



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO**

JOSÉ DE ARIMATÉA DA SILVA JUNIOR

**A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

**CAMPINA GRANDE
2017**

JOSÉ DE ARIMATÉA DA SILVA JUNIOR

**A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Juliano Feitosa.

**CAMPINA GRANDE
2017**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

S586c Silva Junior, Jose de Arimatea da.
A contratação de advogados pela administração pública por inexigibilidade de licitação [manuscrito] : / Jose de Arimatea da Silva Junior. - 2017.
32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.

"Orientação : Prof. Dr. Raimundo Juliano Feitosa, Departamento de Direito Público - CCJ."

1. Serviços Advocatícios. 2. Licitação Pública. 3. Direito Administrativo.

21. ed. CDD 342.06

JOSÉ DE ARIMATÉA DA SILVA JUNIOR

A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Estadual da Paraíba, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

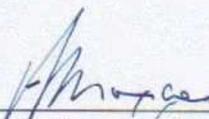
Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovado em: 07/12/2017

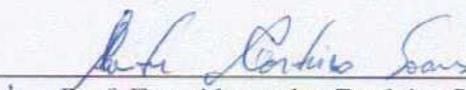
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Raimundo Juliano Feitosa (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Amilton de França
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Alexandre Cordeiro Soares
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À minha esposa Elaine e meus filhos Davi e Daniel,
pelo seu amor, dedicação, companheirismo e amizade,
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a DEUS pela sua presença constante em minha vida, sempre me acompanhando e fortalecendo em todas etapas dessa conquista.

À minha amada esposa Elaine, pelo seu amor, apoio e compreensão.

Aos meus pais José de Arimatéa e Maria Salles pelo seu apoio contínuo e exemplo de honestidade e caráter.

A minha tia Nazareth pelo seu constante incentivo e patrocínio que me permitiram alcançar este objetivo.

Aos professores do Curso de Graduação da UEPB, em especial, os que contribuíram ao longo de todo o curso, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da UEPB, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	06
2	ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	07
2.1	CONCEITO DE LICITAÇÃO.....	09
2.2	LEGISLAÇÃO APLICADA À LICITAÇÃO PÚBLICA.....	10
2.3	FINALIDADES DA LICITAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES.....	12
3	DA OBRIGATORIEDADE ÀS EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR.....	13
3.1	OS PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO.....	14
3.2	EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR.....	15
3.2.1	<i>Licitação Dispensada.....</i>	<i>16</i>
3.2.2	<i>Licitação Inexigível.....</i>	<i>18</i>
3.2.2.1	<i>Da Inexigibilidade de Licitação para a Contratação de Serviços Técnicos Especializados e seus Requisitos.....</i>	<i>19</i>
4	A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS	22
4.1	A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	22
4.2	A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO DA LICITAÇÃO E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO.....	25
4.3	A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA.....	26
5	CONCLUSÕES.....	28
	REFERÊNCIAS.....	31

A CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

José de Arimatéa da Silva Junior*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo proceder à análise acerca da possibilidade de contratação de serviços advocatícios, por parte da Administração Pública, através da inexigibilidade de licitação. Para tanto, em síntese, se empregou uma metodologia objetiva, através de um estudo comparativo das obras de diferentes autores e de algumas jurisprudências sobre o tema, em uma revisão bibliográfica, na qual foram analisados: os aspectos gerais do instituto da licitação pública; a obrigatoriedade do dever de licitar e as suas exceções; os requisitos para a contratação dos serviços técnicos especializados por meio da inexigibilidade de licitação e a sua aplicação na contratação de advogados; e por fim, foram analisados alguns julgados do Superior Tribunal da Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema. Com resultados obtidos, restou clara a inviabilidade de competição e a inadequação do uso da licitação para seleção de advogados, ficando demonstrada a possibilidade de contratação desses profissionais por meio da inexigibilidade de licitação, com a ressalva de que não existe uma solução genérica e categórica aplicável, devendo cada caso ser submetido a uma análise individualizada, na qual deverá ser constatada a presença dos requisitos autorizadores.

Palavras-Chave: Serviços Advocatícios. Licitação Pública. Direito Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

A licitação pública é um procedimento obrigatório a ser observado pela Administração Pública na aquisição dos bens e serviços de que necessita para satisfação do interesse público, procedimento este que visa escolher a proposta mais vantajosa, lastreado nos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.

Entre as atividades essenciais ao regular funcionamento da Administração Pública destaca-se o ofício desenvolvido pelo advogado, profissional cuja atuação se reveste de notório cunho subjetivo, atuando na consultoria jurídica e na representação judicial do órgão público para o qual presta seus serviços.

Não obstante a existência da carreira da advocacia pública, comumente organizada em procuradorias, por vezes, não é difícil encontrar entidades públicas que, por não dispor de

* Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
Email: juniorsttp@gmail.com

quadro jurídico suficiente ou mesmo diante da sua inexistência, desenvolvam suas funções institucionais sem o amparo de uma consultoria jurídica apropriada.

Dessa forma, levando em conta os critérios objetivos nos quais se baseia o processo licitatório, questiona-se se este seria um meio eficaz para, considerando a natureza subjetiva do mister, selecionar os serviços advocatícios mais adequados à satisfação do interesse público. Diante desse questionamento, o Ministério Público em várias ocasiões tem insistido na possibilidade de realização de licitação para a seleção de advogados para contratar com a Administração Pública, considerando, por vezes, ilícitas as contratações efetuadas sem a observância do procedimento licitatório, pleiteando nesses casos a responsabilização tanto dos gestores públicos quanto dos advogados contratados.

Nesse sentido, o objetivo principal deste ensaio é verificar a possibilidade de contratação de advogados por entes da Administração Pública, por inexigibilidade de licitação. Para tanto, será feito o estudo dos aspectos gerais do instituto da licitação, seguida de uma análise acerca da sua obrigatoriedade e suas respectivas exceções, com o exame da hipótese de inexigibilidade para contratação direta de advogados, adiante será verificada a compatibilidade entre o procedimento licitatório e a atividade desenvolvida pelo advogado, encerrando com a colação de alguns julgados existentes acerca do tema.

A fim de atingir o objetivo proposto, o presente estudo adotou como metodologia uma abordagem objetiva e qualitativa, em uma revisão bibliográfica, através de um estudo comparativo de obras doutrinárias, artigos científicos e da jurisprudência existente sobre o tema.

2 ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

A fim de prover as necessidades que lhe são impostas na busca da satisfação do interesse público, a Administração pública, por vezes, se vê obrigada a manter relações negociais com terceiros.

Nesse sentido, verificada a necessidade de algum bem ou serviço de que não dispõe, cabe à Administração Pública satisfazê-la mediante a celebração de contrato administrativo com os terceiros que demonstrem o interesse em realizá-lo, devendo este ser precedido por procedimento licitatório obrigatório, visando a escolha da proposta mais vantajosa à satisfação do interesse público, conforme disposto no texto constitucional, mais precisamente no inciso XXI do Art. 37, *in verbis*:

[...] 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 [...] (BRASIL, 1988).

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, em atendimento ao dispositivo constitucional acima referido, foi promulgada, em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666, tendo esta legislação específica estabelecido normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo ainda os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Deste modo a licitação pública se apresenta como instrumento formal que tem como finalidade assegurar a igualdade de condições a todos que desejarem contratar com a Administração Pública.

Convém destacar ainda o complexo grau de formalidades e restrições que são traços distintivos do processo licitatório, tendo como finalidade, conforme assevera o doutrinador Niebuhr (2015), atribuir legitimidade à função administrativa, evitando privilégios pessoais diante do interesse comum à coletividade. Essa série formalidades decorrentes do procedimento licitatório visa conferir à Administração Pública um comportamento equânime e impessoal perante os administrados, em sentido diverso do que ocorre com o setor privado, em que prevalece a liberdade das partes que podem dispor de seus recursos como bem lhes aprouver, estando limitados apenas ao que a lei não proíbe.

Nesse mesmo sentido continua Niebuhr (2015):

Sem contrariar as proibições prescritas nas normas jurídicas, o particular atua com total liberdade. Em sentido contrário, quem exerce função administrativa está atrelado ao interesse público, sendo-lhe vedado utilizar o aparato estatal para fazer valer percepções de cunho subjetivo. O agente administrativo atua em obséquio à impessoalidade, já que os interesses que gerencia não pertencem a ele em particular, mas à coletividade (NIEBUHR, 2015, p. 30).

Dessa forma para a aquisição das utilidades de que necessita a Administração Pública deve estar sempre pautada na observância da Lei, só podendo fazer ou deixar de fazer alguma atitude nos estritos limites da legislação pertinente.

Deve-se ressaltar ainda o caráter de instrumentalidade da licitação pública, que não se caracteriza como atividade fim, mas como atividade por meio da qual "[...] a Administração Pública escolhe a empresa com a qual celebrará o contrato" (FURTADO, 2016, p. 347).

Desse mesmo entendimento compactua Niebuhr (2015) ao afirmar que:

[...] a licitação pública é o meio para celebrar o contrato administrativo, que é o meio para contemplar o interesse público, a fim de propiciar à Administração Pública o recebimento de uma utilidade produzida por terceiros que sirva a satisfazer a coletividade (NIEBUHR, 2015, p. 35).

Assim sendo nota-se que a realização do procedimento licitatório tem como escopo, primeiramente, escolher legitimamente a melhor proposta, objetivando também, de maneira mediata, a efetiva satisfação do interesse público através aquisição da utilidade de que necessita a Administração Pública por intermédio da celebração do contrato administrativo correspondente.

2.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A conceituação do instituto jurídico da licitação pública se mostra como um dos requisitos obrigatórios no desenvolvimento deste estudo, e é através dessa definição que poder-se-á observar e comparar entre si as diversas concepções elaboradas pela doutrina a seu respeito, de maneira a examinar os seus contornos e nuances. Nesse sentido são vários os conceitos empregados na tentativa de definir o instituto da licitação pública, dentre os quais podemos destacar os dispostos adiante.

Para Di Pietro (2012):

[...] 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, 2012, P. 368).

Por sua vez, o doutrinador Gasparini (2011) afirma que:

[...] a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (GASPARINI, 2011, p. 528).

Em suas lições Mello (2010) afirma que:

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 (MELLO, 2010, p. 524).

Da análise dos conceitos acima colacionados verifica-se que o instrumento da licitação pública trata-se de um procedimento administrativo complexo, previsto em lei, no qual se busca, através do tratamento isonômico submetido aos interessados e considerando os critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, a seleção da proposta mais vantajosa à satisfação do interesse público almejado.

2.2 LEGISLAÇÃO APLICADA À LICITAÇÃO PÚBLICA

Quanto a legislação que fundamenta o procedimento licitatório cabe destacar, inicialmente, a norma presente no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988 que, após nova redação conferida pela Emenda constitucional n° 19/98, concedeu a competência legislativa privativa à União para a edição de normas gerais sobre licitações e contratos nos seguintes termos:

Art. 22. Compete privativamente à 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 art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III [...] (BRASIL, 1988).

Dessa forma, definida a competência privativa da União para a edição de normas gerais, restou aos Estados-membros, aos municípios e ao Distrito Federal a competência para editar normas de caráter específico que se apliquem às suas peculiaridades.

Em atendimento ao inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal de 1988 foi promulgada, em 21 de junho de 1993, a Lei n° 8.666, tendo como finalidade a regulamentação do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

A edição dessa Lei trouxe ao nosso ordenamento jurídico pátrio uma complexa estrutura de normas a respeito do tema, sendo recebida pela doutrina com fortes críticas.

Nesse sentido as palavras do professor Niebuhr (2015):

Essa Lei compreende cento e vinte e seis artigos, a maior parte deles fragmentada em vários parágrafos, incisos e alíneas, cujos teores constituem emaranhado de normas que praticamente exaurem a disciplina da licitação pública e do contrato administrativo, pretendendo uniformizar a matéria, o que furta a competência legislativa conferida aos demais entes federativos (NIEBUHR, 2015, p. 44).

Endossando essa visão, para parte da doutrina alguns itens da Lei n. 8666/93 carregam consigo manifesta inconstitucionalidade já que por vezes ultrapassam o caráter da generalidade conferido à União, vindo, por vezes, a dispor sobre questões específicas. Nesse diapasão Di Pietro (2014, p. 376) afirma que "A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo".

Em oposição aos entendimentos acima destacados Mello (2013) leciona que:

[...] a estatuição de 'normas gerais' úteis, prestantes a cumprir as funções que delas se espera, exige as referidas minudências, conquanto sejam bem mais específicas do que a mera enunciação de princípios ou fixação de coordenadas. Por sem dúvida, se adotada intelecção que limitasse a competência da União à simples enunciação de princípios ou cifrada àqueles genéricos conteúdos que se lhes atribui habitualmente, os riscos para a salvaguarda de interesses capitais seriam evidentiíssimos, prescindindo mesmo de qualquer esforço demonstrativo. Dessarte, de fora a parte as diretrizes, princípios e delineamentos genéricos, a União estaria autorizada também a qualificar, em casos de símile compostura, um *patamar*, um *piso defensivo do interesse público* que a legislação estadual e distrital não poderiam desatender (MELLO, 2013. p. 540-541).

Essa questão acerca do condão generalista da Lei nº 8.666/93 foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal - STF, conforme destaca Marinela (2010):

No julgamento da ADIN nº 927-3, o STF, em sede de cautelar, reconhece que a União extrapola a sua competência para legislar sobre normas gerais, definindo, também, normas específicas. Nesse caso, a Corte reconhece que certos dispositivos definem normas específicas e, por isso, só são aplicáveis à própria União, representando somente uma lei de âmbito federal e não nacional, podendo os demais entes também legislar sobre o assunto. Sendo assim, a decisão reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos, se interpretados conforme a Constituição. Dessa forma, eles são constitucionais para a União e são inconstitucionais para os demais entes, que também gozam dessa competência legislativa (MARINELA, 2010, p. 317).

Apesar dessa discussão acerca da natureza geral de alguns preceitos constantes na Lei nº 8.666/93, deve-se destacar também o caráter da generalidade presente na Lei nº 10.520/02, que veio estender a utilização da modalidade "pregão" a todos os entes da Administração Pública, modalidade esta antes de uso limitado apenas a algumas agências reguladoras.

Além dessas leis acima mencionadas em matéria de licitação, ainda merecem destaque outras normas editadas visando disciplinar determinadas contratações específicas como no caso da Lei nº 12.232/10, que veio regulamentar a contratação de serviços de Publicidade pela Administração Pública.

Seguindo na mesma direção destaca-se, também, a Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), tendo sido criada com a finalidade de estabelecer regras específicas e diferenciadas para as licitações e contratos das obras e serviços necessários à realização dos eventos Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos Rio 2016. Cabe ainda assinalar o fato de que o RDC já foi objeto de várias modificações, tendo o seu espectro de aplicação ampliado para outros setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional.

2.3 FINALIDADES DA LICITAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES

De acordo com o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório visa:

[...] garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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 (BRASIL, 1993)

Sendo assim verificam-se serem 03 (três) as finalidades da licitação: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Ao garantir a observância do princípio da constitucional da isonomia quis o legislador privilegiar a igualdade de tratamento dispensada aos interessados em participar do certame licitatório, de maneira a retirar "da esfera pessoal do agente administrativo a escolha de quem contrata com a Administração Pública" (NIEBUHR,2015).

A segunda finalidade, cujo entendimento é elementar, visa permitir à Administração Pública a proceder à escolha da proposta mais vantajosa apresentada, a permitir uma adequada destinação dos recursos financeiros disponíveis privilegiando o interesse público.

A ultima finalidade prevista no Artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, foi acrescida pela Lei nº 12.349/10, com o escopo de

permitir que a Administração Pública possa conferir determinada margem de preferência às propostas que privilegiem outros interesses nacionais, como bem exemplifica Furtado (2016) ao afirmar que:

Um dos aspectos mais importantes que deve ser destacado é, sem dúvida, o fato de que, com a margem de preferência criada pela MP nº 495/10, convertida na Lei nº 12.349/10, o certame poderá ser decidido em face de fator estranho ao objeto da licitação e, portanto, não associado à específica necessidade da Administração que venha a motivar a abertura do procedimento, mas a outros interesses previstos no § 6º do dispositivo legal acima mencionado (geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país e custo adicional dos produtos e serviços) (FURTADO, 2016, p. 349).

Analisadas as finalidades a que se propõe a licitação pública, cabe também destacar a importância dos princípios jurídicos balizadores do procedimento licitatório. Nesse sentido, Carvalho Filho (2016, p. 337) afirma que "a licitação é norteadora por alguns princípios, alguns dos quais expressos em lei, os quais definem os lineamentos em que se deve situar o procedimento".

O artigo 3º da lei nº 8.666/93 carrega consigo uma série de princípios jurídicos que deverão ser considerados na ocasião do processamento de todo o certame licitatório. Os referidos princípios são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de outros princípios que lhes são correlatos.

Além da incidência dos princípios acima referidos, verifica-se a possibilidade de incidência de outros princípios não listados no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 mas que guardam na sua essência preceitos plenamente aplicáveis ao instrumento da licitação pública tendo sua aplicação condicionada às peculiaridades do objeto e das modalidades de certame definido pela Administração.

A influência exercida pelos princípios jurídicos aplicáveis à licitação tem o condão de auxiliar a sua condução por parte da comissão do certame bem como de servir de instrumento de fiscalização tanto para os participantes quanto a toda a sociedade.

3 DA OBRIGATORIEDADE ÀS EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

Como visto anteriormente, por força do inciso XXI do art. 37 do Texto Constitucional, ressalvadas as hipóteses nas quais se lhe permite a contratação direta, para a aquisição das

utilidades de que necessita, a Administração Pública se vê obrigada a realizar o devido processo licitatório correspondente.

Essa obrigatoriedade também foi contemplada na Lei n. 8.666/93, mais precisamente no caput do art. 2º que assim dispõe:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei (BRASIL, 1993).

Destaca-se ainda que a essa obrigatoriedade sujeitam-se, nos termos do art. 1º do estatuto federal licitatório, todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Essa obrigatoriedade a que se sujeita a Administração Pública para a aquisição dos bens e serviços de que necessita é lastreada pela presença de alguns requisitos, os pressupostos da licitação, que serão analisados a seguir.

3.1 OS PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Para uma parte da doutrina, a obrigatoriedade do procedimento licitatório é condicionada à verificação da existência de alguns pressupostos, sem os quais não se poderia atingir as finalidades pretendidas com a realização do certame (MELLO, 2010).

Os pressupostos da licitação são: o pressuposto lógico, o pressuposto jurídico e o pressuposto fático.

O pressuposto lógico é caracterizado mediante a verificação da existência de uma pluralidade de objetos e de ofertantes, sem a qual restaria frustrado o caráter competitivo do procedimento licitatório, inviabilizando a sua realização. Segundo Mello (2010) a "dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato". Para Mazza (2016) " Ausente o pressuposto lógico, deve haver contratação direta por inexigibilidade de licitação".

O pressuposto jurídico caracteriza-se pela verificação da conveniência e da oportunidade da utilização do procedimento licitatório diante do caso concreto. Essa análise deve levar em consideração o caráter instrumental do referido instituto como um meio apto

para se atingir o fim almejado pela Administração. Ficando constatado que a realização do certame venha a inviabilizar ou dificultar a satisfação do interesse público almejado, deve a Administração prover a sua necessidade mediante contratação direta.

Já o pressuposto fático distingue-se pela existência de interessados na participação do procedimento licitatório, de modo que não havendo tal interesse, torna-se impossível a sua realização. Para Mazza (2016) "A ausência do pressuposto fático implica a autorização para contratação direta por **dispensa de licitação** embasada na denominada **licitação deserta**", prevista no art. 24, V, da Lei n. 8.666/93.

Desta maneira, se durante a análise de viabilidade de realização de eventual certame licitatório for constatada a ausência de qualquer dos pressupostos acima, a Administração fica autorizada a lançar mão das hipóteses de contratação direta, mediante dispensa ou inexigibilidade.

3.2 EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

Como visto anteriormente, a regra geral para a aquisição de bens e serviços necessários à satisfação dos interesses perseguidos pela Administração Pública consiste na realização de prévio procedimento licitatório. Ocorre que essa obrigatoriedade não é absoluta, conforme se verifica nos termos do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que admite a possibilidade de, nos casos previstos em legislação específica, se proceder à contratação direta.

Nesse sentido são as palavras de Di Pietro (2014):

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 (DI PIETRO, 2014. p. 394).

A vigência da Lei das Licitações e Contratos trouxe ao nosso ordenamento jurídico duas hipóteses em que não é obrigatória a realização do certame licitatório: a dispensa e a inexigibilidade.

Essas duas modalidades de contratação direta estão fundamentadas em diferentes dispositivos da Lei n. 8666/93, que considerou diferentes causas para a motivação da dispensa e da inexigibilidade de licitação.

Como diferença entre essas duas modalidades de contratação direta podemos citar o entendimento de Mello (2010) ao afirmar que:

[...] a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já, a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo — deve-se acrescentar — por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável (MELLO, 2010, p. 542).

Por sua vez, o professor Niebuhr (2015) diferencia as duas modalidades de contratação direta da seguinte maneira:

A inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido da licitação pública, que pressupõe disputa. A dispensa relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados (NIEBUHR, 2015, p. 114).

Dessa forma, conforme as ideias acima transcritas, a diferença entre as duas modalidades de contratação direta se constata no fato de que nas hipóteses de dispensa há a possibilidade de realização do procedimento licitatório, no entanto este não é realizado por se mostrar contrário ao interesse da coletividade, enquanto que na inexigibilidade não ha como estabelecer uma disputa em face da impossibilidade de competição.

3.2.1 Licitação Dispensada

Quanto às hipóteses de dispensa da licitação, o professor Niebuhr (2015) afirma que:

[...] aos olhos da Constituição Federal, mormente da parte inicial do inciso XXI do seu artigo 37, a obrigatoriedade de licitação pública é a regra, e a contratação direta, a exceção. Daí que ao legislador não é lícito autorizar a dispensa de licitação pública de acordo com o que bem ou mal lhe aprouver, mas somente diante de situações em que, insista-se, efetivamente o certame imporia gravames ao interesse público (NIEBUHR, 2015, p. 213-214).

Assim sendo, verifica-se que as hipóteses nas quais a licitação é dispensada, em tese, poderiam até permitir a realização do certame licitatório, mas em sendo realizado poderia trazer prejuízos ao interesse público que visa proteger.

No que tange à dispensa de licitação pública, os seus contornos são definidos nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93. Tendo parte da doutrina subdividido as hipóteses de dispensa em licitação dispensada e licitação dispensável.

Por licitação dispensada a doutrina considera as hipóteses previstas no artigo 17 da Lei n. 8666/93, no qual, em suma, são tratadas as hipóteses nas quais a Administração Pública aliena os bens móveis e imóveis de sua propriedade. Essas hipóteses não se submetem ao crivo discricionário do gestor público, quanto a possibilidade ou não de realização do procedimento licitatório, estando vedadas por determinação da própria Lei.

Nesse sentido são as palavras da professora Marinela (2010), que assevera:

Na licitação dispensada não cabe ao Administrador o juízo de valor, ou seja, não há possibilidade de escolha se vai ou não realizar o certame. A lei diz que não licita e pronto. Encontra-se essa hipótese nas alienações de bens públicos móveis e imóveis, previstas no art. 17, incisos I e II (MARINELA, 2010, p.332).

Por sua vez, as hipóteses de licitação dispensável estão dispostas no art. 24 da Lei nº 8.666/93. Nessas circunstâncias Marinela (2010, p. 332) afirma que "o legislador a dispensa, mas quem decide se esta deve ou não ocorrer é o Administrador, cabendo-lhe o juízo de valor". O rol de situações previstas no referido artigo é bastante extenso, contando, atualmente, com cerca de 34 hipóteses.

A respeito das situações aptas a tornarem dispensável a realização de licitação cabe destacar ainda a classificação desenvolvida e adotada por parte da doutrina que agrupa as hipóteses em que a licitação é dispensável em decorrência de: pequeno valor; da ocorrência de guerra ou grave perturbação da ordem; da ocorrência de situações de emergência ou de calamidade pública; bem como de outras situações em que a realização do procedimento licitatório possa ameaçar o interesse público.

Outro aspecto importante a respeito da contratação direta na modalidade de dispensa de licitação é o rol taxativo de possibilidades de aplicação, pois suas hipóteses tem que estar, obrigatoriamente, previstas em lei, conforme o entendimento da doutrina exemplificado adiante através dos apontamentos de Niebuhr (2015, p. 114) ao afirmar que "[...] os casos de dispensa [...] requerem específica previsão normativa, cabendo, portanto, ao legislador enunciá-los, mesmo em obediência ao princípio da legalidade".

3.2.2 Licitação Inexigível

Em sentido diverso da dispensa da licitação, a inexigibilidade de licitação só pode ser aplicada nos casos em que não há a possibilidade de se estabelecer uma competição.

A inexigibilidade será verificada sempre que, por circunstâncias peculiares relativas à utilidade pretendida pela Administração, não for possível proceder à escolha. Nesse sentido são as palavras do professor Gasparini (2011):

[...] a inexigibilidade de 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 previa licitação (GASPARINI, 2011, p. 605).

Assim sendo, é essa impossibilidade de concorrência que afasta a obrigação de licitar e autoriza a contratação direta.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão dispostas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

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. (BRASIL, 1993).

Cabe destacar que, em sentido diverso da dispensa da licitação, o rol de hipóteses listadas no art. 25 da Lei nº 8.666/93 é meramente exemplificativo, podendo outras hipóteses se adequarem ao enunciado do seu *caput*, desde que se verifique a inviabilidade de competição. É nesse sentido o entendimento de Di Pietro (2014):

[...] 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 inexistente, não há que se falar em licitação (DI PIETRO, 2014, p. 397/398).

Feitas as considerações acima, convém destacar que os casos de contratação direta não liberam a Administração das demais exigências referentes à celebração do contrato administrativo como a habilitação do contratado, a garantia, entre outras. Da mesma forma que não afastam a possibilidade de responsabilização dos gestores públicos que procederem à contratação direta sem a devida justificação bem como mediante a ausência dos seus requisitos autorizadores.

3.2.2.1 Da Inexigibilidade de Licitação para a Contratação de Serviços Técnicos Especializados e seus Requisitos

Entre as possibilidades de contratação direta na modalidade da inexigibilidade, encontra-se a prevista no inciso II do Art. 25 da Lei nº 8.666/93, que possibilita a contratação de serviços técnicos especializados sem a necessidade de se proceder à instauração de um procedimento licitatório.

Destaque-se que para a realização da contratação direta dos serviços técnicos especializados devem estar preenchidos 03 (três) requisitos a saber: o serviço deve estar listado no rol presente no art. 13 da Lei nº 8.666/93; que seja considerado serviço de natureza singular e que o profissional contratado para a sua execução detenha notória especialização.

A respeito do primeiro requisito mencionado, o serviço pretendido pela Administração deve estar elencado no rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, que considera serviços técnicos profissionais especializados:

- 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;
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- 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 (BRASIL, 1993).

Para parte da doutrina, o rol de serviços técnicos especializados constante no art. 13 da Lei nº 8.666/93 é fechado, pensamento este exemplificado por Gasparini (2011) para quem a interpretação dessa lista deve ser restritiva diante da regra geral da obrigatoriedade de licitação, tratando-se de um rol de natureza taxativa.

Em sentido oposto está o posicionamento do professor Niebuhr (2015) ao afirmar que:

[...] a inexigibilidade resulta da inviabilidade de competição, dependente não de disposição legislativa, mas de situação fática. Isto é, em todas as situações em que se estiver diante da inviabilidade de competição, tem lugar inexigibilidade. Seguindo essa exegese, se houver outros serviços que revelam natureza singular, afora os enunciados no artigo 13 da Lei nº 8.666/93, também eles não se encontram sujeitos à obrigatoriedade de licitação pública, visto que inviável é a competição (NIEBUHR, 2015, p. 162).

Ao nosso ver o segundo posicionamento se mostra mais apropriado, tendo em vista que o instituto da inexigibilidade de licitação fundamenta-se na inviabilidade de competição. Dessa forma, diante da inexistência de determinado serviço técnico na lista apresentada no art.13 da Lei nº 8.666/93, desde que por suas características não se possa submeter os seus prestadores a uma escolha fundada em critérios objetivos, esta deve ser submetida à avaliação discricionária do administrador.

O segundo requisito presente ao inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 é que o serviço a ser contratado mediante a contratação direta seja de natureza singular, ou seja, que carregue em sua essência a excepcionalidade necessária a distingui-lo dos serviços habituais à rotina diária do órgão público contratante.

Em seus ensinamentos Gasparini (2011) considera que:

Por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade 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 (GASPARINI, 2011, p. 611).

Desta maneira, em conformidade com a doutrina supracolacionada, a singularidade caracteriza-se tanto pelas peculiaridades do serviço em si como pelos atributos subjetivos possuídos pelo prestador a ser escolhido para a sua execução, que por suas características personalíssimas fará com que a Administração julgue ser o seu trabalho o mais adequado à satisfação do interesse público pretendido.

O terceiro e último requisito é a notória especialização do profissional ou empresa que se deseja contratar. A própria Lei nº 8666/93, apresenta, no parágrafo 1º do art. 25, uma definição do que seria um profissional ou empresa de notória especialização:

[...] § 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 permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Dessa forma a notória especialização se verifica como a presença de atributos e características que permitam a presunção de que determinado profissional ou empresa possua, além da capacidade técnica acima da média em sua área de atuação, o reconhecimento tanto do público quanto dos seus pares de que a atividade por ele desenvolvida se mostra como uma das mais recomendadas ao atendimento da demanda pretendida pela Administração.

Diante da presença dos 03 (três) requisitos analisados acima é possível que se chegue a um reduzido número de profissionais e/ou empresas aptos a satisfazer o interesse público pretendido pela Administração, a quem caberá, através da discricionariedade que lhe é pertinente, proceder à escolha do profissional que melhor atenderá a sua demanda. Destaca-se que essa preferência por determinado profissional em detrimento dos outros é pautada na confiança que se estabelece entre contratante e o contratado, que faz crer no julgamento do primeiro que o profissional escolhido seja o mais adequado a prestar o serviço pretendido.

Nesse sentido foi o voto do Ministro Eros Roberto Grau, proferido na ocasião do julgamento da Ação Penal nº 348/SC, em trâmite no STF, cuja ementa segue:

ACÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

[...]

2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da *confiança* da Administração 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 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). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

[...]

4. Ação Penal que se julga improcedente. justa causa. (STF, ACÇÃO PENAL 348/SC, RELATOR : MIN. EROS ROBERTO GRAU (15/12/2006)).

Após a análise acima cabe a lembrança de que a modalidade da inexigibilidade de licitação examinada só se justifica com a presença robusta e simultânea de todos os requisitos

acima listados, entendimento este alinhado com os ensinamentos de Gasparini (2011) ao sustentar que a contratação de serviços técnicos profissionais especializados sem licitação só se legitima com a coexistência dos três requisitos supra-analisados, pois a falta de qualquer deles invalidaria a contratação direta.

4 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS

Reconhece-se a importância da atuação do advogado em todas as esferas da Administração Pública, se caracterizando como atividade imprescindível para a realização das finalidades perseguidas pelo Estado na busca da efetivação do interesse público.

Nessa direção são os ensinamentos de Rollo e Carvalho (2003) ao afirmar que:

[...] é indispensável a atuação do advogado em favor da administração nas disputas judiciais por esta mantidas, e igualmente é inafastável a participação daquele profissional na direção, consultoria e assessoramento dos serviços jurídicos em geral, dentre os quais se inserem, por óbvio, os pertinentes à realização das diversas atribuições do Poder Público (ROLLO e CARVALHO, p. 31, 2003).

Essa relevância também se apresenta no Texto Constitucional de 1988, que contemplou o profissional advogado no seu artigo 133, chancelando a importância da sua atuação como indispensável à administração da Justiça, garantindo a esses profissionais a devida proteção por seus atos e manifestações no exercício do seu mister.

Nesse mesmo sentido aponta o Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, em seu art. 2º, parágrafo 1º, cujo conteúdo ressalta a importância do advogado para a administração da justiça e sua significativa função social na prestação de serviço público.

Exaltada a importância que detém o advogado no desempenho do seu mister, a seguir serão analisados os requisitos autorizadores da contratação direta por inexigibilidade de licitação desse profissional para a prestação de serviços singulares aos órgãos da Administração Pública.

4.1 A CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Inicialmente, é inconteste que o ofício desempenhado pelo advogados requer a devida formação acadêmica, com o correspondente título de bacharel em Direito, bem como a sua

regular inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Apenas por esses atributos já é possível vislumbrar que, de certa forma, os serviços por prestados por estes profissionais se revestem de um contorno qualificado, de modo que, sob um olhar mais precipitado, já se poderia atribuir à atividade desenvolvida pelo advogado a qualidade da notória especialização.

Todavia, como é de conhecimento comum, a ciência do Direito é composta por uma quantidade considerável de ramos e subdivisões, e mesmo após a conclusão da graduação com a obtenção do título de bacharel, o profissional recém formado, por mais que tenha sido diligente em sua formação acadêmica, se encontra apenas no início de sua carreira, lhe faltando sobretudo experiência profissional.

Fica assim clara a sua submissão às mesmas regras existentes para a contratação direta lastreada no inciso II do art. 25 da mesma Lei das licitações. Nessa direção são as palavras de Niebuhr (2015, p. 176) ao asseverar que "a contratação por inexigibilidade dos serviços jurídicos sujeita-se às mesmas regras dispostas para os casos de serviços técnicos de natureza singular".

Como já foi visto anteriormente, os serviços executados pelo profissional advogado se encontra no rol presente no art. 13 da Lei n. 8.666/93, ficando claro o seu reconhecimento como serviço técnico.

Quanto à natureza singular do serviço a ser executado pelo jurista a ser contratado por inexigibilidade de licitação, deve-se levar em consideração que um bom número de órgãos da administração dispõe de procuradorias ou departamentos jurídicos próprios compostos por advogados pertencentes ao quadro permanente de pessoal, esses profissionais são os responsáveis pelo acompanhamento das demandas jurídicas de natureza habitual, que se apresentam comumente. Esses serviços variam de acordo com a atividade fim desenvolvida pelo órgão ao qual prestam o seu serviço, podendo ser citadas como exemplo atividades como a cobrança de dívida ativa, a defesa trabalhista, entre outras.

Todavia, por vezes surgem demandas de natureza extraordinária cujo processamento requer uma atenção redobrada por parte do gestor público, seja por envolver elevada quantia financeira ou que traga incalculável prejuízo ao interesse público. É diante dessas ocasiões que se identifica a incidência dos serviços de natureza singular, capazes de justificar a contratação de advogados estranhos ao quadro permanente de procuradores e que detenham amplo conhecimento e notória especialização acerca da natureza da causa.

Nesse sentido são os ensinamentos de Niebuhr (2015) ao afirmar que:

Essas hipóteses, de casos excepcionais, denotam a singularidade do objeto do contrato e, por isso, autorizam a contratação de profissional detentor de notória especialização, o que, por sua vez [...] é realizado através da inexigibilidade de licitação pública. Aliás, esse tipo de contratação é o que deve suceder como regra, porque as entidades administrativas devem possuir corpo jurídico próprio para tratar de suas questões ordinárias[...]. Para outras questões e casos singulares, situadas fora do trato diário de seu corpo jurídico, podem contratar outros profissionais[...] (NIEBUHR, 2015, p. 177).

Dessa forma, por serviços de natureza singular deve-se entender aqueles que fogem ao padrão rotineiro dos serviços prestados pelas procuradorias pertencentes aos órgãos da Administração, de maneira que, em face à sua complexidade, venham exigir uma maior atenção para a sua adequada satisfação. Para Niebuhr (2015) não é recomendado atribuir a resolução destas demandas singulares ao corpo jurídico existente, já que priorizar matérias complexas que necessitem de um volume maior de dedicação para a sua resolução certamente levará ao desatendimento das questões ordinárias, cujo volume, na maioria das vezes, já demanda integral atenção.

Como última exigência a ser verificada, presente no rol descrito no inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, é necessária, além da caracterização de que o serviço a ser desempenhado seja de natureza singular, a comprovação da notória especialização do profissional que se pretende contratar.

Devido à dificuldade de se definir um significado para a expressão "notória especialização", por se tratar de termo capaz de ensejar uma vasta amplitude semântica, o legislador ordinário tentou delimitar um sentido que, em certa medida, pudesse conter determinado grau de objetividade. Essa tentativa de definição foi levada a efeito pela inserção do parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, que assim dispõe:

[...] § 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 permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (BRASIL, 1993).

Dessa forma, com o balizamento fornecido pelo parágrafo acima colacionado, é possível vislumbrar que o profissional a ser escolhido para a satisfação do interesse público a ser provido por intermédio da contratação direta deve possuir conhecimentos extraordinários acerca da demanda para a qual será contratado, conhecimentos estes que deverão ser, comprovadamente, acima dos exigidos ao regular exercício da profissão.

Todavia, não basta que a notória especialização requerida seja em qualquer área de conhecimento, deve-se restar demonstrada a relação entre a natureza da demanda e a área na qual o profissional possui alto grau de qualificação. Nesse sentido são as palavras de Niebuhr (2015, p. 176) para quem "o perfil do especialista deve ser apropriado à consecução das utilidades pretendidas pela Administração Pública através do serviço, revelando a necessidade de nexos entre o objeto do contrato e o sujeito contratado".

A aferição da notória especialização de determinado advogado será comprovada através da análise de um conjunto de características pessoais, tais como formação acadêmica, experiência profissional, histórico favorável em demandas similares, entre outros atributos que possam levar à presunção de que a sua escolha revele ser a mais adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública.

4.2 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO DA LICITAÇÃO E A ATUAÇÃO DO ADVOGADO

Vistos e examinados acima os requisitos autorizadores da contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação e a sua aplicação na contratação direta de advogados, revela-se apropriada a análise da compatibilidade entre o procedimento licitatório e a legislação que regula o exercício da profissão.

Como se verificou anteriormente, a licitação pública tem como escopo a escolha da proposta mais vantajosa para o poder público, vantagem esta relacionada, na grande maioria das vezes, ao oferecimento das melhores condições de preço. Em sentido oposto se verificam as disposições presentes tanto na Lei n. 8.906/94, que dispõe acerca do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil quanto no Código de Ética e Disciplina da OAB, normas estas responsáveis por ditar as prerrogativas e deveres éticos aos quais devem se submeter aqueles profissionais.

Segundo Rollo e Carvalho (2003) é defeso ao advogado a participação em procedimento licitatório, já que submeter esses profissionais a competir entre si, de maneira a condicionar a escolha ao oferecimento da proposta de menor valor seria uma forma de mercantilização dos seus serviços, o que configura, nos termos do Art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB, prática incompatível com o exercício da advocacia. Outra prática decorrente da participação do advogado em certame licitatório seria o inevitável aviltamento dos valores dos honorários advocatícios, situação esta vedada pelo conteúdo disposto no Art. 41 do Código de ética e Disciplina da OAB.

Outro traço de incompatibilidade verificado entre o procedimento licitatório e o exercício da advocacia se vislumbra na relação de confiança que se estabelece entre o advogado e seu constituinte, característica subjetiva impossível de ser cotejada por pelos parâmetros objetivos nos quais se ampara a licitação. Para Rollo e Carvalho (2003) a escolha de advogado para a execução de serviços de natureza singular em favor da Administração Pública deve levar em consideração o poder discricionário do gestor a quem cabe selecionar o profissional que, na sua concepção, se presume ser o mais adequado à satisfação da demanda pretendida pela Administração.

O Tribunal de Contas da União já deliberou sobre esse tema, vindo a editar a súmula nº 39/2011, na qual o referido órgão de controle externo firmou o entendimento no sentido de reconhecer a impossibilidade da seleção, por meio de certame licitatório, de serviços de natureza singular executados por profissionais cuja atuação se reveste de atributos subjetivos que apresentam como premissa a relação de confiança entre contratante e contratado, autorizando nesses casos a contratação direta por inexigibilidade de licitação, conforme se verifica a seguir.

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2011).

Impedir que a Administração Pública busque, ao ser demandada em causas de natureza singular, os serviços de advogados renomados na sua área de atuação, quando tal proibição não é exigida dos particulares que com ela litigam em juízo seria, no mínimo, desarrazoado, já que estes não hesitam em contratar os mais experientes causídicos para a defesa do seu interesse privado em face do interesse público protegido pela primeira.

Nesse sentido, diante das prerrogativas e deveres éticos a que estão submetidos os advogados, revela-se incompatível a sua participação em procedimento licitatório, devendo a Administração Pública proceder à sua contratação por intermédio da inexigibilidade de licitação, nos termos do Art. 25, Inciso II da Lei nº 8.666/93.

4.3 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA

Nossos Tribunais Superiores vêm, com frequência, se debruçando sobre casos que versam sobre a temática da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, admitindo a sua efetiva aplicação desde que demonstrada a presença dos requisitos permissivos.

Nesse direcionamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem enfrentado essa questão em algumas ocasiões, tendo sido trazido a este ensaio a análise do Recurso Especial nº 488842/SP, que tem servido de paradigma àquela Corte, na qual foi examinada uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Prefeitura Municipal de Itatiba e outros, visando a declaração de nulidade do contrato administrativo firmado para prestação de serviços na área jurídica sem a respectiva licitação.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.

[...]

5. Recurso especial provido em parte. (STJ, RECURSO ESPECIAL 488842/ SP, RELATOR : MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (17/04/2008)).

De modo similar vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se verifica na análise do Inquérito nº 3.074/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual foi questionada a contratação de escritório de advocacia para consultoria jurídica e patrocínio judicial do Município de Joinville/SC na retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto, cuja ementa segue abaixo:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa. (STF, INQUÉRITO 3.074/SC, 1ª TURMA, RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO (26/08/2014)).

Como visto acima, constata-se que o cerne dos debates promovidos em sede jurisdicional realizado em nossos Tribunais Superiores a respeito da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, na maioria dos casos apreciados, gira em torno da comprovação, ou não, da singularidade dos serviços a serem contratados e da notória especialização do executor contratado.

Registre-se ainda que diante desta relevante controvérsia jurídica, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 45, na qual a entidade requer o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos previstos nos artigos 13 (inciso V) e 25 (inciso II) da Lei nº 8.666/93, visando pacificar o entendimento acerca do tema. Argumenta a instituição que a previsão de inexigibilidade do processo licitatório deve ser aplicada como único meio eficaz para a contratação de serviços advocatícios pela Administração, pelo fato destes se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional afastam a possibilidade de realização da licitação.

Em sentido diverso, tanto a Procuradoria Geral da República (PGR) quanto a Advocacia Geral da União (AGU), na condição de *Amicus curiae*, se manifestaram nos referidos autos reprovando o caráter generalista que a entidade de classe deseja atribuir à matéria.

Apesar de o julgamento da referida ADC ainda não ter data definida para ser realizado, anseia-se que, com o seu desfecho e em função da repercussão geral dele decorrente, se alcance um direcionamento capaz de guiar as futuras decisões judiciais acerca do tema.

5 CONCLUSÕES

O presente artigo apresentou como escopo a análise da possibilidade de contratação, pela Administração Pública, de serviços advocatícios através de contratação direta, mais precisamente por meio de inexigibilidade de licitação.

A relevância do presente tema é justificada pela existência de considerável quantidade de processos judiciais instaurados em desfavor de um grande número de gestores públicos visando a sua responsabilização por eventuais irregularidades cometidas na contratação de advogados e/ou escritórios de advocacia sem a observância dos procedimentos administrativos obrigatórios da Licitação.

No decorrer deste estudo, como forma de se atingir a finalidade para o qual foi proposto, buscou-se analisar o instituto da licitação pública de maneira que se permitisse compreender sua essência. A análise dos aspectos gerais da licitação evidenciou a sua vocação para a escolha de utilidades capazes de serem classificadas e mensuradas através de critérios objetivos, privilegiando o princípio constitucional da isonomia na seleção das propostas que se mostram mais vantajosas para a Administração Pública.

Conforme foi demonstrado no presente estudo, considerando a natureza subjetiva da sua atuação, bem como as prerrogativas e deveres éticos aos quais estão submetidos os advogados, restou evidenciada a incompatibilidade entre o instituto da licitação pública e a atividade desenvolvida por esses profissionais. Dessa forma, a contratação de advogados para a execução de serviços de natureza eventual pela Administração Pública deve ser implementado, obrigatoriamente, por inexigibilidade de licitação, mediante a comprovação da singularidade do serviço a ser executado bem como que esta se relacione com a área de conhecimento na qual o profissional a ser contratado possua notória especialização.

A análise jurisprudencial dos tribunais superiores a respeito desta temática tem acompanhado essa mesma orientação. Nesse sentido, em sendo verificada a presença dos requisitos autorizadores da contratação direta por inexigibilidade de licitação, suas decisões vêm reconhecendo e exaltando a relevância do poder discricionário atribuído ao gestor público, na medida da sua confiança em que os profissionais escolhidos são os mais apropriados para as demandas pretendidas.

Evidenciou-se ainda a expectativa que o iminente julgamento da ADC nº 45 pelo STF venha, em função da repercussão geral que se espera do seu desfecho, a oferecer um direcionamento homogêneo a ser seguido tanto pela Administração Pública quanto pelos membros do Poder Judiciário acerca do tema.

Concluimos o presente artigo reconhecendo a relevância do presente tema como uma área promissora para o desenvolvimento de outras pesquisas, tendo em mente a impossibilidade de esgotamento de um assunto tão interessante e complexo através de um simples trabalho de conclusão de graduação. Todavia, mediante os dados colhidos na presente pesquisa, consideramos ser plenamente possível e recomendada a contratação de advogados

por inexigibilidade de licitação, com a ressalva de que não existe uma fórmula exata capaz de decretar uma solução genérica e categórica, devendo cada caso ser submetido a uma análise individualizada, na qual deverá ser avaliada a presença dos requisitos autorizadores bem como estar em consonância com o ordenamento jurídico vigente e em conformidade com o interesse público.

THE CONTRACTING OF ATTORNEY BY THE PUBLIC ADMINISTRATION FOR INEXIGIBILITY OF BIDDING

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the possibility of hiring attorney services by the Public Administration, through the unenforceability bidding process. In order that, an objective methodology was used, through a comparative study of different authors works and some jurisprudence about the subject. A bibliographical review, in which they were analyzed: the general aspects of the public bidding institute; the compulsory duty to bid and their exceptions; the requirements for contracting specialized technical services through the unenforceability bidding and its application in hiring lawyers; and finally, some judgments of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) and Brazilian Supreme Court (STF) concerning the subject were also analyzed. With results obtained, it was clear the unfeasibility of competition and the inadequacy of the use of the bidding for selection of lawyers, being demonstrated the possibility of hiring these professionals through the unenforceability of bidding, with the proviso that there is no generic and categorical solution applicable, each case being subject to an individualized analysis, in which the presence of the authorization requirements must be verified.

Keywords: Advocacy Services. Public Bidding. Administrative Law.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 set. 2017.

_____, Conselho Federal da Ordem Dos Advogados Do. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____, Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 039/2011**. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/264/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 348/SC**. Relator : Min. Eros Roberto Grau. julgado em 15/12/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28348%2EENUME%2E+OU+348%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ho4ueqo>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3.074/SC**. Relator : Min. Roberto Barroso. julgado em 26/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283074%2EENUME%2E+OU+3074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j26om9p>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45**. Relator : Min. Roberto Barroso. Conclusos ao(à) Relator(a) em 19/10/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5030897>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 488842/SP**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. julgado em 17/04/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=488842&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=12>>. Acesso em: 31 out. 2017.

_____, **Lei nº 8.666/93**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____, **Lei nº 8.906/94**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____, **Lei nº 10520/02**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____, **Lei nº 12.462/11**, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____, **Lei nº 12.349/10**, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112349.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____, _____. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo: Diogenes Gasparini**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, _____. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ROLLO, Alberto; CARVALHO, João Fernando Lopes de; ROLLO, Alexandre Luis Mendonça. **O advogado e a Administração Pública**. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.