



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

YNDIRA SANTOS PAIXÃO CUNHA

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA POR ENTES
PÚBLICOS: O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAR**

Salvador
2018

YNDIRA SANTOS PAIXÃO CUNHA

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA POR ENTES
PÚBLICOS: O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAR**

Monografia apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Licitações e Contratos Administrativos.

Salvador
2018

RESUMO

O tema das licitações assume função central no trato democrático, sobretudo no que concerne às funções do Estado, assim como nos princípios que este deve observar. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de princípios necessariamente observáveis pela Administração Pública, no que se inclui a observância do dever de licitar para a consecução de uma gestão proba. Contudo, existem diversas situações nas quais é imperioso que se subtraia a competição mercadológica para que se proceda com a contratação direta dos produtos e/ou serviços que se pretende obter. É justamente nestas situações que diversos problemas surgem, em especial o caso da contratação de serviços advocatícios, que tem sido amplamente realizada pelo instituto da inexigibilidade, solução que padece de impropriedades no que tange à adequação ao direito pátrio, segundo auferido pela doutrina e jurisprudência. A impossibilidade do trato mercadológico da advocacia, assim como a dificuldade no seu enquadramento no conceito de “natureza singular”, condiciona o jurista a assumir a necessidade de tomada de outras medidas que solucionem o problema, como a aplicação do caput do artigo 25, ou uma interpretação mais ampla do inciso II do art.25, trazendo em cotejo o elemento da confiança, ou a possibilidade de estabelecimento de uma nova modalidade de contratação direta, que, diferente das demais, terá seu lastro expresso, no elemento subjetivo da confiança, incidente especificamente sobre a atividade de advocacia, por suas características inerentes, mas que somente pode ser feita por alteração legislativa.

Palavras-chave: Licitações. Contratação Direta. Serviços advocatícios. Criação de instituto. Possibilidade.

RESUMEN

El tema de las licitaciones asume una función central en el trato democrático, sobre todo en lo que concierne a las funciones del Estado, así como en los principios que éste debe observar. La Constitución Federal de 1988 estableció una serie de principios necesariamente observables por la Administración Pública, en lo que se incluye la observancia del deber de licitar para la consecución de una gestión proba. Sin embargo, existen diversas situaciones en las que es imperativo que se sustrae la competitivo mercadológico para que se proceda con la contratación directa de los productos y/o servicios que se pretende obtener. Es justamente en estas situaciones que diversos problemas surgen, en especial el caso de la contratación de servicios de abogados, que han sido ampliamente realizada por el instituto de la inexigibilidad, solución que padece impropiedades en lo que se refiere a la adecuación al derecho patrio, según la doctrina y la jurisprudencia. La imposibilidad del trato mercantil de la abogacía, así como la dificultad en su encuadramiento en el concepto de "naturaleza singular", condiciona al jurista a asumir la necesidad de tomar a otras meditas que solucionen el problema, como la aplicación de lo art. 25, por uma interpretación mas amplia de lo artículo. 25, II, fundandose en elemento de la confianza, o la posibilidad de establecer una nueva modalidad de contratación directa, que, diferente de las demás, tendrá su lastre puesto en el elemento subjetivo de la confianza, incidente específicamente sobre la actividad de abogacía por sus características inherentes, pero que sólo puede hacerse por modificación legislativa.

Palabras clave: Licitaciones. Contratación directa. Servicios de abogados. Creación de ley. Posibilidad.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.1	LICITAÇÕES, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA.....	10
2.2	COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES: NORMAS GERAIS E ESPECÍFICAS.....	11
2.3	LICITAÇÕES SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO	14
2.3.1	Procedimento formal (legalidade)	16
2.3.2	Impessoalidade	16
2.3.3	Probidade (moralidade)	17
2.3.4	Publicidade	17
2.3.5	Igualdade entre os licitantes	18
2.3.6	Vinculação ao instrumento convocatório	19
2.3.7	Julgamento objetivo	20
2.4	OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	21
3	DISPENSA E INEXIGIBILIDADE: INSUFICIÊNCIA DOS INSTITUTOS PREVISTOS PELA LEI 8.666/93 PARA A REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	24
3.1	LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSÁVEL.....	24
3.2	INEXIGIBILIDADE DE LICITAR.....	28
3.2.1	O conceito da notória especialização e da natureza singular	31
3.2.2	A problemática que envolve a lei de improbidade e a contratação por inexigibilidade	34
3.3	INADEQUAÇÃO DO MODELO DE INEXIGIBILIDADE À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS: A JUSRISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.....	39
3.4	ATUREZA DO SERVIÇO ADVOCATÍCIO: INCOMPATIBILIDADE COM PRÁTICAS DE MERCADO.....	46
3.5	PROBLEMAS FÁTICOS OU TEÓRICOS EXISTENTES	50
4	UM NOVO OLHAR SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA:	

	POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE INSTITUTO LASTREADO NA CONFIANÇA.....	55
4.1	SOLUÇÕES POSSÍVEIS: NOVA ABORDAGEM HERMENÊUTICA SOBRE A DISPOSIÇÃO DO ART. 25, CAPUT, E INCISO II DA LEI 8666/93.....	55
4.2	FORMAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE ENQUADRAMENTO PARA ESSA ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO PELA EXPRESSA INDICAÇÃO DO ELEMENTO CONFIANÇA.....	61
4.3	VENTUAIS DISCUSSÕES SOBRE A MATÉRIA: PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	62
5	CONCLUSÃO.....	65
	REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

Trata-se o presente trabalho de um estudo desenvolvido sob a perspectiva de detalhar sobre o campo do direito material a problemática prática vivenciada com as contratações de escritórios de advocacia pelos entes públicos, de modo direto, pela via do instituto da inexigibilidade de licitação.

Por certo, e sobre uma leitura pueril, a realidade fática enfrentada pelas administrações nessas contratações é de difícil enquadramento do ato a norma da lei, a sorte dos gestores e profissionais contratados estarem sendo demandados em ações de improbidade por conta das contratações de advogado via processo de inexigibilidade.

Diante da dificuldade em justificar a contratação de escritórios pela via da Inexigibilidade, devido ao entendimento de que contratação desse jaez não pode passar por processo de licitação, haja vista inexistir viés de legitimação de concorrência, é preciso que se afaste a insegurança jurídica perpetuada, sinalizada pelo ajuizamento de ações civis públicas por improbidade administrativa contra gestores e profissionais da advocacia. Busca-se compreender não apenas se esse tipo de serviço pode demandar uma concorrência, mas, principalmente, a legitimidade da contratação direta destes profissionais.

Assim, o objetivo nessa dissertação é determinar que, diante das hipóteses atualmente previstas na lei, a inexigibilidade é a que pode ser justificada para tal espécie de contratação, entretanto, não tem esta um encaixe perfeito dos requisitos da lei com as situações em concreto que se apresentam. Por certo, a demanda é de um estudo sobre a viabilidade de um novo instituto para ver por enquadrado a natureza de serviço que, de forma incontestada, é distinto de qualquer outra prestação de serviço, conforme se demonstrará.

Dessa forma, enfrentar-se-á a possibilidade de criar adendo no instituto da inexigibilidade para, de modo específico, alocar essa espécie de contrato baseado na confiança entre o profissional e o cliente, assim como alterando ou extirpando a figura da singularidade, posto a pluralidade de profissionais que atuam nas mesmas

áreas, por meio da criação de um novo instituto, de lastro subjetivo na confiança, de forma a criar um ambiente de segurança jurídica e adequação científica no que tange à contratação destes profissionais.

Para tanto, o presente trabalho inicia na abordagem sobre os aspectos inerentes à licitação: seu conceito; características, pressupostos de existência; condicionantes; e efeitos, de forma a estruturar os fundamentos teóricos que darão lastro ao estudo que se desenvolve, bem como a centralidade da discussão e suas repercussões na ciência jurídica.

Superados os pressupostos teóricos, passa-se ao estudo dogmático do instituto da contratação direta, cerne da discussão que aqui se estabelece, por meio do qual se demonstra suas espécies e respectivas hipóteses de cabimento. Feito este enfrentamento, dar-se-á especial atenção à contratação direta por inexigibilidade de licitação - já que é o meio comumente utilizado para a contratação de serviços advocatícios por diversos entes federados - e os problemas decorrentes de tal escolha, fazendo uso, inclusive, de estudo sobre o posicionamento dos tribunais pátrios sobre a matéria.

Observada a profundidade do presente objeto de estudo, busca-se avaliar as possibilidades dadas pelo instituto da inexigibilidade, como também delinear traços de um novo instituto, cujo cerne seria o elemento subjetivo da confiança, para solucionar o problema aqui posto. Nesta mesma oportunidade, aplica-se esforço metodológico para o enfrentamento dos problemas de ordem prática e teórica que, de logo, podem surgir quando da discussão acerca do referido novo instituto que se pretende propor.

2 LICITAÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 LICITAÇÕES, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA.

As transações decorrentes da tratativa negocial são um fenômeno inerente à própria sociedade humana, em termos de capitalismo, esta prática assume uma função central na dinâmica social. Busca-se, nesse viés, as melhores condições de aquisição de algo a que se atribui valor, por meio de uma contraprestação que se espera ser a mais branda possível, de forma a se criar uma espécie de “equilíbrio” entre as expectativas de todas as partes envolvidas.

A referida prática, mesmo que extremamente corriqueira, ganha uma importância central em se tratando do Poder Público. O Estado é, atualmente, um dos principais agentes econômicos, realizando toda sorte de negociação junto ao mercado e utilizando, para tanto, recursos públicos, ou seja, de todos o seu povo, condição que requer especial atenção no emprego destes ativos.¹

Partindo à delimitação conceitual do termo licitação, MEIRELLES entende licitação enquanto o procedimento administrativo pelo o qual a administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato que intenta realizar.²

Pressuposto à sua existência é a competição, pela qual se busca propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com a Administração Pública, sob padrões previamente estabelecidos. Sobre o tema, segue a contribuição de DI PIETRO:

(...) pode-se definir 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.³

O Brasil, organizado sob a égide do Estado Democrático de Direito, de forma a promover os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988,

¹“A Administração Pública, por suas entidades estatais, autárquicas e empresariais, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Para essas atividades precisa contratar, mas seus contratos dependem, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 29 (grifos do autor).

² Ibid. p. 26

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 374

estabeleceu mecanismos de controle e proteção jurídica referentes à atuação do Estado. Dentre estes elementos, inclui-se a licitação enquanto um requisito de controle da democracia, cujo pressuposto é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”⁴.

O Estado Democrático de direito condiciona o Poder Público a licitar, pois consiste em um princípio fundamental que busca a garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária. O que se busca é que “todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.”⁵

É no diálogo entre a democracia e o direito que surgem as condicionantes à atuação do Estado. A Administração Pública é regida por diversos princípios que intentam conformar os anseios democráticos e de observância cogente, por ser a que atua, de forma direta, ativa e constante, na promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Sob este aspecto, o constitucionalismo moderno se desenvolveu segundo a teoria dos direitos fundamentais, que passou a nortear o papel do Estado na sociedade e estabelecer as diretrizes que o Direito deveria seguir. A compreensão de qualquer ramo jurídico depende, necessariamente, da interrelação entre este e o conjunto de direitos entendidos como fundamentais, visto que estes podem ampliar ou limitar as interpretações do alcance de determinado instituto.

SARLET entende direitos fundamentais como aqueles “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado⁶”, sendo esta a visão dominante sobre o seu conceito, que permite, inclusive, separação teórica dos mesmos, em relação aos direitos humanos (sendo estes decorrentes da positivação de direitos na esfera internacional).

Robert Alexy salienta que:

⁴Frase de Abrahan Lincoln amplamente difundida, proferida no discurso de Gettysbug em 1863, pondo fim à Guerra Civil Estadunidense e exaltando o estabelecimento do que se propôs a ser um estado livre e democrático.

⁵CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2013. p. 520

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 18.

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível, na maior medida possível, a controles intersubjetivos. Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais⁷.

Cumprir destacar que, para ser assimilado por uma sociedade, nenhum direito pode estar dissociado da historicidade sobre a qual se funda determinada cultura. Valores como liberdade e interesse público podem se desenvolver de diferentes formas, dependendo do agrupamento humano que o adota. A mera previsão positiva, portanto, não é capaz de compreender toda a sua forma jurídica e, conseqüentemente, os traços que lhe são inerentes.

As dimensões dos direitos fundamentais consistem numa interpretação que os sistematiza segundo o tipo de limitação de poder, ou “remédio”, a que se propõe determinado ordenamento, segundo uma ideia de conformação social, com fundamento da própria dialeticidade cultural do povo que os cria, de forma a potencializar os valores que lhe são inerentes⁸.

O critério usual de divisão é aquele que classifica os direitos fundamentais, sumariamente, da seguinte forma: direitos de *primeira dimensão*, enquanto aqueles que estabelecem limitações aos poderes do Estado, de forma a assegurar as liberdades individuais (direitos civis e políticos); direitos de *segunda dimensão*, complementam os primeiros, de forma a demandar uma atuação positiva do Estado em assegurar tais liberdades (direitos sociais, econômicos e culturais); direitos de *terceira dimensão*, como derivados de uma consciência coletiva de bem comum, que demandam uma atuação de todos os setores sociais (direitos de solidariedade). Atualmente, já se desenvolvem estudos no sentido da construção de direitos de quarta e quinta dimensões (direito à democracia e à paz, respectivamente), visto que

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

esta não é uma construção estanque, uma vez que deve acompanhar as demandas concretas que estabelecem a “fundamentalidade” de tais direitos⁹.

A necessidade de observância à licitação seria, aqui, delimitada como um direito conformado, sobretudo, na segunda dimensão, por tornar cogente uma atuação positiva do Poder Público em garantir os direitos da sua população. Como Estado brasileiro possuem diversos entes, dotados de diferentes níveis de competência atribuídos pela Constituição Federal, necessário será discorrer sobre as competências para a matéria de licitações, segundo se verá a seguir.

2.2 COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES: NORMAS GERAIS E ESPECÍFICAS.

Não havia na Constituição Federal do Brasil de 1967 norma expressa que definia a competência de legislar sobre a matéria de licitações, fato que criou divergência na doutrina quanto à sua natureza. Parte da doutrina entendia ser a licitação matéria de Direito Financeiro, para o qual cabe à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados normas supletivas; outra parcela doutrinária entendia ser matéria de Direito Administrativo, para o qual cada ente teria autonomia para normatizar sobre o tema.

Oportunamente, cumpre esclarecer que, neste trabalho, adotar-se-á o conceito de competência como poderes ou faculdades de atuação, atribuídos pela Constituição, às entidades federadas, no sentido de tratar de temas que lhe dizem respeito, para a consecução dos seus fins¹⁰.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988, no bojo do seu artigo 22, inciso XXVII, resolveu o impasse ao atribuir à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob o seu controle.”¹¹

⁹ CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: JusPODVM, 2013.

¹⁰ Ibid.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 375.

Após a Emenda Constitucional nº 19/98 o artigo 22, XXVII passou a vigorar com nova redação:

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;

Portanto, restou aos Estados e Municípios o exercício de competência legislativa suplementar em matéria de licitação¹². Contudo, persistiu a dificuldade de que se identificasse o que seriam normas gerais e normas especiais, pois inexistia um critério legal que orientasse o intérprete nesta senda.

Na intenção de sanar este impasse, a doutrina tem se posicionado pela necessidade de que se delimitem esses parâmetros e estabelecendo, por seu turno, os critérios que entende serem servidos à definição de “normas gerais” e “normas especiais” em matéria de licitação. Sob este aspecto, seguem as lições de MEIRELLES:

Para fins de licitação, deve-se entender por normas gerais todas aquelas leis, chamadas de leis nacionais, que estabelecem princípios e diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as licitações e contratos administrativos e, por isso, obrigatórias para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, pode haver uma, duas ou mais leis com a natureza de normas gerais. Logo, a lei 8.666, de 1993, não é a única com essa natureza. A lei 8.666, de 1993, estabeleceu *normas gerais* que lhe competiam, deixando aos Estados a sua *complementação* com disposições adequadas às peculiaridades de seu território, e aos Municípios a *regulamentação* das licitações locais no que é específico de suas contratações, respeitando, cada qual, os preceitos superiores que disciplinam o procedimento licitatório. E é natural que as entidades menores disponham sobre minúcias de suas licitações e contratações, atendendo às peculiaridades locais e à especificidade de suas obras, serviços, compras e alienações. O essencial é que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento, razão pela qual as exigências mínimas podem ser aumentadas no âmbito estadual e municipal, mas não podem ser relegadas, nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei federal.¹³

É, portanto, a Lei 8.666/93 a principal conformadora de “normas gerais” aplicáveis à matéria de licitações no Brasil. Contudo, dada à abrangência dessa lei, muito se tem discutido sobre a constitucionalidade da sua aplicação integral na qualidade de

¹²Art. 24, §2º e art. 30, II, da Constituição de 1988.

¹³MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p. 59

norma geral, pois esmiúça questões que, segundo parte da doutrina e precedentes jurisdicionais, implicaria numa indevida invasão por parte da União nas esferas de competência dos demais entes.

Este é o pensamento esposado por DI PIETRO¹⁴, no sentido de que a ingerência indevida supranoticiada intensifica a tendência legislativa centralizadora da União, com flagrante invasão da competência dos Estados e Municípios para legislação suplementar, pois o art. 1º da lei 8.666/93 preceitua:

Esta lei estabelece 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.

Entende aquela autora ser manifesta a inconstitucionalidade do referido artigo, pois nada deixaria para que os Estados e Município legissem em matéria de licitação e contrato administrativo, sendo, portanto, uma quebra do princípio do pacto federativo.

É o mesmo posicionamento adotado por JUSTEN FILHO:

STF reputou constitucionais os arts. 1º e 118 da Lei nº 8.666 e a grande maioria dos dispositivos objeto de questionamento foi reconhecida como enquadrável no conceito de normas gerais. Mas se entendeu que algumas disposições legais não podiam ser assim qualificadas. Tais dispositivos foram reputados como normas exclusivamente federais. Ou seja, apenas apresentavam natureza vinculante no âmbito da União e de sua Administração direta e indireta.

Dessa forma, por mais que o artigo 1º da lei 8.666/93 traga que “esta lei estabelece normas gerais” na matéria de licitações, é preciso que se interprete os dispositivos legais pontualmente. A análise que deve ser feita é a de que determinada norma, do referido diploma, pode ser de caráter “nacional” (norma geral) ou “federal” (norma específica), para a devida delimitação da competência dos entes federados na normatização da matéria.

Não obstante a centralidade assumida pela lei 8.666/93, outros diplomas estabelecem normas gerais sobre licitações, como a lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação “pregão”; a lei complementar nº 123/2006, Estatuto da Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte, dentre outras que tratam de normativas

¹⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 379

gerais à determinadas áreas, bens ou serviços que o legislador entendeu pela pertinência de normatização.

Não obstante a grande quantidade de normas sobre o tema, a Constituição Federal elenca princípios necessariamente aplicáveis à Administração Pública e que instruirão os estudos sobre as licitações e contratos administrativos, que condicionam a interpretação desta e, por vezes, podem até mesmo promover seu afastamento, dependendo do caso concreto a que se pretenda solucionar. Sobre os princípios constitucionais, passa-se a os elencar no tópico seguinte.

2.3 LICITAÇÕES SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

O esforço metodológico de sistematizar os princípios de um determinado ramo do direito é tarefa de suma importância, pois a força normativa dos princípios,¹⁵ tanto guia a interpretação dos institutos jurídicos, quanto estabelece parâmetros de conduta dos agentes sociais, sem os quais a compreensão do conjunto de suas normas resta prejudicada.

No direito brasileiro, os princípios alçaram uma posição de centralidade, sobretudo pela importação da teoria de Robert Alexy, consubstanciada nas suas obras “Teoria da argumentação jurídica” e “Teoria dos direitos fundamentais”, bastante repetida no direito brasileiro, inclusive sem o cuidado epistemológico adequado.

Em análise ao modelo de regras e princípios estabelecido por ALEXY, CARNEIRO traça as seguintes considerações:

O modelo de direito que Alexy identifica na prática do Tribunal Constitucional Federal alemão quanto aos direitos fundamentais, e que é por ele traduzido analiticamente, constitui um modelo não apenas de *regras*, mas também de *princípios*. Nesse modelo misto, as regras são ‘normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas’, contendo ‘determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível’ e, estando presentes tais condições, exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Já os princípios

¹⁵ Segundo Robert Alexy, essa cogência pode se dar em diversos graus, com vistas ao conjunto geral de princípios que regem o direito, sempre no sentido de satisfação na maior medida possível, porquanto são eles “(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

são normas que ‘ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes’, o que os torna mandamentos de otimização. (...)

Os princípios também jamais serão absolutos, caso contrário seria impossível compatibilizar direitos individuais de diferentes titularidades, seja entre si ou em face dos direitos coletivos. Essa relatividade implica tanto o conceito de princípio como mandamentos de otimização, quanto a ideia de sopesamento, isto é, de que a aplicação de princípios acarretará em colisões que devem ser solucionadas mediante a verificação do peso dessas normas em uma determinada situação concreta.¹⁶

Por estar preponderantemente ligado ao denominado direito público¹⁷, o direito administrativo, em especial a matéria de licitações, segue a maior parte dos princípios determinantes deste campo jurídico, a exemplo da legalidade, da supremacia do interesse público, da moralidade e da publicidade, cujo conteúdo serve para permitir o controle dos recursos empregados pelo Estado, assim como dar segurança jurídica ao cidadão frente a potenciais ingerências lesivas daquele, cuja posição de superioridade no trato com os particulares é uma condição recorrente.

Insta salientar que a própria licitação é um princípio vinculador da Administração Pública, por ser extraído de outro princípio, o da indisponibilidade do interesse público, consubstanciado numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.”¹⁸

A Constituição Federal de 1988 elenca, no seu art. 37¹⁹, caput, um rol de princípios expressos de observância obrigatória pela Administração pública, os quais se passa a abordar de forma específica, na sua nuance aplicável ao procedimento licitatório, sem a pretensão de exaurimento da matéria, para uma compreensão sistematizada a ser empregada neste estudo.

¹⁶ CARNEIRO, WálberAraujo. **Hermenêutica Jurídica Heteroreflexiva**: Uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 204.

¹⁷ A divisão do direito na forma público/privado já foi superada em termos científicos, contudo, sua importância didática subsiste no sentido de facilitar a compreensão dos aspectos mais marcantes de determinado ramo da ciência jurídica.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹“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 (...).”

2.3.1 – Procedimento formal (legalidade)

Por procedimento formal se entende a necessidade de que a licitação atenda a todas as prescrições legais pertinentes a todos os atos e fases que a compõem, mas não apenas à lei que o rege, mas também aos regulamentos e instruções, dentre outros instrumentos normativos aplicáveis, sob pena de que se incorra na ilegalidade do certame. Parte da doutrina, no entanto, emprega a terminologia “legalidade” para se referir a este princípio, contudo, não se entende aqui ser esta a terminologia mais adequada, haja vista o teor reducionista do seu emprego às questões de lei formal.²⁰

Como a Administração pode adequar o procedimento licitatório às suas peculiaridades, por meio de atos normativos infralegais, deve a estes observar fielmente, sob pena de incorrer, potencialmente, na invalidação de todo o conjunto de atos ligados a esta licitação. Decorrente é este princípio, naturalmente, do da legalidade, pois gera no administrado o direito subjetivo de exigir o atendimento de todas as normas aplicáveis, assumindo aqui, tão somente, uma roupagem mais específica.

2.3.2 – Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade, cujo conteúdo é dúplice, segundo SILVA, consistem no fato de que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão e entidade administrativa da administração pública, de sorte que é o autor institucional do ato.”²¹ Além deste, também é conteúdo do princípio da impessoalidade a “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”, segundo redação dada pelo art. 2º da lei 9.784/99.

No que interessa a este estudo, o princípio da impessoalidade está intrinsecamente ligado aos da isonomia e do julgamento objetivo, eis que todos os licitante devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, cabendo à

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²¹SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 352.

Administração tomar decisões com base em critérios objetivos, necessariamente excluídas quaisquer vantagens de caráter pessoal, seja para o agente público, seja para os particulares, ressalvadas aquelas expressamente previstas em lei ou no instrumento convocatório.

2.3.3 Probidade (moralidade)

O princípio constitucional da moralidade, por nomenclatura diversa adotada pela legislação, passou a ser denominado “probidade” no que se refere aos procedimentos licitatórios. Contudo, o seu conteúdo se mantém, consistindo na necessidade de que a Administração assuma uma postura não apenas lícita, mas conforme a moral e aos bons costumes, na necessária busca pela justiça, pela equidade, como também na ideia comum de honestidade²².

Devido à ampla indeterminação no conceito de “moralidade” empregado pela Constituição Federal, a lei 8.666/93 empregou o termo “probidade”, de forma a possibilitar a perquirição de sanções decorrentes de eventuais atos ímprobos, que podem conduzir, desde a suspensão dos direitos políticos, até a ressarcimento do erário, para além da responsabilidade penal eventualmente cabível.²³

2.3.4 – Publicidade

Na ceara das licitações, o princípio da publicidade não diz respeito tão somente à divulgação dos atos administrativos, de forma genérica, mas a obrigatoriedade de que, em diversas fases do certame, seus atos sejam ampla e efetivamente divulgados, até mesmo para a consecução do fim a que se presta, que é estabelecer uma competição entre os interessados.

Existe uma verdadeira gradação da força deste princípio em se tratando dos processos de licitação, haja vista que quando maior for seu objeto e, por

²²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²³MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

consequência, maior for a necessidade de estabelecimento de uma efetiva competição, maior será, também, a necessidade da sua observância. De forma específica, nas palavras de MEIRELLES:

A publicidade da licitação abrange desde a divulgação do aviso de sua até o conhecimento do edital e de todos os seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões relacionados com o processo licitatório, desde que solicitados em forma legal e por quem tenha legitimidade para pedirlos. Essa publicidade se fará conforme o caso, pela fixação do edital em recinto aberto ao público, pelas publicações no órgão oficial, pela divulgação na imprensa particular e pelos demais meios de comunicação de massa (rádio, televisão, anúncios em revistas técnicas e comerciais, cinemas etc.)²⁴

Destaque-se que, todavia, não se pode confundir a abertura da documentação e das propostas com o seu julgamento. A abertura deverá sempre ser por ato público, com o devido acesso aos interessados; o julgamento, por sua vez, pode ser feito em recinto fechado, sem a presença dos interessados, mas seus atos e fundamentos de decisão prescindem de fundamentação hábil, até mesmo para o exercício do direito de defesa pelos participantes ou por eventual interessado na propositura de ação popular, para além do controle de legalidade promovido por órgãos externos.

2.3.5 – Princípio da igualdade entre os licitantes

O princípio da igualdade entre os licitantes tem previsão expressa na Constituição Federal, no seu art. 37, XXI, haja vista a vedação à discriminação entre os participantes de procedimento seletivo, até mesmo por exigências no instrumento convocatório, salvo se decorrentes de autorização legal expressa, como é o caso da reserva de vagas à negros e pessoas com deficiência.

Por outro lado, pode a Administração estabelecer requisitos mínimos de participação, desde que devidamente lastreados na qualidade de indispensáveis ao bom cumprimento do contrato a ser firmado, de forma a que se assegure a exequibilidade do mesmo.

²⁴ Ibid. p. 40.

O que se preceitua, aqui, é o dito princípio da isonomia, para além da igualdade meramente formal. A isonomia segue a máxima de que se trate desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam e encontra respaldo da ordem constitucional brasileira. Em se tratando de licitações, Di Pietro assevera a seguinte contribuição acerca das possibilidades de tratamento diferenciado pela Administração Pública, são elas:

(...) a) quando a exigência discriminatória for pertinente ao relevante para o específico objeto do contrato; b) para garantir margem de preferência estabelecida pelos §§5º a 12 do artigo 3º (lei 8.666/93); c) para as hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 8.248/91; e d) para definir os critérios de desempate. Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio conceber benefícios às microempresas em empresas de pequeno porte, estendidos às cooperativas pela Lei nº 11.488/07, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação no *caput* do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.²⁵

Observadas estas exceções, pertinentes à aplicação do princípio da isonomia, além da persecução do interesse público através da contratação a ser realizada pela Administração, não é cabível ao Gestor criar outras formas de discriminação que não as expressamente permitidas, muitas das quais, inclusive, devem preceder de fundamentação específica para que não se incorra na invalidade de todo o certame.

É este um princípio essencial para o presente tema, pois a licitação é legitimada, justamente, pelo tratamento isonômico entre os participantes e, em conjunto com o princípio da publicidade e do julgamento objetivo, cria a presunção de que aquela contratação se deu da melhor forma possível, de acordo com os preceitos de um Estado Democrático de Direito.

2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

²⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. P.379.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório exprime o teor da adstrição aos termos permissivos e restritivos no ato que consubstancia o instrumento convocatório, perpassando desde o procedimento, propostas, julgamento, até mesmo o contrato ao fim firmado.²⁶

Este princípio está sedimentado no artigo 41 da lei 8.666/93, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Estas disposições constantes no instrumento convocatório irão condicionar toda a atuação da Administração e, por outro modo, faz nascer nos interessados o direito subjetivo de exigir o seu cumprimento, não podendo aquela se abster da sua observância.

Insta salientar que, como todo princípio, não é este absoluto. Deve incidir sob a sua aplicação os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sobretudo quando verificado um vício que, muito embora venha a ferir a vinculação ao edital, não macule a legitimidade do certame. É esta uma abordagem necessária, sobretudo por se tratar do emprego habitual de vultosas quantias do patrimônio público, assim como na movimentação de toda uma aparelhagem estatal para que se realize um procedimento licitatório que, por sua vez, não pode ser anulado por simples formalismo.

Naturalmente, o instrumento convocatório também é submetido à adequação de constitucionalidade e legalidade, extirpando-se cláusulas que sejam reputadas inválidas quando assim constatado, podendo, inclusive, alcançar todo o certame, uma vez que a mácula do lhe seja inafastável, condições sobre as quais o Poder Judiciário é diuturnamente instado a decidir.

2.3.7 – Princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo é uma extensão dos princípios da impessoalidade e da moralidade. Ele condiciona a observância dos critérios estabelecidos pelo

²⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 51.

instrumento convocatório e o constante nas propostas apresentadas pelos interessados. Neste caso, busca-se ao máximo reduzir a margem de discricionariedade do julgador, afastando-se juízos subjetivos de valor, para o qual se faz o esforço de constar todo o necessário no respectivo edital, sobretudo no que tange aos critérios de julgamento.

Este princípio condiciona, acresça-se, a incidência de vício sobre edital omissos aos critérios objetivos de julgamento, ou até mesmo de cláusula que venha a desrespeitá-lo ao atribuir à comissão julgadora ou a qualquer outro sujeito, poderes de valoração, de forma a inovar sobre os critérios previamente definidos.

A previsão legal sobre a qual se sustenta este princípio é o artigo 45 da Lei 8.666/93, que disciplina enquanto “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório (...)” sendo este o núcleo do que se entende pelo referido princípio, mas ainda prossegue: “(...) e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle” condições para o controle externo do presente ato administrativo.

2.3 A OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Como dito alhures, a licitação é instrumento que legitima a contratação do poder público no âmbito de um Estado Democrático de direito. Não por outro motivo, a própria Constituição Federal exige a realização de licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, assim como de concessão e permissão de serviços públicos²⁷.

²⁷Art. 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.

No mesmo sentido se encontra a normativa da lei 8666/93, que assim assevera:

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.

O parágrafo único da lei 8.666/93²⁸ ainda estabelece o rol de sujeitos obrigados a observar à realização de procedimentos licitatórios, de forma a abarcar toda a Administração Pública, e entes de direito privado, desde que haja participação da Administração, condição que inclui até mesmo as sociedades de economia mista.

MEIRELLES ainda aborda que o termo “obrigatoriedade de licitação” possui significado dúplice, assumindo a acepção de que compulsoriedade da licitação, genericamente considerada, bem como a da modalidade específica prevista na lei para o procedimento que se pretende realizar, haja vista o diálogo entre os princípios da eficiência e o da legalidade, impedindo o primeiro a assunção de uma modalidade muito onerosa para uma contratação simples e de baixo vulto, e restringindo o segundo a aplicação de uma modalidade mais singela para contratações de grande impacto.²⁹

Maiores considerações são pertinentes aos casos das empresas governamentais que atuam junto à economia. O artigo 173, §1º, da Constituição Federal³⁰, alteração dada ao inciso III pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998 dividiu a doutrina quando à obrigatoriedade ou não da realização por tais entidades da administração indireta.

²⁸Art. 1º. Esta Lei estabelece 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.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração 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.

²⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

³⁰Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

DI PIETRO entende pela ausência de autoaplicação do dispositivo acima mencionado, por entender que a norma dele extraída é de eficácia limitada, condição que continua a vincular as ditas entidades à lei 8.666/93.³¹

Por outro lado, ao confrontar o artigo 22, XXVII³², com o artigo 173, §1º, III, da Constituição Federal, a Autora indaga sobre o alcance da Lei 8.666/93 justamente sobre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, ou se estas estariam lastreadas tão somente pelo seu estatuto.

MEIRELLES, por outro lado, é peremptório ao afirmar a impossibilidade de se exigir a obediência à lei geral de licitações pelas empresas públicas, pois, segundo ele:

Evidentemente, tais empresas, que exercem atividades econômicas, não devem ter as mesmas restrições previstas para as suas congêneres prestadoras de serviços públicos, sob pena de contrariar o preceito constitucional de que o regime jurídico daquelas entidades deve ser assemelhado ao das empresas privadas (art. 173, § 1º, II). A diretriz constitucional se justifica. As empresas que exercem atividades econômicas não devem sujeitar-se às regras rígidas da Lei 8.666, de 1993, pois prejudicariam seu desempenho e competitividade no mercado. Devem ter regras mais flexíveis, que permitam sua atuação, ao mesmo tempo em que, como administram recursos públicos, devem estar submetidas a controle estatal e da sociedade.³³

Ainda vale fazer menção às entidades privadas que compõem o terceiro setor, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, dentre outras entidades que, mesmo não sendo vinculadas, *a priori*, à necessidade de licitar, ao celebrar consórcios públicos ou receber bens da União, submetem-se à normativa da lei 8.666/93.

Uma vez traçada a importância da licitação do quadro normativo brasileiro, assim como delimitadas suas características básicas, passa-se a delimitar o escopo de discussão às hipóteses em que a contratação direta é possível, de forma a propiciar o enfrentamento da problemática que envolve a contratação, por entes públicos, de serviços advocatícios.

³¹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³²Art. 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;

³³MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

3 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE: INSUFICIÊNCIA DOS INSTITUTOS PREVISTOS PELA LEI 8.666/93 PARA A REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

A ideia de que a licitação é a regra para as contratações com o poder público, assim como a contratação por dispensa ou inexigibilidade é a exceção, demonstra-se insubsistente quando confrontada à realidade que pretende reger. O estudo das demandas práticas às quais a Administração está submetida, quando da aquisição de produtos ou serviços, condiciona a incidência de diversos institutos, seja pela da licitação seja pela contratação direta.

Muito embora a obrigatoriedade da licitação seja regra, existem hipóteses em que sua implementação, por diversos motivos, implicaria num entrave à atuação do Estado na persecução dos princípios a que este se vincula, razão pela qual a lei estabelece hipóteses de contratação direta pela Administração Pública.

Sob esse ponto, tanto a realização da licitação quanto a contratação por dispensa ou inexigibilidade dependem da observância de pressupostos jurídicos e de certos requisitos objetivos tratados na norma. A grande finalidade do processo de contratação pública é viabilizar a plena satisfação da necessidade da Administração, seja mediante licitação, seja via dispensa ou inexigibilidade.

É com base nessas condições que se pode afirmar se a contratação, por licitação ou sem licitação, foi ou não legal. Assim, é preciso conhecer tais premissas, bem como os entendimentos dos órgãos de controle e do Judiciário para que a administração possa estar sempre a adotar a melhor orientação, como se abordará nos seguintes tópicos deste capítulo.

3.1 LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSÁVEL

A grande diferença entre as espécies de licitação dispensada e dispensável é a de que na forma dispensada a lei já traz a determinação de que não cabe licitar, enquanto que na dispensável cabe ao gestor a escolha por fazer ou não o procedimento de contratação de modo direto ou pela via da licitação.

Na visão de Fernanda Marinela³⁴, no que concerne à 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 determinação legal, aqui, é peremptória e vinculativa, não cabendo análise de conveniência e oportunidade quando da subsunção do fato à hipótese de incidência normativa. Como exemplo, tem-se a disposição do artigo 17 da lei 8666/93, incisos I e II referentes aos procedimentos de alienações de bens públicos móveis e imóveis.

Inclusive, o Tribunal de Contas de União - TCU prega o entendimento de que a análise para tal disposição deve ser de modo conglobante, razoável e proporcional, posto que o procedimento licitatório é custoso e demorado para a Administração e, uma vez sendo determinado como dispensada a licitação, posto considerado todas essas nuances, não caberia ao administrador exigí-la.

Em discussão a essa hipótese de licitação dispensada, a própria Fernanda Marinela³⁵ contextualiza que a maioria da doutrina traz uma nova perspectiva sobre a interpretação dada pelo legislador, vez que entende compreender não mais como uma vedação ao ato de licitação, mas sim, uma possibilidade, uma escolha do administrador. Veja-se como dispõe:

Todavia a doutrina critica essa distinção, explicando o seguinte: se nas hipóteses em que a licitação é dispensada, o Administrador não tem liberdade alguma, significa que ele está proibido de licitar, caracterizando-se uma “vedação” hipótese que foi abolida pela lei vigente. Portanto, segundo essa orientação, em ambas os casos (dispensada e dispensável), o legislador autoriza a contratação direta, não sendo essa autorização legislativa vinculante para o administrador, cabendo-lhe escolher entre realizar ou não a licitação.

Sobre essa nova perspectiva é possível ter como ideia conclusiva o fato de que pouco importa o conceito da licitação dispensada da dispensável, vez que a interpretação legislativa adotada atualmente pela doutrina é de que vai ser sempre

³⁴MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12^a edição, São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

³⁵ Ibid.

discricionária a ordem, vez que pode o administrador entender que será melhor alienar aquele bem, via um procedimento que possibilite maior publicidade e concorrência pelo melhor valor, observada a razoabilidade e proporcionalidade dos fatos que envolvem a situação prática, vindo então a licitar, por exemplo.

Todavia, para fins didáticos, e em razão da lei geral trazer ainda bem definida a conceituação da licitação dispensada (art. 17) e dispensável (artigo 24), cabe detalhar agora a licitação dispensável.

Para esse tópico o debruço literário aportou no quanto preconizou o legislador na dicção do art. 24 da lei 8666/93, tratando de situações que demandam uma competição viável, mas que, por orientação do administrador, não será licitada.

Fernanda Marinela,³⁶ em paráfrase de Marçal Justen Filho³⁷, bem coloca que as hipóteses de dispensa podem ser organizadas segundo a relação custo benefício detalhada sob os indicativos consoante quadro abaixo:

Custo econômico da licitação	Quando o custo econômico for superior ao benefício dele extraível – (ex. art. 24, I e II)
Custo Temporal da Licitação	Quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação – (ex: art. 24, III, IV, XII e XVIII)
Ausência de potencialidade de benefício	Quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação – (ex: art. 24, V, VII, IX, XIV, XVII e XIII)
Destinação da Contratação	Quando a contratação não for norteadas pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (ex. art. 24 VI, IX, X, XII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, XXI, XXXII, XXXIII, XXXV)

Assim, o entendimento é de que deve haver uma observância direta sobre os indicativos ora listados para que possa restar justificada a dispensa da licitação em processos de compra ou de execução de serviço. Nessa mesma toada, os incisos VIII, XXII e XXXIV do art. 24 restam caracterizados como bem singulares, não cabendo a sua inclusão em nenhum dos indicativos acima.

³⁶MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12^a edição, São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

³⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17 ed. São Paulo: Edotitora dos Tribunais. 2016. p.235

Catalogando as lições doutrinárias sobre o assunto, vale dar destaque ao postulado por Jessé Torres Pereira Júnior, que assim dispõe:

As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal (...)

A par de exauriente, o elenco de situações em que a licitação é dispensável apresenta-se com a característica de reservar à Administração discricionariedade para decidir, em face das circunstâncias do caso concreto, se dispensa ou não o certame. Mesmo em presença em que a dispensa é autorizada, a Administração pode preferir proceder à licitação, se tal entender superiormente ao interesse público.³⁸

Para o administrativista acima citado:

As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade". Mesmo na dispensa, há procedimento administrativo com a justificação do ato.³⁹

Dessas duas figuras, licitação dispensada e dispensável, o extrato interpretativo que se pode extrair é o de que, embora vigente essas regras na legislação, o caso prático é que vai direcionar para a melhor aplicação, sempre fazendo valer as disposições legais e a justificativa exauriente do ato administrativo adotado.

Para essas hipóteses de dispensa, são as contratações de advogado, norte deste trabalho, não abarcadas nas referidas rotinas, restando, pela regra da lei que se apresenta atualmente, o enquadramento pela inexigibilidade de contratação. Tal enquadramento, utilizado pelos entes públicos, tem sido motivo de discussão e muito inconformismo, com sinalização de prática de crime atentatório a lei de licitações, com incursão no artigo 89 do aludido diploma.

Dito isso, nos tópicos que se sucedem neste capítulo, passa-se ao ingresso, com maior debruço, sobre esse instituto da inexigibilidade, seus requisitos, e a contratação de serviços de advocacia, dando ênfase a toda a problemática que o envolve.

³⁸PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.45

³⁹ Ibid. p.46.

3.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAR

Sobre o tópico, a que se passa a discorrer, empregar-se-áodetalhamentoda visão geral idealizada pelo legislador, juntamente com a definição da obrigatoriedade de licitar, haja vista que a máxima para as contratações públicas é a da precedênciado procedimento licitatório. São exceções as situações em que a licitação é impossível de ser praticada, caso de inexigibilidade, posto que as situações de dispensa, como tratada linhas acima, necessariamente não autoriza a exclusão da licitação, ante a necessidade de haver a devida justificativa do ato, com análise exauriente de cada caso.

Pelo quanto ventila a CF no seu art. 37, inciso XXI, as compras, serviços, e alienações devem estar precedidas de licitação, funcionando como uma regra. Segundo se destaca:

Artigo 37: 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.

Nessa mesma linha de descrição da regra de licitar, a Lei Geral de Licitação traz com definida objetividade a obrigatoriedade para as contratações públicas decorrentes de procedimentos licitatórios, impondo-se como regra, assim sinalizado o artigo 3º do diploma em destaque, veja-se:

Art. 3º- A licitação destina-se a 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.

Portanto, tratando-se de compra, contratação para com a Administração Pública, os interessados devem participar de procedimentos licitatórios que observem o princípio da isonomia, o desenvolvimento nacional sustentável, a impessoalidade, a probidade administrativa, dentre outros.

Pois bem, em se tratandodas hipóteses de inexigibilidade, comportam-se estas como a exceção à regra de licitar. Em breve destaque, vale citar a conceituação trazida desse instituto por Jessé Torres Pereira Junior, o qual, ao tratar do assunto, assevera que: “licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição”⁴⁰.

Sobre o assunto vale trazer em colação o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr parafraseado por Ronny Charles Lopes de Torres, em que o autor faz destaque sobre a situação de impossibilidade de competição ante o conceito que atualmente é interpretado, como sendo um único fator a restringir a inviabilidade de licitação. Veja-se:

As duas categorias, inexigibilidade e dispensa, são distintas, por efeito do que não é correto confundí-las. Sob essa luz, rejeita-se, em oposição à mais gabaritada doutrina, que a falta de pressuposto jurídico acarreta a inexigibilidade de licitação. A propósito, segundo os partidários dela, a falta de pressuposto sucede nas hipóteses em que a realização de licitação impossibilita a consecução de outros valores relacionados ao interesse público, o que para a orientação assumida no presente estudo, retrata a dispensa.

A ordem positiva, como dito, delimitou o espectro da inexigibilidade às situações em que a competição não tem condições de se desenvolver, em que a competição, a disputa, é inviável. Destarte, havendo possibilidade de competição, mesmo que ela impeça a satisfação de interesses públicos, não se configura inexigibilidade. De não se trata de inexigibilidade, por exclusão, só pode se tratar de dispensa. Com efeito, a pretensa falta pressupostos jurídicos – situação em que a realização de licitação pública impede a satisfação de interesses públicos – desenha dispensa, sujeitando-se ao regime jurídico que lhe é próprio, especialmente de previsão legal.⁴¹

⁴⁰PEREIRA JUNIOR, JesséTorres.**Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**, 8ª ed, Rio de Janeiro, .Renovar, 2009.

⁴¹TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Publicas Comentadas**, 8ª ed. Salvador, ed.JusPodivm,2017

Todavia, esse retrato interpretativo, na visão de Ronny Charles⁴², e sobre a qual é por necessário se comungar não pode ser admitido com total restritividade, eis que para a interpretação do conceito não cabe apenas o fator formal da competitividade, mais sim estar ele associado ao atendimento ao interesse público, sendo inexigível uma licitação vindo esta a contrariar o interesse público.

Assim há por estar associado a inviabilidade de competição, com o interesse público, com este elemento discricionário cujo respaldo é imperioso para justificar a não ocorrência da licitação. O elemento interesse público afasta com propriedade a ordem de licitar, logo esse conceito da inviabilidade de competição não é tão absoluto a ponto de determinar a exclusão do procedimento, da mesma forma que sendo inviável a competição, e havendo interesse público a justificar a não aplicação da ordem de licitação, legítimo enquadramento pela inexigibilidade.⁴³

Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Ronny Charles coloca como indissociável a postura administrativa de analisar que caminham juntas a finalidade jurídica dos atos, o interesse administrativo, e a realização do procedimento licitatório. Em suas palavras:

Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento de uma finalidade jurídica que incuba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização do certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico, posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art.24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput.⁴⁴

Diante desse espectro interpretativo pode-se dizer que identificado o objetivo da administração, e havendo sobre ele impasses de concretização trazidos sobre a ordem de realização de um certame, adote-se a linha de que não sendo cabível dispensar, pela via geral do caput do art. 25 da Lei Geral de Licitações, é inexequível a licitação.

⁴²TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**, 8ª ed. Salvador, ed.JusPodivm,2017

⁴³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.514

⁴⁴Op. Cit.

Em delimitação do tema, é imperioso que se possa observar a contratação dos escritórios de advocacia sob a ótica de que é esta uma espécie de contratação cuja licitação é impossível de ocorrer, porque, pela essência da atividade, o viés da competição é afastado pelo próprio estatuto da classe, além de deter elemento discricionário para a efetivação da escolha, consubstanciado no limiar da confiança.

Sob a reunião desses fundamentos, pode-se apontar que a contratação de escritórios de advocacia comporta em sua essência uma inviabilidade de competição, defendida inclusive no seu estatuto de classe, a sorte de justificar-se somente no caput do art. 25 a não obrigatoriedade de licitar.

Nessa interpretação que apresento é como sendo o caput auto satisfativo a justificar essa contratação direta, tendo por base o elemento discricionário que é o salvaguardar o interesse público, delimitado pelo elemento confiança empregado no prestador daquele serviço.

Por raciocínio direto, faz-se por óbvio a relação simples a ser aplicada ao caso concreto, afastando inclusive os elementos tocantes a notória especialização e natureza singular, previsto no inciso II do aludido art. 25 da Lei Geral 8666/93, e sobre os quais na visão atual, ainda geram discussão sobre a sua incidência para a caracterização da figura da inexigibilidade na contratação de advogado.

3.2.1 O conceito da notória especialização e da natureza singular

É insuperável, consoante consigna retro, de viés restritivo, que outros dois pressupostos jurídicos estejam presentes. Portanto, pelo que defende quase que a integralidade da doutrina e da jurisprudência, esses dois requisitos estão encravados no próprio texto do art. 25, inciso II, do qual já fizemos os destaques necessários.

Nessa toada, resta indene de dúvidas que ali há uma condição *sinequa non* a ser suplantada: tem a Administração, que no caso particular, perceber que o serviço (entre os do art. 13) é de natureza singular, devendo ser este prestado por quem tem notória especialização.

Abordar-se-á, de entrada, o alcance semântico da notória especialização, bem como a sua ocorrência no caso concreto. Fazer um esforço no sentido de compreender o que significa a notória especialização, parece ser algo não aconselhável, isso porque o próprio legislador cuidou de dimensionar o que se entende por essa qualificação especial.

Contudo, é ilustrativa a letra da Lei⁴⁵ quando desenha as situações do mundo real as quais podem informar que determinado cidadão ou empresa oferece/pratica determinado serviço de forma conhecedora, reiterada, por uma técnica mais apurada, isso pelo seu grau de especialização no assunto.

Ao que se nota, o requisito pode ser coroadado, na hipótese concreta, seja pelo mérito da atuação profissional devidamente reconhecida ou pela envergadura acadêmica. Decorre disso que a experiência, com diversas outras situações similares, significa que determinado advogado ou banca tem o reconhecimento do mercado, o que o torna notório e especialista. De outro rumo, aquele que alcança elevadas láureas acadêmicas, também deve ser tido como notório e especialista.

Parece desaconselhável inferir o conceito do requisito em vértice com exagerado rigor moralista-ideológico, pois, a prevalecer essa demasia, estará a Administração, por mais distante e/ou depauperada que seja, prostrada à situação contraproducente, pois obrigada a contratar exímios juristas, dignos de honorários elevadíssimos. Verdadeiramente, há de ocorrer uma ponderação equilibrada entre a intenção normativa e a realidade de cada ente que pretende contratar.

Sobre essa percepção, vale anotar as francas constatações de André Ramos Tavares:

Uma parcela do Ministério Público e órgãos julgadores, ao elevarem, conforme visto no Item 1.2., o crivo da notória especialização para além do conceito mais dinâmico denotado pelo art. 25, §1º, da Lei de Licitações, findam por equiparar *notória especialização* a *notável saber jurídico*, ao menos no plano das contratações diretas de serviços de Advocacia.

⁴⁵Art. 25. (...)

§ 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.

Assim, para essa porção do *Parquet* e alguns *órgãos julgadores*, a contratação direta, aparentemente, somente se justifica se o contratado estiver *apto* a ser nomeado a Tribunal Superior, se o escritório de Advocacia contar com ex-Ministro em sua composição, ou, talvez, se o contratado for um dos seus mestres da época dos bancos escolares.

Em outras palavras, *notória especialização* importaria, de forma exagerada, em reserva de mercado, restrita a um grupo de profissionais seletos, integrantes de um imaginado *Olimpo Jurídico*. Ainda que esta exigência e seu elevado crivo possam ser desejados no plano *ideal*, reconhecer a natureza *prática, real* – mundana – da Licitação e das hipóteses de dispensa e inexigibilidade desta importa *em considerações e exigências mais razoáveis*.

É crível imaginar que cerca dos 5.500 (cinco mil e quinhentos Municípios) terão capacidade financeira para contratar os serviços de Advocacia desse seletos – e, portanto, caríssimo – grupo de Profissionais do Direito e Bancas de Advocacia? Deve o Município de Itatiba, por exemplo, enfrentar o dilema entre (a) contratar uma banca desse porte para resolver um problema que ameaça, direta ou indiretamente, o interesse público por ele tutelado, e, com isso, comprometer parte considerável de seu orçamento nesta contratação, ou (b) sucumbir às dificuldades enfrentadas, diante da insuficiência de seus recursos humanos para a empreitada?

As respostas tornam-se claras e revelam o romantismo dos parâmetros definidos ou pretendidos pelo *Parquet* e por alguns órgãos julgadores, quando o tema é contratação direta de serviços de advocacia.

Evidentemente que ex-Ministros podem ser contratados sem Licitação, mas não pelos motivos teratológicos que são abraçados por parte do Ministério Público.

*É importante frisar que o reconhecimento dos problemas concretos do mundo real não desautorizam ou descaracterizam o requisito da notória especialização, mas apenas importam em sua desmistificação e necessária funcionalização.*⁴⁶

A partir do ponderado, na tentativa de trazer a hipótese legal para mais próxima dos acontecimentos da vida, é fundamental que se passe, à sua incidência no caso concreto. Sem delongas impertinentes, tal silogismo se viabilizará pela análise perfunctória das contratações, assim como dos elementos justificadores construídos na sua legitimação.

Para tanto, é junto a formação do tomo do processo de Inexigibilidade que se catalogará todos os documentos referente a notória especialização dos Advogados componentes do quadro profissional da Empresa contratada, seja sob análise dos títulos e certificados seja por força do seu conteúdo acadêmicos e científicos, conquistados em laboratórios de estudos.

⁴⁶Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/oab-sp-cesa-miram-processos-improbidade-advogados>. Acesso em Jun. 2018

Na outra ponta, vale inferir sobre a notoriedade com que, pela letra da lei, deve se revestir os profissionais onde por vezes as diversas contratações por outros Entes legitima o reconhecimento. Em reforço ao entabulado, vide notas de Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁷, nas quais discorre sobre a questão:

A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de **interferir**, como requisito de atendimento da necessidade administrativa, **um componente criativo do 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, sensibilidades, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, **e tais fatores individualizados repercutiram necessariamente quanto a maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.**

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição de 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.**

Há, pois, nisto, também um **componente subjetivo** ineliminável por parte de quem contrata.” (destaques nossos)

Diante de situações subjetivas que certamente influenciarão no resultado esperado pela Administração, não há como confiar a qualquer prestador a tarefa de atender devidamente o interesse desta, por mais especializados que sejam. Tudo isso leva a crer que o certame, nessas hipóteses, não é o caminho recomendado, notadamente pela impossibilidade de definição de regras claras e precisas.

3.2.2 Da problemática que envolve a lei de improbidade e a contratação por inexigibilidade.

⁴⁷MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.514.

De igual sorte, evidenciada a regularidade da contratação firmada sem licitação, pelo fato desta ser inexigível na hipótese, carece de qualquer fundamento taxar tal particularidade contratual como crime previsto no artigo 89 da Lei de 8.666/1993.

Isto porque, a figura delitiva citada consiste em dispensar ou inexigir licitação sem a observância das prescrições legais, o que não se aplica ao presente caso sob estudo. Se não bastasse a ausência de subsunção da conduta adotada à norma definidora do crime, a inexistência de prejuízo ao erário, com a efetiva prestação dos serviços, reforça a conclusão de inexistência de delito.

Em artigo divulgado na internet de autoria do vice-presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP Mauro Roberto Gomes de Matos , este traça de modo linear que a contratação de escritórios de advocacia por si só não confere legitimidade para a promoção de ações de improbidade, tendo ali naturalmente previsto a singularidade do serviço ante a sua própria natureza.

Segundo se transcreve:

um trabalho singular, onde a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório para, através do menor preço, escolher qual seria a melhor opção para o serviço público contratar: “A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois ‘não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado.”⁴⁸

Nesse pressuposto inaugural da discussão, sobre a ausência de enquadramento do ato de contratação de advogado com ato de improbidade, tem-se a considerar que as hipóteses de inexigibilidade não são taxativas, possibilitando uma interpretação ampla a setor do caput do art. 25. E dito isso a própria natureza do serviço advocatício legitima essa via de contratação afastando a obrigatoriedade do processo licitatório.

⁴⁸MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contratação Direta dos Serviços Advocatício: O Contrato Administrativo**. 2ª ed., Ed. América Jurídica, 2002, p. 512.

Ora se a própria ordem de fatos e normas que se entrelaçam na interpretação ao caso concreto levam a determinar que a capacidade do advogado não pode ser avaliada em processo licitatório, em outras palavras que a capacidade do advogado, a sua forma de desenvolver o trabalho jurídico, suas teses que são entre a de tantos outros profissionais da área, diversa, denotam a impossibilidade de se mensurar por via de competição a contratação, não há nesse retrato apresentado viés de irregularidade, que justificasse o processamento de uma ação de improbidade administrativa.

E nesse aspecto, assevera Mauro Roberto de Matos:

Contratando diretamente o advogado não estará a autoridade administrativa cometendo infrações, e nem agindo no vácuo da lei, visto que a Lei nº. 8.666/93 não impede a aludida tomada de posição, devendo apenas o administrador justificar a escolha dentro de uma razoabilidade. Ao agir de tal forma, não será transgredida a lei licitante, pois o serviço jurídico a ser prestado será correspondente à necessidade do tomador do serviço, que não pode se desvincular da finalidade legal.

Possuindo o advogado qualificação especial, oriunda da sua própria lei, a licitação para a escolha do melhor serviço deverá ser afastada, pelo fato do processo licitatório, na espécie, não se afigurar como a melhor opção à finalidade pública.⁴⁹

Logo, a contratação pelo administrador de advogado não representa transgressão a disposição da lei de licitação, pecha para a improbidade, estando devidamente legitimada pelo caput sobre a inviabilidade de competição natural que decorre do serviço prestado pelo causídico.

Em disposição sobre a matéria o STF, bem lembrado pelo professor Mauro Roberto⁵⁰ já se pronunciou sobre a contratação de advogado sem processo licitatório, em submissão à natureza do trabalho a ser prestado pelo profissional, considerando como lícita a dispensa do certame.

Penal. Processual Penal. Ação Penal: trancamento. Advogado: Contratação. Dispensa de Licitação. I – Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso de dolo e de apropriação do

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

patrimônio público. II – concessão de habeas corpus de ofício para o fim de ser trancada a ação penal.

Nesta mesma, oportunidade fez consignar o quanto prolatado em voto pelo Min. Velloso:

O sempre arguto e competente Min. Velloso deixou consignado, na relatoria do julgado multicitado, que o trabalho intelectual do advogado é impossível de ser aferido mediante processo licitatório, descartando a hipótese do preço mais baixo ser a melhor opção para o tomador do serviço. Pela peculiaridade da prestação de serviço do advogado, assim disse o ilustre julgador: “Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine se a abertura de licitação para contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da res publica.

Neste sentido, vale também destacar o posicionamento doutrinário adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE PROCESSO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DA ADVOCACIA. RAZOABILIDADE DO VALOR CONTRATADO. SERVIÇO PRESTADO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DANO AO ERÁRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SÚMULAS 7 E 83/STJ. 1. **Por se** tratar de contratação de profissional para prestação de serviço de advocacia, em tese, tal contratação pode ser passível de inexigibilidade do processo licitatório, ademais a Corte local entendeu como não comprovado o efetivo prejuízo ao Erário, porquanto o valor da contratação mensal não se mostrou excessiva, além de inexistirem indícios de que os serviços não foram de fato prestados. Por outro lado, consta dos autos que a inicial acusatória nem sequer fez menção à desproporcionalidade dos valores, a ponto de demonstrar que estariam de fato acima do preço de mercado. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 819.037/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 03/02/2016).

Sobre essa rotina de entendimento em não se caracterizar crime ou prejuízo para o erário, como se aceitar que ainda subsistam ações de improbidade administrativa para combater contratação direta de advogado. É fato que falta tipicidade para o enquadramento na lei de improbidade administrativa, posto que não resta por violada qualquer norma legal e/ou moral envolvendo a espécie.

A contratação de advogado não pode retratar ou concorrer para aprática do ato de improbidade. Não há beneficiamento por qualquer das vias, e não há como se caracterizar o dolo e o prejuízo do erário com este ato legítimo.

Assim, é descabida a interpretação de que a contratação de advogados por inexigibilidade é fato de ocorrência de improbidade administrativa, mesmo restando demonstrado nos processos administrativos de contratação a ausência de prejuízo ao erário e/ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja, tampouco atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, requisitos para a ocorrência do ilícito.

Entretanto e inobstante esse entendimento, é certo que muitos advogados vêm sofrendo com as ações de improbidade abertas em seu desfavor mesmo tendo posições dos tribunais pátrios sobre esse entendimento. O que se vê na pratica é total desrespeito a essa classe que estando dentro da perspectiva de contratação que a lei Geral lhe confere, por inexigibilidade, via caput, sem incidência necessária ao inciso II do art. 25, tem questionada essa máxima onde o valor discricionário da autoridade administrativa em prol do interesse público fica como se estivesse afastado de todo o processo, mas quando na verdade é o vetor a direcionar a justificativa pela inexigibilidade do certame licitatório.

Por isso, e ante a busca de se ofertar uma pacificação sobre a matéria aqui discutida, é que se objetiva com esse estudo demonstrar que o modelo proposto não está sendo corretamente interpretado por aqueles que vê neste ato de contratação uma improbidade.

Daí é possível se questionar que o modelo de interpretação proposto é inadequado, posto que não se faz necessário, unir os elementos de previsão no inciso II do art. 25, notória especialização e singularidade, para que a contratação possa ocorrer, vez que essa singularidade é natural da profissão, bem como também se faz inadequada a alegação interpretativa de que a contratação de advogado, foge à figura de inexigibilidade, devendo tal contratação ser licitada.

Tanto um quanto outro parâmetro verificado atualmente sobre discussão no meio jurídico, são sobre a perspectiva desse trabalho, indubitavelmente insubsistente e violador das garantias do profissional do direito que em sua essência fornece um

serviço intelectual único, e cuja competitividade não pode ser exigida. De sorte que para se evitar tantas discussões e ajuizamentos de ações vazias o que se propõe é visualizar delimitar o a interpretação do artigo, e sua incidência sobre o caput ou extensiva ao inciso II, ou apresentar um novo modelo, mais específico, mais direto e sem qualquer viés que possa conduzir a maiores insegurança como a que atualmente vem sentindo a classe.

3.3 INADEQUAÇÃO DO MODELO DE INEXIGIBILIDADE À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS: A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Sobre esse universo, vale agora pormenorizar o quão pode ser inviável tentar enquadrar essa contratação como uma inexigibilidade, quando os elementos da notoriedade e singularidade nem sempre conseguem coexistir nessas contratações, fazendo surgir um requisito não previsto porém, que se coaduna com a interpretação da inviabilidade de competição, que é o requisito da confiança, sob o lastro da discricionariedade do gestor, em se atingir o alarmado interesse público.

Vale observar as colocações de Lúcia Valle Figueiredo, quando aponta a necessidade de existir esse elemento, ou um outro critério discricionário para pacificar a escolha, haja vista que pode ocorrer de mais de um profissional ser altamente qualificado, pois “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 os seus desideratos.”⁵¹

Reverter os ensinamentos do já citado Marçal Justen Filho⁵², traz uma convicção ainda maior de que os serviços singulares, ainda que possivelmente praticados por distintas pessoas, sem exclusividade, autorizam o adquirente a se valer de conceitos subjetivos, para, entre aqueles, optar pelo que melhor atende as expectativas da Administração.

⁵¹FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 4ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 32.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2016 p. 355/356.

Essa escolha pode ser considerada justamente como o **campo de incidência da confiança**, afeito iniludivelmente à inexigibilidade. Vejamos o magistério:

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causa impeditivas.

(...)

Ora, essas circunstâncias significam que cada sujeito encarregado de prover o serviço produzirá alternativas qualitativamente distintas. As soluções serão tão variadas e diversas entre si como os são as características subjetivas da criatividade de cada ser humano. Considera-se o sempre problemático exercício da advocacia forense.⁵³

Traduzido ao quanto acima se ventilou na lição de Marçal, é fato e a isso não se pode fugir de que cada advogado poderá identificar diversas e distintas soluções para a condução da causa. Todas elas poderão ser cientificamente defensáveis e será temerário afirmar, sem um estudo profundo, que uma é mais certa do que a outra.

Sobre essa semântica algumas alternativas poderão ser qualificadas como erradas, mas mesmo essa qualificação poderá ser desmentida pela evolução dos fatos e tendo em vista a natureza contextual dos problemas enfrentados, cada advogado, em sua singularidade, executará a solução técnica de modo distinto.

Cada qual imprimirá ao seu trabalho uma marca própria, um estilo uma forma única de interpretar e aplicar a matéria com argumentos distintos, independentes, próprios, a sorte de que a condução de uma causa perante a Justiça ou a Administração nunca será exatamente idêntica a outra.

Prodente ao aqui abordado é o excerto pinçado do voto da Ministra Carmen Lúcia, segundo se colaciona:

No caso da contratação de advogados, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de cumprir-se o art. 3 da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, posto no art. 3, é exatamente o do julgamento objetivo. **Não**

⁵³ Ibid. p. 357.

há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Esse é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau de inexigibilidade de licitação – artigo 25 c/c artigo 13.” (grifos acrescidos)

Ressalte-se, noutro prisma, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a confiança no trabalho profissional como elemento subjetivo a ser aferido, no contexto dos serviços especializados, quando do exame da inexigibilidade de licitação, fortuito que também há de ser sopesado no presente feito. Veja-se, por oportuno, a ementa do acórdão proferido no Inquérito 3074-SC, de relatoria de Luis Roberto Barroso:

EMENTA: 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. (Inq 3074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014)

Assim, evidencia-se como traço característico da relação entre contratante e advogado exatamente a característica da personalidade. Daí a aparente incompatibilidade conceitual entre o instituto da licitação e a contratação de escritórios de advocacia, os quais, nada obstante sua personalidade jurídica, estão intimamente vinculados à pessoa do advogado.

O mesmo Plenário da Suprema Corte deliberou distinguir os critérios da notória especialização e da confiança da Administração, ao apreciar o Inquérito nº 3077-AL

“Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei n. 08.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei n. o 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal.

2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL.

3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.

4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 08.666/93.

6. Acusação, ademais, improcedente (Lei n. 08.038/90, art. 6º, caput).” (grifos adotados) (Min. DIAS TOFFOLI, DJe-188, de 25-9-2012):

Nessa mesma linha de inteligência, encontra-se em julgamento, pelo mesmo Pleno do STF, o RE nº 656.558/SP, já em sede de repercussão geral, por meio do qual aquele Sodalício está a apreciar apelo em ação civil pública afeita à contratação de escritório de advocacia pelo Município de Itatiba/SP.

Assim, o único voto proferido até então, em 14 de junho último, consubstancia-se no do Relator, Dias Toffoli, o qual direcionou pela rejeição da tese de improbidade administrativa então imputada.⁵⁴

⁵⁴“(…)Ademais, na minha concepção, respeitando aquela dos que têm entendimento distinto, no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços.”

Aliás, dispõe o art. 34, IV, do Estatuto dos Advogados, a Lei nº 8.906/94, que constitui infração disciplinar “angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros”.

A vedação de condutas tendentes à captação de clientela também está contida expressamente no art. 7º do Código de Ética e Disciplina da OAB:

O julgado RHC n.º 72830-RO, de relatoria do Min. Velloso, registrou que o trabalho intelectual do advogado é impossível de ser aferido mediante processo licitatório, descartando a hipótese do preço mais baixo ser a melhor opção para o tomador do serviço. Cumpre esclarecer que o entendimento em comento se trata, em verdade, do *leading case* engendrado na Corte Constitucional:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa pública. (2ª t., julgado em 20/10/95, DJ de 16/2/96, pág. 2999, ementário vol. 1816-01)

Nesse sentido vale colacionar julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

“(…) a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). Destaca-se, ainda, nesse caso, que o fator preço não é crucial para determinar a melhor contratação para o ente público.

Considero, ainda ser de todo incompatível com as limitações éticas e legais a disputa pelo preço. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Suprema Corte:

“AÇÃO 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. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 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. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Ação Penal que se julga improcedente” (AP nº 348/SC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 3/8/07 – destaque nosso)” (com grifos no original)

Com efeito, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.(Recurso Especial nº 1.192.332 – RS (2010/0080667-3), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho)

Revele-se também nessa senda o quanto pronunciou o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, ao responder uma consulta formulada pela Câmara Municipal de Chã Grande, reconheceu que municípios podem contratar escritórios de advocacia sem as amarras da licitação. A respeito do tema, inclusive, o TCM baiano já tratou sobre a matéria, procedendo decisão favorável à contratação direta de serviços jurídicos. Como destaque abaixo, decisão em Denúncia tombada sob o n.º 7.971-16, da larva do Conselheiro Mário Negromonte, pelo Município de Irecê:

Analisado o processo, entende esta Relatoria pela legalidade da contratação do escritório de advocacia Serravalle& Reis Advocacia Empresarial Ltda, para a prestação dos serviços de advocacia contenciosa e preventiva, por meio de aditivos contratuais à Inexigibilidade de Licitação nº 001/2013, ante a comprovação de presença, cumulativa, dos requisitos para a contratação direta, quais sejam, o enquadramento do objeto do serviço no rol de hipóteses previstas no art. 13 da Lei nº 8.666/93, a singularidade do serviço e a notória especialização do profissional responsável pela realização do objeto almejado pela Administração. (...)

Deste modo, cumpre a esta Corte de Contas conhecer, e no mérito deliberar no sentido da improcedência da Denúncia TCM nº 7.971/16, apresentada em face do Sr. Luiz Pimentel Sobral, Prefeito Municipal de Irecê, em razão da ausência de irregularidades na contratação por inexigibilidade de licitação da empresa Serravalle& Reis Advocacia Empresarial Ltda, nos exercícios de 2014 e 2015.⁵⁵

A confiança, portanto, é um componente que flexibiliza a rigidez interpretativa a despeito da singularidade e notoriedade, posicionamento que tem sido adotado pelos Tribunais de Contas dos Municípios, oportunidade em que se colaciona o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia – TCM/BA

A jurisprudência tem se consolidado no sentido de que é perfeitamente legal e sem qualquer nota de improbidade administrativa a contratação de advogados de forma direta, e por notória especialização, ainda que o ente público conte com quadro

⁵⁵ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-17/municipio-contratar-advogado-licitacao-afirma-tce-pe>> acesso em jul. de 2018.

de procuradores. (Processo TCM n. 02418-17; Conselheiro Raimundo Moreira; exercício 2017).

Ante tudo o que se expôs, é fato a se constatar que a singularidade, consoante exacerba a doutrina pátria, relaciona-se a atividade nata do causídico, de modo que todo e qualquer profissional do tipo, teria, sob sua capa, cumprido esse requisito.

Então, para que se defina a quem contratar, resta por incontestado o elemento da confiança como o pilar definidor, a sorte de que, diante desse elemento, nasce o direito à discricionariedade de atos pela escolha pela Administração, dentre os profissionais possíveis, daquele que inspira a confiança do gestor.

O liame da confiança, elemento subjetivo endógeno à satisfação da singularidade, cadencia com inegável influência as decisões que digam respeito às contratações de serviços advocatícios, sobretudo porque a ação do advogado se legitima a partir da outorga de poderes ordinários e extraordinários ao profissional, mediante instrumento procuratório.

Porquanto os poderes habilitam o advogado a agir dentro do que lhe é particularmente viável, essa entrega só se justifica na confiança, oriunda da credibilidade que aquele profissional detém com quem deseja a prestação do serviço, que não surge só pelos qualificativos científicos do patrono, mas, muito mais, pelas reconhecidas habilidades *intuito personae* na atuação forense, ou mesmo na advocacia consultiva.

Acreditando ser em razão de todo esse entendimento jurídico nascente nos tribunais Pátrios, nos órgãos de controle – Tribunais de Contas, e nas Cortes Superiores, como STF, STJ, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, de igual modo, já se pronunciou de forma favorável acerca do tema, posto reconhecedor de que a contratação de advogado pelo viés da inexigibilidade não denota vício, posto ser hipótese não enquadrada nos tipos licitáveis, destacando a ausência de ato ilícito ou improprio o praticado de firmar tal contratação, consoante restou prescrito na Recomendação nº 36, de 14 de junho de 2016, ora anexa, sobre os seguintes termos:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improprio, pelo que recomenda aos membros do

Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.

O destaque feito nesse tópico é o de, justamente, demonstrar que, tanto em termos de doutrina, quanto de jurisprudência, gestores não podem ser apenados por adotar o instituto da inexigibilidade para a contratação direta de advogado. Por outro lado a incompatibilidade da natureza do serviço advocatício para com a realização de certames licitatórios vai é ainda mais profunda, como será abordado a seguir.

3.4 NATUREZA DO SERVIÇO ADVOCATÍCIO: INCOMPATIBILIDADE COM PRÁTICAS DE MERCADO

Outro aspecto assaz relevante se consubstancia no conflito existente entre a disciplina profissional dos advogados e a competição própria do processo licitatório. De fato, o art. 5º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece ser incompatível com qualquer procedimento de mercantilização o exercício da advocacia. E o art. 7º do mesmo Código, por sua vez, veda o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariação ou captação de clientela.

Diferentemente de outras prestações de serviço, comumente marcadas pela disputa de mercado, em que o fator imperativo é a lei da oferta e procura, preferiu o legislador, considerando a natureza singular dos serviços de advocacia - elevada à função essencial à administração da Justiça - revesti-la de certa peculiaridade.

Neste aspecto, cumpre perceber que a execução dos serviços de advocacia deve irrestrita submissão ao Estatuto da Advocacia e ao Código de Ética dos Advogados. Ambos, por sua vez, reprimem veementemente à mercantilização da profissão, reputando como infração disciplinar toda conduta profissional que revele qualquer meio de captação de causas. Vejamos:

Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906, de 04.07.94): Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Código de Ética e Disciplina da OAB: Art. 5º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Por força de lei, impõe-se ao causídico elevada moderação na divulgação dos seus serviços, sendo-lhe vedada a utilização dos veículos comuns de publicidade, amplamente recomendáveis às empresas privadas para inserção de seus serviços no mercado de consumo.

Realmente, diferente destas, a advocacia carrega consigo o estigma do sacerdócio: muita modicidade e pouca ostentação. A princípio, o reconhecimento desta venerável discricção, contrária a qualquer espécie de competição, parecia ser questão aparentemente simples, sem maior desdobramento dogmático.

No entanto, essa arraigada intelecção, quando sob análise da lei de licitações, acabou por imprimir um intricado de incidentes inusitados. O núcleo de toda controvérsia tem por nascedouro o inflexível enquadramento dos serviços técnicos prestados pelos advogados como àqueles passíveis de concorrência.

Nesta perspectiva, a conclusão obtida não é outra, senão equivocada, de impor à Administração a contratação destes serviços pela escolha da melhor oferta, por típico procedimento licitatório.

A antinomia entre as normas instauradas na Lei de Licitações e no Estatuto da Advocacia soltam aos olhos dos pouco afortunados na compreensão jurídica do assunto. Essa antítese exegética, pela qual se expressam, de um lado, a ampla concorrência deflagrada no procedimento licitatório e, de outro, a inequívoca vedação de disputa de preços e serviços pelos profissionais da advocacia, exige do hermeneuta ponderada reflexão e redobrada atenção.

Esta esfera antitética parece extreme de dúvidas quando consideramos ser a Lei nº. 8.906/94, posterior à Lei de Licitações. Com efeito, outro é o foco, visto que essa particularidade do Estatuto da Advocacia (vedação da competição de mercado) lança sobre a norma licitatória hipótese de inexigibilidade não contemplada em seu

texto originário, especialmente pelos exemplos elencados nos incisos I *usque* III do art. 25.

É sempre bom lembrar que o rol de causas de inexigibilidade, previsto nos incisos do art. 25 da Lei nº. 8.666/93, não é taxativo, posto que, comporta ampliação, seja por força normativa ou hermenêutica. No caso *sub examine*, é claro a todas as luzes que a Lei nº. 8.906/94 ao considerar infração disciplinar toda conduta tendente a mercantilizar a advocacia acabou por impedir, por via oblíqua, a participação destes profissionais em qualquer concorrência de serviços, seja por critério de preço ou qualidade técnica.

Vê-se, então, sensível distorção interpretativa na tentativa de enquadrar os serviços técnicos de advocacia como passíveis de escolha por licitação, cuja essência encarta forte concorrência. Em verdade, por força de lei, a contratação destes serviços prescinde de licitação, por simples razão: a Lei nº 8.906/94 desautoriza qualquer competição entre profissionais da advocacia.

Inviabilizada a competição destes serviços, indiscutível é sua contratação por inexigibilidade de licitação. Trata-se, já se vê, pura e simplesmente de impedimento legal afeto a todos os profissionais da advocacia. De fato, ocorrendo violação da regra proibitiva responderá o transgressor pela prática de infração disciplinar perante a Ordem dos Advogados.

Estamos, portanto, diante de uma das regras de ouro da hermenêutica jurídica, pela qual, segundo o brocardo romano "*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*", ou seja, onde existe a mesma razão, prevalece a mesma regra de direito. *Mutatis mutandis*, sendo impossível ao profissional da advocacia dispor seus serviços em flagrante concorrência, inviável o é, pelo mesmo raciocínio, participar de licitação, cujo propósito é a escolha da melhor oferta de serviços.

É fato que o processo administrativo deflagrado na Administração findou por considerar que a contratação estava tipificada no inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93. Porém, pelos argumentos agora revelados, o desvio de tipificação é sutil. Melhor dizendo, se não entende a Corte como serviço singular aqueles contratados, em vista de não serem exclusivos da Firma Jurídica, devem os mesmos, como advocatícios que são, serem subsumidos ao *caput* do art. 25 da Lei das Licitações.

Expressa a missiva normativa em comento que a inexigibilidade se configurará quando a competição for inviável. Pensando assim, pode essa ser impossível pela natureza do serviço, pelas características do prestador ou por força de lei.

No caso, se a Lei nova (Estatuto da OAB) veda que o advogado participe de disputa de mercado, inclusive lhe ceifando a publicidade ostensiva dos serviços, querendo a Administração contratá-lo, não poderá deflagrar concorrência para tanto, razão pela qual todos os profissionais estarão impedidos de disputar. Para tanto, é a Lei que determina.

Por ilação lógica, se a concorrência tornou-se impraticável, estamos frente à regra do *caput* do art. 25 *sus* mencionado. Logicamente, e indo além, todo procedimento que pretender amealhar serviços advocatícios mediante disputa, será flagrantemente ilegal.

Pelo então visto, não há como afirmar que existe um choque de legislação, razão pela qual a interpretação sistemática leva à conclusão de que as duas se enlaçam harmoniosamente. Tudo visto e bem colocado, fica evidente a impossibilidade legal de instauração de certame para contratação de serviços advocatícios, sendo a via da inexigibilidade a única via possível.

Em arremate, encerra-se com a exortação manifestada pelo Conselho Federal da OAB, em deliberação do Pleno, consoante extraída das notícias constantes do sítio: “Não se exige qualquer processo licitatório para contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia por parte de órgãos e agentes da administração pública, devendo esta função ser exercida tão somente por advogados habilitados.”⁵⁶

Em suma, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, principalmente, na relação de confiança, entende-se ser lícito ao Administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

⁵⁶ Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=15466>> Acesso em jun. 2018.

Nessa trilha, a declaração de inexigibilidade de licitação para a contratação administrativa de sociedades de advogados tem assento constitucional e legal. Não é preciso maiores elucubrações jurídicas para se deduzir que a singularidade do advogado está interligada à respectiva capacitação profissional, o que inviabiliza o certame licitatório, ante o fato de não ser aferível o melhor serviço pelo preço ofertado.

Nessa moldura, após as escandidas considerações, se finaliza enaltecendo uma das características essenciais do advogado, que alicerçado à sua liberdade de expressão, transmuda-se em verdadeira força propulsora da digna profissão, que é a criação intelectual, capaz de possuir características próprias de cada profissional, não sendo vislumbrada em caráter genérico e igualitário, visto ser inerente à criação científica de cada pessoa.

É humanamente impossível conjugar em um mesmo contexto a produção em série de intelectuais do Direito. Como a advocacia é uma profissão científica, onde o cultor dessa área contribui para a sua própria formação, a intelectualidade fica armazenada no seu subconsciente, não podendo, dessa forma, ser aferida em um mero certame para a escolha da melhor defesa, em virtude de tal conceito ser eminentemente subjetivo e singular⁵⁷.

3.5 PROBLEMAS FÁTICOS OU TEÓRICOS EXISTENTES

O grande problema sob a análise fática está na forma de legitimar as contratações atuais, vez que ante a inexistência de um perfeito enquadramento da norma do artigo 25 às motivações das contratações de advogado, estas ficam flutuando dentro do padrão de inexigibilidade.

Aplica-se uma verdadeira exclusão, já que não se pode licitar, ante a não mercantilização da profissão e por inexistir elemento objetivo ao julgamento do

⁵⁷ Dicção extraída do artigo doutrinário da autoria do Dr. Antonio Evaristo de Moraes Filho, disponível em <www.gomesdemattos.com.br> acesso em abr. 2018.

processo, tem-se a percepção de que a discricionariedade se faz vigente, por força da escolha da gestão.

Tal discussão sobre se as contratações de advogado, no sentido de que se é legítima pela via da inexigibilidade, ou não, tem gerado inúmeros problemas para a classe que passou a responder ações de improbidade, sob o argumento de violação à lei de licitações, por incorrer no tipo penal do seu art. 89.

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

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.

É esta uma posição deveras temerária, por conceber um verdadeiro paradoxo: a obrigatoriedade de estabelecimento de uma competição mercadológica entre profissionais de uma classe que é expressamente proibida de fazê-lo. Aborda-se, neste viés, o serviço do advogado sem a peculiaridade de sua execução, que é ímpar a cada um, sem observar as normas do estatuto da classe que impedem diretamente a concorrência e a mercantilização do serviço.

Inobstante se tenha entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, como detalhado em momento anterior, de que deve ser evitado o ajuizamento de Ações Civis Públicas sob a única premissa de contratação do advogado, os membros do Parquet assim não estão atuando, gerando um inconformismo pelo gravame sofrido, perpetuando a insegurança jurídica que evidencia o problema teórico na aplicação do instituto da inexigibilidade à contratação direta de profissionais da advocacia.

A classe que é considerada instrumento para o alcance da justiça está sendo, portanto, levada a figurar em polos passivos de demandas civis em razão de interpretação equivocada quanto a natureza do serviço e a sua via de contratação pelos entes públicos.

O exercício da advocacia não pode ser taxado como “bem de mercado”, a ponto de demandar uma concorrência, falta, como asseverado, critérios objetivos como a disputa por preço que determinadamente não pode ser aplicada. No mais, o fato de

que o estatuto da classe proíbe expressamente que os profissionais tentem captar causas corrobora para todo o quadro que aqui se desenha.

Como no cenário normativo atual inexistente uma figura de inexigibilidade que pudesse abarcar a contratação do advogado, inobstante os elementos do rol de inexigibilidade sem exemplificativos, hoje, invariavelmente, as contratações devem ser retratadas como uma inexigibilidade, ainda que existam vários especialistas aptos a prestar o mesmo serviço. Leia-se, com a devida ressalva, o mesmo serviço jurídico, mas que na sua execução será único, porque cada advogado disciplina sua atividade sob uma perspectiva ímpar.

Ademais a competência discricionária atribuída ao gestor, para a escolha envolve como elemento chave, não a experiência do profissional, sua especialização, notoriedade ou singularidade do serviço, mas sim o elemento discricionário do gestor, que é essencial à referida contratação, a confiança depositada no contratado.

Assim, a problemática envolvida e sentida na prática pela classe com os inúmeros ajuizamentos de ações de improbidade, decorre invariavelmente da esfera material, da disposição da norma, a qual tem o vício de não ter ali consignado a previsão deste elemento – da confiança - na qual restaria pacificada por expressa previsão o elemento discricionário autorizador do ato.

Em defesa da causa, o Dias Toffoli se manifestou em relatoria no RE 656.558, enunciando para tópico de repercussão geral, três importantes premissas para a interpretação o inciso II do aludido artigo 25 da Lei 8666/93. Para ele deve-se ter por:

(..) é constitucional a regra inserta no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no artigo 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.⁵⁸

⁵⁸Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/contratar-advogado-licitacao-nem-sempre-improbidade-toffoli>> Acesso em ago. 2018.

Ao assim se posicionar o ministro possibilita uma alternativa para a escorreita interpretação do aludido artigo, porém na concepção prática das contratações ainda ocorrerá o problema do atestar a singularidade do profissional, haja vista no mercado atual ser difícil ou de diminuta margem encontrar um profissional que tenha sozinho defendido uma tese, ou ajuizada uma demanda, sem que outro também o tenha feito.

A grande diferença que venha a possibilitar uma renovação na aplicação da norma, é indubitavelmente afastar a ideia do singular, e acrescer o elemento confiança como balizador da escolha.

E nessa esteira de descriminalizar o ato, o ministro Dias Toffoli, no bojo do RE 656.558⁵⁹, posiciona-se para dar destaque que a interpretação da norma penal precisa ser admitida de modo restritivo, de forma a que se destaque o elemento subjetivo do tipo, na esteira do posicionamento preponderante na doutrina brasileira, da qual transcreve as palavras de Di Pietro:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto⁶⁰.

Por se aproximar sobremaneira às sanções praticadas pelo direito penal, é requisito à configuração da improbidade administrativa a indubitável presença do elemento subjetivo. Mero erro, portanto, não implica na subsunção do ilícito, tão pouco o referido elemento subjetivo pode ser presumido por órgãos de controle ou jurisdicionais.

Por outro lado, a contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade, mesmo sendo a única opção viável para o momento, perpetua problemas decorrentes da elasticidade de um conceito que precisa ser interpretado restritivamente. A antinomia hermenêutica constatada, decorrente de uma solução

⁵⁹“configuração da improbidade administrativa, prevista no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/contratar-advogado-licitacao-nem-sempre-improbidade-toffoli>

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.p. 919

insuficiente para o problema apresentado, carece de uma resposta apta ao seu deslinde, segundo se enfrentará no seguinte capítulo.

4 – UM NOVO OLHAR SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA: POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE INSTITUTO LASTREADO NA CONFIANÇA.

No direito brasileiro, a criação de novo instituto jurídico depende de diversos fatores, a maioria deles de ordem política. Contudo, devido à necessidade de enfrentamento dos problemas verificados, necessário é delinear as soluções possíveis às antinomias que se apresentam, para o qual o presente trabalho está adstrito ao sistema jurídico.

Portanto, passa a ser exposto, neste capítulo, os contornos de solução que se vislumbra ao problema da contratação de serviços advocatícios, haja vista a defendida impossibilidade teórica de uso do instrumento da inexigibilidade, assim como da competição nos termos do mercado.

4.1 SOLUÇÕES POSSÍVEIS: NOVA ABORDAGEM HERMENÊUTICA SOBRE A DISPOSIÇÃO DO ART. 25, CAPUT, E INCISO II DA LEI 8666/93

Saliente-se, como pressuposto à discussão aqui desenvolvida, que o rol de causas de inexigibilidade, previsto nos incisos do art. 25 da Lei nº. 8.666/93, não é taxativo, posto que comporta ampliação, seja por força normativa ou hermenêutica. Este dado é de salutar importância para a perspectiva que busca se tratar nesse último capítulo, que é a de demonstrar que, por não serem taxativas, as hipóteses de inexigibilidade de licitação possibilitam tratar de uma nova causa, muito melhor definida, que é a contratação direta de advogado.

Não que o objetivo seja trazer benefício classista, ou tratar com desigualdade profissionais que se enquadrem na categoria de profissionais liberais do artigo 13 da Lei Geral.

Longe disso, o que se pretende com essa nova classificação é carrear para a legislação de licitação todos os elementos que definem o exercício da advocacia como naturalmente singular, de modo que se exima de qualquer dúvida a qualidade

do serviço de um profissional advogado, como tratado no seu próprio estatuto de classe, enquanto alheio a qualquer prática de mercantilização. Em diretas palavras, que o serviço desse profissional não pode ser empregado sob a perspectiva do custo ou do preço.

No caso *sub examine*, resta evidente que a Lei nº. 8.906/94, ao considerar infração disciplinar toda conduta tendente a mercantilizar a advocacia, acabou por impedir, por via oblíqua, a participação destes profissionais em qualquer concorrência de serviços, seja por critério de preço ou qualidade técnica.

Vê-se, portanto, diante dessa exposição, sensível distorção interpretativa na tentativa de enquadrar os serviços técnicos de advocacia como passíveis de escolha por licitação, cuja essência encarta forte concorrência.

Em verdade, por força de lei, a contratação destes serviços prescinde de licitação, por simples razão: a Lei nº 8.906/94 desautoriza qualquer competição entre profissionais da advocacia, simplesmente porque a natureza do seu serviço envolve indissociadamente a atividade intelectual, singular *de per si*.

Com a devida ressalva, o dito serviço não precisa estar embutido na previsão de singularidade mal interpretada do inciso II do art. 25, haja vista que essa “singularidade⁶¹” é natural da condição do *expert* jurídico como tal. Não se pretende, por hora, abordar todos os traços inerentes ao conceito de singularidade, mas tão somente evidenciar que, no presente objeto de discussão, a própria natureza da atividade da advocacia impele o reconhecimento de que esta consiste numa atividade *sui generis*, por força legal, em matéria de contratação por com a administração pública.

Como enquadramento no tipo da inexigibilidade, as contratações de advogado teriam em subscrição numa interpretação que acolhemos por equivocada do artigo 25 inciso II, cujo abaixo se faz o enxerto:

Artigo 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
(...)

⁶¹ O termo “singularidade” se refere, aqui, à condição especial que reveste a atividade da advocacia.

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;

Dos serviços enumerados no aludido art. 13, constam atribuições específicas da função de advogado, como pareceres (inciso II) e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.

Dessa reunião de dispositivos poder-se-ia afirmar que as contratações de escritórios de advocacia pelos entes públicos seria matéria pacificada como de impossível realização de licitação, demandando uma contratação direta, via inexequibilidade.

Porém, sob uma análise detalhada do texto da lei, verifica-se a presença de requisitos objetivos bem definidos e que acabam por acarretar numa interpretação restritiva. A segregação na contratação de escritórios de advocacia, tratando a classe de modo não equânime ao delimitar a singularidade do serviço, não enquanto elemento natural da figura do causídico, mas como algo que o diferencia dos demais, como algo determinante, junto à notória especialização, para poder se autorizar a contratação de advogados, por inexigibilidade.

Ao trazer essa determinação interpretativa, muitos escritórios que igualmente desenvolvem causas jurídicas com expertise e competência equiparada a renomados juristas, ou ex-ministros, que agora advogam, passaram a ser excluídos desse direito a contratar, ante a disposição sobre a singularidade do serviço, contida no inciso II e que se faz, equivocadamente, interpretada como elemento objetivo preponderante para ser analisada nas contratações de advogado.

Daí é que se traz em questão, o fato de que essa singularidade não pode ser lida de modo restritivo a impedir que a classe como um todo possa gozar da aplicação desse instituto que é a inexigibilidade de contratação para os serviços jurídicos.

A título de singularidade, sobre o conceito que remete a interpretação que se propõe, vale citar o quanto conceitua a autora Fernanda Marinela⁶² ao destacar a

⁶² MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

singularidade como algo a ser definido pelo trabalho a ser produzido com marca pessoal. Vejamos destaque:

Serviços Singulares são aqueles que não se revestem de características análogas. Esses serviços são identificados sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal, expressa em características científicas, técnicas, ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida, como ocorre nas produções intelectuais. São serviços que se singularizam por um estilo ou orientação pessoal; são singulares embora não sejam únicos.”(grifos acrescentados)

Ao trazer essa conceituação a autora em questão foi bastante feliz ao permitir ofertar um olhar mais brando e real a esse instituto enquadrando-o perfeitamente para as atribuições do advogado, os quais atuam por um estilo ou orientação pessoal distinta e muito própria de cada um, e que por isso já direcionam como um serviço que, embora não seja único, é singular pela sua natureza.

Para dar força ao que se busca alinhar nesse conceito, traz-se por destaque o significado da palavra singularidade e da premissa de que a interpretação da lei tem que ir além do superficial, por Renato Geraldo Mendes.

“Tive a oportunidade de enfatizar, na obra *a Quarta Dimensão do Direito*, Curitiba: Zênite, 2013, que **a ordem jurídica não se resume ao plano da literalidade dos enunciados prescritivos**, ou seja, além do que está explícito no texto legal, há um mundo implícito que é muito mais significativo e importante. Por isso, registrei, no mencionado estudo, que **“nem tudo o que está dito na ordem jurídica está escrito”**, distinguindo o **plano enunciativo** (sintático e visual) do **normativo**. O intérprete atua a partir do plano enunciativo (texto legal) para construir a realidade normativa, ou seja, como explicamos no citado livro, é o intérprete quem cria a norma, não o legislador; este cria apenas o plano enunciativo. (...)

Vamos nos valer da palavra **“singular”** para compreender que a dimensão normativa pode ser muito maior do que a enunciativa. Apesar de constar apenas no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/93, é possível atribuir ao adjetivo “singular” os seguintes sentidos no contexto da contratação pública:

a) A solução (o objeto) é singular quando ela é única, ou seja, quando não existe outra opção a ser considerada em comparação a ela como um equivalente perfeito; o objeto é singular por ser **único, especial, particular**, como nos incs. X e XV¹ do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

b) A solução (objeto) é singular quando não pode ser reduzida a padrões objetivos de descrição e julgamento, ou seja, é **insuscetível de definição, comparação e julgamento por parâmetros ou critérios objetivos**, tal como na hipótese prevista nos incs. XIII e XV² do art. 24, e *caput* do art. 25, todos da Lei nº 8.666/93.

c) A solução (objeto) é singular quando, além de ser insuscetível de definição e julgamento por critérios objetivos, é também revestida de complexidade **especial, invulgar, extraordinária, sui generis**, capaz de exigir que a execução se realize, com o menor risco possível, por um prestador notoriamente especializado, como no caso descrito no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

d) A pessoa é singular quando ela for a **única** em condições de viabilizar a solução (objeto) desejada pela Administração para atender à sua necessidade, a exemplo da hipótese descrita no inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

e) A pessoa é singular quando reúne determinadas **características pessoais que a individualizam** dos demais profissionais atuantes na mesma atividade, como na hipótese do inc. III do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

f) Por fim, é possível dizer que toda pessoa **notoriamente especializada** é singular.⁶³

Sobre esse conceito, o autor Renato Mendes trata ainda que é imperioso ir além da dimensão visual que os enunciados parecem proporcionar, nos permitindo constatar que:

Nem todo serviço técnico profissional especializado, de natureza singular, deve ser contratado por inexigibilidade, necessariamente, com base no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93. **Tanto pode ser contratado com fundamento do referido preceito quanto com base no *caput* do citado art. 25.** É fundamental ter a clareza de que todo serviço técnico profissional especializado é singular, o que não implica ter de reduzir tal singularidade ao que está dito no inc. II do art. 25.⁶⁴

E segue seu esforço interpretativo, assinalando que:

A diferença entre a singularidade prevista no *caput* e a indicada no inc. II do art. 25 ficará por conta do grau de complexidade do serviço, ou seja, se o serviço for revestido de complexidade especial ou extraordinária, demandará, em razão do risco envolvido, profissional ou empresa notoriamente especializado, implicando o

⁶³ Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-significado-de-singularidade-no-contexto-da-lei-no-8-66693/>> Acesso em ago. de 2018.

⁶⁴Ibid.

pagamento a mais pelo serviço. No entanto, se o serviço é singular (insuscetível de definição, comparação e julgamento por critérios objetivos) e sem complexidade especial, extraordinária, **poderá ser contratado com fundamento no caput do art. 25 da Lei 8.666/93**. É bom não esquecer que é o *caput* que condiciona o inc. II do art. 25, e não o contrário.⁶⁵

Em reforço conclusivo, o aludido autor, alhures citado, arremata a grande diferenciação contida no artigo 25, cumulado com o caput do art. 13 posto existir dois parâmetros de análise para enquadramento, o de serviço especializado, e o que é singular.

Detalhando de modo muito linear o que comporta tais expressões, este ventila que o serviço técnico profissional especializado, do caput, já salvaguarda o direito para afastar o procedimento licitatório dessas contratações, colocando o singular como um plus nessa espécie de serviço, de complexidade impar, ou metodologia diferenciada, subscrito no inciso II do art. 25. Em suas palavras:

A palavra “singular”, que aparece no inc. II do citado art. 25, não foi lá empregada para significar “o que é insuscetível de definição, comparação e julgamento por critérios objetivos”, pois, para indicar isso, existe a expressão “serviço técnico profissional especializado”. Ela foi empregada para dizer outra coisa: que, além de não poder ser escolhido por critérios objetivos, trata-se de um serviço que é revestido de especial complexidade e, para executá-lo, é preciso alguém também singular (o notoriamente especializado).⁶⁶

Nessa visão sobre a qual cabe coadunação estrutura-se a nova visão lançada sobre a interpretação que merece ser dada quando se alinha a permissividade da contratação de advogado pelo caput do art. 25, deixando esclarecido que tal disposição normativa é direcionada a legitimar a contratação de escritório de advocacia posto ser inviável a competição, independente de ser admitida a hipótese do inciso II que por via exemplificativa, tabula outra situação com mais especialidade como bem discorrido pelo autor Renato Mendes, alhures citado.

Nessa perspectiva ou sobre a linha interpretativa de que a singularidade do advogado é natural, inerente a sua função, e aí restando igualmente enquadrado pelo inciso II do art. 25, deve se ter por fato que tais viés interpretativos não podem

⁶⁵Ibid.

⁶⁶Ibid.

se admitidos a inibir ou a proibir a contratação desses profissionais pela via direta, vez que inviável a competição, restando igualmente salvaguardado o interesse público envolvido sobre o lastro da confiança, seja pelo caput seja pelo inciso II do art. 25;

4.2 FORMAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE ENQUADRAMENTO PARA ESSA ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO PELA EXPRESSA INDICAÇÃO DO ELEMENTO CONFIANÇA

De outra mão e na hipótese de se admitir ainda com dificuldade essa interpretação do caput, sem incidência do inciso II, ou ainda que se admitindo a incidência do inciso II colocando-a sob a perspectiva de que a singularidade é nata a função de advogado e que se faz por legítima a contratação de escritórios de advocacia pelo Ente Público, sem prévia licitação, cabe levantar para discussão a possibilidade, via natureza exemplificativa, do rol do artigo 25 da lei 8666/93, de inserir, de modo evidente, a expressa possibilidade de se contratar diretamente este profissional do direito.

Essa hipótese de nova causa ao artigo 25, de nova causa de inexigibilidade de contratação para a figura do advogado, pode vir a ser inserida expressamente nesse artigo via alteração legislativa, a fim de se evitar mais discussão sobre a legalidade dessa contratação direta, inibindo o ajuizamento de ações infundadas, da pecha de improbidade, sob a alegação de crime licitatório.

Nessa hipótese seria expressamente vinculado o elemento discricionário da administração, sob o filão da confiança. Posto que, admitindo-se que a singularidade é nata da atribuição do advogado, pelo seu desenvolvimento de tese, única em acepção de palavra, na formulação de argumentos e fundamentos para defesa dos interesses dos seus clientes, a hipótese em questão trataria da contratação de profissional que, sob o viés da confiança e da natureza do próprio serviço que desempenha, torna inviável a competição.

Fernanda Marinela⁶⁷, em sua obra de Direito Administrativo, assim sintetiza sobre o elemento da confiança como um componente subjetivo inalienável por parte de quem contrata, restando ao administrador determinada discricionariedade na tomada da decisão.

Parafraseando citação feita por esta autora de trecho de uma ementa na AP n. 348-SC, na qual se posiciona sobre a matéria, faz-se o destaque abaixo formulado. Veja-se:

Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em ultima 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 a plena satisfação do objeto do contrato” (cf.o § 1º do art. 25 da lei 8666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há no caso concreto requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem de confiança da Administração. Ação Penal a que se julga improcedente (AP 348/SC, STF _ Tribunal Pleno, Rel. Min.Eros Grau, julgamento 15.12.2006, Dj.03.08.2007)

Assim, e no intento de se pacificar as inúmeras discussões que se alevantam sobre a matéria, admitindo-se, de modo expresso, o que em algumas interpretações e julgados já se vê imperar de que o elemento da confiança é um dos pilares para se legitimar a inexigibilidade do dever de licitar, retratar literalmente numas das hipóteses a ser carreada ao artigo 25 da Lei Geral, tal conceito, por muito se diminuirá essa discussão, senão cessará, ofertando legitimação expressa a esses contratos advocatícios.

4.3 EVENTUAIS DISCUSSÕES SOBRE A MATÉRIA: PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

⁶⁷MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, 12ª ed. São Paulo, Ed.Saraiva Educação, 2018

Nesse tópico se buscou trazer em questionamento se essa nova visão ofertada para a inexigibilidade das contratações de advogado, de modo mais expresso, dirigida a classe, contendo no texto legal, o elemento da confiança e a singularidade definida como natural, intrínseca a própria função jurídica, tabularia alguma violação ao tratamento isonômico a ser ofertado aos demais profissionais liberais tratados na regra do art 13.

Tal questão é de sobremaneira importante visto que pela delineação do art. 13, profissionais das áreas de engenharia, de treinamento de pessoal, e restauração de obras de arte, em regra, estão legitimados a também contratarem diretamente com a Administração Pública, desde que comprovem a notória especialização e a alarmada singularidade.

Vale ainda aqui pontuar, o que bem sinaliza MATOS sobre os falsos moralistas que alheios à realidade que circunda a Administração Pública, assim como alheio ao interesse público e aos ditames da discricionariedade do ato, aplicadas sob o viés da confiança, julgam como amoral, improbo o ato de contratação pela administração de advogados.

Não se admite, em hipótese alguma, que o Poder Público seja torpedeado por “falsos moralistas” que, em detrimento da eficiência (art. 37 da CF) defendam a contratação mais barata como forma de selecionar o melhor ou mais gabaritado profissional do direito para a defesa de importante causa jurídica de interesse público.⁶⁸

Ou seja, o enquadramento legal é extensivo aos profissionais do direito, então seria legítimo e não funcionaria como afronta a interpretação dada apenas a esses profissionais? Ou pior, a possibilidade de por reforma legislativa ingressar expressamente com hipótese legal do artigo 25, não seria uma violação ao princípio da isonomia, e por corolário o da moralidade?

sob o objetivo de trazer uma via mais direta possível, é que restou por apresentado aqui a possibilidade de se introduzir, via reforma, destacada uma nova hipótese exemplificativa do artigo 25 da Lei Geral, contendo a interpretação correta dos elementos formais objetivo do inciso II para o enquadramento, que é a singularidade

⁶⁸ Disponível em: < http://gomesdemattos.com.br/artigos/a_contratacao_de_advogados_sem_licitacao_nao_confere_legitimidade.pdf > Mauro Roberto Gomes de Mattos, **Contratação Direta dos Serviços Advocatícios**, in O Contrato Administrativo, 2ª ed., Ed. América Jurídica, 2002, p. 512

enquanto condição natural da figura do advogado, o serviço da advocacia por si só é único, e a especialização defendida pela nota da confiança, enquanto elemento discricionário do ato sob a conclusão determinante de que essa reflexão interpretativa é natural sobre os contratos de advogados com o Ente Público, o que inviabiliza qualquer competição mercantilizadora, como a que envolve os procedimentos licitatórios em busca do menor preço.

A essas inquirições se defende, aqui, que não há violação a princípio quando se está tratando de interpretação de norma, primeira hipótese nesta tese, e na segunda perspectiva não há igualmente violação a isonomia quando pela via da não taxatividade de hipóteses, do artigo 25 – mero artigo exemplificativo – poder-se-ia inserir algo que trabalhe conceituando o que se faz reflexo da própria atuação do advogado em respeito ao seu próprio estatuto de classe – a não mercantilização da profissão – e a singularidade natural da sua atribuição. Dados que não envolvem os demais profissionais tabulados no artigo 13.

5 CONCLUSÃO

Segundo o que foi discutido, embora existam elementos já na própria Lei Geral de Licitações que possibilite, associado ao bom senso, definir como legal, legítima e moralmente válida a contratação direta, por inexigibilidade, de escritórios de advocacia, o que se entende por mais adequado é uma diferente interpretação do seu inciso II do art. 25. Depreende-se, em tal viés, a natureza singular do serviço do advogado e, mesmo comprovada a sua especialização, a essencialidade da confiança que é empregada pelo contratante ao profissional advogado.

Ainda subsistem posturas que não conseguem enxergar esse enquadramento, gerando um descompasso na própria segurança jurídica que envolve tais relações de contratação, e apenando muitas das vezes esses profissionais com ajuizamento de ações de improbidade que criam um ambiente de insegurança jurídica.

Pelo que foi abordado no presente trabalho, a doutrina e os tribunais pátrios reconhecem que o instituto da inexigibilidade não é o mais adequado à resolução do problema que envolve a necessidade da administração pública de contratar serviços advocatícios via contratação direta. Por tal razão, a inexigibilidade tem sido aplicada como a “melhor opção”, mas ainda perduram problemas com os órgãos de controle, haja vista que, pelo conceito de singularidade atualmente empregado, de fato, haveria o que se supor em irregularidade no seu uso.

Verificou-se, como alternativa, a criação de novo instituto lastreado na confiança, em específico para a contratação de Advogado, pois o regime jurídico incidente sobre esses profissionais não permite o tratamento dispensado aos demais profissionais liberais, que podem concorrer normalmente em mercado.

Há de se detalhar aqui que, na codificação desse novo instituto, os requisitos para a sua caracterização encontram espelho na natureza da relação mantida entre as partes envolvidas, na qual o lastro da confiança é o pilar. E tal requisito não tem previsão no instituto da inexigibilidade, não determinando um enquadramento escorreito e linear deste para autorizar a contratação de escritório de advocacia.

Daí o trazer em discussão essa nova hipótese para o artigo 25 da lei geral, enumerando expressamente a legalidade de contratação desses profissionais,

enquanto algo imperioso posto que a sua singularidade que se entrelaça aos seus conhecimentos individuais, está diretamente ligada a sua capacitação profissional, demonstrando ser inviável se escolher via competição o melhor profissional para prestar um serviço de natureza eminentemente intelectual.

Cabe, num esforço conclusivo, alinhar que tanto a tese primária aqui defendida de que o equívoco está no errôneo enquadramento da hipótese de contratação do advogado pelo inciso II, quando diretamente, pelo caput do art.25, estaria legitimado o seu ingresso, quanto a segunda tese de que, aplicando-se o inciso II a interpretação dos conceitos objetivos devem levar em consideração a condição natural do advogado, ante a sua capacidade singular, consegue restar por demonstrado o quão errôneo está sendo empregado esses artigos e o quão danosos estão sendo os efeitos que essa incorreta interpretação tem provocado para a classe.

Portanto, e sob o objetivo de trazer uma via mais direta possível, é que restou por apresentado aqui a possibilidade de se introduzir via reforma, destacada uma nova hipótese exemplificativa do artigo 25 da Lei Geral, contendo a interpretação correta dos elementos formais objetivo do inciso II para o enquadramento, que é a singularidade enquanto inerente à advocacia, serviço este que, por si só, é único e a especialização defendida pela nota da confiança, enquanto elemento subjetivo do ato, sob a conclusão determinante de que essa reflexão interpretativa é natural sobre os contratos de advogados com o Ente Público, o que inviabiliza qualquer abordagem de competição nos moldes de mercado, segundo as práticas mais comuns de contratações públicas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. **Política. Coleção Obra-Prima De Cada Autor**. 6^o ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica Jurídica Heteroreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7^a ed. Salvador: JusPODVM, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos Licitantes**. 4^a Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/oab-sp-cesa-miram-processosimprobidade-advogados>> Acesso em Jun. 2018
- <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/contratar-advogado-licitacao-nem-sempre-improbidade-toffoli>> Acesso em ago. 2018.
- <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-17/municipio-contratar-advogado-licitacao-afirma-tce-pe>> acesso em jul. de 2018.
- <www.gomesdemattos.com.br> acesso em abr. 2018
- <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=15466>> Acesso em jun. 2018
- <<https://www.zenite.blog.br/o-significado-de-singularidade-no-contexto-da-lei-no-8-66693/>> Acesso em ago. de 2018
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 17 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2016
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12^a edição, São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contratação Direta dos Serviços Advocaticio: O Contrato Administrativo**. 2ª ed., Ed. América Jurídica, 2002,

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 352

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017