

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ISAAC VIEIRA DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE
LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

São Luís

2017

ISAAC VIEIRA DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE
LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

São Luís

2017

Santos, Isaac Vieira dos

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação pela administração pública./ Isaac Vieira dos Santos – São Luís, 2017.

64 f.

Impresso por computador (fotocópia).

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann

Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, 2017.

1. Administração Pública. 2. Licitação. 3. Inexigibilidade de Licitação. 4. Serviços Advocatícios. I. Título

CDU 351.12

ISAAC VIEIRA DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE
LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann (Orientadora)

1º Examinador(a)

2º Examinador(a)

Aos meus pais Maria Francisca e Francisco, os
grandes responsáveis por esta conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por confiar a mim o dom da vida.

A minha mãe Maria Francisca e meu pai Francisco, companheiros de uma jornada de luta, por todo amor e dedicação.

Aos meus irmãos Lillian, Daniela e Jeremias, minha sobrinha Isabella e aos meus cunhados Gilfraine e Arlyson, pelo carinho, incentivo e apoio.

Aos os meus amigos Edmar, Sheila, Novaes, Gilvan e Fábio pela amizade e carinho.

Aos professores do Curso de Direito, em especial, à minha orientadora, Prof^ª. Dr^ª. Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann, por suas orientações seguras, colaboração e conhecimentos dados.

Aos colegas e amigos de turma pelas trocas de informações e estreitamento da amizade, onde pude dividir bons períodos de estudo.

Aos meus amigos do trabalho pelo suporte durante essa caminhada.

Aos amigos da U. E. B. Alberto Pinheiro, que me proporcionaram crescimento pessoal e profissional.

Aos colegas e amigos do curso de Bacharel em Turismo da UFMA.

A todos que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão desta etapa.

“A Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa de suas próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua razão de existir”.

Celso Antônio Bandeira de Mello

RESUMO

O presente estudo aborda sobre o tema da contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, com fundamento no artigo 25, II, da Lei nº 8.666/93. Analisa o processo de contratação da Administração Pública, que exige prévia licitação para a celebração dos contratos. Apresenta a contratação direta como exceção ao dever de licitar e os principais pontos que distinguem a licitação dispensável da licitação inexigível. Aborda ainda, as hipóteses de inexigibilidade de licitação. Elenca os pressupostos indispensáveis que autorizam a contratação de serviços jurídicos por inexigibilidade do procedimento licitatório. Por fim, apresenta-se levantamento jurisprudencial com a finalidade de demonstrar o posicionamento dos tribunais a respeito desse tema.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Inexigibilidade de Licitação. Serviços Advocatícios.

ABSTRACT

The present study deals with the subject of the contracting of legal services by the Public Administration, based on Article 25, II, of Law 8,666/93. It analyzes the process of contracting the Public Administration, which requires prior bidding for the conclusion of the contracts. It presents the direct contracting as an exception to the duty to bid and the main points that distinguish the dispensable bid from the unenforceability bidding. It also addresses the hypotheses of unenforceability bidding. It lays down the indispensable prerequisites that authorize the contracting of legal services due to the unenforceability of the bidding procedure. Finally, a case-law survey is presented with the purpose of demonstrating the position of the courts on this issue.

Keywords: Public Administration. Bidding. Unenforceability Bidding. Advocacy Services.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – CONTRATAÇÃO PÚBLICA: Noções Gerais	11
1.1 Licitação pública e seus conceitos fundamentais	12
1.1.1 Finalidade.....	15
1.1.2 Objeto da licitação.....	16
1.2 Obrigação constitucional de licitar	17
1.3 Os pressupostos licitatórios	19
1.4 Diferenças entre licitação dispensada, dispensável e inexigível	21
CAPÍTULO II – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	26
2.1 Hipóteses de inexigibilidade de licitação	27
2.2 Fornecedor ou produtor exclusivo	29
2.3 Contratação de serviços técnicos especializados	32
2.4 Contratação de profissional do setor artístico	35
2.4.1 Contratação de artista profissional	36
2.4.2 Contrato realizado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo ...	36
2.4.3 Artista consagrado pela crítica ou pela opinião pública.....	37
2.5 Procedimentos para formalização da contratação por inexigibilidade de licitação	38
CAPÍTULO III – A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	40
3.1 Os pressupostos para a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação	41
3.1.1 Serviços técnicos profissionais especializados	43
3.1.2 Singularidade do Serviço a ser prestado	44
3.1.3 Notória especialização do contratado.....	47
3.2 O dever de licitar <i>versus</i> a posição da Ordem dos Advogados do Brasil	49
3.3 A posição jurisprudencial sobre o tema	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

A possibilidade de *contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública*, por inexigibilidade de licitação, fundamentada no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, mostra-se um tema bastante controverso na atualidade. Logo, esse tema deve ser analisado com muita ponderação, uma vez que, não se pode afirmar que toda e qualquer contratação direta de serviço advocatício realizada pelo poder público é licita; ou ainda, que toda contratação de serviço advocatício deverá ser precedida de licitação pública.

Os serviços advocatícios públicos são prestados, em regra, por profissionais selecionados através de concurso público, que após a investidura no cargo específico para tal habilitação exigida, passam a compor o quadro de pessoal da Administração Pública.

Em outro aspecto, a terceirização desses serviços a profissionais estranhos aos quadros da Administração Pública, deverá ser realizada mediante prévia licitação pública, de acordo com o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Assim, como regra geral a Constituição Federal impõe a realização de procedimento licitatório quando a Administração Pública desejar contratar serviços, realizar obras, compras, alienações de bens, resguardado assim, o interesse público, afastando a possibilidade de contratações que ofendam a moralidade administrativa, e garantindo a todos os possíveis interessados em contratar com a Administração, igualdade de condições.

No entanto, essa regra foi excepcionada pelo próprio constituinte, quando admitiu situações em que não é obrigatório a realização de licitação pública. Mas, como afirmado anteriormente, a regra é a obrigatoriedade de licitação, e a contratação direta será, portanto, por exceção. Então, na qualidade desta última hipótese, a contratação direta deve ser utilizada somente em casos em que a licitação não pode se desenvolver regularmente ou quando a qualidade do serviço profissional exige um estudo ou parecer de jurista de grande destaque na área especializada de interesse da Administração.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 que trata sobre as normas gerais de licitação e contratos administrativos, estabelece a dispensa e a inexigibilidade de licitação para alguns casos, conforme disposto em seus artigos, 17, 24 e 25.

Logo, a inexigibilidade de licitação, é resultante de situações que restam comprovadas a impossibilidade de competição, característica intrínseca da licitação pública. De tal sorte que, não havendo competição, a licitação se torna inviável, pois é necessário haver mais de um interessado capaz de atender ao objeto da contratação pretendido pelo ente público.

Embora afastado o dever de licitar, a Administração Pública deverá seguir um procedimento simplificado e célere, porém, devendo seguir requisitos formais para garantir a validade e eficácia das contratações por inexigibilidade de licitação.

Nesse contexto, o presente estudo, tem como objetivo geral, apresentar os pressupostos legais e as necessidades procedimentais para a eficácia das contratações diretas por inexigibilidade de licitação focado especificamente na contratação de serviço advocatício pela Administração Pública, sob a égide da Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações, não obstante outros serviços são objeto dessa matéria (contabilidade, áreas técnicas, avaliações, treinamento pessoal, etc).

Assim, para melhor visão e atingir o objetivo proposto, apresentam-se três capítulos essenciais à discussão do presente trabalho: o primeiro capítulo aborda o tema sobre licitação, apresentando os conceitos gerais e características principais, como também, apresentará as principais diferenças entre a licitação dispensada, dispensável e inexigível.

Em seguida, o capítulo segundo, apresentará uma visão geral das hipóteses de inexigibilidade de licitação, presentes no artigo 25, da Lei nº 8.666/93.

E por último, o terceiro capítulo, abordará a questão central de análise dos pressupostos autorizadores da contratação dos serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, presentes no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, como a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado. Neste ponto, será identificado os serviços advocatícios como serviços técnicos profissionais especializados. Também, será apresentado no presente capítulo, o posicionamento da Ordem dos Advogados do Brasil, e o panorama sobre o entendimento jurisprudencial das Cortes superiores do país, sobre o tema em estudo.

Por fim, utiliza-se como metodologia para subsidiar este estudo a revisão bibliográfica, por meio de doutrina, jurisprudência e normas constitucionais e infraconstitucionais que abordam o tema em questão e o método de pesquisa é o método crítico-dialético.

CAPÍTULO I
CONTRATAÇÃO PÚBLICA: Noções Gerais

1.1 Licitação pública e seus conceitos fundamentais

A palavra licitação origina-se do latim *licitacio*, que significa venda por um preço, ou venda por lance, ou ainda venda por oferta. É a atividade desenvolvida na formulação de lances. É o ato de licitar, na arrematação, hasta pública, visando a adjudicação¹.

Observa-se que, desde a sua origem, a palavra licitação se correlaciona com o sistema mercadológico de compra e venda. No entanto, há diferenças quando aplicada à Administração Pública e aplicada aos particulares.

Os particulares possuem ampla liberdade de realizar suas contratações, assim, podem contratar da forma desejada e com quem entender ser melhor, uma vez que, não há obrigatoriedade da realização de disputa entre os candidatos, tampouco são obrigados a agir de forma impessoal e isonômica.

Já em relação à Administração Pública, o mesmo não ocorre, uma vez que a função administrativa está vinculada à finalidade pública, devendo esta, sujeitar-se ao cumprimento de formalidades estabelecidas em lei². Logo, para a validade dos contratos administrativos é necessário atender um procedimento formal que é denominado de ‘licitação pública’.

Conforme a doutrina clássica preconiza, nas palavras do jurista Hely Lopes Meirelles, a licitação é o caminho pelo qual o gestor público percorre para selecionar a proposta mais vantajosa ou a que melhor atende ao interesse da Administração, desenvolvendo-se através de uma sucessão ordenada de atos definidos em lei, garantindo assim, a igualdade de condição entre todos os interessados em participar do processo³.

Ou ainda, de acordo com o autor Diógenes Gasparini, o conceito de licitação pode ser compreendido como:

[...] procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critério objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse⁴.

Concluindo, Cretella Júnior, defende que a licitação, no direito administrativo atual, possui sentido:

Preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar e complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.840.

² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. p. 205.

³ MEIRELLES, 2015. p. 284.

⁴ GASPARINI Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade⁵.

Na doutrina hodierna, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo define que a licitação é um procedimento administrativo, no qual a Administração Pública ao necessitar contratar deverá, de acordo com regras previamente estabelecidas, convocar interessados a fim de eleger a melhor proposta⁶.

Para a douta doutrinadora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições ficadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato⁷.

Não longe disso, Carvalho Filho diz que licitação é:

O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico⁸.

De arremate, segundo o entendimento do mestre Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica⁹.

Por tais conceitos, percebe-se que tanto a doutrina clássica quanto a contemporânea, são harmônicas em conceituar o instituto da licitação como um procedimento administrativo, vez que se entende uma sucessão de atos que precedem a prática de um ato principal. Logo, compreende-se a necessidade do cumprimento de um procedimento prévio à celebração dos contratos por parte da Administração Pública, haja vista a necessidade de obediência aos princípios basilares do direito administrativo legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, entre outros, visando garantir que a contratação efetivada seja a mais vantajosa ao Poder Público, afastando todo e qualquer privilégio dentre os interessados na contratação.

Observa-se que esse procedimento tem como objetivo preservar o contrato e protegê-lo de atos ilegais, mantendo a lisura da contratação, evitando o detrimento do interesse público, através de favores e apadrinhamento.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 52.

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010. p. 240.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 291

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 279. p. 240.

⁹ JUSTEN FILHO Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 309.

Frisa-se, ser importante tratar no início deste estudo sobre a conformidade do instituto da licitação segundo o ordenamento legal. Dessa forma, pode-se inferir, a partir da leitura do art. 22, XXVII da Constituição Federal que é da competência privativa União legislar sobre a matéria. Desta feita, os Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência concorrente, isto é, podem produzir normas que não sejam caracterizadas como gerais. Logo, as normas da União possuem o dever de dar espaço para outras, que guardem pertinência com as características de cada ente, desde que não viole as normas gerais. *In verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III¹⁰.

No mesmo sentido, segundo previsão contida na Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, XXI, via de regra as contratações realizadas pela Administração Pública deverão ser precedidas de licitação.

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹¹.

Como também, prescreve o art. 175 da Constituição Federal de 1988 a realização de procedimento licitatório para as outorgas de concessões e de permissões de serviços público, é indispensável:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos¹². [Grifo nosso].

Em cumprimento a esses preceitos constitucionais sobreveio, a Lei 8.666/1993, a chamada “Lei de Licitações e Contratos”, com o objetivo de regulamentar o citado mandamento constitucional e criar padrões e normas gerais para o procedimento licitatório e

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem

os contratos da Administração Pública buscando assim, a concretização da finalidade desejada pelo Estado de implementar as suas funções, delegando os serviços públicos, criando bens, pondo em funcionamento a máquina estatal e atender às necessidades públicas.

A própria Lei 8.666/93 em seu artigo 3º, elencou os princípios constitucionais sob os quais a atividade da Administração, deve se orientar durante o processo de contratação, para alcançar seus objetivos. Dentre os principais estão os princípios da impessoalidade, da legalidade, da moralidade, da publicidade, da isonomia, da probidade administrativa, do julgamento objetivo.

1.1.1 Finalidade

Conforme afirmado anteriormente, tem-se que a licitação é um procedimento administrativo, por meio do qual a Administração Pública, mediante disponibilização de igualdade de oportunidades àqueles interessados em contratar, seleciona a proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao interesse público, apresentada pelo interessado que preencher os requisitos exigidos em lei e no edital do certame.

Assim, o procedimento licitatório da Administração destina-se ao alcance de dois objetivos básicos para a garantia da produção dos seus efeitos jurídicos, a saber: *a seleção da proposta mais vantajosa do certame e assegurar igualdade de condições a todos interessados no objeto licitado*¹³.

Ademais, com poucas divergências entre a doutrina, as finalidades do procedimento licitatório, de acordo com os ensinamentos de Meirelles¹⁴, são a "obtenção do contrato mais vantajoso" e o "resguardo dos direitos de possíveis contratados". Preceitos estes, elencados no art. 3º da Lei 8.666/1993:

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 correlatos¹⁵.

Logo, tem-se que a Licitação avoca o dever de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ou seja, deverá o contrato conjugar aspectos de

¹³ DI PIETRO, 2015. p. 390.

¹⁴ MEIRELLES, 2015. p. 288.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 17 maio 2017.

qualidade e menor preço. Também, o procedimento deverá garantir a isonomia entre os licitantes, em observância ao disposto na própria Constituição Federal que assegura igualdade de condições aos concorrentes¹⁶. E oportunizar a contratação, fomentando assim, o desenvolvimento nacional sustentável.

1.1.2 Objeto da licitação

Formam os objetos da licitação: as obras, os serviços, as compras, as concessões, as permissões, as alienações, as locações e inclusive os serviços de publicidade, passíveis de contratação pela Administração Pública, de acordo com o estabelecido no art. 1º da Lei nº 8.666/1993. Sendo necessário observar que deverão ser ofertados por mais de uma pessoa, visto que a licitação supõe a pluralidade de oferta¹⁷.

Nesse sentido, a delimitação do objeto é o ponto mais importante para se iniciar a contratação, visto que é a primeira obrigatoriedade da Administração Pública. Por isso, a sua apresentação deverá ser feita de forma adequada, clara e sucinta, uma vez que é pressuposto para a validade do procedimento, afastando possíveis características irrelevantes ou inadequadas que possam restringir a competição¹⁸.

Frisa-se, que o conceito de serviço está tratado na Lei de Licitações, no art. 6º, II:

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

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais¹⁹

E, para a realização da contratação de serviços, há previsão expressa da obrigatoriedade da realização do certame licitatório, de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.666/93:

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 Lei²⁰.

¹⁶ É o que prescreve o art. 37, XXI, da Constituição Federal: “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” [Grifo nosso].

¹⁷ MELLO, 2010, p. 540.

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 191.

¹⁹ BRASIL, 1993.

²⁰ BRASIL, 1993.

Depreende-se daí que há a exigência da licitação para os contratos firmados com a Administração Pública que possuem como seu objeto a *execução de serviços advocatícios*. Porém, apesar da regra para a contratação dos serviços ser, após regular procedimento licitatório, a lei prevê exceções, como bem será estudado no decorrer desse estudo.

1.2 Obrigação constitucional de licitar

Conforme já pontuado, Administração Pública, possui o dever de licitar, e essa obrigação deriva do “princípio da indisponibilidade do interesse público” e das restrições que são impostas para a preservação de atos improbos, discriminatórios e pessoais, assim, compete ao gestor público assegurar que os bens, sejam utilizados de forma eficiente para alcançar a finalidade pública.

Com isso, as celebrações dos contratos administrativos pelos agentes públicos, em nome da Administração, não podem ser realizadas de acordo com às suas vontades ou desígnios pessoais, todavia sempre em prol do interesse da coletividade. Desse modo, por meio da licitação pública, se retira da esfera pessoal do administrador, a escolha de quem contratar com a Administração Pública²¹.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, normatizou esse dever de licitação prévia como pressuposto para a celebração dos contratos administrativos, portanto, como regra geral a obrigatoriedade de fazer licitação vincula todos os órgãos que compõem a Administração Pública e desempenham atividades administrativas.

Nesse sentido, conforme a doutrina de Alexandre de Moraes leciona, pretendendo o legislador constituinte preservar os princípios insculpidos no *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988, ordenou que fosse obrigatória a obediência por toda Administração Pública, a realização prévia de licitação para as contratações a que tivesse interesse, conforme suas lições que, abaixo se transcreve:

Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e probidade administrativa, os contratos que envolvem responsabilidade do erário público necessitam adotar a licitação, sob pena de inalicidade, ou seja, devem obedecê-la como rigorosa formalística como precedente necessário a todos os contratos da administração, visando proporcionar-lhe a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias aos órgãos estatais, assegurando, assim, sua licitude²².

²¹ NIEBUHR, 2015, p. 47.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 223.

Notadamente, pode-se observar que esta imposição constitucional, é ratificada pela Lei nº 8.666/93, publicada em 21 de junho de 1993, quando, em seu artigo 1º, especifica sua abrangência. *In Verbis*:

Art. 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 Municípios²³.

Logo, no parágrafo único, do artigo 1º, identifica quem se subordina a esta norma:

Art. 1º [...]

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 Municípios²⁴. [Grifo nosso].

Demais disso, fácil perceber que a função administrativa é atividade preponderante exercida pelo Poder Executivo, mas os demais Poderes também exercem essa função de maneira acessória. Portanto, além do Poder Executivo, os poderes Legislativo e Judiciário, também deverão respeitar a regra da licitação, mesmo desempenhando de forma atípica a função administrativa²⁵.

Ainda, essa obrigatoriedade, aplica-se aos órgãos que compõem o Poder Executivo, pois, tipicamente, exerce a atividade administrativa, de modo que, estão sujeitos a essa regra, tanto a Administração direta quanto a indireta da União, Estado, Distrito Federal e Município²⁶.

É necessário observar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, que fazem parte da Administração Indireta, passaram a ter normas de licitação próprias desde que entrou em vigor a Lei nº 13.303, sancionada em 2016, em que seu art. 1º tem a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União, ou seja, de prestação de serviços públicos de serviços públicos²⁷.

²³ BRASIL, 1993.

²⁴ Ibidem.

²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 4 ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015. p. 48.

²⁶ MELLO, 2010, p. 357.

²⁷ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2017. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm> Acesso em: 30 mai. 2017.

O Estatuto das Estatais, como vem sendo denominada tal lei, encontra seu fundamento de validade no art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988 e traz ao ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros assuntos, as normas voltadas a regulamentação das licitações no âmbito das empresas estatais²⁸.

Dessa forma, a regra, trazida pela Lei das Estatais, para a formalização dos contratos firmados entre terceiros e as empresas públicas ou sociedades de economia mista, destinados à prestação de serviços, execução de obras, publicidade, aquisição de bens e locações deverão ser precedidos de licitação, salvo as exceções previstas em lei.

Logo, o constituinte estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade de licitação como meio adequado de garantir a melhor contratação no âmbito da Administração Pública. Somente em casos especiais, o Poder Público, está autorizado a firmar contratos administrativos sem o devido processo licitatório.

Assim, mesmo nessas hipóteses, o Administrador Público, deverá ter bastante cautela para se evitar contratações superfaturadas. Nesse sentido, passa-se a examinar as possibilidades de contratação direta, ou seja, contratação sem licitação, pela Administração Pública.

1.3 Os pressupostos licitatórios

Para se realizar o procedimento licitatório é necessário a comprovação de pressupostos básicos que, de acordo, com ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, se apresentam em três categorias, as quais são: “lógico, jurídico e fático”²⁹.

O pressuposto *lógico*, afirma que para ser realizada uma licitação é necessário que exista no mercado mais de um ofertante para determinado objeto ou serviço que atenda ao interesse da Administração. Ou seja, a licitação só poderá ocorrer quando presente uma pluralidade de ofertantes. Com efeito, não faz sentido a abertura de procedimento licitatório para a contratação de serviço jurídico, que seja oferecido apenas por um único advogado ou

²⁸ A redação trazida pelo § 1º, do art. 173, da Constituição Federal de 1988 é a seguinte: Art. 173. [...] § 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: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

²⁹ MELLO, 2010, p. 245.

escritório de advocacia. A quantidade de bacharéis em Direito no país, inverte essa lógica, pois pode-se abrir o concurso público com a criação dos cargos, com remuneração razoável ao que seria pago no contrato sem licitação, como é sabido os serviços advocatícios não são trabalhos excepcionais, fazem parte da atividade diária da Administração Pública (emissão de pareceres na área administrativa, representar ativa e passivamente o ente estatal em qualquer juízo o tribunal, além de outras atividades inerentes dessa atividade; análise de contratos, convênios e outros instrumentos. Diferente de outros serviços com profissionais mais específicos, por exemplo, um escultor, um pintor famoso, um museólogo, um músico de orquestras etc.

Já o pressuposto *jurídico* está pautado na afirmação de que a licitação é o meio pelo qual a Administração Pública alcançará o interesse público. De modo que, há casos que o procedimento licitatório pode ir em sentido contrário ao interesse coletivo que é o de servir.

Por fim, para o pressuposto *fático* a licitação só poderá ocorrer quando acudirem interessados em participar da disputa. Neste sentido, não há viabilidade de abertura de procedimento licitatório quando não há interessados em concorrer ou existir somente um interessado, frustrando assim a competitividade.

Dito isso, fica evidente que a celebração do contrato administrativo através de prévio procedimento licitatório, só poderá ocorrer quando presentes os pressupostos acima elencados. De modo que, a ausência de qualquer um dos pressupostos impossibilita a realização da licitação, representando assim exceção à regra.

Assim, mesmo que licitar seja a regra, o constituinte recepcionou, no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a possibilidade da exceção quando trouxe o texto “ressalvados os casos específicos na legislação”. Logo após, a Lei de Licitação, em seu art. 2º, fixou essa regra, trazendo assim, as possibilidades das contratações sem licitação.

Desta feita, as contratações diretas, podem ocorrer na Administração Pública, como exceção à regra, de acordo com a forma prevista na Lei nº 8.666/93. Tendo assim, três hipóteses de contratação direta previstas nesta Lei, as quais são a *licitação dispensada*, a *licitação dispensável* e a *licitação inexigível*.

Passa-se então a examinar as principais diferenças entre essas três modalidades de contratação direta, tópico seguinte.

1.4 Diferenças entre licitação dispensada, dispensável e inexigível

O procedimento licitatório é, como regra, precisamente o meio previsto no ordenamento jurídico de que se servem, os entes que compõem a Administração Pública, para eleger a proposta mais vantajosa apresentada. Outrossim, é o importante instrumento para asseverar a isonomia nas ocasiões de contratação, entre os interessados que atendam as características mínimas para executar de maneira satisfatória o objeto.

A maior parte dos doutrinadores pátrios estabelecem a distinção entre licitação dispensada, dispensável e inexigível, adotando a definição basilar contida na Lei nº 8.666/93, não havendo, porém, conformidade sobre o tema.

A Lei nº 8.666/93, institui três formas de contratação direta nas quais a Administração Pública poderá contratar sem licitação, a saber: as *dispensas de licitação* entre estas se dividem a (*licitação dispensada e licitação dispensável*), previstas nos arts. 17 e 24, respectivamente, e a *contratação por inexigibilidade de licitação*, contida no art. 25.

Em todos esses casos, a licitação não se mostra vantajosa para o alcance do interesse público. É nesse sentido que se posiciona Marçal Justen Filho:

[...] existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais³⁰.

A *licitação dispensada*, prevista no art. 17 da Lei de Licitação, que trata sobre a matéria de alienações de bens públicos, assim, quando se tratar de alienação disciplinada no citado artigo, a Administração Pública deverá demonstrar, em regra, três aspectos, quais sejam: a existência de interesse público devidamente justificado, realizar prévia avaliação e licitação, salvo as exceções mencionadas³¹.

Nesse contexto, o professor Hely Lopes Meirelles já explicava sobre a licitação dispensada aos bens imóveis e móveis:

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 390.

³¹ BRASIL, 1993.

A lei esclarece que estão dispensadas as licitações de bens imóveis nos casos de doação em pagamento, investidura e doação ou venda a outro órgão público; ou ainda, quando se tratar de alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de habilitações de interesse social.

[...]

Com relação aos bens móveis, a licitação também é dispensada nos casos de doação, permuta, venda de ações e títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração e venda de materiais e equipamentos inservíveis, atendidos os requisitos e condições previstos nas alíneas do inciso II do citado art. 17³².

O interesse público³³ é a finalidade básica da Administração, ou seja, “aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada ou por uma parte expressiva de seus membros”³⁴. Dessa feita, o interesse público é um objetivo da coletividade, configurando assim, desvio de finalidade se o administrador público, alienar bens sem existir vantajosidade para a Administração.

Já a avaliação prévia, deve ser prestada por perito, devidamente habilitado para tal, face ao princípio da legalidade, pois constitui uma atividade de natureza técnica, não podendo ser realizada por qualquer pessoa³⁵.

O citado art. 17, deixa claro também, que a regra para alienação é a licitação, porém nos incisos I, referente a imóveis, e II, versando sobre móveis, enumeram as hipóteses onde a licitação está dispensada.

A *licitação dispensável*, está prevista, de forma taxativa, no art. 24 da Lei nº 8.666/93, refere-se às hipóteses em que, muito embora seja possível a instauração da licitação, ou seja, haja competitividade, não é conveniente ao interesse público, pois importaria um sacrifício desmedido à Administração. Portanto, o legislador autorizou que não se proceda a licitação, podendo então, a Administração Pública firmar o contrato de forma direta³⁶.

Nesse sentido, o professor Diógenes Gasparini, tece o seguinte comentário:

O elenco consignado no citado art. 24 do Estatuto Federal Licitatório, por se tratar de exceção à obrigatoriedade de licitar, é taxativo, não podendo, portanto, as entidades que devem observância a esse princípio aumentá-lo quando da execução

³² MEIRELLES, 2015, p. 113.

³³ Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente fazem a seguinte distinção: “Os interesse públicos primários são os interesses diretos do povo, os interesses gerais imediatos. Já os interesses públicos secundários são os interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Esses interesses secundários são identificados pela doutrina, em regra, como interesses meramente patrimoniais, em que o Estado busca aumentar sua riqueza, ampliando receitas ou evitando gastos. Também são mencionados como manifestação de interesses secundários os atos internos de gestão administrativa, ou seja, as atividades meio da Administração, que existem para fortalecê-la como organismo, mas que só se justificam se forem instrumentos para que esse organismo atue em prol dos interesses primários.” ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 187.

³⁴ Ibidem, p. 87.

³⁵ FERNANDES, J. U. Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177.

³⁶ NIEBUHR, 2015, p. 240.

da lei. A interpretação há de ser sempre restritiva. Ademais, não cabe ao Estado-Membro ou ao Distrito Federal, nem ao Município quando da feitura de suas respectivas leis de licitação e contrato administrativo, criar novas hipóteses de dispensabilidade³⁷.

Não longe disso, no ensinamento da jurista Odete Medauar, a contratação por dispensa de licitação “abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso, o rol do artigo 24 é considerado taxativo”³⁸.

Nessa senda, tem-se que as trinta e três hipóteses de licitação dispensável previstas no art. 24, abrangem as situações em que ensejam a competitividade, sendo possível instaurar o procedimento licitatório, porém a lei faculta sua não utilização. Por tudo isso, esse rol é considerado taxativo e há a discricionariedade da Administração Pública para optar pela realização da licitação ou dispensá-la.

Ademais, seguindo a doutrina de Sylvia Di Pietro, a dispensa de licitação se divide em quatro categorias, quais sejam: “em razão do pequeno valor”, “em razão de situações excepcionais”, “em razão do objeto” e “em razão da pessoa”³⁹.

As dispensas em razão do pequeno valor têm previsão nos incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações e possuem o intuito de impedir que a Administração Pública dispense valores com todo o procedimento licitatório a fim de firmar contratos com valores ínfimos, o que não é o caso dos serviços advocatícios.

Assim, pode-se observar que o legislador advertiu que há um desequilíbrio entre o custo/benefício, dentre essas hipóteses onde o valor gasto com o procedimento licitatório é superior aos benefícios do contrato firmado, conforme traz Marçal Justen Filho:

A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum. [...] A lei determinou que as formalidades prévias deverão ser proporcionais às peculiaridades do interesse e da necessidade pública. Por isso, tanto mais simples serão as formalidades e mais rápido o procedimento licitatório quanto menor for o valor a ser despendido pela Administração Pública⁴⁰.

Cabe ressaltar que, não se admite o fracionamento do objeto buscando o alcance dos valores dessas dispensas. Assim, a norma proíbe que o gestor público fracione o objeto do contrato para que o valor unitário alcance os parâmetros discriminados nos incisos I e II da Lei nº 8.666/93, no entanto, quando somados as parcelas, esse valor gasto ultrapasse as quantias previstas nos dispositivos⁴¹.

³⁷ GASPARINI, 2012, p. 578.

³⁸ MEDAUAR, 2011. p. 216.

³⁹ DI PIETRO, 2012, p. 391.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2012. p. 335.

⁴¹ Ibidem, p. 335.

O legislador também entendeu a necessidade de enquadrar nas hipóteses de licitação dispensável algumas situações excepcionais, de acordo com a explanação de Sylvia Di Pietro:

[...] a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento licitatório é incompatível com a urgência da celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato⁴².

São as hipóteses previstas nos incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII e XXVIII do art. 24, da Lei nº 8.666/93, que versam sobre situações emergenciais e urgentes onde a celeridade na formalização do contrato é imprescindível para o alcance do interesse coletivo e quando não acudirem interessados em participar do procedimento licitatório, e esta não puder ser repetida sem ocasionar prejuízos à Administração.

O terceiro e último grupo das licitações dispensáveis trata sobre a peculiaridade da pessoa a ser contratada. Tais casos estão discriminados nos incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXIII, XXIV e XXVI do artigo em comento. Esse grupo, contempla as hipóteses onde o contratado possui prerrogativas, por também compor a Administração Pública, possuir finalidade social, entre outros.

O jurista pernambucano Jacoby Fernandes, leciona que a distinção básica entre licitação dispensada e licitação dispensável, encontra-se no sujeito ativo, sendo que naquelas, a Administração Pública aliena seus bens, enquanto nas dispensas de licitação, o ente público se torna comprador ou tomador de serviços. Vejamos:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurado no primeiro caso a administração, no interesse de ceder parte de seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora de serviços⁴³.

Outro aspecto que distingue a licitação dispensada da dispensável é em relação a obediência às formalidades contidas no artigo 26 da Lei de Licitações, uma vez que, a princípio, na licitação dispensada, não há obrigatoriedade de seguir essas formalidades, exceto nas hipóteses previstas nos parágrafos 2º e 4º do artigo 17, significando assim, tratar de um processo mais célere⁴⁴. A situação é oposta, nas hipóteses onde a licitação é dispensável, salvo nos incisos I e II do artigo 24 da Lei de Licitações.

⁴² DI PIETRO, 2012, p. 398.

⁴³ FERNANDES, 2016, p. 156.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1336/2006. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. 7 ago. 2006.

Contudo, conforme corrente defendida pelo jurista Marçal Justen Filho, *não há de se distinguir a licitação dispensada da licitação dispensável*, uma vez que a diferença é o propósito das hipóteses dos art. 17 e 24, respectivamente, da Lei nº 8.666. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta “sendo válido e plenamente admissível o uso das expressões comuns ou o seu emprego como sinônimos”⁴⁵.

Outra forma de contratação direta é a das situações contidas no art. 25 da Lei 8.666/93, as *inexigibilidades de licitação*, que elenca, de forma exemplificativa, casos que não há viabilidade de competição, causando assim a impossibilidade de licitação.

Essa inviabilidade, poderá ocorrer diante das situações em que há apenas um único objeto capaz de satisfazer o interesse da Administração, ou quando, somente um único particular dispõe das condições necessárias para atender o interesse Público⁴⁶.

Logo, a diferença preponderante entre a licitação dispensada, dispensável e inexigível, está no fato em que nas duas primeiras hipóteses, há possibilidade da realização do procedimento licitatório, ou seja, existe competição, tendo a lei estabelecido a discricionariedade da Administração Pública para realização da licitação. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, não há possibilidade de competição, visto que só existe um objeto ou particular que atenda às necessidades da Administração, portanto, a licitação é inviável⁴⁷.

Dessa forma, o primeiro passo do gestor público, quando da abertura do processo administrativo que vise a contratação, é questionar se há possibilidade de competição, se a resposta for negativa, trata-se de um caso de inexigibilidade de licitação; no entanto, se houver resposta positiva, deverá questionar a possibilidade de dispensa de licitação⁴⁸.

⁴⁵ FERNANDES, 2016, p. 156.

⁴⁶ NIEBUHR, 2015, p. 36.

⁴⁷ DI PIETRO, 2015, p. 311.

⁴⁸ FERNANDES, 2016, p. 157.

CAPÍTULO II
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

2.1 Hipóteses de inexigibilidade de licitação

Conforme explicado anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio prevê a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório prévio à celebração dos contratos administrativos.

Contudo, conforme ventilado, existem situações que esse procedimento será dispensado, dada a impossibilidade de competição em face de não haver uma pluralidade de proponentes, ou seja, quando houver apenas um único interessado capaz de apresentar proposta.

Dito isso, tem-se que a inexigibilidade de licitação, se dá quando há impossibilidade na realização da licitação pela inexistência de competição, assim, a Administração Pública, deverá utilizar-se dessa contratação direta, uma vez que a realização do procedimento licitatório é materialmente impossível⁴⁹.

Ademais, para Hely Lopes Meirelles a licitação se apresenta de forma inexigível, dada a:

[...] impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato⁵⁰.

Igualmente, o prof. Diógenes Gasparini, corroborava com esse entendimento, quando afirmava que:

[...] a inexigibilidade de licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem previa licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes⁵¹.

Assim, como a licitação pressupõe uma disputa entre os interessados em contratar com o Poder Público, que apresentem suas propostas para daí ser escolhida a mais vantajosa para a administração, é necessário que existam mais de uma pessoa interessada, capaz de atender as especificações do objeto pretendido pelo ente público, seja para o fornecimento de produtos, realização de obra ou mesmo prestação de um serviço.

Deste modo, a Lei 8.666/93, em seu art. 25, elenca em um rol exemplificativo as hipóteses legais da *inexigibilidade* de licitação:

⁴⁹ NIEBUHR, 2015, p. 36.

⁵⁰ MEIRELLES, 2015, p. 306.

⁵¹ GASPARINI, 2012, p. 609.

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

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

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

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

§ 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.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis⁵².

Percebe-se que a doutrina é pacífica ao tratar que as hipóteses previstas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93, tratam-se de situações hipotéticas, visto que, a norma utilizou-se de exemplos genéricos para demonstrar situações que demonstrem impossibilidade de competição.

Destarte que, a expressão “inviabilidade de competição” prevista no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93, pode ser gerada por inúmeras situações, que deverão ser resolvidas tomando como base o rol de natureza exemplificativa contido no referido artigo⁵³.

À propósito, o jurista Joel Niebuhr assevera sobre o assunto da seguinte forma:

Repita-se que essas hipóteses são apenas exemplificativas, pois a licitação pública é inexigível sempre que se estiver diante da inviabilidade de competição, conforme prescreve, com invulgar precisão e clareza, o *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93. Portanto, além dos incisos arrolados no artigo em tela, percebe-se existirem outras situações que poderiam implicar inexigibilidade. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar a licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema dos seus préstimos⁵⁴.

Outra opinião de relevo tem destacado o professor Celso Antonio Bandeira de Mello, afirmando que:

Outras hipóteses de exclusão do certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios.

⁵² BRASIL, 1993.

⁵³ JUSTEN FILHO, 2014, p. 482.

⁵⁴ NIEBUHR, 2015, p. 143.

Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e a qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores de serviços almejado simplesmente não se engajam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusessem a disputar o objeto do certame que se armasse a tal propósito⁵⁵.

Portanto, se observa que a relação contida na Lei de Licitação de casos onde é possível a Administração Pública *contratar por inexigibilidade de licitação não é exaustiva*, ou seja, os incisos I a III do art. 25 exibem, meramente uma amostra de “hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis”⁵⁶,

Assim, apesar de se apresentar como um rol exemplificativo, as hipóteses são de extremada relevância para o entendimento do instituto da inexigibilidade de licitação, por isso, passa-se ao estudo do rol exemplificativo, constante no art. 25 e incisos I, II e III da Lei nº 8.666/93.

2.2 Fornecedor ou produtor exclusivo

A primeira hipótese que demonstra a impossibilidade de competição, trazida pela Lei de Licitações, é quando a Administração Pública tem como a pretensão adquirir materiais ou equipamentos, onde estes só se encontram no mercado através de fornecedor exclusivo, conforme redação do art. 25, I da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 25 [...]

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes⁵⁷.

O professor Hely Lopes Meirelles, sobre o inciso I, apresentava o seguinte ensinamento:

A lei considera inexigível a licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor ou vendedor exclusivo, porque seria inútil licitar o que não é passível de competição de preço ou de qualidade⁵⁸.

⁵⁵ MELLO, 2010, p. 548.

⁵⁶ Ibidem, p. 548.

⁵⁷ BRASIL, 1993

⁵⁸ MEIRELLES, 2015, p. 307.

Essa normativa apresentada pelo artigo em comento, é restrita a compras de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos com exclusividade por determinado produtor, empresa ou representante comercial, sendo vedada abrangências de contratações de serviços.

No entanto, nada impede que a contratação de determinado serviço e este ser prestado por um único prestador, neste caso, a contratação se dará pelo enquadramento do caput do artigo 25 e não no seu inciso I, pois o relevante é o objeto da contratação que deverá ser fornecido ou prestado por fornecedor exclusivo⁵⁹.

Assim, para que seja caracterizado a inexigibilidade, prevista no art. 25, I da Lei 8.666/93 é necessário demonstrar porque só aquele produto atende à finalidade do ente público e porque os objetos similares encontrados no mercado não são capazes de satisfazer o interesse público.

Ademais, essa exclusividade pode se dar tanto de forma absoluta como na forma relativa, conforme o entendimento magistral de D. Gasparini:

Pode a exclusividade ser absoluta ou relativa. É absoluta quando no país só há um fornecedor ou um único agente (produtor, empresa ou representante comercial) para prover os interesses da Administração Pública. Este é o fornecedor exclusivo. [...] A exclusividade, portanto, diz respeito ao fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo, não ao fabricante, salvo se também for produtor ou representante comercial exclusivo. A exclusividade é relativa quando no país há mais de um fornecedor, empresa ou representante comercial, mas na praça considerada há apenas um. [...] A exclusividade absoluta torna, de pronto, inexigível a licitação. O mesmo não ocorre com a relativa. Nesta a licitação será exigível ou inexigível conforme exista ou não, na praça considerada, fornecedor, empresa ou representante comercial exclusivo [...]. É a praça comercial determinável pela grandeza o valor do contrato que se pretende celebrar. Assim, se o montante do ajuste determinar o convite, a exclusividade do produtor, empresa ou representante comercial é na praça em que se realiza a licitação. [...] Se o vulto do contrato indicar a concorrência, a exclusividade é no país⁶⁰.

Importante também, é diferenciar a exclusividade industrial da exclusividade comercial. A primeira diz respeito ao produtor primitivo do país, assim, é admissível a contratação direta, quando houver apenas um produtor de determinado material, equipamento ou gênero. A segunda é referente aos vendedores e representantes na praça. Há possibilidade de existirem vários vendedores ou representantes no país, neste caso, a exclusividade deverá ser observada na localidade da licitação, pois o conceito de exclusividade comercial estar relacionado com a área privativa do vendedor ou representante do produto⁶¹.

⁵⁹ FERNANDES, 2016, p 463.

⁶⁰ GASPARINI, 2012, p. 611-612.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contratos administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010. p. 296.

Outro ponto relevante, normatizado pelo inciso em comento, é a expressa vedação à preferência de marcas. Sobre o tema, Justen Filho, tece o seguinte comentário:

A vedação à preferência por uma marca deve ser interpretada em termos. A opção por determinada marca poderia suprimir, de modo injustificado, a viabilidade de competição. Assim, se produtos de origem (e marca) distintas puderem satisfazer ao interesse público, a Administração deverá promover a licitação entre os produtores, empresas ou representantes comerciais exclusivos. Mas é válida a opção por produtos de determinada marca quando existir fundamento para tanto⁶².

Dessa forma, a Administração só poderá escolher uma marca quando devidamente justificado que aquele determinado objeto é o único que atende às finalidades da entidade. Assim, a Lei não impede que a Administração indique a marca do único produto apto a satisfazer sua necessidade, desde que o faça, de forma objetiva e devidamente justificada, demonstrando a vantagem efetiva de determinada marca ou tipo, para continuidade da padronização adotada⁶³. Neste caso, a preferência se justificaria pela necessidade administrativa.

Ademais, o inciso em comento, traz ainda a necessidade de comprovação da exclusividade, ou seja, a contratação será autorizada a partir da comprovação que exista só um fornecedor capaz de atender o objeto que a Administração pretende. Soma-se a isso que, há expresse comando para que esse atestado de exclusividade seja emitido por órgão de registro do comércio do local, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes⁶⁴.

Mesmo havendo a exigência de apresentação, por parte do interessado em contratar, de comprovação de exclusividade por meio de atestado, ainda ocorrerá a possibilidade de fraude, já que os órgãos legalmente legitimados a atestar, não atestam a exclusividade, conforme assegura Niebuhr:

Na mesma linha, Sindicato, Federação e Confederação patronal são aptos, no máximo, a revelar a atividade de seus afiliados. Entretanto, desconsideram cabalmente os não filiados, mesmo que atuem na área, repassando, também, informações parciais, bastante restritas.

Além disso, os órgãos de registros de comércio, os Sindicatos, Federação ou Confederação patronal, ou entidades equivalentes, não visam cadastrar nem precisar realmente quem fornece o quê e em quais condições, especialmente se este o faz com exclusividade ou não. Eles registram os estatutos e os contratos sociais das empresas ou de seus afiliados, isto é, registram as declarações unilaterais que

⁶² JUSTEN FILHO, 2014, p. 488.

⁶³ MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 319.

⁶⁴ O inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, ao seu turno, prescreve que “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes” [Grifo nosso].

provêm dos próprios fornecedores, sem procederem a fiscalização para apurar se elas são verdadeiras⁶⁵.

Assim, demonstrando a sua preocupação com o conteúdo dos atestados que instruem os processos de contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos moldes do inciso I, o Tribunal de Contas da União, sumulou o entendimento que o agente público responsável pela contratação, deverá também adotar providências para comprovar a exclusividade do fornecedor.

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade⁶⁶.

Desta feita, resta claro que, o critério estabelecido no art. 25, I, da Lei 8.666/93, não garante a segurança devida para a comprovação da exclusividade. Restando assim, ao agente público, responsável pela contratação, a responsabilidade pela confirmação da veracidade da declaração de exclusividade de fornecimento contida no atestado. Essa veracidade poderá ser confirmada através de diligências ou até consultas ao fabricante do objeto a ser adquirido.

2.3 Contratação de serviços técnicos especializados

A licitação também é inexigível para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação conforme disciplinado no art. 25, II da Lei 8.666/93⁶⁷.

Logo, segundo o dispositivo em apreço, para que a contratação se enquadre como inexigível, é necessário que o serviço a ser prestado atenda três requisitos, quais sejam: “tratar-se de um serviço enumerado no art. 13 da Lei de Licitações, ser de natureza singular e ser contratado com profissional notoriamente especializado”⁶⁸.

Sobre a inviabilidade apresentada, Marçal Justen Filho apresenta o seguinte entendimento:

⁶⁵ NIEBUHR, 2015, p. 160.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 255. In: CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. A contratação por inexigibilidade de Licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo: breve análise do art. 25, I, da lei 8.666/93. Revista do TCU 134. set. dez. 2015.

⁶⁷ O art. 25, II, da Lei nº 8.666/93 é a disciplina que: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: 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”

⁶⁸ DI PIETRO, 2015, p. 402.

A inviabilidade de competição, no caso do inciso II, não decorre da ausência de pluralidade de alternativas. A inexigibilidade de licitação decorre da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. Como o serviço técnico especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando em face de cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre diversas alternativas. Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo⁶⁹.

Portanto, as características técnicas almeçadas, pelo inciso em comento, gozam de subjetividade, afastando dessa forma, critérios objetivos de julgamento, já que não haverá possibilidade de a Administração aferir o nível de especialização objetivamente, e, por esse motivo, ocorrerá a inviabilidade de competição.

Por seu turno, a Lei nº 8.666/93 define taxativamente, em seu art. 13, quais são os serviços definidos como técnicos especializados, não deixando qualquer dúvida, a que a Administração pudesse se submeter:

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

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

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

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

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato⁷⁰. [Grifo nosso].

Portanto, somente os serviços previstos no rol do art. 13, podem ser aceitos como objetos dos contratos de prestação de serviços, nessa modalidade, sendo excluídos, os contratos de obras ou fornecimento. Assim, no § 1º do artigo em epígrafe, tem-se como regra, que a *contratação de serviços técnicos especializados* que não enquadrarem em hipótese de inexigibilidade, devem ser realizadas através de licitação na modalidade concorrência.

Ainda, nos termos do art. 13, § 3º da Lei de Licitações, a empresa que for contratada diretamente tendo como elemento determinante da inexigibilidade de licitação a apresentação de relação de integrantes de seu corpo técnico, ficará obrigada a garantir que os

⁶⁹ JUSTEN FILHO, 2012, p. 495.

⁷⁰ BRASIL, 1993.

profissionais elencados atuem diretamente na realização dos serviços, objeto do contrato, revelando-se aí norma de caráter personalíssimo, sendo vedada a subcontratação.

Contudo, não basta que o serviço se adeque apenas ao conceito de serviço técnico profissional especializado e esteja previsto no art. 13 da Lei de Licitações, devendo ainda possuir natureza singular, não podendo ser ordinário, comum, a fim de justificar a contratação de um profissional ou empresa com especialização notória.

Nessa seara, o professor Diógenes Gasparini conceituava serviço singular como sendo: “Aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos demais da mesma espécie, e que exige, para sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação”⁷¹.

O autor Petrônio Braz é categórico ao afirmar que a “singularidade é um atributo específico e diferenciador, não está associado ao preço, à forma ou à localização do objeto, nem traz o significado de unidade”⁷². Desta forma, frisa-se que, nesta hipótese de inexigibilidade, não é imprescindível que a empresa ou profissional sejam exclusivos no mercado, mas devam apresentar singularidades que possam distingui-lo dos demais prestadores do serviço atuantes no mercado, ou seja com ramo de atividade específico ao fim almejado.

Presentes os pressupostos acima descritos, a contratação por inexigibilidade de licitação, só será admitida desde que presente também, a notória especialização do profissional ou empresa a ser contratada.

O § 1º do art. 25, da Lei 8.666/93, traz em seu texto a seguinte redação:

Art. 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 contrato⁷³.

Convém ressaltar que não é necessário que o profissional contratado seja reconhecido, de forma direta, perante toda a comunidade, devendo, portanto, ser necessário apenas o reconhecimento no meio de atuação.

Por fim, conforme próprio texto do art. 25, inciso II da Lei de Licitações, é vedada a contratação direta por inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

⁷¹ GAPARINI, 2012, p. 615.

⁷² BRAZ, Petrônio. **Processo de licitação, contratos administrativos e sanções Penais**. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 226.

⁷³ BRASIL, 1993.

2.4 Contratação de profissional do setor artístico

De acordo com previsão contida no art. 25, III, da Lei 8.666/93, será inexigível a licitação “para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, desde que, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”⁷⁴.

Desta feita, cabe destacar que o art. 2º, I, da Lei nº 6.533/78, define quem é considerado artista profissional:

Art. 2º - Para os efeitos desta lei, é considerado: I - Artista, o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, através de meios de comunicação de massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública [...]⁷⁵

Além de se enquadrar nessa definição legal, os artistas profissionais e seus agentes, deverão estar devidamente inscritos na Delegacia Regional do Trabalho.

Sobre essa possibilidade de contratação, Justen Filho, traz o seguinte ensinamento:

Mas há casos em que a necessidade estatal relaciona-se com o desempenho artístico propriamente dito. Não se tratará de selecionar o melhor para atribuir-lhe um destaque, mas de obter os préstimos de um artista para atender certa necessidade pública. Nesses casos, torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as diferentes performances artística. Daí a caracterização da inviabilidade de competição⁷⁶.

Portanto, a inexigibilidade para a contratação de artista, nos moldes do inciso em apreço, se depara com o elemento da *subjetividade* que é inerente à manifestação artística, impossibilitando assim a competição em razão da singularidade do objeto, são espécies de contrato especial *intuito persona*, isto é, *contratos que levam em consideração a confiança da pessoa da parte contratada, sendo só ela que poderá executar a obrigação*.

Logo, a análise desse dispositivo legal deve ser realizada a partir de três condições primordiais para o correto enquadramento da contratação por inexigibilidade de licitação, a saber: a) contratação de artista profissional; b) contrato realizado diretamente ou através de empresário exclusivo e; c) artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

⁷⁴ BRASIL, 1993.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências, 1978.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 515.

2.4.1 Contratação de artista profissional

Nesta primeira parte do dispositivo legal, há vedação na contratação por inexigibilidade de licitação de artista amador, ou seja, para que o artista possa ser contratado nos moldes do art. 25, III, da Lei 8.666/93 é necessário que este seja profissional. Segundo o doutrinador Jacoby Fernandes:

A lei refere-se à contratação do profissional artista, excluindo da possibilidade de contratação direta os artistas amadores; só os profissionais, definidos pelos parâmetros existentes em cada atividade, podem ser contratados com fulcro nesse dispositivo.

Artista, nos termos da lei, é o profissional que cria, interpreta ou executa obra de caráter cultural de qualquer natureza, para efeito de exibição ou divulgação pública, por meios de comunicação em massa ou em locais onde se realizam espetáculos de diversão pública. O profissional artista deve estar inscrito na Delegacia Regional do Trabalho, o mesmo ocorrendo com os agenciadores dessa mão-de-obra, constituindo esse registro elemento indispensável à regularidade da contratação⁷⁷.

Dessa forma, o universo da contratação do artista será limitado, uma vez que, para ocorrer a contratação por inexigibilidade de licitação, nos moldes do dispositivo em epígrafe, o artista a ser contratado deverá atender as exigências previstas para a profissão.

É importante salientar que a Lei de Licitação não veda a contratação de *artista amador*, apenas inviabiliza que essa contratação seja formalizada por inexigibilidade de licitação, nos moldes do inciso III. No entanto, como a escolha do artista depende, necessariamente de critério subjetivo, que se encontra na criatividade do artista, é possível que esta contratação ocorra.

2.4.2 Contrato realizado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo

O legislador autorizou que a contratação ocorra diretamente com o artista ou seu empresário exclusivo, pois o mercado demonstra que há determinados condicionantes, que impossibilita a competição. Entretanto, a lei impede que essa contratação ocorra com empresário não exclusivo.

Essa vedação para a contratação com empresário não exclusivo é para impedir que terceiros recebam ganhos desproporcionais às custas dos artistas. Isso porque, os empresários, possuem, frequentemente, com os artistas que firmaram contratos de exclusividade, percentuais de ganho sobre o valor da contratação. Em contrapartida, o empresário não exclusivo, repassará valor por ele estipulado, estando livre para estabelecer a quantia que quiser com o Poder Público. Dessa forma, em obediência à economicidade e à moralidade

⁷⁷ FERNANDES, 2016, p. 552.

administrativa só é possível a contratação do artista de forma direta ou por meio de seu empresário exclusivo.⁷⁸

Sobre esse assunto, Niebuhr faz a seguinte consideração:

Cumprir considerar que há ramos artísticos, como, por exemplo, o relativo à música popular, em que os artistas se valem dos serviços de empresários, especialmente em face do volume de compromissos que assumem, uma vez que, se lhes fosse atribuído gerenciar os contratos, inevitavelmente descurariam da arte. Noutro delta, outros setores artísticos não utilizam empresários, como por exemplo, poetas, boa parte dos pintores, escultores etc., pois preferem estruturar os seus negócios de modo diverso, até porque os compromissos não são tão frequentes⁷⁹.

Portanto, o cerne desse requisito é impedir que a Administração Pública firme contratos com empresários que não sejam exclusivos. Essa medida serve para evitar que terceiros auferam ganhos desproporcionais às custas dos artistas⁸⁰.

2.4.3 Artista consagrado pela crítica ou pela opinião pública

Nesta última parte do dispositivo, verifica-se que não bastarão somente os critérios anteriormente descritos. Assim, esse artista também deverá ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Essa é uma imposição que poderá gerar certa polêmica, já que a opinião pública e a crítica nem sempre são uníssonas.

Portanto, pelo fato da crítica especializada nem sempre possuir a mesma opinião do gosto popular, em relação ao artista, o dispositivo legal, prevê que a consagração seja, ou pela opinião pública, ou pela crítica especializada, não necessitando ser duplamente consagrado para se efetivar a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Essa previsão destina-se impedir que contratações arbitrárias sejam realizadas pelas autoridades públicas e que se contrate profissionais por inclinações pessoais. Assim, a justificativa deverá apontar as razões da escolha daquele determinado artista, ficando devidamente registrado no processo, os motivos que levaram à determinada escolha.

À propósito, respondendo a esse questionamento, o professor Carvalho Filho, teceu o seguinte comentário:

Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e espaço. Pode um artista ser recomendado, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados. Nem por isso deverá ele ser alijado de eventual contratação. A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração⁸¹.

⁷⁸ Ibidem, p. 189.

⁷⁹ NIEBUHR, 2015, p. 188.

⁸⁰ Ibidem, 2015, p. 191.

⁸¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 279.

Percebe-se que a escolha do artista, para inexigibilidade de licitação, é amplamente discricionária. Isto não significa que, a administração pode autorizar contratações desarrazoadas ou incompatíveis com o interesse a ser satisfeito. Nesse sentido, deve-se atentar-se para a moralidade administrativa, à razoabilidade, à economicidade e a impessoalidade quando realizar a escolha do contratado.

Estudado as hipóteses de inexigibilidade de licitação, passa-se a tratar sobre o procedimento necessário para a eficácia dessas contratações.

2.5 Procedimentos para formalização da contratação por inexigibilidade de licitação

Conforme destacado anteriormente (item 1), a contratação direta não exclui o procedimento licitatório, ou seja, não constitui um permissivo para que a Administração realize contratações inadequadas ou prejudiciais. Desta forma, a licitação só poderá ser afastada quando preenchidos os requisitos, previstos em lei, obedecendo as formalidades legais e respeitando os princípios administrativos básicos.

Observa-se que a contratação direta por inexigibilidade não pode ser realizada de maneira aleatória, sendo necessário que se atenda procedimento prévio, afim de identificar qual é a melhor forma para a contratação, conforme opinião do especialista Marçal Justen Filho:

A obrigatoriedade de licitação prévia à contratação é subordinada à observância do princípio da proporcionalidade. Há casos em que a licitação é impossível ou em que sua realização seria incompatível com a satisfação das necessidades coletivas. A lei nº 8.666 autoriza a Administração pública a adotar outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A chamada contratação direta – aquela não precedida de um procedimento formal – não significaria ausência de respeito aos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes⁸².

Igual opinião defende o autor Niebuhr:

Em homenagem aos princípios administrativos e, sobretudo, ao interesse público, a contratação direta deve seguir determinado procedimento, mais ténue, é verdade, do que da licitação pública. Aliás, realmente esse procedimento não pode medir forças com o da licitação pública: aquele deve ser sumário, mais simples do que este, sem prazos, a ser concluído com a máxima brevidade⁸³.

⁸² JUSTEN FILHO, 2012, p. 500.

⁸³ NIEBUHR, 2015, p. 77.

Pois bem, os casos de contratação por inexigibilidade de licitação, envolvem um *procedimento especial simplificado*, onde será demonstrado, no processo administrativo, que a escolha foi realizada em obediência aos princípios administrativos fundamentais.

Portanto, para que ocorra a contratação direta por inexigibilidade de licitação é necessário que seja realizado, anteriormente, um *procedimento prévio* nos quais se cumpram etapas e formalidades para se afastar a discricionariedade, respeitando assim o princípio da isonomia.

Nesse sentido o art. 26 da Lei 8.666/93, conjuntamente com seu parágrafo único, determina que o administrador público deverá justificar a contratação direta por inexigibilidade, demonstrando o motivo da escolha do possível contratado e o preço que lhe será pago. Vejamos:

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

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados⁸⁴. [Grifo nosso].

A lei prevê então que, a Administração Pública possui o dever de expor os motivos que sustentam a contratação direta. Atendendo assim ao princípio da motivação administrativa e ao no disposto no art. 113 da Lei nº 8.666/93, que dispõe da inversão do ônus probatório, ficando o órgão administrativo responsável pela comprovação da legalidade da contratação.

Logo, o ato de inexigibilidade de licitação também deverá indicar todos os termos em que o contrato será fundamentado, inclusive prevendo as sanções em caso de descumprimento. E, só após, devidamente instruído com os documentos que comprovam a necessidade da contratação direta, o processo administrativo, deverá ser encaminhado à autoridade competente, que concordando com a inexigibilidade, providenciará a ratificação e publicação na imprensa oficial.

⁸⁴ BRASIL, 1993.

CAPÍTULO III
A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO

3.1 Os pressupostos para a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação

A questão da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, por ser um tema muito peculiar e não ser discutido de forma ampla na doutrina tem gerado muitas dúvidas, controvérsias de opiniões e ocasionado diversas medidas judiciais.

Cabe ressaltar que, via de regra, os serviços advocatícios, os quais abrangem a consultoria jurídica, as funções de representação judicial e extrajudicial deverão ser prestadas, prioritariamente, através de servidores públicos com habilitação técnica específica (bacharel em direito), nomeados e empossados em cargo próprio do quadro jurídico-administrativo, regularmente aprovados mediante concurso público de provas e títulos, de acordo com o estabelecido no inciso II, art. 37 da Constituição Federal.

Em outra hipótese, também por mandamento constitucional, poderão ser nomeados advogados para ocuparem cargo ou função de confiança de assessoramento jurídico, de livre exoneração, consoante prevê o inciso V, art. 37, da Constituição Federal.

Em outra situação, de caráter excepcional poderá haver contratação de advogado por tempo determinado, para atendimento de excepcional interesse público nos moldes do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

A execução dessas atividades por terceiros alheios aos quadros da Administração Pública, devem ter seus contratos precedidos de licitação pública, uma vez que todo serviço que for de trato ordinário, pode ser prestado por qualquer profissional devidamente habilitado. Assim, deve ser garantido igualdade de condições a todos os interessados em participar do certame. No mais, ressalta-se, que essa forma de *terceirização*, é excepcional, representando assim, um grande risco à eficiência administrativa⁸⁵.

Devido às crescentes polêmicas em torno das contratações excepcionais na área jurídica de vários órgãos públicos, tem recebido muitas críticas, conforme assinala o autor Fabricio Motta:

A contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública constitui tema envolto em controvérsias e interpretações extremadas, seja por parte dos órgãos de controle, seja por parte dos advogados. Por essas razões, o tema é responsável por considerável número de ações judiciais movidas pelo Ministério Público e de processos de tomadas de contas especial no âmbito dos Tribunais de Contas⁸⁶.

Analisando-se com maior profundidade a matéria em questão, tem-se que segundo a norma constitucional a regra geral é que os serviços jurídicos dos órgãos públicos devem ser desenvolvidos por suas próprias Procuradorias formadas pelos servidores públicos legalmente

⁸⁵ JUSTEN FILHO, 2012, p. 426.

⁸⁶ MOTTA, 2016. p. 26.

investidos na função e que qualquer *terceirização* desses serviços comuns e rotineiros poderia ensejar inconstitucionalidade. Nessa seara, o professor Jacoby Fernandes, tem reiterado esse magistério, vejamos que:

Pela leitura do texto da Constituição se observa que o constituinte quis atribuir a um órgão específico (no caso da União à AGU e no caso dos Estados às Procuradorias Estaduais) a exclusividade na representação judicial e consultoria jurídica dos entes federativos ali relacionados, quais sejam, União e Estados-membros. Interpretando esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido que: nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante, cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos – o exercício intransferível e indisponível das funções da representação estatal⁸⁷.

Sendo assim, qualquer contratação de advogados privados, por entes públicos, para patrocinar causas repetitivas e comuns de interesse da União ou dos Estados-membros, mesmo que se respeitando o procedimento licitatório, poderia ser taxada de inconstitucional na ordem vigente, uma vez que todos os entes da federação são regidos pela Constituição Federal, logo, nem municípios ou o Distrito Federal se excluem da regra de constituir procuradorias jurídicas.

Cumpra observar, ainda que há situações excepcionais em a lei geral de licitações e contratos excepcionalizou hipóteses de contratação de peculiar interesse público na seara jurídica, abrindo a possibilidade da contratação de serviços advocatícios de terceiros. Essa excepcionalidade decorre de situações quando surgem casos especiais, que fogem do padrão normal das causas e assuntos que ordinariamente são tratados com o órgão público.

Nesse diapasão, embora o serviço advocatício se encontre discriminado no rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, como um *serviço técnico profissional especializado*, atendendo um dos requisitos da inexigibilidade, é necessária especial atenção em relação ao acolhimento dos demais pressupostos.

Portanto, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação dos serviços advocatícios, com fulcro no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, pode ocorrer para as prestações de caráter excepcionais, de natureza singular, que sejam realizadas por profissionais especializados, cuja matéria envolver conhecimento de alta complexidade, exigindo notória especialização.

Dessa feita, passa-se à análise dos pressupostos que autorizam a contratação direta de advogado, com fundamento na inexigibilidade de licitação.

⁸⁷ FERNANDES, 2016, p. 29.

3.1.1 Serviços técnicos profissionais especializados

Inicialmente, convém ressaltar, que a análise dos “serviços técnicos especializados”, que será apresentada, restringe-se apenas ao tema proposto – contratação de serviços advocatícios. Dessa forma, a discussão será limitada a apreciação das atividades privativas da advocacia⁸⁸, presentes nos incisos II, III e V do artigo 13 da Lei nº 8.666/93. Todavia, apesar dessa limitação, mister a apresentação dos conceitos trazidos pela doutrina.

Hely Lopes Meirelles, com clareza, ensinou que os serviços técnicos profissionais especializados são:

Os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral – aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento⁸⁹.

Já de acordo com o professor Diógenes Gasparini, os serviços técnicos especializados *exigem um conhecimento aprofundado na área de atuação e constituem-se como elemento essencial para autorização da inexigibilidade de licitação*⁹⁰. Logo, os profissionais que prestam os serviços técnicos especializados, possuem demasiado conhecimento na sua área de atuação.

Como afirmado antes, a Lei de Licitações, em seu art. 13, elencou um rol de serviços que considera como serviços técnicos profissionais especializados, dentre eles, os pareceres (inciso II), as assessorias ou consultorias técnicas (inciso III) e o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V), por entender que exigem habilitação e capacitação profissional específica.

Logo, os profissionais que prestam os serviços técnicos profissionais especializados de natureza jurídica necessitam possuir o grau de Bacharel em Direito e respectiva inscrição válida perante o órgão de classe, no caso a Ordem dos Advogados do Brasil, da seccional do Estado onde for exercer a atividade profissional.

⁸⁸ Segundo a redação do art. 1º, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB: “Art.1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal. § 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados. § 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.”

⁸⁹ MEIRELLES, 2015, p. 285.

⁹⁰ GASPARINI, 2012, p. 452.

Como também, os advogados só podem patrocinar até cinco causas em cada seccional distinta da sua, de acordo com o estabelecido no art. 10, § 2º da Lei nº 8.906/94⁹¹.

Assim, não é qualquer profissional que poderá prestar esses serviços, mas somente aqueles devidamente qualificados.

De toda forma, esses são os serviços jurídicos que podem ser objeto de contratação por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública. Todavia, o dispositivo, só pode ser interpretado em conjunto com o art. 25, inciso II, da Lei de Licitação, ou seja, o serviço além de figurar no rol dos serviços técnicos profissionais especializados, se exige a natureza singular do objeto e a notória especialização do contratado.

3.1.2 Singularidade do Serviço a ser prestado

A Administração Pública quando objetiva contratar um determinado serviço técnico especializado, com fulcro no inciso II, do art. 25 da Lei nº 8.666/93, baseia-se, fundamentalmente, no tipo de serviço que será executado e não de quem irá executá-lo.

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

I – *omissis*;

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;⁹² [Grifo nosso].

Sendo assim, essa hipótese de inexigibilidade não depende da exclusividade do contratado, mas sim, da singularidade do objeto a ser contratado pela Administração.

Logo, nessa hipótese, quando da realização da contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, não basta apenas que o objeto a ser prestado seja considerado serviço técnico-profissional, mas também deverá apresentar singularidade⁹³.

À propósito, do entendimento de “serviços singulares”, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, elaborou um conceito geral e afirma que:

São os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe – sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva), expressada em características científicas, técnicas ou artísticas importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprimida. Neste quadro, cabem

⁹¹ A dicção do art. 10, § 2º da Lei nº 8.906/94 é a seguinte: “A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral. [...] § 2º Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.”

⁹² BRASIL, 1993.

⁹³ CARVALHO NETO. Tarcísio Vieira de. Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. **Revista Jurídica da Presidência**. nº 115. jun./set. Brasília, 2016. p. 265.

os mais variados serviços; uma monografia escrita por um experiente jurista; uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião; uma pesquisa sociológica empreendida por uma equipe de planejamento urbano; um ciclo de conferência efetuado por professores; uma exibição de orquestra sinfônica; uma perícia técnica sobre o estado de coisas ou das causas que o geraram. Todos esses serviços se singularizam por um estilo ou uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos⁹⁴. [Grifo nosso].

Ora, a licitação pública serve para tratar com igualdade os possíveis interessados em contratar com a Administração Pública. E para que isso ocorra é essencial que se estabeleça, antecipadamente, critérios objetivos para relacionar a isonomia à competitividade. Logo, quando os serviços são prestados a partir de critérios subjetivos, como os abarcados pelo inciso II, do art. 25 da Lei nº 8.666/93, a partir de tal critério afasta-se a competitividade própria do processo de licitação pública, justificando-se assim a situação da inexigibilidade.

Assim, ainda que a Administração possua um quadro próprio de advogados, em determinadas situações *excepcionais* torna-se legítima a contratação de determinado advogado ou escritório, para execução de determinado serviço, dada às particularidades que se apresenta, comprovando ser o que possui a qualificação desejada para executar o objeto a ser contratado⁹⁵.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que:

É evidente que, dispondo o Município de corpo de Procuradores com competência específica para a cobrança da dívida ativa, a contratação de terceiros tem que ser devidamente justificada e analisada em cada caso. Os serviços rotineiros, como a cobrança da dívida ativa, não podem ser objeto de contrato de locação de serviços, já que correspondem a função permanente do Município que dispõe de um quadro também permanente de advogados para desempenhá-la. Excepcionalmente, a Administração Pública pode defronta-se com ação de especial complexidade, envolvendo tese jurídica inovadora, ou de considerável relevância para os cofres públicos; nesses casos, em se tratando de serviços de natureza singular, pode preferir contratar advogado de sua confiança e notoriamente especializado, valendo-se da inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, da Lei n 8.666/93⁹⁶ [Grifo nosso].

Em muitos casos, a ineficiência dos órgãos é causada pela incapacidade da Administração Pública em adequá-los com os recursos humanos e materiais indispensáveis para a prestação adequada da atividade regulamentar ou mesmo para servir como forma de saída às exigências constitucionais de realização do concurso público.

Corroborando a isso, a explicação de Niebuhr, ao tratar sobre o assunto, explica que “somente é lícito contratar serviços jurídicos de terceiros em casos excepcionais,

⁹⁴ MELLO, 2010, p. 482.

⁹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 103

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 370.

verdadeiramente singulares”⁹⁷. E, se essas contratações implicam em reconhecimento da “incapacidade ou inadequação” do corpo jurídico dos entes públicos, pois se os mesmos fossem capazes, não seria cabível que a Administração arcasse com os custos de contratação de novos profissionais, de uma vez que já oneraria a folha de pagamento com os subsídios dos advogados próprio do quadro funcional.

Essa suposta incapacidade, não possui caráter depreciativo aos profissionais do ente público, uma vez que seria humanamente impossível, que os advogados entendam profundamente de todos os assuntos jurídicos e que os casos mais complexos merecem mais estudo e atenção aumentada, que diariamente não pode ser dispensada pelos profissionais que compõem o quadro da entidade. Conforme explica Niebuhr:

Advirta-se, por oportuno, que a referida incapacidade ou inadequação não implica menoscabo aos advogados da entidade, porque não há advogados que entendam com profundidade de todos os assuntos jurídicos, bem como de questões complexas ou de alto envolvimento, cujo alcance seja singularmente relevante para a Administração Pública, merecendo atenção redobrada, que, frequentemente, não pode ser dispensada pelos profissionais da Casa, haja vista o volume de trabalho ordinário. Muitas vezes, exigir a atenção adequada do corpo jurídico a questões complexas, que requerem estudos mais profundos, provoca o desatendimento de questões ordinárias, cujo volume usualmente já demanda dedicação integral⁹⁸.

Entretanto, tem que se investir no aperfeiçoamento dos profissionais que compõem o corpo jurídico das entidades públicas, disponibilizando cursos de capacitação e ferramentas para auxiliar nas pesquisas de assuntos complexos para formar agentes capazes e adequados para prestarem o serviço, evitando assim, custos com a contratação de novos profissionais.

No mais, a singularidade do objeto, exigida pela lei, pode ser verificada em outras situações não rotineiras, ou seja, situações não previstas na lei que exigem conhecimento mais aprofundado da matéria, impedindo assim, a atuação do corpo técnico da entidade, dando margem à discricionariedade do Administrador.

Portanto, em especial ao tema de contratação de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, não se exige apenas que o serviço esteja contemplado no rol dos serviços técnicos-profissionais, mas é necessário que o serviço pretendido seja notadamente singular e de matéria de especial relevo a justificar tal providência.

⁹⁷ NIEBUHR, 2015, p. 177.

⁹⁸ Ibidem, p. 177.

3.1.3 Notória especialização do contratado

Neste aspecto, relevante observar que a contratação por inexigibilidade de licitação não tem como objetivo primeiro optar pela contratação de profissional do direito de notória especialização, mas essa característica é outra condição subjetiva para a escolha do profissional a ser contratado. Assim, o segundo pressuposto é de ordem subjetiva, pois, está relacionado aos atributos do profissional a ser contratado, que deverá demonstrar conhecimento aprofundado, assim como experiências comprovada na área do serviço a ser prestado.

A propósito, com base no inciso II, do art. 25, da lei nº 8.666/93, pode-se contratar, através da inexigibilidade de licitação, serviços técnicos (previstos no art. 13), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O texto deixa clara a exigência que o profissional contratado seja escolhido por sua notória capacidade de especialista.

Sobre a notória especialização, imperativo rememorar sua definição trazida pelo § 1º, do art. 25, da Lei de Licitações:

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 contrato⁹⁹. [Grifo nosso].

Na dicção da lei, resta claro que a notória especialização deve ser entendida como o reconhecimento público da competência do profissional em determinada matéria, isto é, o profissional deve desfrutar de boa reputação no exercício de sua atividade e reconhecimento no ramo de sua especialidade, não só entre os que procuram seus serviços, mas também entre aqueles que exercem a mesma atividade.

Logo, o legislador agregou a especialização com a notória capacidade técnica, sendo exigido assim, um plus ao profissional ou empresa a ser contratada pela Administração, isto tudo, para reduzir a possível escolha baseada em mera discricionariedade administrativa e garantir critérios de essencialidade e credibilidade do trabalho, evitando assim, a contratação de profissionais que não possuam qualificação necessária para a execução satisfatória do objeto a ser contratado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como sendo o mais adequado à plena

⁹⁹ BRASIL, 1993.

satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos para ser válida a inexigibilidade¹⁰⁰.

Outrossim, não se pode confundir a notória especialização com a notoriedade da pessoa. Ressalta-se que o profissional pode ser em tudo conhecido, mas não quer dizer que seja por seus méritos profissionais, mas por outras atividades (por ex., advogado e político, advogado e jornalista, ex-secretário público etc). Assim, na expressão notória especialização, a notoriedade é da especialização profissional e não do profissional em si¹⁰¹.

Pode-se assegurar, a esta altura, que, para a eficácia da contratação por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios, com fundamento no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93, além da singularidade do serviço é necessário a presença da notória especialização do profissional, conforme recomendações de renomada doutrina. Nesse aspecto vale colacionar a opinião do jurista Adilson Abreu Dallari:

Cabe repetir, todavia, que serviço técnico especializado de advocacia suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários, acima e além dos exigidos para regular e normal exercício da profissão. [...] Somente se poderá contratar a elaboração de parecer jurídico, com dispensa de qualquer modalidade de licitação, com quem, além de ser bacharel em Direito, tenha uma formação acadêmica superior ao simples grau de bacharel em Direito, seja dotado de especial titulação acadêmica, ou tenha exercido funções públicas de hierarquia superior na área jurídica: não é possível escolher subjetivamente e contratar diretamente um simples bacharel em Direito para promover execuções fiscais¹⁰².

Demais disso, o mesmo autor adverte:

O exame da documentação apresentado pelo advogado contratado, especialmente seu *curriculum vitae*, deve servir para não só que ele é dotado de notória especialização, mas sim, também, que ele é jurista cuja experiência profissional está perfeitamente adequada aos objetivos almejados pela Administração Pública com a sua contratação. Ou seja, ele é especializado naquilo para que o contratante necessita de assessoramento jurídico, ou atuação jurídica de especial qualificação¹⁰³.

Para finalizar este aspecto, cabe ressaltar também, que a notória especialização dos advogados ou escritórios de advocacia, contratados pela Administração Pública, deve ser na *área do serviço a ser prestado*, uma vez, que a notoriedade em outra área não supre a da área específica exigida no objeto que satisfaz o interesse da Administração Pública, observado o comentário do professor Gasparini:

Observa-se, também, que a notoriedade deve estar estreitamente ligada ao objeto da contratação. De sorte que não será válida a contratação sem licitação de serviços de engenharia com um profissional dessa área que é advogado de notória especialização em Direito Público. A notoriedade na área jurídica não supre a notoriedade que é necessária no campo da engenharia. Por fim, diga-se que a enumeração desse rol é

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2015, p. 385.

¹⁰¹ NIEBUHR, 2015, p. 172.

¹⁰² DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de Serviços de Advocacia pela Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. V. 22. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 36.

¹⁰³ Ibidem, p. 38.

meramente exemplificativa, conforme deixa claro a alternativa “outros requisitos relacionados com sua atividade” consignada no § 1º do art. 25 dessa lei”¹⁰⁴.

Por fim, um dos erros mais corriqueiros que tem incorrido a Administração Pública, ocorre quando é firmado contrato para a prestação de serviço jurídico com fundamento na inexigibilidade de licitação pública com profissionais do Direito que possuem reconhecida especialização para a realização de *serviços que não demandem natureza singular*, e que podem ser realizados por qualquer outro profissional devidamente habilitado, pois não necessitam da intervenção de notório especialista¹⁰⁵.

3.2 O dever de licitar *versus* a posição da Ordem dos Advogados do Brasil

Um traço simbólico da relação existente nessa modalidade de contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei entre o contratante (Administração Pública) e o contratado (advogado), a pessoalidade. Aí está a incompatibilidade entre a disputa presente no procedimento licitatório e a contratação de escritórios de advocacias pela Administração Pública, posição defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

A Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994, em seu art. 33¹⁰⁶, versa sobre a obrigatoriedade de observância do Código de Ética e Disciplina da OAB por todos os advogados do Brasil.

Por sua vez, o art. 5º do Código de Ética e Disciplina¹⁰⁷ da OAB, cuja a dicção diz que “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”. Acrescenta-se ainda, que o art. 7º, proíbe expressamente, o oferecimento dos serviços profissionais que sugira, mesmo que de forma indireta, qualquer procedimento que implique cooptar ou captar clientes.

Considerando que um dos princípios basilares do procedimento licitatório, baseia-se na ideia de competição entre os possíveis interessados em contratar com o poder público. É essa disputa entre advogados, presente na licitação pública, que é combatida pelo Código de Ética.

Nota-se, dessa forma, uma incompatibilidade acentuada entre o procedimento estabelecido pela Lei nº 8.666/93 e a disciplina profissional dos advogados. Esse antagonismo

¹⁰⁴ GASPARINI, 2012, p. 549.

¹⁰⁵ NIEBUHR, 2015, p. 169.

¹⁰⁶ Art. 33, da Lei nº 8.906/94, versa que: “O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina”.

¹⁰⁷ Em seu Art. 7º: “É vedado o oferecimento de serviços profissionais que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela”.

é utilizado pela corrente defensora da tese de que todo e qualquer serviço advocatício possui natureza singular, e deve ser contratado diretamente, isto é, por inexigibilidade de licitação.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sobre o tema, editou a Súmula nº 04/2012, em que ressalta a favor da inexigibilidade, consoante o seguinte enunciado:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal¹⁰⁸.

Implica dizer que a sobredita súmula exclui, antecipadamente, toda e qualquer possibilidade da contratação de serviços advocatícios através de prévio procedimento licitatório, por resultado de que sempre seriam contratados através de inexigibilidade de licitação.

Conforme aduz o jurista Niebuhr, *nem todo serviço jurídico pode ser considerado singular*, por exemplo, o assessoramento jurídico de questões cotidianas de um setor administrativo¹⁰⁹. Ademais, a tabela de preços divulgada pela OAB, serve apenas como parâmetro para os advogados formularem seus preços.

O Tribunal de Contas da União proferiu acórdão sobre essa Súmula da Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando que a licitação só poderá ser afastada quando presentes, simultaneamente, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto, conforme transcrição abaixo:

Firme a jurisprudência do tribunal no sentido de que a regra para a contratação de serviços técnicos especializados, entre os quais os advocatícios, é a licitação. A regra geral é afastada, contudo, na hipótese de estarem presentes, simultaneamente, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto.

Singular é o objeto que impede que a Administração escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

[...]

Afasto as conclusões havidas pela OAB, em relação ao tema, porque as deliberações do órgão de classe, em favor de seus filiados, não vinculam esta Corte de Contas.

Não se confirma, assim, a tese recursal que nega, como regra, a possibilidade de se mover a seleção de escritórios e profissionais de advocacia para prestação de serviços dessa natureza. Mantenho inalterados, assim, os subitens 9.4.2 e 9.4.3 da deliberação recorrida.¹¹⁰

Em que pese o debate da incompatibilidade suscitada, pela Ordem dos Advogados do Brasil, entre o processo licitatório posto pela Lei nº 8.666/93 e a norma contida no Código

¹⁰⁸ BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Súmula nº 04/2002.

¹⁰⁹ NIEBUHR, 2015, p. 184.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2832/2014, Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 22/04/2014.

de Ética e Disciplina da OAB, essa posição favorável à inexigibilidade – contratação por inexigibilidade de qualquer serviço advocatício – não parece a mais adequada, pois a inexigibilidade de serviços jurídicos pela Administração não pode ser a regra. De uma vez que, a inexigibilidade é admitida em razão da natureza e especificidade da atividade jurídica. No entanto, conforme tópicos analisados anteriormente, ela depende de dois pressupostos, a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado, da mesma forma das demais contratações fundadas no inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/93.

Portanto, embora as alternativas trazidas pela Lei de Licitações não atendam satisfatoriamente as exigências para a contratação de profissionais que desempenham as atividades jurídicas, não se pode desprezar os princípios licitatórios, para realizar contratações, em situações nas quais a Administração, não necessite contratar profissionais com notória especialização para realização de serviços jurídicos habitualmente presentes na prática administrativa, ou seja, trabalhos corriqueiros que, qualquer profissional do direito, devidamente habilitado, possa executar o serviço a ser contratado.

Uma das soluções para o impasse seria “exigida a prova de qualificação e experiência dos advogados interessados em contratar com a Administração, é bem possível selecioná-los por meio de licitação, especialmente com julgamento do tipo técnica e preço”¹¹¹.

Ou então, por meio da realização de concurso, com o estabelecimento prévio de prêmio ou remuneração, conforme defende o jurista Jacoby Fernandes:

Entre os serviços elencados no art. 13, referido, a um tem sido devotada, em especial, a atenção do executivo e dos doutrinadores. Trata-se da contratação, cujo objeto se encontra elencado no inciso V, do seguinte teor “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”. Para tais serviços, dever-se-ia promover licitação na modalidade de concurso, como regra¹¹².

Destarte, a realização de licitação na modalidade de *concurso*, estabelecendo-se os honorários previamente, venceria aquele que atendesse todas as exigências editalícias, bem como quem apresentasse a melhor qualificação profissional, afastando assim, a possibilidade de expor os profissionais ao aviltamento de seus honorários, prática combatida pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil¹¹³.

¹¹¹ NIEBUHR, 2015, p. 182.

¹¹² FERNANDES, 2016, p. 529.

¹¹³ Com efeito, o art. 29 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, possui a seguinte redação: “O advogado que se valer do concurso de colegas na prestação de serviços advocatícios, seja em caráter individual, seja no âmbito de sociedade de advogados ou de empresa ou entidade em que trabalhe, dispensar-lhes-á tratamento condigno, que não os torne subalternos seus nem lhes avilte os serviços prestados mediante remuneração incompatível com a natureza do trabalho profissional ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários que for aplicável. Parágrafo único. Quando o aviltamento de honorários for praticado por empresas ou entidades públicas ou privadas, os advogados responsáveis pelo respectivo departamento ou gerência jurídica serão instados a corrigir o abuso, inclusive intervindo junto aos demais órgãos competentes e

Ainda, cabe a adoção da pré-qualificação do tipo credenciamento para a *contratação de serviços jurídicos comuns*, que possam ser realizados de modo satisfatório pela maior parte dos advogados, desde que a Administração fixe critérios objetivos para o credenciamento, de acordo com Jacoby Fernandes. Leiam-se as palavras do renomado professor:

Se a Administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria pode fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no estrito sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do “credenciamento”, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídicos e de treinamentos¹¹⁴.

Frisa-se que a pré-qualificação para o credenciamento de advogados, deve ocorrer de acordo com o previsto no art. 114¹¹⁵ da Lei nº 8.666/93, que preconiza adoção dos procedimentos estabelecidos para na modalidade de *concorrência*. E, que o órgão deve definir, previamente, critérios objetivos e imparciais para distribuição das causas entre os credenciados.

Portanto, resta claro que os serviços jurídicos rotineiros, isto é, aqueles que não estão revestidos pelos pressupostos da inexigibilidade de licitação – singularidade do objeto e notória especialização do contratado –, não afastam a possibilidade de disputa entre outros profissionais capazes de executar o objeto do contrato.

Logo, cabe ao gestor público, agir com razoabilidade, verificando cada caso concreto, para, em seguida, decidir qual a melhor forma de contratação do serviço jurídico, com a finalidade de não transgredir os princípios constitucionais, buscando assim, alcançar o interesse público.

com poder de decisão da pessoa jurídica de que se trate, sem prejuízo das providências que a Ordem dos Advogados do Brasil possa adotar com o mesmo objetivo”.

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito. [...] § 6º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

¹¹⁴ FERNANDES, 2016, p. 467.

¹¹⁵ A redação trazida pelo Art. 114 da Lei nº 8.666/93 é a seguinte: “O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. § 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior. § 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação”.

3.3 A posição jurisprudencial sobre o tema

A jurisprudência dos Tribunais de Controle, e também da Justiça pretoriana, aponta para a mesma corrente defendida neste trabalho sobre a plausibilidade da contratação de serviços da advocatícios pela Administração Pública. Isto é, a contratação de advogados estranhos aos quadros das entidades administrativas, deve ser realizada, através de prévio procedimento licitatório.

Em outro aspecto, é cediço, também, que tais órgãos públicos podem contratar serviços jurídicos, com fundamento no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, apenas quando se tratar de *contratações excepcionais*, que apresentem objeto singular e necessitem da intervenção de profissional que possua notória especialização na matéria. Passa-se a análise de alguns acórdãos dos egrégios Tribunais.

Em se tratando de órgãos ou entes públicos que possuem corpo jurídico próprio, o Tribunal de Contas da União (adiante TCU) vem ressaltando que a *terceirização de advogados* pela Administração Pública é de caráter excepcional, ainda que, por meio de licitação pública, e que os serviços advocatícios da Administração Direta e Indireta devem ser prestados, prioritariamente, por profissionais admitidos por *concurso público*, de provas e títulos. Colaciona-se o seguinte acórdão do TCU:

[...]

9. O objeto da contratação refere-se ao patrocínio de causas com escopo amplo, a fim de defender os interesses da companhia em quaisquer demandas judiciais e extrajudiciais, bem como atividades de assessoramento jurídico.

10. Referido objeto demonstra que a *terceirização buscada pela CDP não se refere a serviços contratados para atender situações específicas, devidamente justificadas, de natureza não continuada, que, por suas características singulares e complexas não poderiam ser prestadas pelo corpo de advogados do quadro da entidade.*

[...]

13. DP possui em seu quadro de funcionários advogados, que integram a Gerência Jurídica (Gerjur). Assim, conforme estipulou o acórdão há pouco transcrito, somente poderia buscar no mercado, via licitação, a contratação de serviços advocatícios que se enquadrassem nas particularidades referidas na aludida deliberação.

14. Todavia, a falta de capacidade operacional do quadro de advogados da Companhia frente ao número de demandas deve ser levada em consideração por este Tribunal, a ponto de se admitir, em caráter excepcional, a manutenção ou a contratação de serviços advocatícios até que a CDP disponha de número suficiente de profissionais admitidos por concurso público, conforme exigência do art. 37, inciso II, da Constituição Federal¹¹⁶. [Grifo nosso].

Outro acórdão elucidativo do Tribunal de Contas da União, aborda com clareza o tema, firmando o entendimento desse colendo Tribunal sobre a possibilidade das entidades públicas que possuem quadros próprios de advogados, contratar serviços jurídicos que

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1278/2014, Segunda Câmara. Rel. Min. Ana Arraes. Julg. 01/04/2014.

demonstrem singularidade e complexidade, de tal forma, que não possam ser executados por seu corpo jurídico:

1. A circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie que não poderão ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se, portanto, a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;
2. O exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador, a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar, e que não encontrem paralelo entre advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade¹¹⁷.

Logo, percebe-se que o entendimento do TCU já é pacífico no sentido de que *quando houver possibilidade de competição para a contratação de serviços jurídicos, pela Administração, a entidade deve realizar prévia licitação pública*¹¹⁸.

Nessa esteira, quando a competição se mostrar inviável, a Administração Pública poderá contratar diretamente o serviço com profissional notoriamente especializados. Dessa forma, o administrador público poderá utilizar-se dos critérios da oportunidade e conveniência para realizar tal contratação.

Assim, o administrador público, ao constatar que o interesse público não será satisfeito por um prestador comum, dada a natureza singular do objeto do contrato, este, a rigor, deverá escolher aquele profissional que demonstre possuir notória qualificação, validada através de desempenhos anteriores, estudos, experiências, publicações, organização ou de outro requisito relacionado com suas atividades. Ressalta-se, que este profissional não será escolhido apenas por critérios objetivos, mas também será utilizado requisitos subjetivos inerentes ao profissional notoriamente especializado.

Em inquérito (Inq. nº 3074/SC), julgado em 2014 na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o então Ministro Roberto Barroso, em seu voto, sustenta, que a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios, só é possível quando presentes os pressupostos autorizadores – notória especialização do contratado e natureza singular do serviço:

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

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 494/1994, Plenário. Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva. 15/08/1994.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 190/2006, Plenário. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 2006.

da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado [...] ¹¹⁹.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, reforça esse posicionamento no julgamento de um *habeas corpus*, e legitima a competência discricionária da Administração Pública no momento de avaliar o mérito da contratação. O HC nº 228.759/SC, tramitou na 5ª Turma, sob relatoria do Min. Jorge Mussi, consoante transcrito em destaque, parte do o acórdão:

2. A inviabilidade de competição a que se refere o artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, não se caracteriza apenas na exclusividade de prestação do serviço técnico almejado, mas também na sua singularidade, marcada pela notória especialização do profissional, bem como pela confiança nele depositada pela administração.
3. O grau de confiança depositado na contratação de profissional, em razão da sua carga subjetiva, não é suscetível de ser valorado no bojo de um certame licitatório e se encontra no âmbito da atuação discricionária do administrador público, razão pela qual a competição se torna inviável ¹²⁰.

Logo após, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se posicionou em relação à contratação de advogado pela Administração Pública de forma mais restritiva, no Recurso Especial (REsp nº 1210756/MG) julgado em 2012:

3. A questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação com fundamento no art. 25 da Lei n.8.666/93, que refere-se a inexigibilidade de licitação.
4. Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.
5. A notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. No entanto, o acórdão ao proferir seu entendimento, posicionou-se no sentido de avaliar as condições de mercado do município para a contratação sem licitação. Nesse raciocínio, concluiu que apesar de inexistir notória especialização dos contratados (conclusão obtida pelo Tribunal de Contas), o município não possuía condições "mercado-lógicas" para contratar com licitação naquele momento.
6. Ora, o artigo mencionado traz como requisitos para a inexigibilidade da licitação, a especialidade do técnico associada à singularidade do serviço contratado. Em conclusão, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. No caso em espécie, caso a Câmara Municipal não contasse, na época da contratação, com profissionais hábeis ao patrocínio de tais ações, é certo que poderia lançar-se no mercado em busca de outros. Contudo, isso jamais pode ser corroborado com o entendimento de que apenas os recorrentes sejam hábeis para tanto, pois existem no mercado vários advogados e contadores ¹²¹.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, inquérito nº 3074 SC, julgado em 2014 na 1ª Turma da Suprema Corte. Rel. Ministro Roberto Barroso, 2014.

¹²⁰ BRASIL. STJ, HC nº 228.759/SC, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 24/04/2012.

¹²¹ REsp 1210756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julg. 02/12/2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20326/contratacao-de-servicos-advocaticios-pela-administracao-publica>>. Acesso em> 12 maio 2017.

Na decisão supramencionada, o Ministro Herman Benjamin, defende que a autorização para a contratação por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inciso II, da Lei n 8.666/93, está vinculada à notória especialização do contratado, logo, esse, é o único que possui as qualificações necessárias para atender ao objeto do contrato. Assim, a especialização do contratado deve possuir caráter extraordinário e incontestável, afastando assim, a competitividade.

Portanto, resta claro que a Administração não pode efetuar a contratação de advogado levando em consideração apenas o critério da confiabilidade que a entidade pública deposita no profissional. Assim, a subjetividade da seleção do executor, pelo administrador público, é limitada pelos critérios objetivos estabelecidos no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Tendo em vista que a contratação de serviços advocatícios através da inexigibilidade de licitação é uma situação excepcional, o legislador infraconstitucional exigiu estrita observância dos três elementos que autorizam essa contratação direta, quais sejam: “o serviço profissional especializado, a notória especialização do profissional ou empresa e a natureza singular do serviço a ser contratado”¹²².

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul, sumulou entendimento que os serviços de natureza técnico-jurídica, de interesse da coisa pública em defesa das causas judiciais, assessoria e consultoria, considerados objetos singulares, podem ser contratados através de inexigibilidade de licitação¹²³.

Logo, não estando presentes esses requisitos autorizadores, a contratação deverá ser realizada através de licitação pública. Nesse sentido, o legislador, percebendo as peculiaridades dos serviços de natureza técnico profissional, indicou o *concurso* como modalidade de licitação para a contratação desses serviços. O TCU ainda, atendendo a essas peculiaridades, tem firmado o posicionamento, no sentido de que os serviços advocatícios comuns, podem ser realizados por advogados credenciados, sendo os processos distribuídos de forma objetiva e imparcial:

1.1.1.3. na contratação de serviços advocatícios, proceda o devido certame licitatório, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e o art. 2º da Lei nº 8.666/1993, e no caso de a competição se revelar inviável, realize a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando a sistemática objetiva e imparcial da distribuição de causas entre os pré-qualificados, de forma a resguardar o respeito aos princípios da publicidade e igualdade;

1.1.1.4. na contratação de serviços advocatícios em que se configurar situação excepcional que refoge à regra geral acima referida, demonstre de forma

¹²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.418/2006. Plen. Rel. Min. Marcos Bemquerer, 2006.

¹²³ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, Súmula nº 62. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov/portal/sumula/id62>>. Acesso em: 30 maio 2017.

fundamentada em processo formal de contratação direta amparada na inexigibilidade de que trata o art. 25 da lei nº 8.666/93, atende aos seguintes requisitos: natureza singular do serviço, a notória especialização do contratado e a inviabilidade de competição¹²⁴.

No caso em comento, contratação de serviços advocatícios, a egrégia Corte de Contas tem admitido a possibilidade da pré-qualificação, quando for devidamente comprovado que não há condições objetivas para realização de procedimento licitatório.

É relevante frisar que o TCU tem se posicionado, no sentido de que, quando houver a contratação de advogado por inexigibilidade de licitação, pela Administração Pública, *não poderá ocorrer o substabelecimento da procuração*, haja vista, previsão legal sobre a execução de serviços de natureza singular. Logo, “o serviço deverá ser prestado pessoalmente pelo advogado, cujo renome a grau de especialização justificaram a invocação do referido instituto, conforme prevê o § 3º do art. 13 da Lei nº 8.666/93”¹²⁵.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1913/2006 – 2ª Câmara, 2006.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.074/2013. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, 2013.

CONCLUSÃO

Com fundamento no que foi exposto no decorrer deste trabalho, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, percebeu-se que é notório a necessidade que a Administração Pública possui em celebrar contratos para a prestação de serviços, compras, realização de obras e alienações, para o atendimento ao interesse coletivo.

Logo, diante de tal necessidade e em obediência aos princípios da basilares da atividade administrativa, a Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, ordenou, como regra geral, a realização de prévia licitação pública a todas as espécies de contratações.

A Lei nº 8.666/93, constituída para a regulamentação deste preceito constitucional, apresenta o regramento necessário para a condução de um procedimento equitativo e liso, ou seja, um procedimento que garanta as mesmas oportunidades a todos os interessados e selecione a proposta mais vantajosa para se contratar com a Administração, de maneira que atendam às requisições estipuladas no instrumento convocatório. Por isso, o próprio legislador, trouxe circunstâncias próprias que permitem ao administrador público contratar diretamente, isto é, os institutos da *dispensa* ou *inexigibilidade de licitação*.

Nessa esteira, a Lei estabeleceu regras especiais para as condições de inexigibilidade ou dispensa de licitação com contratação direta realizada pela Administração Pública, fazendo-se uma abordagem sobre estes dois corolários que constituem exceções nos artigos 17 (licitação dispensada), 25 (licitação dispensável) e 25 (inexigibilidade de licitação) da Lei nº 8.666/93.

Dessa maneira, foi examinada a primeira exceção, nos casos de *dispensa*, que compreende duas hipóteses: uma em que haverá possibilidade de competição, sendo que há possibilidade do uso da discricionariedade do agente público para dispensar o procedimento licitatório com base no rol taxativo, trazido pela Lei de Licitação. E a outra, em que a licitação é dispensada, trata sobre as alienações de bens públicos; assim, para a formalização dessa modalidade de contratação, se faz necessário a demonstração de interesse público e a realização de prévia avaliação do bem.

A segunda forma de exceção analisada refere-se a contratação por *inexigibilidade de licitação*, objeto central deste trabalho. Observou-se que, a Administração Pública, deverá utilizar-se dessa forma de contratação direta, quando a realização do procedimento licitatório se mostrar materialmente impossível, visto que, a licitação não poderá ser realizada quando não existir mais de um sujeito interessado, capaz de atender as especificações do objeto pretendido pelo ente público.

Assim, verificou-se que a Lei nº 8.666/93 apresenta um rol exemplificativo de situações que possibilitam a contratação por inexigibilidade. Estas situações ou hipóteses tratadas na lei foram examinadas como três categorias de exceções por inexigibilidade, de modo que, a primeira hipótese demonstra a impossibilidade de competição, pois o objeto a ser adquirido pertence a um fornecedor exclusivo; a segunda hipótese compreende serviços e empresas únicas que possuem notoriedade no mercado; já a terceira hipótese, versa sobre a impossibilidade de competição na contratação de profissional do setor artístico.

Destacou-se nessa análise que, a contratação por inexigibilidade, apesar de dispensar processo licitatório mais complexo, deverá seguir um procedimento simplificado, com regras observadas, principalmente consoante disposições do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, para a garantia da validade da contratação.

Desta feita, o procedimento para a contratação de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve ser sempre entendido, pelo administrador ou gestor público, como exceção à regra geral, que é a realização de licitação. Assim, tal contratação, é autorizada diante da inviabilidade de competição que decorre da presença, concomitantemente de três pressupostos: serviços técnicos especializados, singularidade do objeto, e, notória especialização do contratado.

Quanto ao primeiro pressuposto, tem-se que no sistema brasileiro, o legislador elencou os ‘serviços advocatícios’ na categoria de “serviços técnicos profissionais especializados”, pois, exigem de seus prestadores uma metodologia rígida de aplicação, habilitação específica para a sua prestação, e para seu ramo de atuação. Tal serviço depende de especialização específica, necessitando assim, de profissionais com conhecimentos jurídicos aprofundados, especialista em determinada matéria ou área a ser contratada, portanto, que ultrapassem os conhecimentos gerais de outros profissionais do direito.

No que tange ao segundo pressuposto, a ‘singularidade do objeto’ para afastar a competição, a Lei exige que o objeto do contrato escape à normalidade das matérias jurídicas em questões enfrentadas pelo órgão ou ente público contratante, isto é, que sejam para assuntos relacionados com questões do direito de grande repercussão, complexidade, envolvendo o interesse da Administração Pública contratante, inclusive temas que escape às atividades regularmente executadas, isto é, algo incomum, que pelas suas características intrínsecas o individualize das demais atividades desenvolvidas pelo órgão público contratante.

Concluiu-se que a ‘singularidade’ deve ser do objeto e não do prestador do serviço, de que trata o art. 25 inciso II da Lei de licitações e contratos. Logo, enfatiza-se que a

‘singularidade do objeto’ se constitui em condição objetiva para a contratação de advogados estranhos aos quadros de pessoal da Administração Pública por inexigibilidade de licitação.

O último pressuposto, é o requisito subjetivo da ‘notória especialização’ do contratado, que por seu turno, determina que a Administração Pública, só poderá contratar o profissional que se mostrar mais apto, dentre todos ou outros, a executar o objeto do contrato. Dessa feita, o advogado, para demonstrar sua notoriedade, deverá apresentar, dentre outros, trabalhos anteriores que demonstrem vasta experiência sobre a matéria, corroborando que é o profissional mais acertado para a execução do serviço.

Verificou-se, uma existente incompatibilidade entre o processo licitatório, instaurado pela Lei de licitação e contratos e o que disciplina o Código de Ética e Disciplina da OAB. Essa incompatibilidade, fundamenta-se na argumentação da corrente que defende que o serviço advocatício é de natureza singular, portanto, não é compatível com o procedimento licitatório, devendo assim, ser contratado diretamente.

Entretanto, há soluções, previstas na própria Lei de licitações e contratos, que evitam o alvitramento dos honorários: realização de licitação na modalidade de concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração; e a pré-qualificação do tipo credenciamento para execução de serviços advocatícios rotineiros e comuns.

Conclui-se, da análise da interpretação da jurisprudência analisada, que os Tribunais de Contas e os Tribunais Superiores, inclinam-se pela exigência da licitação pública para a contratação de serviços advocatícios rotineiros. No entanto, quando esses serviços demonstrarem singularidade, demandando a intervenção de um especialista, nada obsta o enquadramento dos serviços jurídicos entre os referidos no inciso II, do art. 25, da Lei nº 8.666/93.

Enfatiza-se, que apesar da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade afastar o procedimento licitatório, o administrador deverá observar providencias próprias para eficácia do contrato. Assim, há necessidade de instrução processual com justificativa da contratação e da escolha do contratado e do preço a ser pago pela execução do contrato. Além da ratificação da autoridade competente e sua publicação, para somente após cumpridos estes requisitos, seja iniciada a execução do contrato.

Em suma, a regra da contratação de serviços advocatícios é a realização da licitação, porém, como exceção, a Administração Pública, poderá contratar serviços de tal natureza, com fundamento na inexigibilidade de licitação, desde que o serviço apresente de um lado, natureza singular, de interesse da Administração Pública para execução de suas atividades, devido à sua complexidade quanto à matéria, e de significativa relevância que

justifique a contratação; e de outro lado, o elemento subjetivo que se caracteriza pela notória especialização do profissional a ser contratado. Logo, cabe ao administrador público, em cada caso concreto, realizar a verificação da modalidade de contratação de acordo com as exigências da Lei de Licitações que melhor atende ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo Alexandrino. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Súmula nº 04/2002.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2017. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm> Acesso em: 30 mai. 2017.

_____. Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978. Dispõe sobre a regulamentação das profissões de Artistas e de técnico em Espetáculos de Diversões, e dá outras providências, 1978.

_____. STJ, HC nº 228.759/SC, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. Julg. 24/04/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, inquérito nº 3074 SC, julgado em 2014 na 1ª Turma da Suprema Corte. Rel. Ministro Roberto Barroso, 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.074/2013. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1278/2014, Segunda Câmara. Rel. Min. Ana Arraes. Julg. 01/04/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1336/2006. Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. 7 ago. 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 190/2006, Plenário. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1913/2006 – 2ª Câmara, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.418/2006. Plen. Rel. Min. Marcos Bemquerer, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2832/2014, Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 22/04/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 494/1994, Plenário. Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva. 15/08/1994.

_____. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 255. In: CHAVES, Luiz Claudio de Azevedo. A contratação por inexigibilidade de Licitação com fornecedor ou prestador de serviço exclusivo: breve análise do art. 25, I, da lei 8.666/93. Revista do TCU 134. set. dez. 2015.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, Súmula nº 62. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov/portal/sumula/id62>>. Acesso em: 30 maio 2017.

BRAZ, Petrônio. **Processo de licitação, contratos administrativos e sanções Penais**. 3 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. **Revista Jurídica da Presidência**. nº 115. jun./set. Brasília, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de Serviços de Advocacia pela Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. V. 22. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 103

GASPARINI Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contratos administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

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

REsp 1210756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julg. 02/12/2010. Disponível e: <<https://jus.com.br/artigos/20326/contratacao-de-servicos-advocaticios-pela-administracao-publica>> . Acesso em> 12 maio 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.