inviabilidade, associando-a ao termo inexigibilidade, a Lei estabeleceu característica essencial e inafastável ao instituto da inexigibilidade”⁵⁷. Logo, quando viável a competição, mesmo nos casos tratados no artigo 25, a licitação é exigível, pois o requisito fundamental descrito no *caput* do dispositivo não foi preenchido.

“É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma idéia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que poder ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação”.⁵⁸

Os casos em que a inviabilidade de competição se observa, e, portanto, configura-se a inexigibilidade de licitação, traduzem situações em que a licitação não se mostra como a via adequada para atender aos interesses públicos, ou que, se adotada fosse, frustraria o interesse sob tutela estatal, pois sua estrutura legal não é adequada para a situação, logo, a licitação não cumpriria a função a ela reservada.

Marçal Justen Filho, a quem uma vez mais nos socorremos, divide em dois grandes grupos as causas de inviabilidade de competição, tomando por critério sua natureza. “Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado”.⁵⁹

Logo, há inviabilidade de competição quando ausentes sujeitos diversos em condições de contratação (não sendo relevante a natureza do objeto, pois a impossibilidade de competição não decorre diretamente disso) ou quando, embora existam diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal, há peculiaridade em relação à própria natureza da atividade a ser desenvolvida ou profissão desempenhada, assim características do objeto funcionam como causas impeditivas da realização da licitação.

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Obra citada, p. 299.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 345.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 346.

Também o processo licitatório se torna prescindível quando há impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. Essa impossibilidade é derivada da natureza personalíssima da prestação. Embora seja possível determinar os custos da relação, não é viável ponderar os benefícios que serão usufruídos pela Administração com a contratação, tendo em vista a natureza subjetiva desta avaliação. Logo, quando não há critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.

Outra hipótese onde se observa a inviabilidade de competição é quando há ausência de definição objetiva da prestação, cujo conteúdo somente se definirá ao longo da própria execução. Não havendo, portanto, possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.⁶⁰

Para melhor compreensão, Justen Filho traz como exemplo um processo judicial de grande relevo, tendo como ré uma pessoa integrante da Administração Pública. O contrato estabelece o dever de realizar a melhor defesa possível, mas nem pode impor a obtenção do resultado favorável, nem comporta definição precisa e exata das alternativas a adotar. A única coisa que se pode estabelecer é que o contratado irá exercitar sua profissão da melhor maneira possível, e isso envolve não apenas a observância de regras técnicas objetivas, mas também variações subjetivas impossíveis de padronização. O desempenho do contratado seria possível de mensuração ao longo da execução do contrato, visto que a capacidade criativa de cada um poderia criar obras melhores ou piores, e a seleção prévia estaria sempre restrita a indícios preliminares que não expressaria de forma objetiva qual licitante seria mais apto a satisfazer o interesse público.

5.2.2. Serviços Técnicos Profissionais Especializados

Conforme entendimento do ilustre administrativista Justen Filho, serviço “[...] para fins da Lei, pode ser conceituado como a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual) produtor de utilidade (material ou

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 347.

imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário. Serviço é a prestação que satisfaz uma obrigação de fazer”.⁶¹

Diferentemente dos conceitos de “obras” e “compras”, em que há a idéia da existência de um objeto material, nos serviços isso pode ou não acontecer. Nem sempre um serviço produz um objeto material, geralmente o resultado são objetos imateriais, frutos do esforço intelectual humano. Nesses casos, é muito mais difícil selecionar de forma objetiva qual proposta levará a um resultado melhor para satisfazer a necessidade pública. A avaliação do custo-benefício de um serviço é muito mais complexa do que a avaliação feita de forma objetiva nas contratações de compras ou obras.

A Lei de Licitações autoriza a contratação direta de serviços técnicos, desde que observados três requisitos: objeto singular, notória especialização e que a prestação seja um serviço técnico profissional especializado.

Os serviços técnicos a que se refere o artigo 25, inciso II, refletem a atuação pessoal de um ser humano, que transforma conhecimento técnico-teórico em resultados práticos. Refletem a habilidade subjetiva de cada prestador de serviço, sendo que cada qual desenvolverá atuação peculiar, produto de sua criatividade. O que a Administração procura, então, é a atuação pessoal de um prestador de serviço que traga a melhor e mais apta solução, a fim de satisfazer o interesse sob tutela estatal.

O dispositivo acima mencionado vincula-se diretamente com o artigo 13 do mesmo diploma legal, pois é ele que dispõe sobre essa modalidade especial de serviço, denominado de “serviços técnicos profissionais especializados”, e traz rol que inclui a categoria dos serviços advocatícios, compreendendo o patrocínio de causas de natureza judiciais ou administrativas em favor dos entes públicos, exarar parecer ou ainda prestar assessoria ou consultoria, conforme rezam os incisos II, III e V do referido dispositivo legal.

Convém analisarmos brevemente os termos utilizados pelo legislador para conceituar tais serviços, segundo a doutrina de Marçal Justen Filho⁶². Diz o autor que serviço técnico é assim considerado quando o seu executor aplicar um conhecimento teórico, através de sua habilidade pessoal, para promover uma

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 164.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 165.

alteração no universo físico ou social, gerando uma utilidade concreta. A noção de técnica vincula-se, então, a dois aspectos inter-relacionados: a transposição para a vida prática de um conhecimento teórico e a exigência de uma habilidade individual, relacionada com potenciais personalíssimos.

Num passo seguinte, diz que o serviço técnico é *profissional* quando sua atividade apresentar objeto e regras próprios, exigindo uma habilitação específica para sua prestação. É objeto de uma profissão e o prestador deve possuir habilidades indispensáveis ao exercício da atividade. Ou seja, nem todos os serviços técnicos são também profissionais.

Finalmente, como exige a Lei, os serviços técnicos profissionais devem ser especializados. Para a doutrina em apreço, a especialização significa a capacitação maior que a usual para o exercício de uma atividade. É produzida pelo domínio de conhecimentos restritos, que ultrapassam os da média dos profissionais de determinada área. O especialista, portanto, é aquele prestador de serviço técnico profissional que dispõe de uma capacitação diferenciada, permitindo-lhe solucionar problemas e dificuldades complexas.

Percebe-se, dessa maneira, que o dispositivo traz um conceito complexo, o qual é composto pela conjugação dos critérios supra analisados. Em suma, Hely Lopes Meirelles define serviços técnicos profissionais especializados como aqueles “prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral –, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento”.⁶³

Embora o serviço advocatício esteja arrolado no artigo 13 como sendo um serviço técnico profissional especializado, portanto, preenchendo um dos requisitos exigidos no artigo 25, deve-se ter especial atenção com relação aos demais pressupostos.

Nesse diapasão, vejamos o que o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello nos diz sobre o tema:

Em face do inciso II do art. 13 (contratação de profissional de notória especialização), pode-se propor a seguinte indagação: basta que o serviço esteja arrolado entre os previstos no art. 13 e que o profissional ou empresa sejam notoriamente especializados para que se configure a

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 288.

inexigibilidade da licitação, ou é necessário algo mais, isto é, que nele sobreleve a importância de sua natureza singular?

Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por 'A' ou por 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.⁶⁴

Conforme depreende-se da grandiosa lição de Bandeira de Mello, seria imprudente afirmar que, pelo simples fato do serviço estar arrolado no art. 13, ele tenha natureza singular. Tal qual acontece com os serviços advocatícios; é manifesto que nem todos os serviços prestados por profissionais da área jurídica têm esse predicado, conforme será exposto adiante.

5.2.3. Natureza singular

Diferentemente das necessidades habituais e rotineiras da Administração, em que a competição entre fornecedores é viável para atender tais interesses, os casos de inexigibilidade de licitação são observados quando a Administração Pública tem necessidades peculiares, onde, devido às características não usuais desse interesse, impossibilitam a competição e tornam a realização do processo licitatório inútil ou contraproducente. Portanto, a inviabilidade de competição é consequência dessa relação entre a realidade extranormativa e o interesse estatal a ser atendido. Quando o interesse sob tutela estatal puder ser atendido de forma padrão, a licitação não apenas pode ser aplicada, como deve ser realizada pelo

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Obra citada, p. 544.

administrador, a fim de selecionar o fornecedor mais apto a atender satisfatoriamente essas necessidades usuais, costumeiras, padronizadas. Deve-se destacar, portanto, que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade.⁶⁵

A princípio devemos ter em mente que a expressão “natureza singular” não remete à ausência de pluralidade. Essa situação de inviabilidade de competição por não existir mais de uma solução para a necessidade da Administração Pública está configurada no inciso I. Mais ainda, a ausência de pluralidade de sujeitos pode recair sobre qualquer tipo de serviço, ao contrário da situação que o legislador trouxe no inciso II, ou seja, a inviabilidade de competição entre prestadores de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. Logo, a singularidade é da natureza do serviço a ser prestado, e não em relação ao número de pessoas capacitadas a executá-lo.⁶⁶

Em preciosa lição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que o objetivo do legislador, ao dispor sobre inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos, foi o de acrescentar um requisito – natureza singular – para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13 da Lei de Licitações para que se configure a hipótese do artigo 25, II, é necessário também “que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo, tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer, que torna inexigível a licitação”⁶⁷.

Resta claro, que o instituto da inexigibilidade de licitação tem como requisito, dentre outros, o da natureza singular. E o que se deve ter em mente é que a singularidade não é primeiramente determinada pelo sujeito a ser contratado, e sim pela natureza do objeto. Em outras palavras, a singularidade do objeto mencionada no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, não pode ser vista senão pelo ângulo intrínseco, vale dizer, pelas características e qualidades que lhe são

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 347.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Idem, p. 356.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 312.

próprias – do objeto – afastando da análise as qualidades pessoais do prestador do serviço, estas consideradas em outras circunstâncias.⁶⁸

Logo, o administrador público não deve inverter o processo de contratação direta de um serviço, ou seja, não deve primeiro definir o profissional para depois descrever o objeto. Deve-se, primeiramente, definir o objeto para então se buscar o executor do serviço. É a partir da definição do serviço a ser contratado que o administrador público verificará sua singularidade e buscará no mercado o profissional técnico especializado que melhor execute o objeto pretendido, para então contratá-lo diretamente, com escopo no artigo 25, II da Lei 8.666/93.

A expressão “singular”, contida no inciso II do artigo 25, foi inserida no texto legal por alteração posterior à redação original do Decreto-Lei nº 2.300/86. Portanto, não foi incluída posteriormente se o legislador não quisesse realmente restringir os casos de contratação de serviços com inexigibilidade de licitação. Se essa palavra – singular – fosse retirada do texto, a contratação de notórios especialistas seria enquadrável no *caput* do dispositivo – inviabilidade de competição – logo, qualquer profissional alcançando a notória especialização poderia ser contratado diretamente, sem licitação, o que, definitivamente, seria um contra senso. O legislador, ao incluir tal expressão, estabeleceu como *conditio sine qua non* a singularidade do objeto à declaração de inexigibilidade⁶⁹.

O elenco do artigo 13 faz referência genérica a certas atividades, que comportam diferentes graus de complexidade. “Natureza singular”, portanto, foi a fórmula que o legislador utilizou para evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis nesse artigo. O que deve ser observado no momento da contratação é se esse serviço técnico especializado é de complexa realização ou se é um procedimento comum, padrão. A natureza singular do serviço se apresenta em situações anômalas, peculiares, onde não basta a simples especialização do prestador. Convém frisar, ainda, que a dita singularidade há de ser aferida em relação à área de atuação dos potenciais prestadores de serviço, e não em relação à rotina da entidade contratante.

Portanto, a singularidade da prestação do serviço é verificada antes mesmo de ser aventada a possibilidade de contratação de profissional não pertencente aos quadros do serviço público para realizá-la. O momento de

⁶⁸ MARTINES JÚNIOR, Eduardo. Obra citada, p. 140.

⁶⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Obra citada, p. 330.

constatação da natureza singular do serviço a ser prestado e a – eventual – contratação de profissional para executá-lo são momentos distintos e inconfundíveis. Somente depois de vencida essa etapa é que se pode falar na notória especialização, essa sim sempre atinente ao prestador do serviço.⁷⁰

Em suma, “a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão”.⁷¹

Essa situação não é diferente com os serviços advocatícios. Sua singularidade não pode ser determinada de forma abstrata e diante de uma única circunstância. A singularidade da prestação será determinada diante de cada caso concreto, onde incidirão diversos fatores, tais como, a complexidade da questão, a especialidade da matéria, o grau de jurisdição, entre outros.

5.2.4. Notória especialização

A notória especialização não é uma causa da inexigibilidade de licitação, mas de seleção do profissional a ser contratado. É uma forma de identificação das condições subjetivas do profissional.

Quando a Administração tiver a necessidade de contratar um serviço de alta complexidade, e não dispor de critérios objetivos para selecionar dentre os diversos possíveis prestadores de serviço, a contratação será feita sem licitação. Para não haver, no entanto, escolhas arbitrárias e evitar a contratação de sujeitos que não sejam qualificados para a execução do serviço de natureza singular, o legislador exigiu o requisito da notória especialização. Segundo a ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o requisito da notória especialização serve para reduzir a discricionariedade administrativa, em sua apreciação, exigindo os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.⁷²

⁷⁰ MARTINES JÚNIOR, Eduardo. Obra citada, p. 144.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 356.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 313.

A especialização do contratado será verificada a partir da titularidade de requisitos objetivos que distinguem o sujeito dos demais dentro de sua área de atuação. Cada profissão tem suas peculiaridades, e a especialização será determinada conforme essas particularidades. O elenco do parágrafo primeiro, do artigo 25, da Lei de Licitações, é meramente exemplificativo e deverá ser interpretado em função das circunstâncias de cada caso.

A notoriedade, por sua vez, é o reconhecimento da qualificação do profissional pela comunidade. Não é necessário o reconhecimento do notório saber pelo público em geral, mas ao menos pelos profissionais de determinado setor. De fato, o conhecimento exigido em relação a um determinado profissional do Direito, *v.g.*, deve ser, no mínimo, nesse campo do saber, nenhuma relevância tendo o fato de não ser ele conhecido entre os engenheiros ou médicos.

A Ordem dos Advogados do Brasil, através de seu Conselho Federal, se posicionou no sentido de que em se tratando de contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, é descabido o processo licitatório, bastando que o profissional seja habilitado, conforme segue:

Não se exige qualquer processo licitatório para a contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia por parte de órgãos e agentes da administração pública, devendo essa função ser exercida tão somente por advogados habilitados. O entendimento foi ratificado durante sessão plenária do Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que examinou a matéria com base no voto do relator, o conselheiro federal da entidade pela Ceará, Jorge Hélio Chaves de Oliveira, aprovado à unanimidade.⁷³

A análise feita até então, dos requisitos exigidos pela Lei de regência para a configuração de inexigibilidade de licitação, corrobora a nossa posição divergente do entendimento acima exposto. Senão, vejamos.

O Tribunal de Contas da União entende possível a contratação de serviços jurídicos “de natureza não continuada com características singulares e complexas, que evidenciam a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade” (Processo n° 019.522/94-, decisão n°438/96 TCU).

A Administração, portanto, diante de situações em que precise de assessoria jurídica para solucionar temas específicos e complexos, que demandam

⁷³ Extraído do endereço eletrônico <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=15466>, acessado em 07 de julho de 2009.

esforço intelectual não corriqueiro às lides ordinárias dos quadros de procuradores, necessitando, dessa maneira, contar com a experiência e a notória especialização de profissionais que não estejam em seu quadro funcional, está autorizada a inexigir a licitação. Percebe-se, então, que o pressuposto exigido pela Lei – natureza singular – repousa no objeto do contrato, ou seja, na causa judicial ou administrativa que, por suas características, se mostre carente da contratação de profissional altamente conceituado em sua área, e que este se aponte como “essencial e mais adequado para a plena satisfação do objeto do contrato” (art. 25, §1º/ Lei 8.666/93).

Surge a singularidade – requisito fundamental exigido para justificar a inexigibilidade de licitação – quando o administrador estiver diante de uma necessidade pública na qual se conjugam a peculiaridade do objeto com a especialidade e notoriedade do prestador do serviço.

Logo, acreditamos que, para afastar a obrigatoriedade de realizar a licitação, o administrador deve fazer uma análise, que se subdivide em dois momentos: um primeiro que constata a singularidade do objeto (característica intrínseca coerente com o juízo de inexigibilidade) e um segundo, subsequente, no qual, já afastada a licitação, exige-se que o futuro contratado seja detentor de especialidade e notoriedade. Percebe-se, assim, que há um hiato entre esses dois momentos.

Conseqüentemente, esse objeto de natureza singular deve ser executado por um profissional que, nos termos da Lei, detenha um “conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Justifica-se, assim, a contratação direta de um advogado de notória especialização quando restar demonstrada a necessidade da contratação para satisfazer plenamente o interesse sob tutela estatal. Portanto, o prestador dos serviços pode não ser único no mercado, o que não restringe a aplicação do dispositivo legal que afasta o processo licitatório. No entanto, devem estar conjugados os requisitos de peculiaridade do objeto e comprovada especialização do prestador que satisfaçam adequadamente a necessidade da Administração.

O administrador, além de cumprir os requisitos exigidos pela Lei, deve demonstrar a plena adequação da contratação, conforme depreende-se da leitura do §1º do artigo 25, o qual faz referência “à necessidade de que a atuação do particular seja considerada como indiscutivelmente a mais adequada à plena satisfação do objeto do contrato”. Esse dispositivo deve ser interpretado com razoabilidade, isto é, numa contratação, onde não é possível selecionar a partir de critérios objetivos, tendo em vista que a execução do serviço depende de características subjetivas do contratado, parece não ser possível afirmar de forma contundente quem será o sujeito que seja plenamente adequado para adimplir o contrato. Dentre os vários possíveis contratados, mais de um deles pode satisfazer a necessidade pública de forma adequada, porém cada um irá realizar o serviço conforme seu juízo de criatividade e conferirá ao resultado sua parcela de subjetividade.

O que se deve observar, portanto, é que à Administração é vedada a contratação de alguém que não se revele adequado a adimplir satisfatoriamente o contrato. Se houver outra opção que se mostre tão capaz de satisfazer a necessidade quanto àquela escolhida pela Administração, isso não importará na invalidade da seleção. É preciso analisar, no entanto, a relação custo-benefício dessa opção. A Administração, a partir do momento em que definir o quanto pode e deve gastar com a contratação, é que irá escolher a solução que mais satisfatoriamente realize o objeto do contrato, dentro desse limite estipulado previamente.⁷⁴

Logo, é possível que a Administração, diante de uma situação excepcional, contrate um advogado prescindindo do devido processo licitatório, desde que estejam conjugados a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado, e, ainda, que este se mostre plenamente capaz de satisfazer a esta necessidade. Portanto, ao administrador cabe demonstrar a existência dos requisitos exigidos pela Lei e também a plena adequação do prestador escolhido.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 359.

5.3. Contratação através de processo licitatório: o dever de licitar versus o Código de Ética do Advogado

Sob nosso juízo, nos casos em que não se configurar a singularidade de um serviço e que não estejam presentes os requisitos necessários para se contratar diretamente, o processo licitatório deverá ser instaurado, embora, conforme observa Marçal Justen Filho, na prática as formas usualmente utilizadas para licitar serviços advocatícios se mostrem defeituosas. Contudo, essa conclusão não parece tão simples, em virtude da aparente incompatibilidade dos princípios que regem o processo licitatório com os que norteiam a atividade advocatícia.

Do confronto entre o propósito da Lei de Licitações e o Código de Ética do Advogado – de observância obrigatória a todos os advogados por força do que dispõe o artigo 33 da Lei nº 8.906/94⁷⁵ – emerge a controvérsia. Explica-se.

O art. 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB veda expressamente o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela. Ainda, estabelece, em seu art. 5º, que “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

No entanto, o processo licitatório funda-se na idéia de competição, e a disputa entre advogados em uma licitação configura claramente essa situação, combatida pelo código de ética desses profissionais, qual seja, o oferecimento de serviços com o intuito de captar clientela (no caso o Poder Público) e a mercantilização da profissão.

Percebe-se, dessa forma, uma existente incompatibilidade entre o processo estabelecido pela Lei licitante e a disciplina profissional dos advogados. É justamente essa incompatibilidade que fundamenta a argumentação utilizada pela corrente que defende que todo e qualquer serviço advocatício possui natureza singular e, por conseguinte, deve ser contratado diretamente, prescindindo do processo licitatório.

Destarte a coerência dessa corrente, visto a inequívoca incompatibilidade entre o processo estabelecido na Lei 8.666/93 com a disciplina que rege a

⁷⁵ Art. 33 / Lei 8.906/94: O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

advocacia, essa posição – contratação direta de qualquer serviço advocatício – não nos parece a mais adequada. Sob nosso juízo, não seria razoável outorgar ao administrador público a capacidade de contratar sem o devido processo licitatório serviços advocatícios comuns, aplicando para isso critérios subjetivos, em detrimento aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental, principalmente o da isonomia.

Definitivamente, essa não foi a intenção do legislador ao dispor sobre o instituto da inexigibilidade de licitação e a contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados, pois previu de antemão que esta situação daria ensejo para diversas irregularidades e abusos por parte da Administração Pública.

Portanto, ainda que as opções trazidas pelo Estatuto das Licitações não se mostrem plenamente satisfatórias para a seleção de um profissional da área jurídica, não se pode preterir os princípios constitucionais da isonomia e da licitação, nos casos em que não se configura uma situação anômala, em que a Administração não necessite de um serviço singular e que qualquer profissional em condições normais pode atender satisfatoriamente à necessidade estatal.

Um das soluções para essa situação nos parece que foi prevista pelo legislador, que, tendo em vista essa dificuldade de confrontação de preços de honorários, determinou ao agente público que, nos casos de contratação de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, prefira a realização de certame na modalidade concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. A possibilidade de expor os advogados ao aviltamento de honorários seria, dessa forma, combatida, estando de acordo com o disposto no artigo. 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB. Estabelecendo-se, então, a remuneração a *priori*, venceria aquele que preenchesse todas as exigências editalícias, bem como detivesse a melhor qualificação profissional.

Outra solução, e talvez a mais adequada, para a presente controvérsia parece ser aquela apontada no Parecer nº GQ-77, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente, em 05/07/1995. Citando decisão do Tribunal de Contas da União, exarada no processo TC 022.225/92-7 (Decisão nº 69/93), da lavra do Ministro José Bento Bugarin, o citado parecer conclui que:

[...]

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.

Referindo-se à inviabilidade jurídica de competição, o Ministro José Bento Bugarin nos explica em seu voto ⁷⁶:

[...]

25. Tal restrição não impede, contudo, que o Banco, diante do grande número de causas a serem patrocinadas, da necessidade de garantir igualdade entre os interessados em contratar e da necessidade de assegurar a qualificação técnica dos advogados, avalie, de forma imparcial, a capacitação dos profissionais externos, habilitando-os previamente para futuras contratações. Para tanto, aquela entidade pode valer-se do instituto da pré-qualificação, previsto no Estatuto das Licitações.

26. Como destaca o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, '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' (in *Direito Administrativo Brasileiro* - 15ª edição - São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990 - p. 283).

27. A adoção deste tipo de procedimento, apesar de assegurar uma qualificação mínima dos profissionais externos e, conseqüentemente, a expectativa de um desempenho satisfatório, não garantiria, por si só, a igualdade entre os interessados, já que poderia haver privilégios na distribuição de causas. Para que isto fosse evitado, seria necessária a implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos, o que poderia ser feito pelo Banco em respeito à transparência que deve permear todos os atos da administração pública.

Portanto, quando não for vantajosa a realização de concurso público ou quando não for possível a contratação direta sem licitação, a orientação aos administradores públicos é que, ao contratar profissionais da advocacia, utilizem-se do instituto da pré-qualificação, previsto no art. 114 da Lei nº 8.666/93, bem como adotem critérios objetivos e imparciais para distribuição das causas entre os interessados.

⁷⁶ Decisão proferida em julgamento de denúncia contra a contratação pelo Banco do Brasil de advogados, para execução de devedores, sem licitação.

Assim, serviços jurídicos rotineiros, de índole comum, não revestidos da singularidade exigida pela Lei e, portanto, não demandando de notória especialização para sua execução, são passíveis de competição no mercado próprio, pois não afastam a hipótese de existência de outras firmas ou escritórios potencialmente capazes, interessados e dispostos a oferecer seus serviços a uma entidade pública.

É certo que tal juízo de ponderação, consistente em verificar a singularidade ou não do serviço, não é tarefa fácil, devendo ser realizado no caso concreto. Porém, é dever do administrador agir com razoabilidade, e, diante de determinada situação, sopesar as determinações do código disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil a fim de não ferir os princípios constitucionais norteadores da atividade estatal, e ainda, não dispor de bem jurídico maior: o interesse público.

6. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

A doutrina pátria e a jurisprudência dos egrégios Tribunais de Contas e Superiores apontam no mesmo sentido da análise desenvolvida neste trabalho, ou seja, no sentido de que sendo rotineiro o serviço advocatício pretendido pela Administração, descabe chamá-lo de singular. Logo, obrigatória a instauração de processo licitatório.

Vejam alguns acórdãos dos colendos Tribunais:

Jurisprudência do STJ:

Administrativo. Sociedade de Economia Mista. Serviços Advocatícios não singulares. Atividade meio. Licitação. Obrigatoriedade.

1. O disposto no art. 121 da Lei 8.666/93 não exclui os contratos firmados antes da sua vigência por sociedades de economia mista, da obrigatoriedade de serem precedidos de procedimento licitatório, o que já ocorria na vigência do Decreto-Lei n° 2.300/86.

2. A obrigatoriedade de observar o regime de licitações decorre do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e, antes mesmo do advento da Lei 8.666/93, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar.

3. Malgrado sejam regidas pelo direito privado, as sociedades de economia mista, ainda que explorem atividade econômica, integram a administração pública estando jungidas aos princípios norteadores da atuação do Poder Público, notadamente a impessoalidade e a moralidade.

4. Recurso especial provido.⁷⁷

Extrai-se desse aresto que o eg. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que a licitação deve ser realizada quando o serviço pretendido pela Administração não estiver revestido de singularidade. Tanto as sociedades de economia mista como as outras entidades públicas mencionadas na Lei de Licitações têm o dever de licitar, visto que os princípios constitucionais norteadores da atividade estatal não podem ser preteridos, a não ser que a presença de alguns requisitos faça que sopesemos a obrigatoriedade de licitar com os interesses da Administração. No caso dos serviços advocatícios outro não poderia ser o entendimento, senão vejamos:

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

⁷⁷ Resp n° 80.061, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, j. em 24.08.2004, DJ de 11.10.2004.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Recurso especial não-provido.⁷⁸

Portanto, a contratação de serviços de advocacia prescinde de licitação quando a natureza do serviço objeto do contrato restar comprovada como sendo singular. Atividades realizadas de forma genérica, nas diversas áreas do Direito, não são capazes de inviabilizar a competição em processos licitatórios, podendo ser prestadas por qualquer profissional legalmente habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Somente quando os serviços pretendidos pela Administração escaparem à normalidade, quando não estiverem dentro das atividades rotineiras da procuradoria do órgão, o agente administrativo tem outorga para contratar diretamente, escolhendo para tanto profissional de notória especialização, que se mostre plenamente adequado para adimplir a obrigação satisfatoriamente.

Assim também é o entendimento da eg. Corte de Contas da União, para a qual não basta apenas que o prestador do serviço tenha notória especialização, é necessário ainda que o objeto do contrato seja singular.

Jurisprudência do TCU:

Mantém-se o entendimento pela irregularidade da contratação direta de serviços advocatícios, se não demonstrada a singularidade do objeto ou outra circunstância justificadora da inexigibilidade de licitação.⁷⁹

O TCU é pacífico nesse sentido, de que mesmo para a contratação de serviços de advocacia, sendo possível a competição, deve-se instaurar o processo licitatório. Quando a competição restar inviável, o administrador poderá contratar diretamente profissional notoriamente especializado. No entanto, ao interpretar a expressão “notória especialização” trazida no texto legal, muitos administradores se equivocam ou abusam dessa interpretação, isto porque a Lei não autoriza a contratação de qualquer profissional especializado, mas sim aquele que além de conhecimento notório também seja o mais adequado a adimplir a obrigação pretendida, satisfazendo o interesse da Administração plenamente. Observemos:

⁷⁸ Resp. n° 436.869/SP, 2ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 06.12.2005, DJ de 01.02.2006.

⁷⁹ Acórdão n° 190/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

A questão da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é tema pacífico nesta Corte de Contas, cujo entendimento é a necessidade de processo licitatório para a contratação de serviços dessa natureza, exceto quando ficar comprovada a notória especialização e a singularidade do objeto. Ocorre que o termo notória especialização é comumente mal interpretado por alguns administradores públicos, confundindo seu significado da Lei de Licitações com seu significado popular. Vejamos os termos da Lei n° 8.666/93 ao definir Notória Especialização (art. 25, §1º). Como vemos não se trata apenas de o profissional gozar renomado conceito profissional, e sim, de seu trabalho ser essencial e o mais adequado à administração pública. Entendemos que serviços gerais de advocacia podem ser desenvolvidos por inúmeros profissionais da área jurídica.⁸⁰

Logo, ao constatar a necessidade de contratar um profissional de notória especialização, visto que o interesse sob tutela estatal não pode ser adequadamente satisfeito por prestador comum, devido à natureza singular do objeto da contratação, o administrador deve escolher aquele que demonstre cabalmente sua notória qualificação, através de anteriores trabalhos, estudos, pesquisas, entre outros requisitos trazidos na letra da Lei de regência. Influencia essa escolha não apenas os requisitos subjetivos inerentes ao profissional notoriamente especializado, mas também o fator confiabilidade, vale dizer, será escolhido para a prestação do serviço aquele notório profissional que demonstre ser o mais adequado e também seja merecedor da confiança do administrador.

8. Em relação as duas demais contratações de escritório de advocacia, é de se ver que o art. 10, inciso II, do Regulamento de Licitações do Sebrae deixa ao gestor um critério com certa margem de subjetividade para caracterizar a licitação como inexigível: 'na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito permita inferir que o seu trabalho é o seu mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado'.

9. Os objetos dessas contratações eram a prestação de serviços de advocacia no âmbito de recurso de reconsideração junto ao TCU e a prestação de consultoria especializada na área de direito do trabalho e de direito processual do trabalho. Ou seja, trata-se de atividades que podem escapar ao conceito de atividades comuns da procuradoria do órgão, caracterizadas essas últimas pela ausência de qualquer excepcionalidade justificadora da contratação direta. Os pareceres jurídicos justificaram a escolha dos contratados com base na confiança depositada neles pelo Sebrae/CP.⁸¹

No entanto, é vedado ao administrador realizar essa escolha a partir da confiabilidade depositada em um ou outro prestador de serviço. Isso seria uma

⁸⁰ Acórdão n° 213/1999, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

⁸¹ Acórdão n° 1.539/2008, 2ªC., rel. Min. Benjamin Zymler.

inversão do processo. O que a Lei deixa claro é que a Administração só deve contratar diretamente quando averiguada a situação de singularidade do objeto e de inviabilidade de competição. Só a partir disso, é que podem ser examinados os requisitos subjetivos do prestador de serviços, isto é, a qualificação técnica que o caracteriza como notório especialista, adequado a satisfazer plenamente a obrigação, e ainda, aquele em que a Administração deposite confiança suficiente que enseje a contratação. Esse entendimento é corroborado pelo Acórdão do eg. Tribunal de Contas da União:

1. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação sob o argumento de confiança entre o contratante e o contratado carece de amparo legal ou regulamentar.
2. Para caracterização da situação de inexigibilidade de licitação, na contratação de serviços advocatícios, é necessária a comprovação de singularidade do serviço a ser prestado, além da notória especialização, devendo-se demonstrar cabalmente a inviabilidade de competição.
3. Quando os serviços advocatícios contratados se referem a atividades rotineiras de assessoria jurídica, tem-se por afastado o requisito de singularidade necessário para caracterizar a inviabilidade de competição.
4. É condição para a realização de uma licitação que o seu objeto esteja adequadamente especificado, o que, no caso de uma obra, somente pode ser feito por meio de um projeto básico bem elaborado, contendo todos os quantitativos de serviço e fornecimento necessários a sua execução, disponíveis aos licitantes em planilha orçamentária de custos que permita comparação das propostas apresentadas pelos licitantes, em igualdade de condições, ainda que se refira a empreitada por preço global.⁸²

Conclui-se, portanto, que a Administração não deve contratar diretamente um advogado apenas com escopo na confiabilidade que o ente público deposita no prestador do serviço. Esse argumento, como já exposto, carece de amparo legal. A confiança deve ser aplicada como quesito de escolha do contratado, após a configuração da situação de inexigibilidade, qual seja, a constatação de que há inviabilidade de competição devido a singularidade do objeto pretendido pela Administração. A partir dessa circunstância é que o administrador irá eleger o prestador de serviço que, além de ser notoriamente especializado, é merecedor da confiança do órgão e, ainda, é o mais adequado para satisfazer plenamente o interesse sob tutela estatal.

Diante do todo exposto, podemos afirmar que a inexigibilidade de licitação é uma exceção, visto que subsume alguns princípios constitucionais – igualdade e dever de licitar, v.g. – ao interesse estatal, isto é, o dever de licitar é preterido tendo

⁸² Acórdão nº 2.012/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

em vista uma realidade extranormal na qual se verifica inviabilidade de competição entre possíveis licitantes devido à singularidade do objeto pretendido pela Administração.

Tendo em vista ser uma situação excepcional, o legislador infra constitucional exigiu do administrador a estrita observância dos requisitos autorizadores da contratação direta, impondo-lhe sanções caso descumpra tal exigência. A contratação fundamentada na inexigibilidade de licitação só estará revestida de legalidade se presentes simultaneamente todos os pressupostos exarados na Lei. Essa é o posicionamento firmado pela eg. Corte de Contas da União:

No campo jurisprudencial desta Corte, são emblemáticas, acerca da inexigibilidade de licitação, as Decisões Plenárias de números 494/94 (TC -019.893/93-0, Ata n° 36/94); 613/96 (TC-004.948/95-5, Ata n° 38/96); e 906/97 (TC-016.921/96-8, Ata n° 53/97) que tiveram grande importância no sentido de firmar o entendimento do Tribunal acerca da correta interpretação a ser dada ao inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações, especialmente no que concerne à obrigatoriedade de preenchimento cumulativo de todos os requisitos ali estabelecidos para a inexigibilidade de licitação, a saber: ser o objeto serviço técnico, conforme estatuído no art. 13, possuir natureza singular e, ao mesmo tempo, deter o profissional ou empresa a ser contratado notória especialização no ramo do serviço. Nenhuma dessas deliberações, entretanto enfrentou o dilema ora tratado: quando, apesar de preenchidos os requisitos do inciso II do artigo 25, restar demonstrada a inviabilidade de competição, vulnerando, assim o disposto no caput do mesmo artigo.⁸³

Para configurar a inexigibilidade de licitação, deve haver simultaneamente a presença de três elementos, quais sejam: o serviço profissional especializado, a notória especialização do profissional ou empresa e a natureza singular do serviço a ser contratado.⁸⁴

Destarte isso não ocorrendo, isto é, a presença dos requisitos exigidos pelo Estatuto das Licitações, a contratação deve ser feita senão pela via indicada na Constituição – a realização de licitação. No caso específico da contratação de serviços advocatícios, já percebendo a dificuldade em se licitar serviços técnicos profissionais, o legislador indicou a melhor modalidade licitatória: o concurso, com prévia estipulação de honorário ou prêmio. O TCU ainda, atento a essa dificuldade, e também em consonância com o estabelecido no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e a Lei que regulamenta a nobre profissão, tem orientado no

⁸³ Decisão n° 427/1999, Plenário, rel. Min. Marcos Vilaça.

⁸⁴ Acórdão n° 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer.

sentido de que a Administração realize a pré-qualificação dos interessados em prestar os serviços:

A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é uma exceção à regra geral. Apenas em situações excepcionais, dada a singularidade do serviço a ser prestado e a necessidade de conhecimento técnico específico, é admissível a contratação. [...] Mesmo no caso de ficar demonstrada a inviabilidade de competição, o Tribunal tem entendido que os órgãos e entidades devem realizar a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar aos princípios da publicidade e da igualdade, conforme já proferido nas seguintes deliberações: Decisão Sigilosa n° 69/93 – Plenário (Ata n° 22/93, DOU de 22.06.93); Decisão Sigilosa n° 494/94 – Plenário (ata n° 36/94, DOU de 15.08.94); Decisão n° 244/95 – Plenário (Ata n° 23/95, DOU de 21.06.95).⁸⁵

A pré-qualificação tem sido admitida pelo eg. Tribunal de Contas em situações diversas, embora sempre condicionada à inviabilidade de competição, e atribuiu ao administrador a tarefa de identificar essa situação no caso concreto, para então se valer dessa modalidade de seleção de interessados em contratar com a Administração.

No caso específico de contratação de serviços advocatícios, a colenda Corte de Contas tem admitido a qualificação prévia, como instrumento de seleção de interessados, quando não houver condições objetivas para a realização de licitação desses serviços. Há de ser considerado, no entanto, que essas contratações devem atender a situações esporádicas, para causas específicas, que têm na eventualidade uma de suas principais características. Logo, a via prevista no artigo 114 da Lei de Licitações não deve ser usada para contratar causídicos para complementar o quadro de advogados da entidade pública ou órgão governamental, e sim para executar tarefas específicas.

O raciocínio que deve ser empreendido, então, é o de que a modalidade usual para a contratação dos advogados seria a concorrência, mas a inviabilidade de competição, bem como a impossibilidade de adoção de critérios objetivos de julgamento, suprime essa fase, encerrando-se o processo com a pré-qualificação. Dessa forma, entendemos ser possível a compatibilização do dever constitucional de licitar e os princípios éticos defendido pela OAB, pois não haverá uma competição direta entre os advogados nem o aviltamento de honorários. A

⁸⁵ Acórdão n° 116/2002, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

Administração irá pré-qualificar os interessados aptos e, de forma objetiva e imparcial, distribuirá as causas entre eles, resguardando assim o respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade.

Decisão recente, a respeito do tema ora esposado, foi proferida pelo magistrado Mário Cezar Kaskelis, que condenou em primeira instância o então advogado-geral da União, José Antônio Dias Toffoli.

A sentença condenatória é datada de 8 de setembro de 2009, e refere-se a uma ação popular, ajuizada na comarca de Macapá, a qual questiona a sistemática adotada pelo Governador do Estado do Amapá, com mandato iniciado em janeiro de 1995. Referida ação popular questiona a abusividade de contratação de prestadores de serviços para cargos considerados como de carreira de Estado, os quais exigem concurso público como a única modalidade de admissão aos quadros funcionais do Poder Executivo, violando, assim, o disposto no artigo 37, inciso II da Constituição Federal. Dentre essas contratações, insere-se a firmada pela Procuradoria Geral do Estado do Amapá com a sociedade de advogados Toffoli & Telesca, de Brasília, cujo objeto era a prestação de serviços advocatícios pelo prazo de doze meses, sendo prorrogado, posteriormente, por igual período.

Embora a contratação tenha sido precedida de processo licitatório, para o juiz da causa o ato “está eivado de nulidade”, pois não houve a regular participação dos membros da Comissão Permanente de Licitação e, em decorrência disto, e também devido ao objeto do contrato mascarar uma “espécie de terceirização de serviços que a administração pública já dispunha, através de seu quadro de Procuradores”, o instrumento – nas palavras do magistrado – restou “imoral” e “ilegal”, “viciado por afronta ao conjunto de regras da administração pública e da moral jurídica”.

O magistrado, na mesma linha defendida no presente trabalho, considerou que demandas rotineiras não autorizam a contratação de particular, não pertencente ao quadro próprio de procuradores do órgão, bem como devem estar presentes todos os requisitos exigidos pelo legislador para a contratação de serviços técnicos profissionais. Vejamos, *in verbis*, os fundamentos da sentença:

[...] O art. 13 da Lei de Licitações, ao considerar o serviço técnico profissional especializado, o conceituou, partindo do preceito de que serviço técnico pressupõe conhecimento técnico-científico, [...], todavia, há de ser profissional e especializado.

O mesmo dispositivo da Lei 8.666/93, após elencar diversos tipos de serviços técnicos profissionais especializados estabelece que estes serão contratados, preferencialmente, mediante concurso [...]. Será, todavia, inexigível a licitação, de acordo com o art. 25, inciso II, quando além da observância do art. 13, houver a análise conjunta da notória especialização e singularidade do objeto. A mera caracterização de um serviço constante no art. 13, não reconhece a inviabilidade de competição. Além da caracterização dos serviços constantes no art. 13, é imperioso que o serviço a ser contratado apresente uma singularidade que inviabilize a competição entre os diversos profissionais técnicos especializados.

[...]

A suposta licitação resultou na contratação de serviços que o corpo de procuradores do Estado estava apto a realizar: [...] a contratação de advogados pela administração pública, em substituição aos de seu próprio quadro, somente se justificaria em circunstâncias especiais, em que a contratação se fizesse indispensável e inadiável.

[...]

E como se sabe, a natureza singular deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações. A singularidade do objeto pretendido pela Administração é o ponto fundamental da questão, posto que ao constar no contrato que os Advogados vencedores do certame, através de sua Sociedade, deveria apenas e tão-somente disponibilizar pelo menos 02 (dois) Advogados em tempo integral durante o período estabelecido no contrato, com no mínimo, 02 (dois) anos de experiência profissional comprovada, por certo violou todos os dispositivos acima, até porque a modalidade da prestação de serviço consignada no contrato poderia ser feita, caso legal e moral, por praticamente quase todos os escritórios de advocacia do país.

[...]

No caso, a atuação profissional da Sociedade de Advogados Requerida não se revestiu de natureza singular, nem considerados os serviços, em si, nem considerados os prestadores, de quem não se requeria notória especialização, visto tratar-se de demandas plúrimas, com temática rotineira e, portanto, a ilegalidade é patente, não só em relação ao procedimento da licitação, como também em relação ao seu objeto, pois, em desacordo com a Lei 8.666/93.⁸⁶

⁸⁶ Sentença proferida em 08 de setembro de 2009, face Ação Popular n° 576-64.2002.803.0001, extraída do endereço eletrônico <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=16140>, acessado em 23 de setembro de 2009.

7. CONCLUSÃO

Podemos concluir, ao final das reflexões desenvolvidas nesse trabalho, que o legislador constituinte traçou engenhosamente princípios norteadores da atividade estatal, de observação obrigatória da Administração Pública, com o fito de garantir o direito fundamental dos administrados: a isonomia.

Um desses princípios arrolados no artigo 37, da Lei Maior, é o dever de licitar, o qual dispõe que deve ser sempre realizado o devido processo licitatório previamente à contratação de serviços, compras, obras ou alienação de bens. No entanto, o próprio texto constitucional admitiu situações em que esse princípio pode ser excepcionado. Em consequência, o legislador ordinário editou a Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece regras gerais para a realização de licitações pelos entes públicos, e efetivamente fez as ressalvas mencionadas na Constituição, arrolando circunstâncias especiais que autorizam o administrador a contratar diretamente, seja por dispensa ou por inexigibilidade de licitação.

Dentre as possibilidades para se inexigir a licitação, está inserida a temática abordada nessa monografia: a contratação direta de serviços advocatícios, definidos pela lei como “serviços técnicos profissionais especializados”. Para o legislador, tais serviços são assim considerados pois são serviços de alta complexidade, não podendo ser desenvolvidos pela média dos profissionais, envolvendo a aplicação de rigorosa metodologia, exigindo habilitação específica para a sua prestação e capacitação para o seu exercício, devendo o contratado ter se especializado em seu ramo de atuação e obtendo conhecimentos mais do que medianos. No entanto, o serviço ser assim como técnico profissional especializado é apenas um dos requisitos exigidos pelo legislador para a contratação direta, com base na inexigibilidade de licitação, esteja revestida de legalidade.

Além disso, a Lei exige que a competição seja inviável e que o objeto do contrato seja singular. O objeto a ser contratado, portanto, deve ser algo que escape à normalidade, algo especial, não corriqueiro; que, por características intrínsecas, se distingue ou se individualiza dos demais.

Sendo o serviço técnico profissional especializado complexo e singular, a legislação exigiu, ainda, que o prestador de tais serviços também tenha qualidades

especiais, ou nos termos da lei, tenha notória especialização. Requisito subjetivo que demanda do profissional conhecimento teórico acima da média, especialização e desempenho anterior, reconhecidos em sua área de atuação. Tudo isso para que a Administração Pública, ao contratar diretamente um profissional, o faça de maneira adequada e escolha dentre aqueles que se mostrem mais aptos e plenamente capazes de cumprir obrigação tão complexa e singular.

Portanto, podemos concluir que o legislador tomou cuidado especial ao excepcionar o dever constitucional de licitar, exigindo que a contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados, dentre eles os advocatícios, é possível, desde que presentes concretamente todos os requisitos arrolados na Lei licitante. Destarte, a presença de apenas um dos pressupostos exigidos para a contratação direta, através de inexigibilidade de licitação, não tem o condão de legitimar tal contratação.

As ponderações desenvolvidas sobre o inquieto assunto, sem a pretensão de esgotar o tema, 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.

Em suma: a regra é a realização de certame licitatório, sendo absoluta exceção a dispensa ou inexigibilidade da licitação, visto que nessas situações são preteridos alguns dos princípios fundamentais consagrados na Constituição. Logo, o administrador público, ao satisfazer o interesse sob tutela estatal, terá a difícil tarefa de compatibilizar esses princípios constitucionais – principalmente o da igualdade, traduzido na obrigação de licitar, aliado à regra geral de lei específica – com as normas federais reguladoras do exercício da nobre profissão dos Advogados, as quais vedam a mercantilização da profissão bem como a captação de clientela e o aviltamento de honorários. Tal incumbência também cabe aos doutrinadores e à jurisprudência, que delimitarão esse engenhoso percurso a ser seguido pela Administração.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. **Direito Administrativo**. 4ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. – (Coleção curso & concurso / coordenação Edilson Mougnot Bonfim).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. **Lei de licitações e contratos administrativos: lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações posteriores**. Renato Geraldo Mendes, Fábila Mariela Di Biasi. 12ª Edição revista, atualizada e ampliada. Curitiba: Editora Zênite, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 2ª Edição. Brasília: TCU, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª Edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta**. 3ª Edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1997.

FERNANDES, Leonardo Silva Lima. **O Estado e a contratação de serviços advocatícios**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1526, 5 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10369>>. Acesso em: 02 ago. 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Direito dos Licitantes**. 4ª Edição revista, ampliada e atualizada pela Lei 8.666/93, com comentários tópicos à Lei de Licitações. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3ª Edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

FREIRE, Elias. **Direito Administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2006.

GOMES RIBEIRO, Diogo Albaneze. **Contratação de advogado pelo Poder Público**. Informativo de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, n° 19: Curitiba. 2008, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 02 ago. 2009.

GORDILLO, AGUSTÍN. **Tratado de derecho administrativo, tomo 2 : la defensa del usuario y del administrado**. 8ª Edição. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 8ª Edição revista. São Paulo: Editora Revista dosTribunais, 2008. – (Série métodos em direito – v. 1).

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. **República e Isonomia: licitação e sua inexigibilidade na contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 12, n° 47, p. 99-144, abr./jul. 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Prestação de serviços advocatícios à administração pública diretamente, sem licitação, é licita**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1588, 6 nov. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10610> . Acesso em: 02 ago. 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dosTribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 13ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito Administrativo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.