



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PROEAD – Pró-Reitoria de Ensino Médio, Técnico e a Distancia.
Curso de Especialização em Gestão Pública

LINCOLN DE SOUZA QUINHO

**CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

JOÃO PESSOA - PB

2015

LINCOLN DE SOUZA QUINHO

**CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Área de concentração: Gestão Pública.

Orientadora: Profa. Ms. Aline Poggi Lins de Lima.

JOÃO PESSOA / PB

2015

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

Q7c Quinho, Lincoln de Souza

Contratação de advogado por inexigibilidade de licitação pela administração pública [manuscrito] / Lincoln de Souza Quinho. - 2016.

48 p.

Digitado.

Monografia (Gestão Pública EAD) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Ensino Médio, Técnico e Educação à Distância, 2016.

"Orientação: Profa. Ma. Aline Poggi Lins de Lima, PROEAD".

1. Direito Administrativo. 2. Licitação. 3. Inexigibilidade. I. Título.

21. ed. CDD 342

LINCOLN DE SOUZA QUINHO

**CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Gestão Pública da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Gestão Pública.

Área de concentração: Gestão Pública.

Orientadora: Prof^a. Ms. Aline Poggi Lins de Lima.

Aprovado em: ____/____/____.

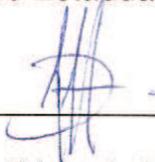
BANCA EXAMINADORA:



Prof^a. Ms. Aline Poggi Lins de Lima (Orientadora)
(Universidade Estadual da Paraíba – UEPB)



Prof. Ms. Edilon Mendes Nunes
(Universidade Estadual da Paraíba – UEPB)



Prof. Dr. Edvando Fernandes Gomes
(Universidade Estadual da Paraíba – UEPB)

AGRADECIMENTOS

Especialmente a minha família pela força, amparo e compreensão sempre presentes;

À minha orientadora, por ter aceitado a difícil tarefa de comprometer-se com este trabalho, bem como, por sua dedicação e conselhos;

Aos meus amigos e colegas de curso, pelo apoio e incentivo;

Ao meu primo Marcus Vinícius Maracajá Pires, pela amizade, incentivo e ajuda;

A todos que me acompanharam neste ano, contribuindo direta ou indiretamente para a conclusão desta etapa.

RESUMO

Quando o advogado exerce a sua profissão prestando assistência judiciária, ele exerce seu maior múnus público, procurando estabelecer uma meta jurídica para equilibrar e distribuir a justiça, e proceder com um juízo de consciência e de uma estimativa de valores que sua profissão exige, além de uma liberdade que se inspira em uma relação de direito-dever. Verifica-se pois que o advogado é de grande importância não só para o fortalecimento da democracia, mas também como porta de entrada ao judiciário, agindo de forma equilibrada, enquanto profissional eivado de valores intelectuais, privilégios e responsabilidades, impossibilitando a medição ou quantificação da habilidade ou aptidão do profissional em questão. A presente pesquisa pretende apresentar uma abordagem sobre a contratação do advogado no serviço público sem que haja a necessidade de licitação para a sua contratação. Onde será feita uma análise dos históricos jurídicos que informam a licitação. Também, comentará acerca do dever geral de licitar, além de distinguir licitação dispensada, e inexigível, conforme entendimento da maioria dos doutrinadores, para, em seguida, fará o estudo das possibilidades legais de se proceder à contratação direta do advogado. Finalmente, analisar-se-á com profundidade a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública. Desse modo, pretende-se demonstrar que a regra geral é proceder à licitação, mas, em determinados casos, autorizados pela legislação, pode-se proceder à contratação direta, quando tal afigurar-se como mais vantajosa ao interesse geral, que é o alvo a ser perseguido pelo administrador na qualidade de gestor da coisa pública. Aborda ainda a questão do conflito da lei de licitações com os ditames éticos que regem o exercício da advocacia e a contratação de tais serviços na Administração Pública.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Licitação. Inexigibilidade. Advogado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A LICITAÇÃO E SUAS GENERALIDADES	10
2.1 A Origem da Licitação	10
2.2 Definição de Licitação	13
2.3 Objeto da Licitação	15
2.4 Do Procedimento Licitatório	17
2.5 Os Pressupostos da Licitação	18
3 GENERALIDADES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	20
3.1 Conceito da Inexigibilidade de Licitação	20
3.2 Inexigibilidade como Exceção e a Remissão Constitucional	20
3.3 Inviabilidade de Competição na Inexigibilidade	23
<i>Assim, após a instrução do processo, ele deverá ser levado à autoridade superior para ser ratificado e publicado a justificativa acompanhada do ato de ratificação</i>	
ESPECIFICIDADES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO	25
4 ESPECIFICIDADES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO	26
4.1 O Artigo 25, II da Lei 8.666/93	26
4.1.1 Os Serviços Técnicos Profissionais Especializados	27
4.1.2 Requisitos da Natureza Singular do Serviço Advocatício	28
4.1.3 Profissionais ou Empresas de Notória Especialização	30
4.2 O Artigo 13, V da Lei 8.666/93	33
5 OUTROS ASPECTOS SOBRE A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO	36
5.1 O fator menor preço e da confiança na inexigibilidade de licitação	36
5.2 Procedimentos Formais da Administração Pública	40
5.3 Condutas Criminosas Relativas à Inexigibilidade de Licitação	42
5.4 A Criação Opcional de Procuradorias Jurídicas Pelos Municípios	44
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O tema em questão mostra ser bastante controverso na atualidade, além de exigir uma condição de pesquisa mais intensa, uma vez que os serviços de advocacia possuem um eminente e notório cunho subjetivo.

De fato, tão importante é a assistência jurisdicional pelo advogado, que, como profissional habilitado para os serviços de prestação assistencial jurídica, é de tamanha importância que não apenas cerceie o direito das pessoas carentes, mas de qualquer cidadão, sendo indispensável não apenas para essas pessoas, mas também para a justiça, o direito e principalmente para o próprio Estado, auxiliando na administração da justiça, de forma que seus atos e manifestações sejam protegidos e invioláveis, legitimando o sentido do direito e de justiça.

Assim, é de notório saber que a crescente evolução do direito fez com que os advogados se especializassem cada vez mais nas diversas áreas de atuação, provocados pelo crescente número de processos que a sociedade movia e pela concomitante impossibilidade do profissional do direito abarcar com todos os ramos jurídicos, respondendo ao devido mérito e desenvoltura em cada área do direito, a fim de que o amplo acesso ao judiciário seja bem mais amparado por este profissional jurídico.

Quando o advogado exerce sua profissão prestando assistência judiciária, ele exerce seu maior múnus público, ou seja, ele procede de autoridade pública ou da lei, e obriga os indivíduos a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social, ainda que a natureza do seu trabalho não seja de todo compreendida, o qual deverá dar cumprimento à execução dos interesses particulares de seus constituintes. Na verdade, o que se exige do advogado é uma qualificada meta jurídica para equalizar a justiça enquanto profissional liberal, tendo este que proceder com um juízo de consciência e de uma estimativa de valores de sua profissão que devam corresponder ao seu devido profissionalismo, além de uma liberdade que inspire uma profícua relação do direito-dever.

Verifica-se assim que o advogado é de grande importância não só para o fortalecimento da democracia, mas também como porta de entrada do judiciário, agindo de forma singular, enquanto eivado de seus respectivos valores intelectuais, privilégios e responsabilidades, em que a habilidade ou aptidão do profissional em

questão se tornem impraticáveis de serem mensuradas nos seus mais variados matizes.

Primeiramente, é feita uma análise histórica, jurídica e de conceitos sobre o tema em questão, para logo depois entrar no mérito da questão que é a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado em serviço singular pela Administração Pública. Pretende-se demonstrar que a regra geral é proceder à licitação, mas, em determinados casos, autorizados pela legislação, pode-se proceder à contratação direta, quando tal afigurar-se como mais vantajosa ao interesse geral, que é o alvo a ser perseguido pelo administrador na qualidade de gestor da coisa pública. Ao longo do trabalho relataremos alguns princípios jurídicos que confrontam a licitação frente a inexigibilidade de licitação. Além disso, refletir-se-á acerca do dever geral de licitar, procurando-se ainda, distinguir entre licitação dispensada e licitação inexigível, conforme o entendimento mais comum entre os doutrinadores para em seguida partir-se ao estudo das possibilidades legais de se proceder à contratação direta do advogado. Abordará sobre os Fundamentos que geram a inexigibilidade da licitação para a contratação do advogado ou de escritório advocatício e a singularidade do serviço prestado pelos respectivos profissionais. Faremos um estudo mais aprofundado em relação ao Artigo 25, II da Lei 8666/93 (Lei de Licitações), abordando sobre os serviços técnicos profissionais especializados e a singularidade desses serviços, de seus procedimentos para que sejam considerados inexigíveis e, por fim, discorreremos sobre os crimes, as penas e as sanções em que podem implicar tais condutas se estiverem fora dos regulamentos previstos em lei relativos à inexigibilidade de licitação dos mesmos.

Finalmente, conclui-se a sua análise na contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, abordando ainda a questão do conflito da lei de licitações com os ditames éticos que regem o exercício da advocacia e da contratação de tais serviços pela Administração Pública, objetivando chegar a uma conclusão sobre a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado ou escritórios advocatícios pela Administração Pública em serviço singular.

2 A LICITAÇÃO E SUAS GENERALIDADES

Fundamentos da palavra licitação, onde surgiu e sua evolução no tempo, além da definição e determinação de seu objeto, procedimentos e pressupostos; é a base para o entendimento da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado pela Administração Pública.

2.1 A Origem da Licitação

A licitação é um complexo processo pelo qual a Administração Pública vem eleger uma proposta por ser mais vantajosa para o contrato do interesse de sua natureza dentre uma relação de propostas apresentadas a ela, que se predisponham a executar obras e serviços, compras de matérias e gêneros.

A origem da palavra licitação vem do latim *licitatione*, “ato ou efeito de licitar”. Licitar do latim *licitare*, por *licitari*, significa “lançar leilão”, ou, “dar preço”, “oferecer lanço”, i.e., “Procedimento pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, quando compra bens e serviços ou faz outras transações” (FERREIRA, 2010, p. 1262.).

A “licitação” tem origem nos Estados Medievais, quando esses Estados tinham necessidade de executar um serviço ou obra, ou precisava de um bem específico. Então, apregoavam avisos para que os interessados se apresentassem naquela data e local a fim de apresentarem suas propostas. No dia, hora e local marcado, acendia-se uma vela para que todos pudessem dar seus lances e, assim que a vela se apagasse naturalmente ou fosse totalmente consumida, encerrar-se-ia o pregão pelo menor preço dado pelo vencedor. Por consequência, era o sistema denominado “Vela e Pregão”. Observa-se que na época já era aplicado os princípios da publicidade, da economicidade e o da isonomia, mostrando que, apesar de incipiente, em tal sistema, já se fazia entendida a necessidade de selecionar a proposta para o contrato que se supusesse ser mais vantajoso.

Em 1592, nas “Ordenações Filipinas”, já havia a determinação: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão para se dar de empreitada a quem de houver fazer de melhor e por menos preço” (ARAÚJO, 1998, p. 18).

A Administração Pública começou a praticá-la a partir de 1922, através do Código de Contabilidade da União, aprovado pelo decreto nº 15.783, de 28 de novembro de 1922, que, em concomitância com seus regulamentos, referenciava e disciplinava a forma de se comprar, executar suas obras e serviços e alienar seus bens, quando se fazia mister o ato licitatório.

As primeiras normas de licitação só vieram a ser inscritas a partir do Decreto-lei nº 200 de 1967, e foi somente em 1986 que surgiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos criado pelo Decreto-lei nº 2.300/86.

É na Constituição Federal de 1988, e em Emendas Constitucionais de 1998 que a licitação encontra o seu auge nos seguintes dispositivos:

Art. 22. Compete privativamente a União legislar sobre:[...]
XXVII, normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI. E para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III; [...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetiva da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços de serviços públicos.

Art. 195. [...]

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (ANGHER, 2010, p 33/34/37/69/72).

No dia 21 de junho de 1993 foi publicada a lei 8.666, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, para licitações e contratos da Administração Pública.

Pereira Júnior, em seus comentários históricos, analisa, através de uma visão mais cronológica, a introdução dos ensinamentos da licitação no Brasil. De acordo com o autor:

A licitação vive no direito público brasileiro há mais de cento e trinta anos, desde que introduzida no positivismo da Administração central pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava “as arrematações dos serviços

a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Mais tarde, a lei orçamentária n. 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou as regras a serem observadas no processo das concorrências, e as leis ns. 3.232, de 5 de janeiro de 1917 (art. 940), 3.454, de 6 de janeiro de 1918 (art.170) e 3.991, de 5 de janeiro de 1920 (art 73) e decreto n. 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art.87), também se ocuparam do assunto”, afinal consolidado no Decreto n.º 4.536, de 28.02.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Quarenta anos após sua primeira codificação federal, a licitação recebeu sistematização de abrangência nacional por via do Decreto-Lei n° 200, de 25.02.67 (arts. 125-144), que estabeleceu a reforma administrativa federal, e da Lei n° 5.456, de 20.06.68, que estendeu as disposições daquele, concernentes à licitação, às administrações dos Estados e Municípios.

Na década de 70, passou a figurar na Súmula do Tribunal de Contas da União, cujo verbete 158 assentava que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, “devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelgável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento de cada unidade”.

No decênio seguinte, às inúmeras normas regulamentadoras que se multiplicaram sobre a matéria, sobreveio o Decreto-Lei n° 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pioneiro estatuto que se dedicou a versá-la de modo global, reunindo, em seus noventa artigos, normas gerais e especiais, as primeiras cogentes para toda a Administração Pública brasileira, e as segundas incidentes sobre a Administração federal.

A culminância dessa evolução normativa ocorreu na Constituição promulgada a 05.10.88, que dispensou à licitação, conferindo-lhe galas de princípio constitucional, nada menos que três referências diretas (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175) e uma indireta (art 195, § 3°).

A Lei n° 8.666/93, de 21.06.93, completa o ciclo, disciplinando o instituto e os contratos públicos em agora 126 artigos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição e de molde a exigir sua prática na “administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, caput). Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública brasileira pode, hoje, contratar compra sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade”.[...] (PEREIRA JÚNIOR, 1995, p. 01/02).

Depois, veio a lei n° 8.883, de 08 de junho 1994 que alterou a lei 8.666/93. E em 27 de maio de 1998, a Lei n° 9.648, que resultou da conversão da Medida Provisória 1.531 em Lei, realizou essenciais modificações na Lei n° 8.666/93, alterada pela Lei n° 8.883/94, nos seguintes dispositivos: artigos 5°; 17; 23; 24; 26; 32; 40; 45; 48; 57; 65 e 120.

As modificações supracitadas resultaram no desenfreado aumento da contratação direta de profissionais, incluindo os da área advocatícia, sem o devido processo licitatório exigido por lei, dificultando o trabalho da Administração Pública

de vir a fazer o controle do erário público, além de contrariar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, que impõe a regra de licitar.

A lei 9.648 de 27 de maio de 1998 que alterou outras precedentes, incluindo a lei 8.666/93, deu nova redação à lei de licitação e contratos da Administração Pública nos entes e órgãos Federais, Estaduais ou Municipais.

Meirelles tece o seguinte comentário:

“Anteriormente à edição do Decreto-lei 2.300, de 1986, lamentávamos nesta mesma obra que o Decreto-lei 200, de 1967, houvesse silenciado sobre a inexigibilidade de licitação, decorrência da impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração [...]”

Essa orientação doutrinária foi acolhida pelo Decreto-lei 2.300, de 1986, e pela Lei 8666/93, que depois de considerar dispensada a licitação para doações, permutas, dação em pagamento e investiduras de bens públicos (art. 17, I e II) e de enumerar os casos em que é dispensável (art. 24), cuida, separadamente, da inexigibilidade de licitação. Assim, no artigo 25, refere-se genericamente, à inviabilidade de competição [...], em especial aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inciso I) e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (inciso II e III)” (Meirelles, 1999, p. 105/106) .

Afirma-se assim que as referências histórico-legais relativas à inexigibilidade de licitação em geral e, principalmente, as referentes à contratação de advogado ou escritórios advocatícios, ainda são poucas perto da gama de emendas em que a Constituição Federal já incorreu.

2.2 Definição de Licitação

No Direito Administrativo, a leitura e interpretação da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos, prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, têm suscitado certa polêmica, sobretudo no que diz respeito aos serviços advocatícios.

Torna-se importante expor que há divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere a contratação de advogados ou escritórios advocatícios, em que, caso venham a ser preenchidos seus requisitos legais nos trâmites corretos, não há impedimentos para a contratação desses profissionais do direito.

A licitação é um complexo processo pelo qual a Administração Pública vem a fazer uma escolha por ser a mais vantajosa para o contrato de seu interesse dentre uma relação de propostas que lhe são apresentadas que contemplem a execução de obras e serviços, compras de matérias e gêneros, respeitando e atendendo todos os princípios fixados em lei própria ou na Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2011, p. 356).

O jurista Hely Lopes Meirelles ensina que:

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 eficiência e moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 1996, p. 247).

Mello, afirma que licitação é:

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 preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELO, 2006, 492).

A lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 3º, fazendo menção aos princípios já citados no artigo 37, caput da Constituição Federal, endossa essa conceituação, conforme descrita abaixo:

Art. 3º 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.

[...]

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura (ANGHER, 2010, p 1547).

O §3º da lei 8.666/93 fala do caráter não sigiloso da licitação, o que leva a reforçar o princípio da publicidade, excetuando o conteúdo das propostas, o qual só deverá vir a público quando da sua respectiva abertura.

Outra observação é que, por mais que a licitação use de ato vinculado para licitar, a Administração Pública tem a faculdade de escolher a condição mais conveniente, com a liberdade que a lei lhe confere, qual seja, sua discricionariedade, porém, se fizer contrato, este deverá ser feito com o vencedor da licitação, o que não acarretará a desvinculação do procedimento licitatório.

Justen Filho tece a seguinte conceituação:

“Licitação” significa um procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica futura (JUSTEN FILHO, 1998, p. 5).

Esses conceitos sobre licitação mostram que ela tem o objetivo de selecionar um dos vários contratantes cadastrados para essa seleção, e que é um procedimento administrativo (Ou seja, somente a Administração Pública poderá realizar a licitação para satisfazer a necessidade pública), regido por regras e princípios delimitadores do exercício administrativo.

2.3 Objeto da Licitação

O seu objeto é o ponto chave da inexigibilidade, visto que a primeira atitude da Administração Pública, para se iniciar a contratação de serviços que serão contratados com terceiros é a enunciação do objeto específico da licitação. Assim, o tema em questão abre a perspectiva de que o princípio da moralidade é muitas vezes violado dentro de sua conjuntura, quando, por exemplo, se verifique a contratação de advogados ou escritórios advocatícios famosos, em detrimento

daqueles que são devidamente especializados conforme exigências contidas em matéria de lei.

Assim sendo, o objeto da licitação é a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação que serão contratados com terceiros.

Como no caso em questão, estamos tratando da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado ou escritório advocatício, necessário se faz conceituar o que seja serviço, o qual, de acordo com o artigo 6 da Lei nº 8.666/93, assim se define:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obras [...]

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;(ANGHER, 2010, p 1548)

Apesar de que esta lista de serviços seja de caráter exemplificativo, o último item referente a trabalhos técnico-profissionais, apenas enumera os mesmos em caráter exaustivo, como consta no art. 13 da mesma Lei 8.666/93 quando se refere à inexigibilidade de licitação para tais serviços.

Diz o artigo 13 da Lei 8.666/93:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. (ANGHER, 2010, p 1549)

Tratando-se de rol meramente exemplificativo, há de se concluir que será possível a verificação de outras hipóteses de inaplicabilidade da competição diante do caso concreto. Tudo dependerá dos pressupostos que fundamentam a exigibilidade da licitação.

2.4 Do Procedimento Licitatório

No artigo 37 da Constituição Federal, a licitação é a forma procedimental exigida para se celebrar os contratos administrativos, resultando em uma sucessão de ações específicas, prescritas legalmente, em todos os seus atos e fases, para a eleição de um licitante vencedor.

Dalmo de Abreu Dallari em seu livro **Elementos da Teoria Geral do Estado (2013)**, afirma que a natureza do procedimento administrativo da licitação é praticamente consensual entre os administrativistas, o que caracteriza ser a licitação um procedimento administrativo formal, e que em regra é obrigatório, pelo qual a Administração Pública, garantindo oportunidade de acesso e igualdade de tratamento a todos que pretendam disputar, seleciona a proposta mais vantajosa de contrato (DALLARI, 1998, p. 320).

Assim o procedimento licitatório apresenta duas finalidades que serão pré-requisitos para produzir os efeitos jurídicos necessários a sua validade: o primeiro é a de selecionar a melhor proposta do certame para a Administração; e a segunda é a certeza de que foi empregado neste certame o princípio de igualdade entre os licitantes.

Segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Não se deve confundir adjudicação com a celebração do contrato. A adjudicação é um ato declaratório, que apenas garante ao vencedor que, quando a Administração for celebrar o contrato relativo ao objeto da licitação, ela o fará com o vencedor. É, todavia, possível que o contrato venha a não ser celebrado, por motivos como a anulação do procedimento, se houve ilegalidade, ou a revogação da licitação em decorrência de razões de interesse público supervenientes.

A adjudicação é o ato final do procedimento de licitação (ALEXANDRINO, 2007, p. 412).

A Licitação é composta de duas fases. A primeira fase é interna, que se inicia com a abertura da licitação, sua caracterização, verificação da necessidade de contratação, a definição clara do seu objeto e reserva de recursos orçamentários; a segunda é externa, que poderá ser feita através de edital, instrumento pelo qual a Administração Pública leva ao conhecimento público a abertura de concorrência, de tomada de preços, de concurso e de leilão, fixando as condições de sua realização e convocando os interessados para apresentação de suas propostas, ou convite, que

é outra modalidade do instituto da licitação, e que, conforme o caso, pode também ser precedido de uma audiência pública com antecedência mínima de 15 dias antes da publicação do edital, habilitação dos licitantes, que deverá contemplar a capacidade jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal do licitante, conforme o artigo 27 da lei 8.666/93, a classificação ou julgamento das propostas, que deverão atender aos critérios de avaliação descritos no edital, o ato da homologação que implicará na aprovação da licitação e de seu resultado, e por fim a adjudicação que é a concessão ou atribuição pela qual a autoridade competente declara, na forma da lei, que pertence ao vencedor do procedimento o objeto da licitação.

2.5 Os Pressupostos da Licitação

O procedimento licitatório harmonizado por seus princípios exige, além deste processo, a comprovação de pressupostos que Celso Antônio Bandeira de Melo (MELO, 2006, p. 505) agrupa em 3 categorias:

O primeiro é o pressuposto lógico, que exige da licitação uma pluralidade de objetos e uma pluralidade de ofertantes. Sendo assim, se torna ilógico a abertura de licitação de um serviço que seja oferecido por somente um advogado ou escritório de advocacia.

O segundo pressuposto é o jurídico, que objetiva garantir o interesse público. Porém a licitação não pode ocorrer casos em oposição ao interesse público, que é o de servir. Para esses casos podem ser aplicadas as dispensas ou inexigibilidades de licitação.

O último pressuposto para que haja a licitação é o fático, em que se exige a existência de pessoas interessadas no certame.

Assim, o advogado não vê inicialmente qual a situação adequada para ser contratado pela Administração Pública. A regra é que toda contratação tem que haver licitação, há não ser quando a Lei disser que se pode haver hipóteses de inexigibilidade.

A celebração de um contrato administrativo exige licitação prévia, só inexigível, dispensada ou dispensável nos casos previstos em lei. Ou seja, a licitação é um antecedente necessário ao contrato administrativo. Vale ressaltar que este é apenas um procedimento que não confere ao vencedor nenhum direito contratual,

gerando tão somente uma expectativa de direito, não ficando a Administração obrigada a celebrar o contrato. Se o fizer, no entanto, terá de ser com o vencedor adjudicado do certame.

3 GENERALIDADES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O conceito do que seja a inexigibilidade de licitação se faz mister para um melhor entendimento do que se trata essa qualidade. Além de abordar sua exceção constitucional e a inviabilidade de competição gerada por essa inexigibilidade.

3.1 Conceito da Inexigibilidade de Licitação

Fundamental se faz a confirmação de que se é ou não exigível uma licitação. O advogado enfrenta muitas dificuldades no ramo do direito e de variáveis complexidades técnicas, atingindo o direito das pessoas e do próprio interesse da Administração Pública.

Segundo Gasparini:

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas. Inexigibilidade, a seu turno, é a qualidade do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. [...](GASPARINI, 2007, p. 542)

Inexigível é o que “não se pode exigir”, de acordo com o Dicionário Aurélio. Inexigibilidade é a “qualidade ou caráter do que seja inexigível”. Assim, a qualidade ou caráter dessa inexigibilidade tem de estar presente no advogado ou no escritório de advocacia que inicialmente se encontravam na obrigação de licitar.

3.2 Inexigibilidade como Exceção e a Remissão Constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 22, inciso XXVII, afirma ser privativo da União legislar sobre licitação, porém na própria constituição se faz obrigatório que se obedeça ao disposto no artigo 37, XXI, e no artigo 173, § 1º, III referente às empresas públicas e sociedades de economia mista.

A regra geral é licitar. A exceção, contudo, dá-se pela ressalva dada pela própria legislação infraconstitucional permitida e acordada pelo artigo 37, XXI, da Constituição de 1988, que diz:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: [...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; (ANGHER,2010, p 38/40)

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo fazem menção sobre a contratação direta, dizendo que:

A regra geral em nosso ordenamento, determinada pela própria CF/1988, é a obrigatoriedade de licitação previamente à celebração de contrato administrativo que vise à realização de obra, à prestação de serviço, a compras, a alienações, a concessões e a permissões.

Existem, entretanto, determinadas hipóteses em que, legitimamente, celebram-se tais contratos sem a realização de licitação. Essencialmente há duas situações distintas em que tal se verifica: impossibilidade de licitação ou sua dispensa (ALEXANDRINO, 2007, p. 413).

Assim, é necessário destacar a contratação direta pela Administração Pública de advogados, visto que ela própria deverá analisar o objeto do contrato para que se possa fazer um correto procedimento, sendo assim incorreta a afirmação de que toda contratação deve ser precedida de licitação.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, freqüentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência. 109

109. O TJ-SP já decidiu a respeito: “Licitação – Administração Pública – Dispensa – Inadmissibilidade. A notória especialização do contratado, por si

só, é insuficiente para justificar a dispensa da licitação, sendo imprescindível o elemento necessidade por parte da Administração Pública” (ApCív nº 115.400-5/8-Monte Azul Paulista, 3ª Câm. Dir. Públ., unân., Rel. Des. PIRES DE ARAÚJO, julg. Em 1/6/1999, apud ADCOAS 8175346) (FILHO, 2010, p 251).

Sendo assim, pode-se dizer que a regra é licitar, e que a inexigibilidade constitui uma exceção ao princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação, pois do contrário estaria ferindo os princípios gerais da Administração Pública da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Pode-se considerar também que o art. 37, XXI da Constituição de 1988 que definiu a partir da regra geral de licitação, nas hipóteses em que a licitação deve ser obrigatoriamente realizada, as pessoas obrigadas a adotar o procedimento licitatório deve seguir a prerrogativa do legislador infraconstitucional de dispor sobre as hipóteses em que a licitação não será realizada (que são os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação).

Oportunamente, a Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI faz remissão à legislação quanto às hipóteses de ressalva na exigência de licitação. Possibilitando, portanto, que lei ordinária determine os casos em que a licitação deixe de ser obrigatória, embora o artigo 175 da mesma não faça remissão da inexigibilidade, obrigando que sempre haja a licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz o seguinte sobre a questão:

O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175 que, ao facultar a execução de serviço público por concessão ou permissão, exige que ela se faça “sempre através de licitação”. Desse modo, apenas em situações de inviabilidade de competição poderá de ser realizada licitação.

O Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, que estabeleceu a reforma administrativa federal, previa hipóteses de dispensa de licitação, sem distingui-las de casos de inexigibilidade. Não obstante, a doutrina já fazia a distinção, depois consagrada pelo Decreto-lei nº 2.300/86: o artigo 22 e o artigo 15, § 1º, indicavam os casos de dispensa e, o artigo 23, os de inexigibilidade. A Lei nº 8.666/93, no artigo 17, incisos I e II, e no artigo 24, prevê os casos de dispensa; no artigo 25, os de inexigibilidade (PIETRO, 2011, p. 370).

Assim, a Lei 8666/93, estabeleceu as hipóteses de inexigibilidade quando, em caso concreto, a licitação causa descontentamento ao interesse público, como aquele em que a prática da licitação torna o objeto da contratação mais oneroso; ou

quando o procedimento licitatório impossibilita a execução de circunstâncias que demandam ação direta da Administração; ou no caso da necessidade de instigar o progresso e a melhoria das condições socioeconômicas de determinados setores da sociedade; no caso de execução de políticas internacionais; ou ainda quando da inviabilidade de competição entre os licitantes.

3.3 Inviabilidade de Competição na Inexigibilidade

É evidente que, por exemplo, quando diversos advogados puderem realizar o mesmo serviço, ainda que de natureza técnica especializada deva haver licitação, visto que há uma pluralidade de competidores, requisito principal para que ela ocorra. Porém, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto de cada um for diferente, por características diferenciadas do autor, neste caso haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço.

Destaca-se que a inexigibilidade, em síntese, verifica-se pela impossibilidade de competitividade em virtude da exclusividade do fornecedor ou da singularidade do objeto.

Como não se pode haver o combate licitatório no caso de inexigibilidade de licitação, seria também impossível, por não haver condições de confronto, a classificação das condições, ou acontecimentos, em que se não pode exigir a licitação. Contudo o legislador infra-constitucional listou situações especiais, caso haja situações que inviabilizem a competição declarando as licitações inexigíveis.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadram no conceito básico. 95

95. Nesse sentido, a perfeita observação de EROS ROBERTO GRAU: “Assim, temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de licitação: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado quando houver inviabilidade de competição inscrito no caput desses mesmos preceitos normativos” (“Inexigibilidade de licitação: Aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico”, in RDP 100, p. 32) (FILHO, 2010, p. 248)

O art.25, da Lei 8666/93 diz que:

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

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

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (ANGER, 2010, p 1553).

Esses incisos dizem respeito aos casos especiais de inexigibilidade de licitação. Provando que cada situação enseja um objeto singular.

Expõe o art. 25, I à exclusividade ao produtor, empresa ou representante comercial exclusivo. A exclusividade deste fornecedor deve restar comprovada por meio de atestado nos termos da Lei.

No tocante ao art. 25, II, relativo à monografia em questão, refere-se à situação específica geradora da inexigibilidade de se contratar serviços técnicos especializados, de natureza singular e executados por profissionais de notória especialização.

E por último, o art. 25, III, que expõe a hipótese de inexigibilidade para a prestação de serviços artísticos.

Sendo assim, pode-se dizer que as hipóteses contidas no art.25 da Lei 8666/93 não são restritivas, apenas exemplificam as situações mais corriqueiras. Ademais, estas situações especiais constantes nos incisos I a III desse artigo não excluem a possibilidade de existirem casos que tenham o enquadramento preceito basilar de inexigibilidade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto a inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícita a possibilidade de ampliação.

Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistir, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada (PIETRO, 2011, p. 373).

O excelentíssimo ministro do STF, Eros Roberto Grau, afirma que a aquisição de bens e serviços que só pode ser providos ou realizados por determinado agente econômico, assim dispõe:

Assim, temos que há dois grupos nos quais se manifestam casos de inexigibilidade de licitação: de um lado os declarados nas discriminações enunciativas dos preceitos indicados; de outro, os albergados pelo enunciado quando houver inviabilidade de competição inscrito no caput desses mesmos preceitos normativos (GRAU, in Revista de Direito Público 100, p 32).

É de se observar também que a inviabilidade de competição exige uma justificativa ratificada pela autoridade superior, do agente responsável pela análise do processo. Segundo Gasparini:

A contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação. Se esta restar inviável, o processo assim instruído deverá ser levado à autoridade superior para, se for o caso, ratificar e publicar dita justificativa acompanhada do ato de ratificação. [...] (GASPARINI, 2007, p. 543).

Assim, após a instrução do processo, ele deverá ser levado à autoridade superior para ser ratificado e publicado a justificativa acompanhada do ato de ratificação.

4 ESPECIFICIDADES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

As especificidades da inexigibilidade de licitação são observados no artigo 25, II da Lei 8.666/93, através dos serviços técnicos profissionais especializados e singulares dos advogados e a notória especialização desses profissionais quando contratados nessa qualidade.

4.1 O Artigo 25, II da Lei 8.666/93

De acordo com o artigo 25, II da Lei 8.666/93, a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 da mesma lei, tem de ser de natureza singular, e que tem que ter profissionais ou empresas, como no caso dos advogados e dos escritórios advocatícios, de notória especialização, vedando ainda a inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação.

Então, observa-se que é exigido um elemento objetivo no caso do serviço de natureza singular e outro elemento de natureza subjetiva que é a notória especialização desses profissionais.

A inexigibilidade de licitação nestes casos fundamenta-se por não ter viabilidade de competição, por apenas apresentar um autor competente para a realização dos serviços aspirados pela Administração Pública e também por só existir um objeto que atenda as necessidades da mesma Administração.

Assim se manifestou o Tribunal de Contas da União sobre o assunto:

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

confeção de pareceres jurídicos sobre quaisquer assuntos relacionados à sua espera de atuação”.¹ (FERNADES, 2000, p 596)

Assim, os serviços enumerados no artigo 13 da Lei 8.666/93, incluindo principalmente os serviços advocatícios referentes ao patrocínio de causas judiciais ou administrativas, que venham a ser de natureza singular, e realizados por profissionais com notória especialização, não necessitam de licitação.

4.1.1 Os Serviços Técnicos Profissionais Especializados

O que tem de ser observado é que, para os serviços apresentados pelo artigo 13 da Lei 8666/93, especificamente o inciso V, referente ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, é obrigatório que haja uma complexidade, conveniência, interesse e relevância exigidos pela Administração Pública. O que se quer dizer é que não é qualquer projeto, perícia ou parecer, que vai definir como inexigível a licitação desses serviços.

Os serviços técnicos são aqueles peculiares a uma determinada profissão e executados com uma habilitação específica aplicando uma técnica própria tal como a de um especialista ou perito.

Já os serviços técnicos especializados aos quais o artigo 25, II da Lei 8.666/93 faz remissão aos do artigo 13 da mesma lei, são determinados por serem executados por profissionais ou empresas com notória especialização, ou seja, conceituados e reconhecidos em seu campo de atuação, levando em conta a experiência, estudos, publicações, organização, equipe técnica, entre outros.

Novamente com Gasparini, temos a afirmação de que para os serviços técnicos especializados são necessários um conhecimento profundo numa área afim, sendo esse, elemento essencial da inexigibilidade de licitação, conforme a seguinte citação:

[...]. Essa disposição in exige o procedimento licitatório para a contratação de serviços técnico profissionais especializados com profissionais (pessoas

¹ Em passagem acolhida na Decisão nº 137/94, Processo TC nº 012.154/93-8, DOU de 13.01.94, P. 7143, ou Boletim de Licitações e Contratos/Ed. NDJ nº 8/94, p.376. FERNADES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 5. ed. Brasília Jurídica, 2000. (pagina 596).

físicas) ou empresas (pessoas jurídicas) de notória especialização. São os serviços que, para sua execução, demandam do executor, além da sua normal habilitação técnica e profissional, conhecimentos profundos na área de atuação. [...] (GASPARINI, 2007, p. 542).

Dessa forma, os serviços técnicos especializados, para que possam ser considerados assim, precisam de um demasiado conhecimento subjetivo, característico do profissional que os exerce, dentro da sua área de atuação.

4.1.2 Requisitos da Natureza Singular do Serviço Advocatício

A Administração Pública ao contratar determinado serviço técnico especializado fundamenta-se no tipo do serviço a ser executado pelo profissional ou empresa, sendo assim, a peculiaridade do objeto desejado pela Administração é que faz o serviço ser singular e não quem vai executá-lo, pois se assim o fosse, não se estaria falando em singularidade do objeto, e sim em singularidade do executor dos serviços a serem prestados à Administração Pública.

Portanto, existindo inviabilidade de competição na contratação de advogado ou escritório advocatício solicitada pelo objeto da Administração Pública, será de imediato decretado que a licitação seja inexigível. Então, faz-se mister que o contrato em cuja validade a lei estabelece determinada forma ou solenidade, tem de apresentar qualidade única ou singular, para que não haja a possibilidade de se exercer o procedimento licitatório, e para que a Administração Pública escolha a pessoa capaz de atender a particularidade do objeto do contrato.

Assim diz Diógenes Gasparini em seu livro *Direito Administrativo*:

[...]. Por natureza singular do serviço ha de se entender aquele que é portador de tal complexidade 39 executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação. Desse modo, uma defesa junto ao Supremo Tribunal Federal pode ter essa natureza singular que o ingresso em juízo com um pedido de execução fiscal certamente não tem. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União entendeu tratar-se de serviço de tal natureza o prestado pelo Escritório Sérgio Bermudes Advogados, contratado para tomar as medidas judiciais cabíveis contra a condenação sofrida pela Rede Ferroviária Federal S.A. – RFFSA, condenada a pagar US\$ 100 milhões à Sevenge S.A., ao asseverar: “A causa assumiu proporções e características excepcionais, capazes de justificar, em caráter igualmente excepcional, diante do fato consumado, a contratação de um grande escritório particular de advocacia, especializado no tipo de litígio” (DOU, 15 de ago. 1994, p. 12310). Assim, não basta que seja serviço constante da lista; deve constar da lista e ter natureza singular. Fora disso,

a licitação é necessária, ainda que o profissional seja de notória especialização.

39. A idéia de que a natureza singular dos serviços técnicos profissionais especializados está ligada à execução desses serviços, tornando-os insuscetíveis de licitação, foi usada pelo TCU (TC-22.225/92-7 – sigiloso) ao julgar improcedente a denúncia contra o Banco do Brasil por ter promovido a contratação de serviços de advocacia (BLC n.8, p. 340, 1993) (GASPARINI, 2007, 548).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

[...] Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que “singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”. 106 Diante da exigência legal, afigura-se ilegítima, a contrário sensu, a contratação de serviços cuja prestação não apresente qualquer carga de particularização ou peculiaridade, ainda que também sejam serviços técnicos e especializados. 107

106. EROS ROBERTO GRAU. “Inexigibilidade de Licitação – Serviços Técnico-Profissionais Especializados – Notória Especialização”, in RDP 99, pp. 70 e seguintes.

107. O STJ, aliás, julgou ilegal contrato firmado por Município com escritório de advocacia para serviços jurídicos sem singularidade, mesmo ressalvando a excelência dos advogados contratados (Resp 436.869-SP, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julg. Em 6.12.2005; informativo STJ 269, dez/2005) (FILHO, 2010, p 251).

Dessa forma para se determinar a natureza singular do objeto tem-se que levar em conta a exclusividade estabelecida pela Administração Pública, tendo como fim o bem público comum, além do que a singularidade deva ser legitimada perante os princípios do caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e preencher os requisitos exigidos no artigo 12 da Lei 8.666/93, referentes aos projetos básicos e executivos, quais sejam, os de funcionalidade e adequação ao interesse público, economia na execução, conservação e operação, entre outros. Além do mais, a singularidade não pode ser estabelecida em favor do pretendido advogado ou escritório advocatício em razão de sua nacionalidade, naturalidade, sede ou domicílio, nem pode, tampouco, a singularidade do objeto ser considerada em condicionais irrelevantes para que se possa conseguir o contrato administrativo.

Assim, só depois que se determina o objeto do contrato é que a Administração Pública vai procurar um executor para o objeto definido, cabendo unicamente a esse executor a realização do contrato com a Administração Pública, como afirma Gasparini, dizendo:

Finalmente deve-se aduzir que nesses casos cabe ao contratado e somente a ele a execução do serviço desejado pela Administração Pública, como se infere do disposto no §2º do art.13 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Trata-se de contrato de execução personalíssima, conforme tem entendido o TCU (RDA, 197:272). Tal execução, assim qualificada, deve contar do contrato, de sorte que a ninguém mais é dado o direito de prestar o serviço, sob pena de rescisão por descumprimento de cláusula contratual 41. A outorga, no caso de serviços advocatícios, de substabelecimento só seria legal para a execução de serviços materiais, como a retirada de autos de cartório, e outros que não os substanciais à execução do mandato recebido (GASPARINI, 2007, 548).

É relevante dizer que doutrinariamente é considerado que a singularidade é relacionada ao próprio profissional executor do objeto definido pela Administração Pública, e não ao próprio objeto de natureza singular que é o serviço prestado pelo profissional executor, porém esclarece o professor e conferencista Jorge Ulisses Jacob Fernandes em seu livro *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*:

É possível que essa distorção decorra de razões históricas: o DL 200/67 e a redação primitiva do Dec.-lei 2.300/86 estabeleceram que a contratação de profissionais de notória especialização era caso de dispensa de licitação. Mais tarde o DL 2.348/87, que alterou o Dec.-lei 2.300/86, considerou inexigível a licitação para a contratação de profissionais de notória especialização para a realização de serviços de natureza singular, redação essa mantida pela Lei 8.666/93. Como a singularidade foi acrescida posteriormente ainda há os que não conseguem alcançar a sua dimensão e, não raro, continuam entendendo que a contratação de profissionais de grande reputação efetua-se diretamente, [...] (FERNANDES, 2006, p 495).

A singularidade do objeto, assim se mostra essencial, pois se parte do pressuposto de que a necessidade da Administração Pública não será satisfeita mediante a contratação de um advogado, particular, que detenha uma qualificação padronizada. A Administração precisa portar de um sujeito diferenciado. E então é por isso que a Administração não pode fazer a Licitação por ser este um instrumento inadequado e inapropriado para identificar as habilidades peculiares relacionadas com o caso concreto, complexo, difícil.

4.1.3 Profissionais ou Empresas de Notória Especialização

De acordo com o artigo 25, §1º da Lei 8.666/93, os profissionais ou empresas de notória especialização são aqueles que apresentam a especialidade

em seu campo de atuação cuja execução de um trabalho, atividade, empreendimento, estudos, publicações etc., em que sejam exigidas competência e, ou, eficiência anteriormente comprovadas, além de outros requisitos referentes às suas profissões, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Assim diz o §1, do artigo 25 da Lei 8.666/93:

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

[...]

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros 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 (ANGHER, 2010, p 1553).

Gasparini esclarece que o tema sobre notória especialização era difícil de ser conceituado , e que hoje já está definido, conforme o que segue:

[...]. O profissional ou a empresa deve, assim, ser conhecido por aqueles que militam na mesma área e pelos seus clientes. É na lição de Hely Lopes Meirelles, a fama consagradora do profissional ou empresa no campo de sua especialidade, o reconhecimento público de sua alta capacidade profissional. Fora disso a licitação é indispensável, ainda que o serviço seja um dos arrolados no art. 13 e qualificado com de natureza singular.

A Legitimidade da contratação de serviços técnicos profissionais especializados sem licitação depende da coexistência desses requisitos. A presença sem licitação depende da coexistência desses requisitos. A presença de apenas um não valida o negócio. Desse modo, não será legal a contratação de Celso Antônio Bandeira de Mello. Advogado de notória especialização, para promover as ações de execução fiscal de certo Município, visto que esse tipo de serviço, embora consignado no inciso V do art. 13 do Estatuto federal Licitatório (patrocínio de causas judiciais), não é de natureza singular, isto é, não é de tal complexidade que o individualiza, e, por essa razão, não exige um profissional desse gabarito. [...] (GASPARINI, 2007, 594).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho

anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero. Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato. 104 Embora não seja muito comum encontrar a pessoa profissional que possa qualificar-se como tendo notória especialização, entendemos, apesar de alguma divergência, que é possível que haja mais de uma no mercado. Vale dizer: não é obrigatório que apenas uma empresa seja de notória especialização. A lei não impõe qualquer restrição em tal sentido. 105

104. Art. 25, §1º, do Estatuto.

105. No mesmo sentido, MAURO ROBERTO GOMES DE MATOS ("Contrato Administrativo", Ed. América Jurídica, 2ª ed., 2002, p. 508). Contra: Min. CARLOS ÁTILA, do TCU, em voto no Proc. TC nº 010.578/95-1, DJ de 28/11/95, p. 19.420(citação na obra daquele excelente autor) (FILHO, 2010, p 250)

O que acontece freqüentemente na demanda de profissionais jurídicos especializados é a contratação de advogados ou escritórios advocatícios para exercer qualquer serviço jurídico, porém, apenas a notória especialização exigida por lei não impossibilita a competitividade desse mercado, tornando inexigível a licitação, a não ser que a notoriedade apresentada seja indispensável ao exercício do serviço de natureza singular ou tenha ligação direta e imediata com a singularidade do objeto.

Nem tampouco a notoriedade de uma área de especialização supre a de outra área exigida pelo objeto da necessidade que tem a Administração Pública, observado segundo Gasparini, que diz:

Observe-se, também, que a notoriedade deve estar estreitamente ligada ao objeto da contratação. De sorte que não será válida a contratação sem licitação de serviços de engenharia com um profissional dessa área que é advogado de notória especialização em Direito Público. A notoriedade na área jurídica não supre a notoriedade que é necessária no campo da engenharia. Por fim, diga-se que a enumeração desse rol é meramente exemplificativa, conforme deixa claro a alternativa "ou outros requisitos relacionados com suas atividade" consignada no § 1º do art. 25 dessa lei (GASPARINI, 2007, p 549).

O subjetivismo adquirido pela notoriedade é elemento que se adquire através de vários parâmetros, os quais o profissional do direito dedicado à área jurídica advocatícia se volta unicamente para uma determinada área, se especializando e adquirindo notório reconhecimento; seja decorrente de desempenhos anteriores, estudos apresentados, publicações de revistas e

periódicos, experiências referenciais científicas, por ter equipes técnicas especializadas ou por outros requisitos relacionados a sua profissão.

Assim, quando o legislador se refere a outros requisitos do Artigo 25 da Lei 8.666, dá ensejo à discricionariedade do administrador para selecionar ou não tais profissionais por apresentar um “plus” que só eles têm.

Assim comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos para ser válida a inexigibilidade (PIETRO, 2011, p. 385).

Essa discricionariedade administrativa é reduzida por se exigir critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, sempre visando à plena satisfação do objeto do contrato.

4.2 O Artigo 13, V da Lei 8.666/93

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios gera tanto na doutrina quanto na jurisprudência inúmeros posicionamentos por se tratar de um assunto bastante polêmico na atualidade jurídica.

É sabido que a contratação de advogados pela Administração Pública pode ser feita através de licitação na modalidade de concurso, por credenciamento, por terceirização advocatícia mediante concurso, contratações de caráter eventuais e não eventuais, ou ainda, por inexigibilidade de licitação. Contudo, a contratação desses profissionais através desta última modalidade é uma via de acesso empregado habitualmente pela Administração Pública para defraudar os fins que a licitação pretende atingir. Desse modo, vão de encontro aos princípios administrativos criadores desta forma de contrato frente à contratação de advogados ou escritórios advocatícios célebres mas que não possuem nenhuma notoriedade ou apresentação de singularidade no objeto do contrato.

O que a lei 8.666/93 considerou como forma de serviços técnicos especializados foi o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e não a contratação de advogados ou escritórios advocatícios pela Administração

Pública. Assim, quando, nesse contexto, a administração contrata o advogado ou escritório advocatício, ela busca a resolução de seu objeto de contrato, o qual se refere a um serviço de natureza singular, praticado por pessoas de notória especialização, e não apenas a contratação de qualquer advogado, que apresente como condição indispensável ao exercício da profissão advocatícia a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Desta feita, para que o advogado venha a ser contratado por inexigibilidade de licitação, precisa preencher, além desses requisitos, aquele referente ao artigo 13, V da Lei 8.666/93, que é o do patrocínio ou da defesa de causas judiciais ou administrativas.

Dessa forma afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado.[...] (PIETRO, 2011, p. 384)

A contratação de advogado ou escritório advocatício, em regra, é feita pela Administração Pública através de licitação na modalidade concurso, pois se não o proceder assim fica evidente o desvio de finalidade do certame.

Assim, mesmo que o advogado ou escritório advocatício apresente a especialização no objeto pretendido pelo administrador ou tenha a notoriedade na capacitação técnica jurídica especializada do mesmo objeto, não apresentando um dos elementos que venha a ensejar a inexigibilidade de licitação, como por exemplo, a inviabilidade de competição, considera-se viciada a contratação desses profissionais nesta modalidade.

Dessa forma afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

O art. 13 da Lei enumera os serviços conceituados como técnicos especializados, dentre os quais não se incluem os de publicidade. Não se deve concluir que a contratação de todo e qualquer serviço técnico enumerado neste artigo representa hipótese de inexigibilidade de licitação. Em regra, a contratação de tais serviços é efetivada mediante licitação, preferencialmente na modalidade de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art.13 §1º). Para que incida a inexigibilidade, além de estar mencionado no art. 13, é necessário que o serviço possua natureza singular, isto é, seja visivelmente diferenciado em relação aos serviços de

mesma natureza prestados por outros profissionais do ramo, e que seja prestado por profissionais ou empresas de notória especialização (ALEXANDRINO, 2007, p. 415).

Os tribunais de contas estão cheios de julgados referentes a casos em que em que há desconsideração à condição de singularidade do serviço prestado pelo advogado ou escritório advocatício no que diz respeito à notória especialização ou renome desses profissionais.

Assim, comenta André Pataro, fazendo menção a alguns julgados

Este o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no processo TC - 30.590/02/65, relativamente à singularidade do objeto: Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Não evidenciada a singularidade dos serviços. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória só se justifica quando conjugado a este requisito: o da singularidade dos serviços. (Grifo nosso).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em recurso de revisão contra decisão prolatada nos autos de N. 612.508, na sessão do dia 07/05/03, assim tratou acerca do tema:

Nesse sentido, a classificação de um serviço como sendo de natureza singular esbarra, sempre, nas especificações do caso concreto, demandando, assim, análise acurada do serviço de que se pretende contratar. No caso específico dos autos, creio, em face dos elementos até então coligidos, não há elementos suficientes que possam comprovar que a empresa contratada possuía notória especialidade que inviabilizasse a competição para a execução dos serviços (não há nos autos documentação relativa à empresa contratada), nem tampouco restaram comprovadas a necessidade e a singularidade dos serviços prestados.

Assim, não é a alegação de notória especialização, única e exclusivamente, capaz de autorizar a inexigibilidade de licitação. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na decisão citada, assim se manifestou:

Inicialmente, cumpre esclarecer que, para que se configure a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista nos dispositivos sob comento, necessário se faz conjugar os elementos definitórios do serviço singularidade e notória especialização. Vale dizer, a Administração somente poderá justificar a contratação direta quando comprovar a capacidade notória do contratado e a necessidade dessa especialização. Não ocorrendo esse binômio, a licitação se impõe (SILVA, 2008).

Assim, o princípio da moralidade administrativa deve ser respeitado para que não haja a degradação ou lesão da imagem imaculada do conjunto de leis referente a inexigibilidade de licitação.

5 OUTROS ASPECTOS SOBRE A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO

Observam-se outros aspectos que a inexigibilidade de licitação na contratação de advogado pode trazer frente a uma contratação, tais como o fator confiança e o menor preço encontrado no mercado, os procedimentos formais da inexigibilidade e a conduta criminosa previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8666/93.

5.1 O fator menor preço e da confiança na inexigibilidade de licitação

O fator da confiança é a segurança, o crédito que o advogado ou escritório advocatício inspira pela sua probidade, talento, fidelidade, disposição de servir, capacidade de trabalho, para que possa ser contratado pela Administração Pública. É essa confiança que também vem a ser requisito essencial para que a Administração Pública deixe de licitar na contratação de serviços que exijam a subjetividade especializada, inviabilizando a competição, e assim levando a prática da inexigibilidade nesse certame.

Porém há de se analisar se esses profissionais, ao serem contratados, cobram os valores dos seus serviços propostos em compatibilidade aos demais preços dos mesmos tipos de serviços praticados no mercado.

Dessa forma, ao se contratar um advogado pelo menor preço, poderá a Administração Pública, no intuito de economicidade de seus cofres públicos, a priori, não atingir o seu objetivo fim da proteção do bem público administrativo, a posteriori; por ter escolhido um advogado que poderá vir ocasionar danos aos cofres públicos, por não ter defendido uma causa jurídica relevante em que a Administração é parte, uma vez que não existia o fator da confiança.

O ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, comenta:

38. É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, **despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.**(grifo nosso)

Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.

Foi, aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região, apontou com propriedade: “Se há dois,

ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos". 22

Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado rumo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles.

22. Direitos dos Licitantes, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 32 (MELLO, 2008, p. 541).

Assim, esse elemento, que é o fator confiança, se torna indispensável à Administração Pública na consecução do seu objetivo, e ocasiona atos discricionários do administrador, que passa a ter melhor flexibilidade de ação, em nome da conveniência e da oportunidade, a que mais apropriadamente atenderá na escolha do profissional em que se busca tal confiança, paralelamente a uma maior segurança.

O ministro Carlos Velloso, em um dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, tece comentário sobre o assunto, quando faz um paralelo entre os serviços prestados pelo advogado e a confiança aplicada nele pela Administração Pública, com o trabalho cirúrgico de um médico e a respectiva confiança do paciente nele depositada.

O Tribunal de Contas da União também se manifestou em acórdão no processo TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98, quando da realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços de advocacia no qual os seus fundamentos jurídicos foram avaliados insuficientes para motivar a inexigibilidade de licitação.

O Ministro Adhemar Paladini Ghisi, comenta no acórdão:

Quanto aos argumentos utilizados pelo recorrente no sentido de que "a contratação de escritórios de advocacia ou de advogados decorre do fator "confiança" existente entre o contratante e o contratado", há que se registrar, preliminarmente, que a lei não previu tal hipótese (necessidade da confiança) como suficiente para a inexigibilidade do certame.²

No mesmo sentido faz lembrar a Súmula nº 039 do Tribunal de Contas da União:

A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, § 2º,

² processo TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98

do Decreto-lei 200, de 25.02.67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.³

Portanto, só é cabível para a Administração Pública contratar diretamente serviço inédito ou incomum quando capaz de exigir um grau de subjetividade do executor de confiança, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

Comenta o especialista Vergílio Mariano em seu trabalho "Singularidade e Notória Especialização":

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a notória especialização, ao lado do fator confiança e o "relevo do trabalho" (e não o ineditismo ou coisa parecida), a par da incompatibilidade do processo licitatório com as limitações éticas da profissão, tudo isso leva à inexigibilidade da licitação:

"(...)

1.A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

2.Extrema dificuldade, de outro lado, de licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB, ART. 7º)."

O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence cita doutrina do agora também Ministro Eros Grau, em que leciona:

"Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação.

Entendo, não obstante, que "serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo e contratando, em última instância, de acordo com o grau de confiança que ela própria, administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo, como adiante demonstrarei.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da administração em quem deseja contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato", (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93).

Há por certo, quem não goste disso. Mas é isso o que define o direito positivo, apesar do desconforto que possa causar em quem quer que seja, movido pela aspiração de substituir o direito vigente por outro. Até que isso

³ Súmula nº 039 do Tribunal de Contas da União

venha a ocorrer, contudo, revolucionariamente ou não, o direito vigente não pode ser desacatado."

Continuando, diz ilustre o Ministro Relator:

"De fato, é a associação desses dois elementos (notória especialização e confiança) – ao lado, é claro do relevo do trabalho a ser contratado (NR – relevo, e não incomum, inédito, único), que permitirá concluir pela inexigibilidade da licitação.

(...)

A consideração pela administração local da experiência profissional em projeto similar (NR – experiência e não exclusividade ou ineditismo) executado em outro município evidencia tanto a presença da "notória especialização" como do elemento subjetivo da confiança.

Vale dizer, ainda que existissem, em tese, outros profissionais – circunstância que, conforme afirmado na AP 348, não ilide a configuração de notória especialização, as características pessoais do contrato demonstrariam que ele atendia plenamente às necessidades da administração local para o desenvolvimento da atividade contratada".

Cita o Ministro Sepúlveda Pertence, os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Melo:

"(...)

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, 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 necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.

(...)

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos estes, que são precisamente os que a administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto, não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito "A" ou pelo sujeito "B" ou "C", ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.

(...)

Foi, aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região apontou com propriedade: "se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidade peculiares, lícito é, à administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos (Direitos dos Licitantes, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 32)".

E conclui o Ministro Sepúlveda Pertence:

"Poupo-me, aqui, de outras considerações sobre a extrema dificuldade de licitação de serviços de advocacia, dada a série de empecilhos que a ética

profissional do advogado, em particular – e dos profissionais liberais em geral -, veda o que o Estatuto da OAB chama – pelo menos no meu tempo chamava – de qualquer atitude tendente à captação de clientela".

Parece-nos, portanto, que o Acórdão referido da Suprema Corte e a doutrina por ele citado, além de outras decisões em casos semelhantes, põe por terra a doutrina segundo a qual o notório especializado, a par da natureza singular do serviço, tem que ser o único que pode realizá-lo, pois, do contrário, deverá haver licitação (LIMA, 2007).

O requisito da confiança da Administração Pública em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração Pública para a escolha do trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequada à plena satisfação do objeto do contrato. O que a Lei 8.666/93 exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

5.2 Procedimentos Formais da Administração Pública

A Administração Pública, ao participar do processo de inexigibilidade de licitação na contratação de advogados ou escritórios advocatícios, deverá seguir procedimentos que formalizam esses atos.

O artigo 26 da Lei 8.666/93 determina que as situações de inexigibilidade referidas no artigo 25, terão que ser necessariamente justificadas e comunicadas à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial como condição de eficácia dos atos administrativos.

Segundo Gasparini:

A contratação com base nas hipóteses de inexigibilidade necessita de justificativa, que é o arrazoado preparado e assinado pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não da licitação. Se esta restar inviável, o processo assim instruído deverá ser levado à autoridade superior para, se for o caso, ratificar e publicar dita justificativa acompanhada do ato de ratificação. Esses atos devem ser praticados nos prazos legais. A partir do recebimento do processo o agente responsável pela citada análise tem três dias para promovê-la, preparar o ato declaratório da inexigibilidade com a devida justificativa, as condições da contratação, as sanções aplicáveis em caso de descumprimento do contrato e demais cláusulas peculiares e remeter o expediente à autoridade superior, que, concordando com o arrazoado e as condições propostas para a contratação, promoverá, em cinco dias, contados do recebimento do processo, sua ratificação e publicação, ex vi do disposto no art. 26 do Estatuto federal Licitatório. A publicação será na imprensa oficial, como determina esse preceptivo, e a

sua falta impede a contratação, pois o ato declarando a inexigibilidade e o ato de ratificação não adquiriram eficácia. A falta dessa publicação nessa oportunidade por si só não invalida a contratação, embora, mediante o devido procedimento administrativo, deva ser responsabilizado o servidor omissor.

Autoridade superior, na ausência de ato indicador, cremos ser a competente para autorizar a abertura da licitação. Assim nos parece poque, se essa autoridade tem competência para avaliar a necessidade da licitação, há de ter também, por lógico, atribuição para ratificar a inexigibilidade. Essa autoridade é indicada no regimento interno da entidade, em tese, obrigada a licitar. Diga-se, ainda, que a inexigibilidade do procedimento licitatório não libera a entidade, de regra obrigada a licitar, das demais exigências. Então, deve tomar as cautelas devias, relacionadas com a comprovação da capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e com a regularidade fiscal. Deve ainda preocupar-se com a emissão da nota de empenho, a celebração do contrato, a publicação e com outras exigências legais (GASPARINI, 2007, p. 543-544).

Assim, a Administração Pública deverá motivar todos os seus atos através de um procedimento formal que caracterize a situação justificadora da contratação, justificadora do preço do contrato, instrutora do processo através da documentação comprobatória da regularidade da contratação direta e também expositora das devidas razões da escolha do contratado.

Além disso, todo o procedimento deverá obedecer, a exemplo da licitação, uma disposição seqüencial como condição de eficácia para a contratação do advogado ou do escritório de advocacia. Desse modo, a autoridade superior deverá ser comunicada em três dias sobre a futura contratação e sua justificativa para que ela possa ratificar tais atos, e em cinco dias venha a publicar sua decisão na imprensa oficial.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 prevê algumas normas de controle e sanção:

[...]

o artigo 26, com a redação alterada pela Lei nº 11.107, de 6-4-2005 (Lei de Consórcios Públicos), exige, como condição de eficácia, para as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, para as situações de inexigibilidade previstas no artigo 25, necessariamente justificadas, e para o retardamento previsto no artigo 8º, parágrafo único, comunicação à autoridade superior dentro de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias. Para fins de instrução do processo de dispensa e inexigibilidade, o parágrafo único do artigo 26 exige ainda, no que couber: caracterização da situação da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso (artigo 24, inciso IV); razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação de projetos de pesquisa aos quais os bens são alocados (PIETRO, 2011, 385-386).

Neste mesmo pensamento diz Antônio Roque Citadini:

"Conquanto esteja desobrigado de cumprir tais etapas formais, não estará o administrador desobrigado da obediência aos princípios básicos da contratação impostos à Administração Pública.

Assim, será sempre cobrada ao administrador a estrita obediência aos princípios: da legalidade (a dispensa deverá ser prevista em lei e não fruto de artimanha do administrador para eliminar a disputa); da impessoalidade (a contratação direta, ainda que prevista, não deverá ser objeto de protecionismo a um ou outro fornecedor); da moralidade (a não realização das etapas de licitação não elimina a preocupação com o gasto parcimonioso dos recursos públicos, que deve nortear a ação do administrador); da igualdade (a contratação direta não significa o estabelecimento de privilégio de um ou outro ente privado perante a Administração); da publicidade (embora restrita, a contratação direta não será clandestina ou inacessível, de modo que venha a impedir que dela conheçam os outros fornecedores, bem como os cidadãos em geral); e da probidade administrativa (que é o zelo com que a Administração deve agir ao contratar obras, serviços ou compras) (ALMEIDA, 2000)."

Observa-se aqui que há uma diferença de formalidades entre inexigibilidade e os certames licitatórios, por ser nestes o administrador compelido a respeitar os princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quando ele cumprir as etapas formais do processo.

5.3 Conduas Criminosas Relativas à Inexigibilidade de Licitação

Os crimes licitatórios não foram observados nos tipos criminais do Código Penal. Sendo assim, os crimes relativos às licitações estão previstos nos artigos 89 a 99 da Lei 8666/93, nos quais também se encontra o relativo a inexigibilidade de licitação quando ocorrem fora das hipóteses legalmente previstas. Esses artigos procuram tipificar as condutas criminosas que contrariam o procedimento licitatório, além de determinar as penas a serem aplicadas aos infratores.

Observa-se que o sujeito ativo, em regra, é o agente público administrativo, mas também pode ser o licitante particular, contratado ou não, do processo licitatório, ou ambos, e o sujeito passivo é sempre o Estado.

Não existem crimes relativos a licitação na modalidade culposa, ou seja, todos os crimes presentes na lei são punidos de forma dolosa, onde o agente teve a

vontade ou intenção consciente dirigida de obter o resultado criminoso ou de assumir o risco de o produzir.

As penas variam, de acordo com o delito praticado, entre seis meses e seis anos de detenção e sempre são acompanhados de multa.

Sobre inexigibilidade ilegal de licitação, segue transcrito o artigo 89, da Lei n.º 8.666/93 :

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público (ANGER, 2010, p 1563).

Então, caso a conduta seja cometida fora das hipóteses prevista em lei ou não sejam observadas as formalidades pertinentes à contratação dos serviços advocatícios pelo autor, incorrerá o crime nas seguintes penalizações: detenção de 03 a 05 anos, e multa. Além disso, também incorrerá na mesma penalidade o sujeito que comprovadamente concorreu para a consumação da ilegalidade, ou beneficiou-se da inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

A Lei 8.666/93 ainda prevê em seu artigo 25, §2º, normas de controle e sanção relacionados à inexigibilidade de licitação que originam o superfaturamento do certame, onde estabelecem a responsabilidade solidária, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público, responsáveis pelos danos causados à Fazenda Pública.

Diz o ilustre Helly Lopes Meirelles:

Em qualquer dos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviço e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, §2º) (MEIRELES, 2010, p. 304).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 prevê algumas normas de controle e sanção:

1. o §2º do artigo 25 (e que deveria ser preceito à parte, já que abrange a dispensa e a inexigibilidade) estabelece as conseqüências do

superfaturamento decorrente da aplicação dos artigos 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade): a responsabilidade solidária, pelo dano causado à Fazenda Pública, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Para o agente público, há ainda a responsabilidade administrativa; e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, que define como crime o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa) “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (parágrafo único do art. 89); cabe ainda responsabilidade por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429, de 2-6-92; (PIETRO, 2011, p. 385)

Diz o artigo 25, §2º da Lei 8.666/93:

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

[...]

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (ANGHER, 2010, p 1553).

Destaca-se que, no referido crime acima em questão, é previsto a possibilidade de co-autoria, em relação ao particular. Porém, não se considera condição *sine qua non* para a existência do delito atribuído ao administrador a responsabilização penal de todos os outros agentes que tenham comprovadamente concorrido para a consumação do crime; na hipótese, o co-autor é o particular ou todos aqueles que, concorrendo para o crime, dele também se beneficiaram, contratando diretamente com o Poder Público.

5.4 A Criação Opcional de Procuradorias Jurídicas Pelos Municípios

A jurisprudência também já descansa quanto aos casos em que a contratação de advogados ou escritórios advocatícios são justificados apenas quando a entidade administrativa não possuir esses profissionais em seu quadro de servidores e no caso de apresentar tais profissionais, seja verificada a impossibilidade da realização de seus serviços.

Assim ilustra a obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos vinha adotando a prática de contratar, sem licitação, escritórios de advocacia, apesar de possuir, em sua estrutura, um Departamento Jurídico, uma Consultoria Jurídica da Presidência e órgãos jurídicos descentralizados em quase todos os Estados, por notória especialização e prejuízo do estatuído na Exposição de Motivos CGR 02/92. O TCU julgou irregular e mandou adequar. Processo TC – nº 008.429/93-6, Decisão nº 296/97 TCU – 2ª Câmara. Ministro Relator: Lincoln Magalhães da Rocha, publicado no DOU de 18.11.97, seção 1, p. 26809.

1. Em determinado caso, a Companhia Energética de Brasília contratou, com fundamento no art. 24, IV, e 25, II, da Lei nº 8.666/93, um advogado para responder à ação civil impetrada pelo Ministério Público do Trabalho. A natureza da causa, o seu rito processual e o volume de processos, a cargo do órgão jurídico, aliados ao exíguo prazo para resposta, justificariam, no entender do Ministério Público junto ao TCDF, o enquadramento no art. 24, IV, da Lei de Licitações, embora a singularidade do objeto não fosse de tal ordem a amparar o enquadramento no art. 25, II. Processo TCDF nº 342/98. Conselheira Relatora: Marli Vinhadeli, disponível no site www.tc.df.gov.br.

2. No mesmo sentido, considerando regular a contratação de advogado pela CAESB de Brasília, com base no art. 25, II da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que o corpo jurídico daquele órgão participava da mesma opinião da empresa litigante. Processo TCDF nº 5869/96, disponível no site www.tc.df.gov.br. (FERNANDES, 2000, p. 598)

É mister analisar que os municípios, como diz a Constituição Federativa do Brasil de 1988, têm a opção de criar uma procuradoria que venha a se equiparar às procuradorias estaduais e federal.

O que vem ao caso é que a maior parte dos municípios pequenos não tem condições perenes para ter nos seus quadros estruturais uma procuradoria jurídica especializada, por não sustentar o preço exigido pelo mercado desses serviços advocatícios, o que não se verifica nos municípios de pequeno e médio porte que apresentam essas procuradorias onde seus procuradores são constantemente requisitados para que se cumpram os serviços diários que esses municípios apresentam.

Todavia, no que diz respeito a questões de maior intensidade, como no caso em que se exige um conhecimento especial diferenciado não apresentado por esses procuradores, seja porque eles sempre se encontrem limitados por se ocuparem rotineiramente de um número excessivo de processos comuns ou porque o problema apresentado seja de difícil condição de ser solucionado, impõe-se a necessidade de contratação de outros profissionais jurídicos que venham a resolver esses problemas mais complexos. Assim sendo, para os fatos que contenham extrema dificuldade, complexidade, ou enorme repercussão valorativa, capazes de prejudicar ou onerar o município, a solução está na contratação de profissionais que satisfaçam o interesse do Município, que de regra, não poderiam ser resolvidos

pelos mesmos profissionais que integram o jurídico da administração dados os motivos já aduzidos.

É de observar que a contratação temporária e eventual de advogados ou escritórios advocatícios para resolver conflitos jurídicos especiais e de extrema dificuldade ou complexidade, não substitui os atos praticados pelos procuradores municipais. A questão a ser defendida pelo advogado alheio ao quadro da administração, em caráter temporário e eventual se contrasta sensivelmente com a qualidade dos serviços prestados pela procuradoria municipal, visto que a matéria contratada necessita de um profissional com conhecimento diferenciado e experiência elevada no caso a ser verificado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública ao contratar qualquer serviço técnico profissional advocatício, deverá seguir as exigências legais necessárias, para que os efeitos do contrato não venham a ser questionados, como verificar se o advogado ou escritório advocatício a ser contratado preenche os devidos requisitos e também se o serviço questionado necessita desse profissional especializado.

É de grande importância salientar que a Administração Pública poderia vir a incorrer em mau uso do erário público, caso viesse a contratar um advogado ou escritório advocatício que não dominasse a matéria que estivesse em juízo para ser defendida, ou ainda, que não possuísse as qualidades essenciais, ou especialização para a defesa da causa em questão.

É obrigatório que o administrador público observe, ao contratar um advogado ou escritório advocatício, a eficiência e eficácia do trabalho a ser realizado por eles. Como a Administração Pública gere dinheiro público, é obrigatório ao administrador averiguar se o seu corpo jurídico possui condições de defender os interesses do município, e verificando que não, se tem o dever de se contratar um profissional que possa desempenhar esta função, desde que seu preço esteja dentro dos parâmetros do mercado.

Os serviços dos advogados em geral impõem que eles sejam pessoas especializadas com uma vasta habilidade, perícia e prática, adquiridas com o exercício constante de suas profissões e na área em que atuam.

A inexigibilidade se dá restritivamente por se tornar irrealizável a competição quando o fornecedor é exclusivo ou o objeto é singular; no caso da contratação de advogados ou escritórios advocatícios por via direta é inexigida a licitação por se considerar que este serviço técnico seja de natureza singular e que estes profissionais tenham a notoriedade profissional, requisitos causadores da inviabilidade de competição.

A descaracterização da inexigibilidade de licitação ocorre freqüentemente quando da contratação de advogados e escritórios advocatícios de amplo renome para exercerem serviços de natureza cotidiana sem mostrarem a especialização notória necessária exigida por lei, ocasionando assim fraude ao princípio da moralidade e legalidade que se apresenta no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

A intenção maior desta monografia é descrever com propriedade, e assinalar as características da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado ou de escritório advocatícios e seus requisitos necessários para que possam ser considerados inexigíveis, tais como a natureza singular do serviço e a notória especialização.

É evidente que, quando diversos advogados puderem realizar o mesmo serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deva haver licitação, visto que há uma pluralidade de competidores, requisito principal para que ela ocorra. Porém, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto de cada um for diferente, por características diferenciadas do autor, neste caso haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço.

Destaca-se que a inexigibilidade, em síntese, verifica-se pela impossibilidade de competitividade em virtude da exclusividade do fornecedor ou da singularidade do objeto.

Assim, são três os fatores considerados *conditio sine qua non* para a fundamentação de um contrato de um advogado ou escritório advocatício pela Administração Pública na modalidade “inexigibilidade de licitação”: a inviabilidade de competição, a singularidade do objeto e a notória especialização dos profissionais ou empresas.

A singularidade analisada é referente ao serviço a ser pretendido pela Administração Pública, e não ao advogado ou ao escritório advocatício que será contratado por ela.

Quanto à singularidade, deve ser verificada a complexidade, a relevância, os interesses públicos em discussão e se irá satisfazer às necessidades administrativas.

Depois que foi corroborado a necessidade administrativa é que se analisa se a Administração Pública irá contratar o profissional adequadamente para a satisfação do interesse público, devendo então, o administrador cumprir com todos os princípios que norteiam a Administração Pública, a saber, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade.

Outrossim, a Administração tem que observar as exigências legais necessárias verificadas na Lei nº 8.666/93, em seu artigo 12, quando versa sobre os requisitos dos projetos básicos e projetos executivos de serviços.

A regra é licitar, mas a exceção a essa regra faz necessária a observância da combinação de dois aspectos: o primeiro é a real existência de capacidade notória especializada do advogado ou escritório advocatício; e o segundo é a exigência de notória especialização da parte do mesmo pela Administração Pública.

Pelo exposto, concluímos que a Administração Pública pode contratar advogados diretamente, mediante o instituto da inexigibilidade de licitação, quando o serviço não for de natureza corriqueira e seja de certa relevância; o profissional de notória especialização a ser contratado de forma direta é aquele que se sobressai em determinado ramo do direito ou em determinada matéria do direito, não importando se haja ou não outros profissionais especializados; a inexigibilidade de licitação decorre, entre outros motivos, da inviabilidade de competição, em virtude das normas éticas que regem o exercício da advocacia; a inviabilidade de competição decorre, também, do grau de subjetividade do contratante ante o fator confiança que deve depositar no contratado, o que também leva à inexigibilidade da licitação; sendo o trabalho do advogado de natureza intelectual, é impossível aferir se o seu trabalho é o mais conveniente para a administração, mediante licitação, quando o critério de escolha é o menor preço.

Sendo assim, a Administração Pública em real situação de exclusiva complexidade de considerável relevância para os cofres públicos, e, diante da presente situação envolvendo serviços advocatícios de natureza singular, poderá optar por contratar um advogado ou escritório advocatício de sua confiança com notória especialização, valendo-se da inexigibilidade de licitação, com amparo na Lei nº 8.666/93.

REFERÊNCIAS

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1262.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lúmen Júris Ltda, 2010.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LIMA, Genival Martins Barbosa de. **Aspectos Teórico-Práticos da Inexigibilidade de Licitação**. Monografia. João Pessoa: 2003.
- CITADINI, Antônio Roque. **Comentários e Jurisprudência Sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda, 1996.
- FERNADES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação: Modalidades, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 5. ed. Brasília Jurídica, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MEIRELES, Helly Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 37^a ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 67. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.
- ARAÚJO, Geisa. **Licitações e contratos públicos: teoria e prática**. Fortaleza: Tipoprogresso, 1998.
- ANGHER, Anne Joyce, **Vade Mecum: Acadêmico de Direito**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Meirelles, Hely Lopes, **Licitação e Contrato Administrativo**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Eros Roberto Grau, **Inexigibilidade de licitação**, in Revista de Direito Público 100.

Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos** 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2006.

SILVA, André Pataro Myrrha de Paula e. **A contratação direta de cursos de capacitação por inexigibilidade de licitação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1838, 13 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11486/a-contratacao-direta-de-cursos-de-capacitacao-por-inexigibilidade-de-licitacao>>. Acesso em: 24 set. 2014.

processo TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98

Súmula nº 039 do Tribunal de Contas da União

LIMA, Vergílio Mariano de. **Singularidade e notória especialização. Os monstros nas licitações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1588, 6 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10617/singularidade-e-notoria-especializacao>>. Acesso em: 25 set. 2014.

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. **Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/427/dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao>>. Acesso em: 22 out. 2014.