

RECEBIDO EM: 20/01/2017

APROVADO EM: 06/04/2017

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

**UNENFORCEABILITY OF ACQUISITION PROCESS FOR
CONTRACTING LAW OFFICES**

Wilker Jeymisson Gomes da Silva

Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, cursando o 9º período noturno. Monitor das disciplinas de Direito Administrativo I e II na FESP – Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Estagiário do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

Luciana Vilar de Assis

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba/FESP Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A licitação e os princípios da moralidade e impessoalidade; 2 A inexigibilidade de licitação; 3 Contratação direta de escritórios de advocacia; 3.1 Atividades de advocacia como serviços técnicos de natureza singular e de notória especialização; 3.2 A não comprovação dos requisitos legais; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Trata-se da análise da caracterização dos serviços de advocacia como serviços que autorizam a contratação pelo Poder Público, sem licitação, com base no artigo 25, da Lei nº 8.666/93. A pertinência desta pesquisa reside no fato de que a aplicação da inexigibilidade, ausentes os requisitos essenciais, caracteriza crime, conforme previsto na lei, sendo este um tema controvertido e de constante submissão aos órgãos de controle para averiguação da legalidade destas contratações. Pretende-se, em suma, verificar a possibilidade de enquadramento da contratação de escritórios de advocacia em uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Para a construção da pesquisa, que possui cunho qualitativo, utilizaram-se referenciais bibliográficos e jurisprudenciais. Ao fim, se conclui pela possibilidade de contratação direta de escritórios de advocacia, se observados os requisitos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação pela Administração Pública. Licitação. Inexigibilidade de licitação. Contratação de escritório de advocacia. Princípio da moralidade e impessoalidade.

ABSTRACT: This is an analysis of the characterization of the services of advocacy as services that authorize the hiring by the Public Administration, without acquisition process, based on article 25, of the Law number 8.666/93. The relevance of this research consists in the fact that the application of the unenforceability of acquisition process, absent the essential requirements, characterizes crime, as provided by law, which is a controversial subject and constant submission to the control bodies to investigate the legality of these contracts. It is intended to verify the possibility of contract Law Offices in one of the hypotheses of unenforceability of acquisition process. For the construction of the research, which has a qualitative character, bibliographical and jurisprudential references have been used. So, it's concluded by the possibility of direct contracting of Law Offices, if legal requirements are observed.

KEYWORDS: Public Administration contracts. Acquisition process. Unenforceability of acquisition process. Direct contracting of Law Offices. Principle of morality and impersonality.

INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório é um ato administrativo vinculado e complexo, diante do qual o administrador público deve pautar-se da maneira como a lei e os princípios administrativos determinam, para que o ato final seja reputado válido. É por esta razão que resta demonstrada a importância de conhecer a fundo as situações abrangidas pela lei que regula as licitações, para que o agente público fielmente a observe e seja legal o procedimento.

O objetivo do presente estudo é analisar os limites da inexigibilidade de licitação, em especial o enquadramento dos serviços advocatícios na hipótese prevista no art. 25, inciso II, da Lei nº 8666/93, que diz ser inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos de natureza singular prestados por empresa de notória especialização. A questão é controversa na doutrina e na jurisprudência, residindo a importância deste estudo no fato de ser constante a realização de licitações inexigíveis com este objeto, e, posteriormente, sendo necessária a submissão dessas seleções ao crivo dos órgãos de controle.

A articulação das ideias, sob o aspecto metodológico, parte de uma pesquisa feita com análise qualitativa e com abordagem predominantemente bibliográfica, delineando premissas essenciais sobre o instituto da licitação, partindo, em seguida, à análise da inexigibilidade legal para, ao fim, analisar os serviços advocatícios como hipótese autorizadora de não realização de licitação, fundamentando as argumentações realizadas na doutrina e jurisprudência pátria.

1 A LICITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

Dentre os diversos institutos jurídicos contidos no âmbito do Direito Administrativo, ramo público que estabelece as premissas necessárias para a compreensão das normas e regras que regem a atividade pública e a função administrativa, está a licitação, que objetiva, como os demais institutos abrangidos por esta seara, o alcance do fim público e do bem estar social, em obediência aos princípios constitucionais pertinentes, estes insculpidos explícita e implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, o procedimento administrativo denominado de licitação, que nos dizeres de Meirelles¹ “é o antecedente necessário do contrato administrativo”, consubstancia-se em uma exigência prevista na Constituição Federal de 1988, para que se proceda com a realização de contratações que tenham como parte o Poder Público. A norma contida no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, determina, de maneira incisiva, que:

Art. 37 (*omissis*) [...] 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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; [...] (grifos acrescidos).

Desta forma, por determinação constitucional, tem-se a necessidade imperiosa da realização deste procedimento, em razão dos princípios administrativos instituídos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que inicia o tratamento constitucional atinente à organização da Administração Pública. Assim, visa este mecanismo antecedente às contratações primar pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na atuação do Poder Público.

A determinação do dever de licitar decorre da necessidade de observância dos princípios basilares da Administração Pública, importantes para ter-se uma boa administração da *res* pública. A importância dos princípios administrativos também é visualizada na licitação. Nos dizeres de Di Pietro², em relação ao Direito Administrativo, “os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração”.

Assim, no tocante à licitação, percebe-se que este procedimento administrativo possui um viés limitador em relação ao Poder Público, retirando-lhe a discricionariedade conferida aos particulares, quando de suas tratativas habituais, estabelecendo-se, desta forma, um complexo de normas e princípios norteadores que devem ser fielmente observados

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 280.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64.

quando da realização de contratos públicos, sob pena de ser eivado de ilegalidade o ato praticado de maneira diversa.

Principalmente em razão dos princípios da moralidade e da impessoalidade, previstos na Constituição, é que este procedimento se legitima. O princípio da impessoalidade determina que “[...] a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”³.

O princípio da moralidade, por sua vez, segundo Mazza⁴ “exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração”. Assim, além do fiel cumprimento da lei, deve o administrador público pautar seus atos em moralidade, aliando-a, pois, à legalidade. Para Mendes⁵, disso conclui-se que “O reconhecimento da moralidade como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética”.

Assim, almejando enfatizar a primazia ao interesse público, em detrimento de objetivos meramente individuais bem como visando à integral probidade das ações em âmbito público, é que se tem o procedimento de licitação como um dever geral imposto ao Poder Público, antes de realizar as suas contratações, excetuadas, todavia, as situações legais autorizadas de sua não realização, que serão objeto de estudo mais aprofundado nas linhas seguintes.

Além do mais, em razão do superprincípio, como denomina a doutrina, da supremacia do interesse público, que deve predominar sobre o meramente privado, o Poder Público tem a obrigação de, quando de sua atuação, buscar sempre o fim que melhor aprouver aos seus administrados, assim compreendida a sociedade, e deve, desta forma, quando da pactuação de contratos, empreender todos os seus esforços para firmar aquele que melhor atender ao interesse público.

Nesse passo, dispondo sobre a necessidade da realização de licitação, tomando como núcleo medular o princípio constitucional da legalidade,

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

4 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95-96.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 860.

que determina à Administração Pública atuar tão somente quando a lei determinar que se pratique determinado ato, Mello⁶ assevera que:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

A partir do conhecimento dessas noções preliminares, que legitimam a existência constitucional do instituto da licitação, tem-se que, em termos conceituais, segundo Carvalho Filho⁷ a licitação é definida como sendo:

[...] 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 científico (grifos acrescidos).

Diz-se, assim, que a licitação é um “procedimento vinculado” por tratar-se de uma sequência de condutas a ser praticadas pelo administrador público, todas elas previamente delineadas pela lei, visando a celebração de um contrato que favoreça o ente do Poder Público que integra, escolhendo-se, para tanto, a proposta que conferir maior vantagem à Administração, e garantindo a observância, inclusive, aos princípios que regem a atividade pública.

A Constituição Federal também prevê a necessidade de certame licitatório para a contratação com o Poder Público - art. 37, XXI-, tudo para obviar escolhas não juridicamente justificáveis, realizando, desta forma, o princípio da impessoalidade, que também se aplica às hipóteses de permissões e concessões de serviços públicos (art. 175 da CF / 88) (MENDES, 2015, p. 860).

Nesta linha de raciocínio, Bulos⁸, tecendo considerações acerca do caráter vinculativo que possui o procedimento de licitação pública, aduz que “[...] a licitação é um procedimento vinculado, porque deve seguir o primado da legalidade, realizando-se do modo mais abrangente possível,

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 524.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 238.

8 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.032.

de modo a assegurar a igualdade de disputa entre os concorrentes do certame licitatório”.

Nesta senda, segundo as lições contidas na doutrina de Scatolino⁹, este, ao defini-la como um procedimento legal, explicita que a licitação “trata-se de uma sucessão de atos, encadeados entre si, em que todos os atos a serem praticados são definidos pela lei. Por ser uma seqüência de atos coordenados, tem natureza de procedimento administrativo”. Assim, verifica-se a natureza vinculada dos atos que compõem o procedimento administrativo que origina a licitação.

No entanto, em que pese ser a premissa geral regente da contratação em âmbito público, esta regra do dever de licitar pode ser excepcionada nas hipóteses permitidas pela própria lei – isto em razão do princípio da legalidade. Segundo Carvalho¹⁰ “não obstante a licitação seja a regra definida por lei para as contratações públicas, em determinadas situações, o próprio texto legal regulamenta e admite celebração de contratos sem a realização do prévio procedimento”.

Assim, nas hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível, o legislador permite que não se proceda com a realização do procedimento licitatório, haja vista a especificidade abarcada por estas situações legais, legitimadas pela inviabilidade de competição, impossibilidade de realização ou pela possibilidade legal de não realização do procedimento.

2 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Primeiramente, sabe-se do dever constitucionalmente imposto à Administração Pública de realizar licitações, quando das suas contratações, buscando atender ao princípio da impessoalidade, moralidade, isonomia e supremacia do interesse público em detrimento do privado, bem como objetivando selecionar, dentre as apresentadas, a proposta que for mais vantajosa para a Administração Pública, conforme determina o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e o art. 2º, *caput*, Lei nº 8.666/93.

Contudo, em que pese ser a licitação uma obrigação da Administração Pública, quando de suas contratações com particulares, a lei traz hipóteses, em caráter de exceção, em que é permitida a contratação direta, sem a necessidade de licitação, sendo estes casos intitulados de licitação

9 SCATOLINO, Gustavo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 525.

10 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 474.

dispensada, dispensável e inexigibilidade de licitação. Tais situações, autorizadas pelo art. 2º da Lei nº 8.666/93, estão contidas nos arts. 24 e 25 deste corpo normativo, constituindo-se como um procedimento com menor formalidade do que o procedimento licitatório comum.

Especificamente no que diz respeito à inexigibilidade, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 traz as hipóteses meramente exemplificativas em que o procedimento não tem como ser realizado, por dedução lógica. Diz-se exemplificativas as hipóteses em razão de ser possível enquadrar o procedimento licitatório como inexigível por motivo diverso dos arrolados no referido artigo, desde que seja inviável a competição. Aduz Carvalho¹¹ que “Mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível quando for inviável a realização de competição entre interessados”.

A Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 25, diz que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. Nesse sentido, segundo Meirelles¹², “ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração”.

Conforme Alexandrino¹³, que trata da inexigibilidade de licitação como um instituto da lei de licitações que excepciona a regra geral de dever, por impossibilidade fático-jurídica de competição, este aduz que “há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes”.

Entretanto, embora a contratação seja realizada de maneira direta, é necessária a observância de alguns requisitos para a concretização da convenção em caráter excepcional, devendo ser fundamentada a necessidade e a conveniência da excepcionalidade arguida, conforme dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666/93, com o propósito de evidenciar a real vantagem que a referida contratação, realizada sem licitação prévia, irá proporcionar à Administração Pública.

11 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 475.

12 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 295-296.

13 ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 669

Desta forma, assevera Carvalho Filho¹⁴ que:

Aplica-se aos casos de inexigibilidade, na forma do art. 26 do Estatuto, a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser cumpridamente justificada e comunicada em três dias à autoridade superior, a esta cabendo ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Não obstante a hipótese em que o administrador analise enquadre-se em dispensa ou inexigibilidade de licitação, autorizando a contratação direta do Poder Público, faz-se necessária a realização de processo administrativo em todos os casos, sendo informada a justificativa da excepcionalidade, de maneira imperativa, quanto à escolha feita e ao preço contratado, com os documentos essenciais que comprovem inclusive a pesquisa de preços realizada anteriormente.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Conhecido o instituto da licitação e a possibilidade legal de sua inexigibilidade, se preenchidos determinados requisitos legais, passar-se-á ao estudo aprofundado de uma de suas hipóteses, qual seja a contratação direta de empresa ou profissional de notória especialização que preste algum dos serviços técnicos enumerados na própria Lei de Licitações e com singularidade.

O art. 25, da Lei nº 8.666/93, dispõe acerca da possibilidade de inexigibilidade de licitação, em razão de inviabilidade de competição e, em especial, conforme prevê o inciso 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 [...]”.

Logo, para a caracterização da hipótese de contratação direta em discussão, é necessária a conjugação dos requisitos singularidade dos serviços e notória especialização dos profissionais que irão prestá-los, além de ser necessária a demonstração de que o serviço enquadra-se em uma das circunstâncias específicas arroladas pela própria lei de licitações, sendo proibida a inexigibilidade para contratação de empresa para prestar serviços de publicidade e divulgação.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 273.

3.1 ATIVIDADES DE ADVOCACIA COMO SERVIÇOS TÉCNICOS DE NATUREZA SINGULAR E DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Especificamente no que tange aos serviços próprios e privativos do exercício de advocacia, nos exatos termos do art. 13, inciso V, da referida Lei de Licitações e Contratos Públicos, consideram-se como serviços técnicos profissionais especializados, dentre as diversas hipóteses arroladas, as atividades que tratam de “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

As atividades ínsitas ao exercício de advocacia, assim, são considerada como serviços técnicos especializados, segundo a Lei nº 8.666/93, de modo que pode ser enquadrada como inexigível a licitação que tenha por objeto este tipo de serviço, desde que, todavia, estejam presentes os demais requisitos elencados pela lei, quais sejam a demonstração da singularidade do serviço e a notória especialização do profissional ou banca de advogados a ser contratada.

Por “serviços técnicos de natureza singular” entendem-se aqueles que, por sua complexidade, não possam ser prestados por qualquer profissional do mercado; profissional de “notória especialização”, por sua vez, diz respeito àquele que se destaca em sua área específica de atuação, sendo conhecido por sua capacidade técnica e expertise para o desempenho das atividades a que se propõe realizar. Esta situação, conjugada com o enquadramento em uma das hipóteses do art. 25, é o que caracteriza a inviabilidade de competição.

A singularidade dos serviços, desta maneira, diz respeito ao serviço que é peculiar, com suas características bem definidas, que o torne destacado em relação aos demais, embora não seja necessário ser único e exclusivo. Assim, deve haver uma singularidade notória e relevante que satisfaça o interesse da Administração Pública contratante. Nesse sentido, aduz Mello¹⁵ que:

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 suprida.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 541-542.

Diante disso, não se consideram como singulares as atividades que possam ser realizadas indistintamente por qualquer profissional da área jurídica. Há casos decididos pelos Tribunais pátrios que explicitam a necessidade de o serviço ser caracterizado como incomum, ou seja, que embora não possua exclusividade, não diga respeito às atividades advocatícias cotidianas. Confira-se aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dispondo nesse sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE SAPIRANGA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NO ART. 25, INCISO II, DA LEI N.º 8.666/1993. 1. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de serviços “corriqueiros, genéricos, habituais de advogado” (Recurso Especial n.º 1.571.078/PB), não há falar em singularidade da atividade e, conseqüentemente, em inexigibilidade de licitação. A singularidade envolve, destarte, “casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado” (REsp 1.444.874/MG). 2. Da análise das atividades para que se contratou o escritório de advocacia, não se extrai nenhuma que não pudesse ser perfeitamente realizada pelos servidores da Fazenda Municipal conjuntamente com os Procuradores do Município (que detinha quadro próprio), ou, em último caso, no que concerne às diligências judiciais, por qualquer outro profissional com experiência em direito tributário. Requisitos do art. 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/1993 não caracterizados. 3. Restou demonstrada a intenção de agir por parte dos réus, o que é suficiente para a responsabilização no caso. Afinal, conforme a iterativa jurisprudência do STJ, o dolo exigido para a condenação por improbidade administrativa não é específico, mas genérico, o qual consiste na “simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria” (REsp 1.544.128/RS). 4. Sanções aplicadas com a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 5. Ação julgada procedente na origem. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS¹⁶ (grifos acrescidos).

16 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º 70068414101, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 30/11/2016.

O Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Fabrício Motta¹⁷, discorrendo sobre a temática em análise, especificando sobre a necessidade de atividade a ser contratada não ser cotidiana e comum, aduz que:

A característica singular dos serviços de advocacia deve ser apta a exigir a contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas: *atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia do funcionamento dos Municípios e demais entidades – desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada (tanto faz quem o executa) por qualquer profissional – não haverá de ser objeto de contratação direta por inexigibilidade* (grifos acrescidos).

Outrossim, não obsta a contratação direta de advogado ou sociedade de advogados a existência, no âmbito da Administração Pública contratante, de uma procuradoria jurídica especializada. Diz-se isto porque há casos de alta complexidade que podem possuir valores elevados em discussão ou demandas importantes que podem prejudicar o ente, e casos que os profissionais do departamento jurídico da Administração Pública não conseguem resolver, sendo a solução, nesse caso, a contratação de profissional ou escritório de advocacia que satisfaça o interesse público.

Por outro lado, quanto ao requisito “notória especialização”, a própria Lei de Licitações, ao definir a significação do termo, para fins de inexigibilidade, dispõe, *in verbis*, que:

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

[...]§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que *o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato* (grifos acrescidos).

Este requisito deve ser conjugado com a singularidade dos serviços, pois não pode ser tida como inexigível a licitação quando várias empresas

17 MOTTA, Fabrício. A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 24-28, jun. 2016. p. 25.

ou profissionais possuem especialização quanto ao objeto licitado, pois essa pluralidade de interessados torna viável a realização do procedimento e, por consequência, impedem o enquadramento em inexigibilidade. Conforme obtempera Alexandrino¹⁸:

É fundamental atentar que não é o simples fato de um serviço enquadrarse como serviço técnico profissional especializado que acarreta a inexigibilidade. E necessário que o serviço tenha natureza singular (não pode ser algo ordinário, usual, corriqueiro) e, por essa razão, justifique, a fim de garantir a sua satisfatória prestação, a contratação de um profissional ou de uma empresa de notória especialização.

A notória especialização decorre da soma de fatores diversos que mostrem ser uma determinada empresa a mais preparada e essencial a executar o objeto contratual de maneira satisfatória. Nos dizeres de Carvalho Filho¹⁹:

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

Além de ser necessária a comprovação por meio documental, no intento de verificar a especialidade que se requer, para a caracterização do procedimento licitatório como inexigível, deve ser comprovada também a qualificação técnica da parte contratada, demonstrando que possui capacidade para dar cumprimento ao objeto contratual. Nesse sentido, dispõe a lei de licitações sobre os documentos necessários para comprovar esta condição:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

18 ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 671.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 275.

II - *comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação*, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da *qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*;

III - *comprovação*, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - *prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial*, quando for o caso [...] (grifos acrescidos).

É extremamente necessária a comprovação dos requisitos técnicos e dos pressupostos autorizadores da não realização da licitação por inexigibilidade. Isto porque, conforme exemplifica Mello²⁰:

[...] o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar — e diretamente — um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse.

Sob essa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça, analisando um caso de contratação direta de advogado, sem licitação e sob a alegação de inexigibilidade, entendeu pela necessidade de comprovação dos requisitos legais que evidenciem a inviabilidade de competição. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. [...] 4. *A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação*

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 551.

de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. 5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, *envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.* 6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos [...]. 13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido²¹ (grifos acrescidos).

Também nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, entendendo que a licitação inexigível para a contratação de escritórios de advocacia deve obedecer a alguns requisitos. Confira-se:

IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: *a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado no mercado [...]* (grifos acrescidos)²².

Tecidas essas considerações, resta patente a necessidade, pois, no caso de inexigibilidade de licitação para serviços de advocacia, da efetiva comprovação dos requisitos autorizadores desta modalidade, a fim de atestar que aquela empresa que foi contratada prestará os seus serviços de maneira mais apropriada que os demais profissionais existentes no ramo.

21 Superior Tribunal de Justiça – *Recurso Especial nº 448.442* - MS (2002/0082995-6), Relator: Herman Benjamin, Data de Julgamento: 23/02/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe do dia 24/09/2010.

22 Supremo Tribunal Federal – *Inquérito: Inq. 3074 – SC*. Órgão julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 26 de agosto de 2014. Data de Publicação: DJe do dia 03/10/2014.

Por fim, o Conselho Nacional do Ministério Público já se pronunciou sobre a temática ora em abordagem, baixando a Recomendação de número 36, de 14 de junho de 2016, dispondo, em seu art. 1º, que a contratação direta de advogado ou banca de advocacia sem licitação, por si só, não fere a Lei de Licitações e constitui ato ímprobo, recomendando aos membros do Ministério Público que descrevam nas ações propostas a justificativa das irregularidades que apontar, descrevendo de maneira motivada qual item da Lei de Licitações e contratos restou violado.

3.2 A NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS

Não estando demonstrados os elementos mencionados acima, configuradores da inexigibilidade de licitação, necessária será a feitura de licitação, no intento de velar pela isonomia no âmbito da Administração Pública, possibilitando oportunidades iguais de contratar com o Poder Público às empresas interessadas que se encontrarem na mesma situação, não devendo haver dúvidas quanto ao preenchimento dos requisitos legais, pois segundo Di Pietro²³ “tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade”.

A não verificação dos pressupostos que autorizam a inexigibilidade da licitação, no caso das atividades advocatícias, induz à presunção de viabilidade de feitura de licitação para o objeto a contratar, haja vista se presumir que o mesmo pode ser prestado por diversas outras bancas de advocacia ou sociedades, como na hipótese em estudo, devendo ser comprovada, assim, a real necessidade e as peculiaridades do caso que justifiquem a contratação direta e específica.

A contratação direta sem a comprovação da inexigibilidade de licitação viola o princípio da competitividade, decorrente da isonomia de tratamento aos particulares e da impessoalidade, que, segundo as lições de Di Pietro²⁴ “[...] constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”.

Partindo da premissa que “nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 409.

24 *Ibidem*, p. 378.

atenda às necessidades da Administração”²⁵, percebe-se, em razão de se presumir a pluralidade de interessados a participar de uma licitação como a ora estudada, que tem por objeto serviços de advocacia, que a insuficiente comprovação dos requisitos induz a não autorização do enquadramento do caso no instituto da inexigibilidade, sendo irregular, pois, o certame e os contratos decorrentes, por violação ao princípio da igualdade e ao da impessoalidade, que regem a atividade administrativa.

Destarte, não comprovados os requisitos determinados pela lei, é de se julgar irregular o procedimento licitatório no qual se procedeu de maneira diversa. Nesse sentido entende a Jurisprudência pátria, concluindo pela ilegalidade da licitação que tenha sido realizada sem a comprovação efetiva dos requisitos de inexigibilidade. Confira-se jurisprudência entendendo nesse sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. NULIDADE. PARECER. 1. *Inexistindo singularidade do objeto e notória especialização do profissional ou escritório de advocacia contratado para prestar serviços de advocacia de forma genérica, é ilegal a contratação sem licitação por alegada inexigibilidade.* Jurisprudência do STJ. É nula, portanto, a contratação sem licitação de sociedade de advogados para execução de serviços que não ostentam singularidade porque genéricos e ordinários. Tendo sido prestados os serviços, não procede o pedido de restituição do preço pago [...] ²⁶ (grifos acrescidos).

De outro modo, também o agente público que procede com a contratação destas atividades, por inexigibilidade de licitação, sem a comprovação dos requisitos legais, pode ser incurso nas penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/92 –, em razão da violação às regras da licitação e, principalmente, pela violação aos princípios que regem a atuação em âmbito público, prevista essa possibilidade pelo *caput* do art. 11 da citada lei.

Veja-se, por ser assaz elucidativo à temática ora sob exame, o teor de mais um aresto judicial, este, por sua vez, advindo do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

²⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 395.

²⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - AC: 70064476526 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 28/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MALFERIMENTO ÀS REGRAS DE CONTRATAÇÃO COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE E MORALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO NO ART. 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92. 1. A Lei de Improbidade Administrativa aplica-se a agentes políticos municipais, tais como Prefeitos, ex-Prefeitos e Vereadores. Posicionamento pacífico no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte. 2. A conversa entre partes envolvidas - e gravada por uma delas - foram integralmente degravadas pelo Ministério Público (fls. 257v., 376, 525/561), possibilitando amplo acesso a todas as partes envolvidas no processo. Ademais, as partes não negaram a veracidade das conversas, e algumas delas, inclusive, argumentaram, a título de tese defensiva, que se referiam a contrato diverso do que está em discussão no presente feito. Dessa forma, não há se falar em nulidade por cerceamento de defesa, restando desacolhida a prefacial. 3. Sobre a preliminar de ilegalidade da captação ambiental existente nos autos (fls. 257v., 376, 525/561), não procede. In casu, a captação ambiental foi realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não se tratando de gravação de conversa alheia. Ademais, as gravações não atingiram direito fundamental à intimidade e privacidade do participante insciente, ou direito à sua liberdade de expressão. Nesse sentido, o STJ já se pronunciou: “Irretocável, portanto, o acórdão recorrido ao consignar que a gravação ambiental feita sem o consentimento de um dos interlocutores, quando ausente causa de sigilo, não pode ser tida como ilícita, pois _a questão não envolve essencialmente a inviolabilidade das comunicações, mas a proteção da privacidade do indivíduo, que não é um direito absoluto, devendo ser cedido diante do interesse público e social” (Processo RE nos EDcl no RHC 34733 Relatora Ministra LAURITA VAZ Data da Publicação DJe 07/05/2015). Assim como STF, RE 583937 QO-RG, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ em 18-12-2009. 4. Os atos de improbidade descritos no artigo 11 da Lei de Improbidade não pressupõem prejuízo econômico ao erário, contudo, reclamam a presença do dolo, que, in casu, restou comprovado [...].²⁷ (grifos acrescidos).

Assim, justifica-se que o procedimento licitatório seja considerado irregular, em vista da afronta à Lei nº 8.666/93, que rege o procedimento da licitação, fato que enseja a aplicação de penalidades pelos órgãos

27 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70069110203, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016

de fiscalização assim como eventuais sanções previstas na legislação administrativa atinente, inclusive sendo considerada como crime a inexigibilidade fora das hipóteses legais ou sua realização sem a observância dos requisitos formais, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.666/93, infração apenável com detenção de três a cinco anos e multa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o enquadramento legal da inexigibilidade de licitação, deve ser robustamente comprovada a existência da notória especialização da empresa ou do profissional a ser contratado diretamente, bem como deve se comprovar a singularidade da parte que se contrata em relação às demais, embora não seja necessária, todavia, a exclusividade, a fim de tornar legítimo o afastamento do dever de licitar, constitucionalmente imposto à Administração Pública.

Diante do exposto, é de se concluir pela possibilidade de inexigibilidade de licitação que busca a contratação de escritórios de advocacia, desde que presentes os pressupostos expressos na lei, sob pena de, agindo o de modo contrário, não realizando a licitação quando viável a competição, incorrer nas sanções previstas na Lei de Licitações e na Lei de Improbidade Administrativa.

É recomendável, portanto, quanto às partes interessadas em se submeter a estes certames públicos, acostar ao procedimento administrativo todos os documentos que comprovem a singularidade de seus serviços e a notória especialização que possui, a fim de legitimar a escolha da Administração Pública e não ter, eventualmente, o contrato rescindido, em razão de ilegalidade na contratação, decretada pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas, por exemplo.

No que diz respeito ao Poder Público, por sua vez, este atuando por meio de seus agentes, competentes para o exercício do mister que lhes é atribuído, deve ser extremamente cauteloso quando da contratação de escritórios de advocacia ou advogados por meio de inexigibilidade de licitação, solidificando a escolha pela contratação direta, em qualquer caso, por meio de documentos hábeis à comprovação dos pressupostos necessários, exigindo-os do licitante.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito administrativo descomplicado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. *Lei nº 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/L8666compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 448.442 - MS (2002/0082995-6)*, Relator: Herman Benjamin, Data de Julgamento: 23/02/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe do dia 24/09/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200829956&dt_publicacao=24/09/2010>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito: Inq. 3074 - SC*. Órgão julgador: Primeira Turma. Data de julgamento: 26 de agosto de 2014. Data de Publicação: DJe do dia 03/10/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4018618>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70069110203*, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069110203&num_processo=70069110203&codEmenta=7015806&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível N° 70068414101*, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 30/11/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70068414101&code=9954&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%204.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *AC: 70064476526 RS*, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 28/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/06/2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%20E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064476526&num_processo=70064476526&codEmenta=6311999&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Dispõe sobre recomendação acerca das cautelas que devem ter os membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritório de advocacia por ente público*. Recomendação n° 36 de 14 de junho de 2016. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília, Distrito Federal.

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

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOTTA, Fabrício. *A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 24-28, jun. 2016.

SCATOLINO, Gustavo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.