

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

CHARLES WILLY DE MORAES SAMPAIO

**POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ASSESSORIA JURÍDICA PELO
ENTE PÚBLICO POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

**CARUARU
2017**

CHARLES WILLY DE MORAES SAMPAIO

**POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ASSESSORIA JURÍDICA PELO
ENTE PÚBLICO POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação da professora, Msc. Roberta Cruz.

**CARUARU
2017**

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____.

Presidente:

Primeiro Avaliador:

Segundo Avaliador:

Dedico este trabalho ao meu Senhor Jesus Cristo que por sua infinita graça e misericórdia me agraciou com essa grande conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus ter me concebido toda sabedoria e conhecimento para a conclusão deste curso, guiando meus passos para a superação de todas as dificuldades do meu caminho. Aos meus pais, Vera Lúcia e Charles Sampaio, por toda a educação proporcionada a mim, bem como pelo esforço e dedicação contribuindo para que eu pudesse chegar nesse ponto da minha jornada, renunciando a diversos sonhos para que eu e pudesse aproveitar as chances que eles não tiveram.

Agradeço profundamente à minha esposa Maria Hosana por todo apoio, motivação e paciência que a mim foi dispensada, bem como aos demais familiares, principalmente aos meus tios Otávio Sampaio e Cícero Paulo que sempre me incentivaram de todas as maneiras a seguir em frente em busca de um futuro próspero e a minha avó Valdevez Sampaio, que sempre sonhou com a conquista da minha graduação.

Agradeço também a minha orientadora Prof^a. Waleska Vasconcelos, que com toda a paciência e atenção me ajudou na construção do presente trabalho.

Aos meus irmãos do coração, Weverton Ferreira, Ana Carolina e Túlio Henrique, por toda força e ânimo que a mim foi dada por todo o período deste trabalho.

A todos um forte abraço e meus sinceros agradecimentos.

“Os dias prósperos não vêm por acaso; nascem de muita fadiga e persistência”.

Henry Ford

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo a verificação da plausibilidade em relação à contratação direta de assessorias jurídicas, notoriamente especializadas, pelo Ente Público. Deste modo, imprescindíveis são as análises de entendimentos doutrinários, bem como jurisprudenciais dos 03 (três) graus de jurisdição, além de súmulas, e o correto exame dos dispositivos legais da Constituição Federal de 1988 e da Lei Federal 8.666/93. Ressalte-se, em princípio, que para que a referida possibilidade de contratação possa vir a efetivar-se, é necessário o preenchimento de todos os requisitos legais a fim de que haja uma procedimentalização de maneira eficaz. De igual modo, faz-se relevante a análise, de maneira concisa, da Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, cuja autoria é da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e tem por objeto o reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 13, V e 25 II da Lei de Licitações, e, via de consequência, a certificação da legalidade das contratações diretas de assessorias jurídicas notoriamente especializadas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública, Inexigibilidade de Licitação, Notória Especialidade, Assessorias Jurídicas.

ABSTRACT

Of Notoriously Specialized Legal Offices. This research has the objective of verifying the plausibility in relation to the direct contracting of Legal Consultants, well-known, by the public entity. Thus, essential are the analyzes of doctrinal understandings, as well as jurisprudential of the three (3) degrees of jurisdiction, as well as precedents, and the correct examination of the legal provisions of the Federal Constitution of 1988 and Federal Law 8.666 / 93. It should be emphasized, in principle, that in order for said possibility of hiring to become effective, it is necessary to fulfill all legal requirements in order to have a proceduralization in an effective manner. Likewise, it is relevant to analyze, in a concise manner, the Direct Action of Constitutionality nº 45, faced by the Federal Supreme Court (STF) under the report of the Minister Luís Roberto Barroso, whose authorship is of the Brazilian Bar Association (OAB), and has as its object the recognition of the constitutionality of articles 13, V and 25 II of the Law of Tenders, and, consequently, certification of the legality of direct contracting

KEYWORDS: Public Administration, Inexigibility of Bidding, Notary Specialty, Legal Advising.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PRECEITOS GERAIS DA IMPRESCINDIBILIDADE DA LICITAÇÃO PELO ENTE PÚBLICO.....	11
1.1 Pressupostos da licitação.....	11
1.2 Dos entes federativos e de sua obrigação de licitar	13
1.3 Modalidades de licitação	14
2 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO	21
2.1 Procedimentos para contratação direta.....	21
2.2 Conjecturas ao dever de licitar	23
2.3 Inexigibilidade de licitação mediante notória especialização do profissional.....	25
3 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
3.1 Da discricionariedade do administrador público no ato da contratação do advogado.....	29
3.2 Da jurisprudência pátria com relação à singularidade na contratação da assessoria jurídica.....	32
3.3 Da possibilidade da contratação direta de serviços advocatícios.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O procedimento licitatório existeafim de que haja uma maior isonomia entre os concorrentes no momento da admissão, tendo a Administração Pública como regra geral a obrigatoriedade de licitar no ato da contratação de profissionais ou até mesmo empresas.

No entanto, a própria Constituição Federal de 1988(art. 37, XXI) prevê situações em que a realização do procedimento licitatório não será o caminho mais viável para a Administração Pública, e em tais situações em que o ente público poderá contratar de forma direta os profissionais notoriamente capacitados a desenvolver determinadas funções.

Conforme o dispositivo legal da Lei Federal 8.666/93 estão previstos 05 (cinco) categorias de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) em que a Administração Pública deverá optar pela mais adequada a depender do caso, sendo vedada a criação de novas modalidades de licitar conforme preconiza o dispositivo supracitado, no entanto, caso venha a ser necessária uma nova concepção de licitar deverá ser por meio de uma nova lei, como foi o caso do Pregão que surgiu com a Lei Federal 9.472/97.

Diante de tais situações, o presente estudo abordará de maneira objetiva a plausibilidade da contratação direta de assessorias jurídicas/advogados pelo Ente Público, desde que possuam a devida singularidade da causa que será exercida no desenvolvimento da tarefa em que Administração Pública esteja necessitando.

Para a realização do trabalho, além da revisão da literatura especializada, foram utilizados métodos qualitativos, quais sejam, análise de jurisprudência e legislações, tendo como objetivo geral as possibilidades de admissão direta e em específico a inexigibilidade da contratação de assessorias jurídicas notoriamente singulares na prestação do serviço.

Sendo tal estruturado da seguinte maneira. No primeiro capítulo serão abordados os preceitos gerais de licitar, tais como pressupostos, modalidades e as entidades que estão sujeitas ao dever realizar o procedimento licitatório.

O segundo capítulo é destinado às previsões legais em que o ente público poderá contratar de maneira direta, onde o requisito da notória especialização do profissional será devidamente abordado, bem como, a procedimentalização de tal contratação.

No terceiro e último capítulo, será realçada a temática principal do estudo, momento em que serão apontados todos os requisitos legais para que haja a contratação direta de assessorias jurídicas pelo Ente Público. Havendo uma breve análise da Ação Direta de Constitucionalidade 45 que foi impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal onde requerem o reconhecimento de constitucionalidade do art. 13, V e 25, II da Lei 8.666/93, ação esta que tramita naquela Suprema Corte.

Sendo utilizada a Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, bem como entendimentos jurisprudenciais acerca do assunto discutido para às considerações finais do presente estudo.

1. PRECEITOS GERAIS DA IMPRESCENDIBILIDADE DE LICITAÇÃO

1.1 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

A licitação se identifica por ser um procedimento administrativo realizado pelo Poder Público, possuindo como característica a isonomia entre os participantes e como objeto principal encontrar um fornecedor que melhor se encaixe para os requisitos estabelecidos de forma prévia pela administração pública¹.

Uma das principais finalidades na obrigatoriedade no procedimento licitatório é a busca pela eliminação da interferência da vontade particular do gestor nas contratações públicas (princípio da impessoalidade), objetivando que o interesse público sempre prevaleça ao interesse particular de um gestor que possa ter o intuito de inversão desta regra, havendo o impedimento ao favoritismo².

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que são princípios vinculados à licitação: “a) competitividade; b) isonomia; c) publicidade; d) respeito às condições pré-fixadas no edital; e e) possibilidade de o disputante fiscalizar a obediência dos anteriores”³.

A Lei nº 8666/93, mais especificamente em seu artigo 3º⁴, estabelece os principais objetivos da licitação, quais sejam, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável, devendo, o procedimento licitatório, respeitar os princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), bem como o da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, devendo haver o respeito também aos demais que lhes são correlatos.

Fernanda Marinela⁵ indica que “o edital é a lei interna da licitação”, isso significa que mesmo havendo liberdade ampla para que a administração pública elabore o edital

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo. Malheiros, 2015, p. 538.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 169.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo. Malheiros, 2009, p. 24.

⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 3º). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

⁵MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 372.

da licitação, a partir do momento que este é publicado não poderá ser desrespeitado, devendo o órgão público seguir todos os ditames e critérios por ele estabelecidos, havendo total vinculação da administração com o edital conforme determinado pelo art. 41 da Lei de Licitações.

Para que o procedimento licitatório consiga atingir a sua finalidade, é necessário o cumprimento de três pressupostos: o lógico, o jurídico e o fático.

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶ afirma que “é pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes”. Esse pressuposto possui plena vinculação com o fato de que a administração pública tem o dever de analisar todas as propostas apresentadas no procedimento licitatório e optar por aquela que proporcione mais vantagens para o Poder Público.

Já o pressuposto jurídico tem relação com o interesse que a licitação tem que atender, ou seja, é a necessidade de que no procedimento licitatório haja a caracterização deste ser o meio apto/adequado para que seja alcançada a finalidade pretendida pela Administração Pública, ou seja, a proteção ao interesse coletivo⁷.

É importante ressaltar que mesmo com a inexigibilidade da licitação ainda haverá respeito ao pressuposto jurídico, uma vez que a dispensa está estritamente interligada com a viabilidade da atividade-fim da entidade, conforme bem explanado pela doutrinadora Fernanda Marinela⁸:

[...] Sendo assim, a licitação será inexigível quando inviabilizar o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade, a denominada “atividade-fim”, porque estará prejudicando o próprio interesse público que justificou a sua criação, causando a ausência de pressuposto jurídico [...].

Por fim, resta explicar acerca do pressuposto fático da licitação, que se identifica por ser a existência de diversos “candidatos” que tenham apresentado propostas com a finalidade de atender aos ditames estabelecidos no procedimento, uma

⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo. Malheiros, 2015, p. 556

⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 556.

⁸MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 375

vez que se não há interessados para disputa do objeto licitado, não há o que se falar em possibilidade de realização da licitação⁹.

Para que haja a pluralidade de interessados deve haver respeito à legislação que trata sobre licitações que afirma ser vedado que haja no ato de convocação qualquer limite que impeça o caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 3º, inc. I, Lei nº 8.666/93)¹⁰.

1.2 DOS ENTES FEDERATIVOS E DE SUA OBRIGAÇÃO DE LICITAR

Importa destacar primeiramente que para adquirir, vender e locar bens e para contratar a realização de obras ou serviços, diferentemente do âmbito privado, o Poder Público necessita cumprir e atender os requisitos prefixados na legislação vigente, devendo realizar o procedimento chamado licitação (art. 37, XXI, CF), sendo essa obrigatoriedade vinculada ao princípio da legalidade, este que é inerente à Administração Pública¹¹.

Todos os órgãos da Administração Pública direta estão obrigados a licitar, incluindo ainda os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados e Distrito Federal e Municípios (art. 1º da Lei nº 8.666/93)¹².

A obrigatoriedade do Ente Público em realizar a licitação resta caracterizado em diversas legislações, que estará prevista a depender do caso específico, havendo na Constituição Federal (art. 37, inc. XXI) exigência de sua realização em contrato de obras serviços, compras e alienações, estes que ainda são motivos para a obrigatoriedade nos termos do artigo 2º da Lei 8.666/93¹³.

⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 556.

¹⁰MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 370.

¹¹MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 538.

¹²BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Congresso Nacional. Brasília: 1993.

¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Ainda na Constituição Federal resta imposto a obrigatoriedade de licitação pela Administração Pública quando for realizado procedimento licitatório em casos de concessão e permissão de serviço público.

Vale destacar ainda que há exceções para a regra de obrigatoriedade de licitar, existindo hipóteses de dispensa de inexigibilidade de licitação, conforme será explanado mais adiante.

1.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O artigo 22 da Lei 8.666/93 estabelece cinco modalidades licitatórias, quais sejam concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, sendo estabelecido pelo §8º do referido dispositivo que não pode haver criação de outras modalidades de licitação ou combinações destas¹⁴.

No entanto, importa salientar que as novas criações somente são vedadas para origem no mesmo dispositivo legal, não havendo qualquer proibição para uma eventual lei originar uma nova modalidade de licitação.

Nesse sentido, destacamos que há uma modalidade de licitação que não está prevista na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93) esta que é denominada pregão, que surgiu com a Lei nº 9.472/97, sendo, posteriormente, regida e regulamentada posteriormente pela Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001¹⁵ e pela Lei nº 10.520/2002¹⁶.

Para que possa haver identificação de qual dos procedimentos licitatórios deverá ser utilizado pela Administração Pública em cada contratação pública é necessário que haja a análise das suas características principais para que haja adequação ao caso concreto.

Dessa forma, iremos promover um breve estudo sobre cada modalidade de licitação no intuito de haver mais transparência em qual momento cada uma deve ser utilizada pelo Poder Público.

¹⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 61.

¹⁵ BRASIL, **Medida Provisória** 2.182 de 23 de agosto de 2001. Congresso Nacional. Brasília: 2001.

¹⁶ BRASIL, **Lei 10.520** de 17 de julho de 2002. Congresso Nacional. Brasília: 2002.

1.3.1 CONCORRÊNCIA

A concorrência se identifica por ser uma modalidade genérica, que tem como característica principal a necessidade de ampla divulgação de seu edital e o estabelecimento de prazo para que interessados que atendem as condições impostas em seu instrumento convocatório possam se cadastrar perante a Administração Pública e apresentar suas propostas de acordo com o objeto licitado¹⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸ especifica duas características vinculadas à modalidade Concorrência: publicidade e universalidade. Aquela se identifica pela necessidade estabelecida para a administração pública de realizar a veiculação do edital do procedimento licitatório em jornal de grande circulação no Estado e no Município, se neste houver, bem como no Diário Oficial da União ou no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, dependendo do órgão ou entidade da administração responsável pela licitação realizada.

Di Pietro¹⁹ identificada tal modalidade pela possibilidade de qualquer interessado se habilitar no procedimento licitatório, desde que atenda de forma mínima os requisitos e condições estabelecidos pela administração pública no edital da licitação, apresentando meios que possuem para execução do objeto licitado.

Insta salientar ainda que a Concorrência é uma modalidade utilizada em casos de quantias elevadas, conforme determinação do texto normativo da Lei de Licitações que a modalidade ora analisada, qual seja, concorrência, deve ter objeto licitado através de contratos de obras e serviços de engenharia de valores superiores a R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e para contratos de bens e serviços em valores superiores a R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) - art. 23 da Lei nº 8.666/93²⁰.

1.3.2 TOMADA DE PREÇOS

A tomada de preços se identifica por ser uma modalidade de licitação utilizada em contratação de valor até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de) para a execução de

¹⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 393.

¹⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 449.

¹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 450.

²⁰ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 393.

obras e serviços de engenharia e até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil) para a aquisição de materiais e serviços, conforme determinado no texto normativo da Lei nº 8.666/93, mais especificamente em seu art. 23, inc. I, alínea “b” e inc. II, alínea “b”.

Para a participação no procedimento licitatório tomada de preços é necessário que já sejam cadastrados perante o órgão responsável pela licitação ou, no mínimo, que tenham requerido o cadastramento três dias antes do recebimento das propostas, desde que apresente o cumprimento de todas as condições impostas no edital²¹.

Com essa característica a comissão da licitação na modalidade tomada de preços realizada, deverá agilizar as questões pertinentes à verificação de legalidade na habilitação de cada uma das empresas que demonstrem interesse no procedimento licitatório, se atendo a análise de sua habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômica e cumprimento de demais condições necessárias para a devida execução do objeto licitado.

Importa destacar ainda que outra característica pertinente na modalidade de tomada de preços é a publicidade, que deve seguir os mesmos parâmetros das licitações nas modalidades concorrência, concurso e leilão que, nos termos do artigo 21 da Lei de Licitações, deverá ser publicado no Diário Oficial da União ou do Estado (dependendo do ente que realizar a licitação), bem como em jornal de grande circulação no Estado e no Município em que for realizado o procedimento licitatório.²²

Na tomada de preços ainda há necessidade de haver um prazo de 15 dias entre a publicação do edital e a data para o recebimento das propostas, conforme determinado pelo inciso III do §2º do art. 21 da Lei nº 8.666/93. No entanto, haverá aumento deste prazo para 30 dias nos casos que o objeto licitado deva ser escolhido através de “melhor técnica” ou “técnica e preço”, conforme o artigo 21, inciso II, alínea “b” do referido dispositivo legal.

1.3.3 CONVITE

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 450.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 576.

A modalidade denominada Convite é o procedimento licitatório que possui mais simplicidade na sua instrução, contendo prazos com duração menor, o que torna um certame que possui a característica de celeridade, podendo ser realizado para compras e serviços de menor quantia, devendo ser observados os valores determinados no artigo 23 da Lei nº 8.666/93²³.

Sendo determinado pela Lei de Licitações salientamos que, para a modalidade convite, as obras e serviços de engenharia não podem ultrapassar a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e as compras e demais serviços devem ser limitados ao valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)²⁴.

O convite se diferencia das demais modalidades pelo fato de se tratar de um procedimento licitatório em que a Administração Pública possui a liberdade em convidar, no mínimo, três empresas e/ou profissionais que atuem no ramo referente ao objeto, para que estes apresentem propostas perante o certame, através do instrumento convocatório denominado carta-convite²⁵.

Mesmo que o convite para participar da licitação não seja realizado diretamente para os cadastrados perante a Administração Pública, estes possuem direito de participarem do processo licitatório, desde que demonstrem de forma expressa o seu interesse dentro do prazo de 24 horas antes da entrega dos envelopes²⁶.

1.3.4 CONCURSO

A administração pública deverá utilizar esta modalidade em casos de contratações de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, §4º, Lei nº 8.666/93), tendo como contrapartida um prêmio ou remuneração, sendo utilizada preferencialmente para a contratação de serviço técnico de profissional especializado²⁷.

²³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 64.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 23, I, “a”, II, “a”). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 22, §3º). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

²⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 396.

²⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 398.

Esta modalidade também exige a publicação de seu edital em imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias, conforme determinado pela Lei de Licitações nos artigos 21, §2º, inciso I, alínea “a” e 22, §4º²⁸.

Ressalte-se, que quando a modalidade concurso for escolhida a Administração Pública deverá formar uma comissão especial, onde será composta por “pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame podendo ser servidores públicos ou não, de acordo com o art. 51, §5º”.²⁹

Fernanda Marinela³⁰ faz questão de destacar a importância de entender que no concurso não há preenchimento de qualquer cargo público, o que diferencia a licitação na modalidade concurso e o concurso público, ambos promovidos pelo Poder Público para seleção de profissionais capacitados. Afirma ainda que: “o regulamento deverá indicar: a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios concedidos”.

1.3.5 LEILÃO

A licitação na modalidade leilão é utilizada quando se há o objetivo de alienação de bens móveis inservíveis (sem utilidade) para a administração pública; bens móveis avaliados em valor até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); bens imóveis adquiridos pelo poder público através de processo judicial ou dação em pagamento; e de bens apreendidos ou penhorados³¹.

Acerca da utilização desta modalidade para alienação de bens imóveis advindos de processo judicial, importa salientar que diversos doutrinadores entendem que o legislador cometeu um equívoco ao enumerar aqueles bens como objeto de licitação, uma vez que os bens que tenham a sua penhora determinada pelo Poder Judiciário, caso posteriormente sejam usados para a execução da dívida, são vendidos por hasta pública, não havendo transferência da propriedade para o ente público, somente sendo repassado valores referentes ao imóvel após a sua conversão em produto pecuniário,

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 454.

²⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 105.

³⁰MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 398.

³¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 398.

conforme procedimento determinação pela legislação processualista, podendo haver o leilão de bens penhorados na esfera judicial e não na forma de licitação organizada pela Administração Pública³².

Assim como as outras modalidades, o edital do leilão deve ser devidamente publicado 15 dias corridos antes do evento, havendo divulgação principalmente no município que será realizado, não havendo qualquer procedimento definido pela Lei das Licitações, tendo como único critério o melhor lance proporcionado no decorrer do procedimento licitatório³³.

1.3.6 PREGÃO

É uma modalidade inicialmente prevista de forma específica para as agências reguladoras pela Lei nº 9.472/97, sendo estendida posteriormente para os órgãos e entidades da União nos termos da Medida Provisória nº 2182/01³⁴. O pregão somente foi uma modalidade de licitação prevista legalmente para todos os entes federativos com o advento da Lei nº 10.520/02³⁵.

Pelo fato do pregão ser modalidade em que não é analisado o preço do objeto que está sendo licitado, é necessário que o Poder Público estabeleça o pregão para objetos que não possuem grandes variações de preço no mercado, havendo inviabilidade em eventual comparação de preços que seja necessária. No mesmo sentido, não há como a Administração Pública impor como objeto da modalidade pregão um que não seja encontrado no mercado³⁶.

É uma licitação utilizada em aquisições de bens e serviços comuns (independentemente do valor) através de um procedimento que, em suma, é realizado através de propostas e lances em sessão pública em data pré-determinada e devidamente publicada³⁷.

³² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 113.

³³ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 399.

³⁴ BRASIL. **Medida Provisória 2.182** de 23 de agosto de 2001. Congresso Nacional. Brasília: 2001.

³⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 399.

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 119

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 455.

Este procedimento licitatório não é regra nos casos que possui previsibilidade para ocorrer, uma vez que seu objeto, que não possui limite de valor, em muitas ocasiões, se identifica nas características de outras modalidades licitatórias, possuindo a Administração Pública faculdade na qual será utilizada³⁸.

O procedimento do pregão se difere das outras modalidades principalmente na questão da habilitação dos interessados na licitação, pois estes irão apresentar suas propostas antes que aquela ocorra, somente havendo habilitação daquele que tiver suas propostas aceitas pela Administração Pública, podendo haver modificação das propostas lançadas antes do resultado final³⁹.

Resta ainda salientar que em conformidade com o dispositivo do parágrafo 4º do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93, prevê que “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência”.⁴⁰

Desta forma, a própria legislação prevê a possibilidade de haver substituição de modalidade licitatória nos termos do dispositivo legal supracitado, permitindo que seja executada outra licitação no lugar da que estiver ocorrendo quando aquela for mais rigorosa que esta⁴¹.

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 117.

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 118.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 23). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

⁴¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 390.

2 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO

2.1 PROCEDIMENTOS PARA CONTRATAÇÃO DIRETA

Para que a Administração Pública tenha a possibilidade de realizar as contratações diretas através de dispensa e inexigibilidade, é necessário que seja respeitado todos os ditames legais, uma vez que há procedimentos administrativos estabelecidos em normas vigentes para que não haja qualquer irregularidade em sua realização, que somente é permitida em casos excepcionais e que apresenta fases diferentes dos procedimentos licitatórios que são regulamentados pela Lei das Licitações,⁴² conforme explanado no capítulo anterior.

Para que seja possível realizar a contratação direta, é necessário que sejam atendidas as respectivas fases previstas na lei de licitações⁴³, sendo obrigatório que o objeto licitado seja devidamente caracterizado pela Administração Pública, sob pena de nulidade do ato, conforme previsto no *caput*, do art. 14, vejamos: “nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa”,⁴⁴ bem como, a imprescindível existência de projeto básico nos casos de obras e demais serviços (art. 7º, §2º e §9º da Lei de Licitações).

Para a dispensa e inexigibilidade, importa destacar a obrigação imposta pelo artigo 38 da Lei nº 8.666/93 de ser instaurada uma abertura de processo administrativo (autuado, protocolado e numerado) com a autorização e indicação e indicação do objeto licitado.

Conforme o estabelecido no inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei supracitada, o legislador determina que o processo de dispensa ou inexigibilidade seja instruído pela Administração Pública com a razão da escolha do fornecedor ou executante⁴⁵.

⁴² FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 643.

⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 23, I, “a”, II, “a”). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 14). Congresso Nacional. Brasília: 1993

⁴⁵ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 655

Insta salientar ainda a necessidade de justificativa para a dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório, nos termos do princípio da motivação dos atos administrativos e do texto normativo encontrado no art. 50 da Lei Federal nº 9.784⁴⁶ e do art. 26 da Lei de Licitações, sendo necessário que tais motivações sejam expressas no ato administrativo realizado, sendo imprescindível sua comprovação através de documentos que devem seguir anexadas a justificativa⁴⁷.

Diversos são os entendimentos jurisprudenciais acerca da importância ao atendimento do princípio da motivação no momento em que a Administração Pública se utiliza da contratação direta, sendo passível de nulidade as dispensas ou inexigibilidades de licitação que não respeitarem esta necessidade de justificativa.

Desta forma, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em julgamento do Mandado de Segurança nº 3138501⁴⁸ o relator Ricardo de Oliveira Paes Barreto, depreendeu que ainda que ocorra a motivação do ato administrativo, mas realizado de forma genérica também será considerada nula, do mesmo modo que, a ausência da respectiva justificação associada com a falta de presunção legal, macularia o ato praticado pelo agente público, tornando-o integralmente ineficaz.

No entanto, ainda acerca da necessidade de justificativa há doutrinadores que afirmam a Administração Pública fica desobrigada a justificar a escolha do contratado caso seja elencado no procedimento licitatório todos os preços estabelecidos pelos licitantes e o menor preço tenha sido o da empresa licitada⁴⁹.

Após o atendimento dos requisitos supramencionados, à autoridade superior deverá ser comunicada, para realizar as devidas ratificações, caso necessário, e conseqüentemente prosseguir com sua devida publicação na imprensa oficial como condição para à eficácia dos atos (art. 26)⁵⁰.

⁴⁶BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Congresso Nacional: Brasília, 1999.

⁴⁷FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 654.

⁴⁸PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco. **MS 3138501**. Grupo de Câmaras de Direito Público. Rel. Ricardo de Oliveira Paes Barreto. Julgado em 10 de dezembro de 2013. Recife/PE: 18 de dezembro de 2013.

⁴⁹FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 657.

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 26). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

Já com relação à execução do contrato, insta salientar que este deve ser acompanhado e fiscalizado por um representante nomeado pela Administração Pública (art. 67 e parágrafos) e, após a sua devida execução, nos termos dos artigos 73 e 15, §8º, o objeto deverá ser recebido pelo ente público e este deverá realizar o pagamento nos termos estabelecidos pelo art. 40, inciso XIV, alínea “a”⁵¹.

Sendo assim, em suma, destacamos que para que haja a contratação direta é essencial que o caso concreto apresente alguns elementos, devendo, principalmente, ser possível a escolha do fornecedor e do preço contratado, bem como que seja realizada a comunicação à autoridade superior, a ratificação da dispensa ou inexigibilidade e a publicação da decisão, para que, dessa forma, haja integral respeito às normas da Lei de Licitações e a consequente validade dos atos realizados na dispensa e inexigibilidade⁵².

2.2 CONJECTURAS AO DEVER DE LICITAR

A regra geral determinada pela legislação vigente é a de que as contratações efetivadas pela Administração Pública devem, obrigatoriamente, ser realizada através de procedimento licitatório, havendo possibilidade de contratação direta somente em casos especificamente delimitados em legislação⁵³.

No entanto, é fato que nem sempre a realização de licitação torna-se a opção mais vantajosa para ente público. Sendo assim, prevendo tais situações, a própria Carta Magna e a Lei Federal 8.666/93⁵⁴ delimitaram situações que a Administração Pública se encontra com a liberdade de contratar sem a prévia licitação, ressaltando a necessidade de o caso concreto estar expressamente permitido de maneira prévia na legislação.

⁵¹ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 645.

⁵²FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 646.

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (art. 37, inciso XXI), de 05 de outubro de 1988. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: 1988.

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art. 24 e 25). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵ cita os ensinamentos da saudosa Lúcia Valle Figueiredo, então Desembargadora Federal do TRF 3ª Região, “se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidade peculiares, lícito é, à administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos”.

Desta forma, “a contratação direta não representa desobediência aos princípios constitucionais”⁵⁶, sendo, tais procedimentos conjecturados com o escopo de que seja preservada a licitude e legalidade nas contratações, bem como, que haja o mantimento da eficácia na prestação de serviços.

Acerca dessa possibilidade de contratação direta, a Lei nº 8.666/93 especificou em seu texto normativo algumas possibilidades em que a Administração Pública está desobrigada à realização de licitação, podendo se utilizar dos procedimentos de dispensa (art. 24) ou inexigibilidade (art. 25).

Em todas as hipóteses de dispensa estabelecidas no artigo 24 da Lei supracitada há a possibilidade de serem realizadas por meio de processo licitatório, ocorre que a intenção do legislador para dar a opção do ente público realizar a contratação direta tem relação com a viabilidade da execução de licitação. Sendo a licitação inconveniente ao interesse público, a dispensa é uma forma de preservar o bem comum.⁵⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁸ também afirma que os casos estabelecidos para dispensa de licitação possuem competição que justificam a realização do procedimento, no entanto, a legislação convoca a discricionariedade da administração pública para que esta analise a viabilidade da execução da licitação em determinado caso concreto.

Diferentemente da dispensa, que ocorre em casos que haveria condições das contratações serem realizadas através de licitação, a inexigibilidade estabelecida no art. 25 da Lei nº 8.666/93⁵⁹ tem relação com casos de impossibilidade de competição, ou

⁵⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 570.

⁵⁶MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.p. 373

⁵⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso deDireito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.p. 529

⁵⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 429.

⁵⁹BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art.25). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

seja, em casos há ausência dos pressupostos lógicos que justificam a realização do procedimento licitatório.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ entende que os casos de inexigibilidade de procedimento licitatório ocorrem em duas hipóteses, a primeira se identificando por ausência de possibilidade de existência de mais de um objeto que atendam as condições estabelecidas pelo ente público, somente havendo um fornecedor que possa ser contratado para o oferecimento do objeto pretendido.

A segunda hipótese explanada pelo referido doutrinador é de quando, mesmo que existam vários objetos que atendam as necessidades da administração, somente há um único ofertante, não havendo possibilidade de concorrência de fornecedores e, conseqüentemente, possibilidade de licitação⁶¹.

Desta forma, a viabilidade da competição para o procedimento licitatório demanda pluralidade de objetos, por conseguinte, não será possível uma competição se o bem for singular, além disso, não se licita coisas desiguais. Os bens apresentados em uma licitação devem ser homogêneos, alternadamente usados para o mesmo propósito, assegurando o mesmo resultado e proporcionalidade, sendo igual o raciocínio aplicado aos ofertantes.

Por fim, pode-se concluir que no momento em que se for identificada a ausência do “pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput”⁶².

2.3 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO MEDIANTE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO PROFISSIONAL

Para que haja viabilidade, na contratação direta de profissionais visivelmente especializados através do procedimento de inexigibilidade, é necessário que, além de ser caso que se enquadre nas hipóteses previstas no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, o

⁶⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 557

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 557.

⁶²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 567

contratado esteja inserido em uma das condições previstas do art. 13 do mesmo dispositivo legal⁶³.

A característica primordial para que haja inexigibilidade de licitação em contratação de profissional especializado é a necessidade de que o contratado seja prestador de serviços com notória especialização, a ponto de possuir singularidade em suas funções, sendo vedada a contratação de empresas de publicidade e divulgação por inexigibilidade⁶⁴.

Desta forma, orienta Súmula nº 252/10 do Tribunal de Contas da União⁶⁵:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: **serviço técnico especializado**, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, **natureza singular do serviço e notória especialização do contratado**.

Sendo assim, destaca-se a necessidade do cumprimento de três requisitos para a permissão da realização da inexigibilidade de licitação, quais sejam, a) serviço técnico especializado; b) serviço singular; c) e especialização do contratado; conforme estabelecido pelo artigo 13 da Lei de Licitações⁶⁶.

Em concordância com o supramencionado decidiu o Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 942.412/SP⁶⁷, vejamos:

(...) **Contudo, a inexigibilidade da licitação**, nos termos do art. 25,II da Lei 8.666/1993, **pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado. 4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior** de a) permitir concordância entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, como isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (...) (Resp. 942.412/SP, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Julgamento: 28.10.2008, DJ: 09.03.2009).

⁶³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art.13). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 443.

⁶⁵BRASIL. **Súmula nº 252**, de 31 de março de 2010. Tribunal de Contas da União: 2010.

⁶⁶ BRASIL. **Súmula nº 252**, de 31 de março de 2010. Tribunal de Contas da União: 2010

⁶⁷BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**.Recurso Especial 942.412/SP. 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 28 de outubro de 2008. DJ. Brasília/DF: 09 de março de 2009.

Os serviços singulares podem ser identificados como sendo os possuidores de características que não são encontradas em outros objetos, sendo um trabalho definido por uma marca pessoal e com características científicas, técnicas ou artísticas indispensáveis para a execução do objeto pretendido pela Administração Pública, não sendo, necessariamente, serviço único, mas apenas, singular⁶⁸.

Sendo assim, com a simples análise dos incisos do art. 13 da Lei nº 8.666/93 denota-se que estes são meramente exemplificativos, deixando o legislador margem para a Administração Pública utilizar a inexigibilidade de licitação em diversas hipóteses que se adequem aos requisitos necessários para a inexigibilidade de licitação⁶⁹.

O procedimento para que o Ente Público realize a dispensa ou inexigibilidade é estabelecido no art. 26 da Lei 8.666/93⁷⁰, que estabelece a necessidade de comunicação à autoridade superior dentro do prazo de 3 (três) dias para que posteriormente seja realizada a ratificação, se necessário, e por seguinte sua devida publicação em imprensa oficial num prazo máximo de 5 (cinco) dias, sendo tais procedimentos essenciais para que o ato torne-se eficaz.

A referida comunicação deve ser devidamente fundamentada, havendo as motivações que levaram a Administração Pública efetuar a contratação direta, além da necessidade de constar a escolha do contratado, bem como, a justificação do valor do contrato, sendo a referida comunicação parte do processo de contratação direta e sendo permitido à autoridade superior o acesso a todos os atos realizados no processo⁷¹.

A ratificação estabelecida no artigo 26 da Lei das Eleições não é obrigatória, sendo tal procedimento condicionado à averiguação do processo, pois deverá a autoridade superior, após o recebimento dos autos, verificar se há ou não o preenchimento de todas as formalidades estabelecidas na legislação vigente, atraindo

⁶⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 377.

⁶⁹ OLIVEIRA, José Carlos de. **Licitação: Inexigibilidade de licitação e serviços técnicos e especializados**. p. 6. Disponível em http://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65935/2/a2_m03_s12_l15Print.pdf. Acesso em 31 de outubro de 2016.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art.26). Congresso Nacional. Brasília: 1993

⁷¹ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 674

para si a responsabilidade solidária caso haja ratificação da contratação, respondendo solidariamente pelos prejuízos que desta se originar⁷².

No momento da análise para ratificação da contratação direta a autoridade superior poderá reconhecer que o processo licitatório atendeu a todos os pressupostos e proporcionar a ratificação, havendo conseqüentemente (no prazo de 05 dias) a devida publicação em imprensa oficial da contratação efetuada⁷³.

Poderá ainda, constatando que não fora preenchido todas as formalidades determinadas em legislação vigente, não proporcionar a ratificação e excluir os atos praticados de forma irregular pelos órgãos inferiores, tendo a possibilidade de averiguar a responsabilidade do agente público na elaboração do procedimento licitatório⁷⁴.

Caso a autoridade superior entenda que há necessidade de complementação do procedimento licitatório, devido algum ato pendente ser indispensável para a regularidade integral da licitação, poderá aquela devolver os autos para o órgão público responsável para que este apresente esclarecimentos ou sane as lacunas encontradas⁷⁵.

Frise-se que, mesmo com a ratificação da autoridade superior, os atos da dispensa do processo licitatório somente serão eficazes após a respectiva publicação, cujo prazo são de 5 (cinco) dias, conforme preconiza o dispositivo do art. 26, caput, Lei Federal 8.666/93 em conjunto com o princípio da publicidade⁷⁶.

É obrigatório que a referida publicação seja efetivada através de publicação em imprensa oficial, não sendo suficiente a publicação realizada em boletins de órgão ou quadro de avisos, não surtindo efeitos os instrumentos contratuais que advindos de

⁷² FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 674.

⁷³ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 675.

⁷⁴ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 676.

⁷⁵ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 676.

⁷⁶ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 676.

processo licitatório de dispensa ou inexigibilidade que não tenha sido publicado na forma dos ditames legais⁷⁷.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

3.1 DA DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR PÚBLICO NO ATO DA CONTRATAÇÃO DO ADVOGADO

Inicialmente é mister saber que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, são situações distintas, pois, quando o agente público realiza ato administrativo de maneira arbitrária, estará conduzindo todo o procedimento de maneira que lhe convém, violando, assim, diversas normas jurídicas, acarretando a nulidade de todos os atos praticados com o manto da ilegalidade⁷⁸.

Na discricionariedade, o administrador público poderá se utilizar de sua subjetividade, no entanto, é necessário que atue dentro das normas legais vigentes, havendo uma “liberdade dentro da lei”, conforme conceituado pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁹.

Mais especificamente quanto a perspectiva da contratação do advogado pela Administração Pública, verifica-se que não há nenhuma justificativa que possibilite a contratação direta de serviços advocatícios especializados, sempre havendo a necessidade de análise do caso concreto para análise da necessidade ou não da referida contratação⁸⁰.

Antes de ocorrer o efetivo ato contratual o Administrador Público deverá observar se o trabalho a ser desempenhado pelo profissional conterà complexidade ou não, bem como, o dever de atender todos os outros requisitos legais, afim de que haja êxito na contratação direta.

⁷⁷ FERNANDES, José Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 677.

⁷⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 441.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 441

⁸⁰DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de Serviços de Advocacia pela Administração Pública**. Revista Interesse Público: Editora Fórum. Nº 02, p. 116. Belo Horizonte. Disponível em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/73.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

A legislação brasileira prevê que em determinadas situações o agente público poderá se utilizar de sua subjetividade no ato da contratação, desde que haja a autorização da legislação vigente, que deixa margem para a discricionariedade de acordo com o caso concreto⁸¹.

Logo, o administrador público goza da prerrogativa de escolher qual o melhor profissional para a prestação do serviço, se utilizando de sua subjetividade associada à sua confiabilidade depositada no técnico-especialista mais apto a solucionar de maneira mais favorável o problema enfrentado pelo ente público⁸².

Todavia, o administrador público deverá justificar o motivo da aplicação de sua discricionariedade no ato da contratação. No caso da contratação do advogado notoriamente especializado, o agente público se utilizará de seu conceito de valor associado ao interesse público, juntamente com a respectiva apreciação do currículo do profissional ao qual possui tal singularidade profissional⁸³.

Em julgamento de Apelação Cível nº 275206⁸⁴, o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá através do Desembargador Carmo Antônio, expressou entendimento de que não há o que se falar na impossibilidade em caso de firmamento de ato contratual direto com escritório de advocacia, desde que o contratado atenda aos requisitos estabelecidos pelo art. 13 da lei 8.666/93, cuja escolha estará respectivamente adstrita à discricionariedade do administrador público, conforme segue ementa do julgado supracitado, vejamos:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **CONTRATAÇÃO DIRETA PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO.** IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NULIDADE. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO 1) **Os serviços descritos no art. 13 da Lei n.º 8.666/93, podem ser objeto de contratação direta, desde que de natureza singular e prestados por profissional ou empresa**

⁸¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 255.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 244.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 259.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Apelação Cível 275206**. Câmara Única. Rel. Desembargador Carmo Antonio. Julgado em 05 de dezembro de 2006. Publicado no Diário Oficial Eletrônico nº 3945. Amapá: 12 de fevereiro de 2007, p. 21. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3702735/apelacao-civel-ac-275206>. Acesso em 07 de novembro de 2016

notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2) A improbidade administrativa somente se materializa nos casos em que restar invencivelmente caracterizada a má-fé, a imoralidade e a lesão ao erário, exigindo-se para a condenação ao ressarcimento a prova do efetivo prejuízo. 3) Se dirigente e instituição reclamam entre si para tornar efetiva a vontade estatal, a atuação do profissional contratado para defender um ou outro não malferirá os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade. 4) Ainda que a relação contratual entre o órgão estatal e o particular padeça de nulidade, tal fato, por si só, não obriga a devolução do que foi recebido pelo serviço efetivamente prestado, porquanto aquele não pode se locupletar da atividade deste sem a devida retribuição pecuniária. 5) Recurso parcialmente provido. (TJ-AP - AC: 275206 AP, Relator: Desembargador CARMO ANTÔNIO, Data de Julgamento: 05/12/2006, Câmara Única, Data de Publicação: DOE 3945, página (s) 24 de 12/02/2007)85 (grifo nosso).

Ainda que haja divergência entre a vontade do administrador público e da Instituição a atuação do advogado não estará colidindo com os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade e, ainda que houvesse nulidade na contratação do profissional, o mesmo não estaria obrigado a devolver o que foi recebido pelo serviço prestado, sendo de antemão protegido o direito da subjetividade do agente público no ato do contrato⁸⁶.

Corroborando com o julgado supracitado, o Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 228759⁸⁷, o Relator Ministro Jorge Mussi, entendeu que a inviabilidade de licitar não se restringe apenas na prestação do serviço jurídico especializado, mas também no grau de confiança que a Administração Pública deposita no assessor jurídico, ou seja, o agente público precisa confiar não só nas habilidades

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Amapá. **Apelação Cível 275206**. Câmara Única. Rel. Desembargador Carmo Antonio. Julgado em 05 de dezembro de 2006. Publicado no Diário Oficial Eletrônico nº 3945. Amapá: 12 de fevereiro de 2007, p. 21. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3702735/apelacao-civel-ac-275206>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 228759 SC 2011/0304958-7**. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 24 de abril de 2012. Brasília: 07 de maio de 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668474/habeas-corpus-hc-228759-sc-2011-0304958-7-stj>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 228759 SC 2011/0304958-7**. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 24 de abril de 2012. Brasília: 07 de maio de 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668474/habeas-corpus-hc-228759-sc-2011-0304958-7-stj>. Acesso em 07 de novembro de 2016

técnicas, mas também no caráter pessoal do advogado, afim de que o ente público não venha sofrer nenhum dano futuro.

Por fim, revalidando tudo o que foi tratado, é possível afirmar que há possibilidade de contratar assessoria jurídica pelo Ente Público com base na confiança que o administrador público possui no advogado associada aos demais requisitos legais para que tal contratação torne-se eficaz, pois a discricionariedade possuída pelos representantes da Administração Pública se desenvolve dentro dos limites legais, uma vez que o ordenamento jurídico irá prever todas as possibilidades em que o poder discricionário poderá ser utilizado⁸⁸.

3.2 DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA COM RELAÇÃO A SINGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA

Serviços singulares são todos aqueles que são revestidos de aptidões *sui generis*, ou seja, se identificam por serem serviços desenvolvidos por profissionais especializados possuidores de peculiaridades técnicas⁸⁹.

Os serviços singulares estabelecidos pela Lei 8.666/73 estão determinados nos artigos 13 e 25 do referido dispositivo legal, sendo somente os profissionais delimitados nos referidos dispositivos que estarão aptos a solucionar o caso concreto de maneira efetiva, de modo que inviabilizará a competição entre os demais técnicos⁹⁰.

Resta salientar, que a singularidade está diretamente ligada ao objeto do contrato e não ao profissional que irá desempenhar tal função, ou seja, o que determinará a singularidade dos profissionais será a respectiva necessidade enfrentada pelo ente público em determinada situação, havendo previsão das condições no instrumento contratual, sendo considerada a necessidade de uma maior eficiência na prestação do serviço ao ente público⁹¹.

⁸⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 247.

⁸⁹ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 558.

⁹⁰ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 600.

⁹¹ FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 601.

Por outro modo, é mister saber que ainda que o profissional possua notória especialização em determinada área técnica, a disputa licitatória não ficará inviabilizada, a menos que tal especialização seja substancial para a execução de determinada função em que o ente público esteja carecendo, da mesma maneira em que a irrefutável especialização do profissional deverá estar vinculada à singularidade prevista no instrumento contratual⁹².

Na hipótese da contratação de assessoria jurídica pelo ente público, pode-se afirmar que tal prestação esteja prevista no inciso V, art. 13 da Lei 8.666/93⁹³, onde estabelece que as defesas de causas judiciais ou administrativas deverão ser realizadas por profissionais especializados para o desempenho de determinada função/área.

Neste mesmo sentido, conforme já explanado no item anterior os Tribunais vêm considerando a plausibilidade da contratação direta de advogado quando o profissional possuir notória especialização conjuntamente à confiança do administrador público.

O próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Inquérito nº 3077-AL⁹⁴, sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli, posicionou-se pela não existência de ilegalidade na contratação direta da assessoria jurídica, pois, constatou-se que o referido serviço se identifica como singular em conjunto com a notória especialização jurídica e a confiança do administrador público, vejamos:

EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a **inexigibilidade de procedimento licitatório para**

⁹² FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 603.

⁹³ BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993 (art.13, V). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Civil 3077 AL**. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 29 de março de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 188. Brasília/DF: 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869959/inquerito-inq-3077-al-stf>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. **O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico.** 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput). (STF - Inq: 3077 AL, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012)⁹⁵(grifo nosso)

Corroborando com o entendimento jurisprudencial supracitado, o Ministro Roberto Barroso ao julgar o Inquérito 3074-SC⁹⁶ rejeitou a denúncia proferida em face do município, sob a justificativa que o preenchimento dos requisitos legais associados à notória especialização jurídica do advogado contratado pelo ente público, deverá ser tido como singular o serviço.

O Superior Tribunal de Justiça também vem tendo o mesmo posicionamento, quanto à possibilidade da contratação direta de assessorias jurídicas que possuem notória singularidade. No presente caso, o Ministério Público Federal interpôs um agravo regimental sob o nº 361.166/SE⁹⁷, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no entanto, foi negado o seguimento ao recurso especial, devido a vedação prevista na

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Civil 3077 AL**. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 29 de março de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 188. Brasília/DF: 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869959/inquerito-inq-3077-al-stf>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Civil 3074 SC**. 1ª Turma. Rel. Ministro Roberto Barroso. Julgado em 26 de agosto de 2014. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 193. Brasília/DF: 02 de outubro de 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286552/inquerito-inq-3074-sc-stf>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

⁹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 361.166 SE**. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 17 de outubro de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico. Brasília/DF: 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24513363/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-361166-se-2013-0191125-5-stj/inteiro-teor-24513364>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

Súmula STJ nº 7⁹⁸ e, conseqüentemente, manteve o que já tinha sido anteriormente decidido no Recurso Especial.

De acordo com o exposto na decisão agravada supracitada, discutia-se nos autos uma contratação direta de escritório de advocacia realizada pelo Município de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, fundamentada no art. 25 da lei de licitações.

Conforme se depreende o artigo supramencionado, a devida contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a enfatizar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado, desta forma, tornando-se inviável a competição entre outros profissionais.

Ressalta-se, que a notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela que dar caráter absolutamente extraordinário e incontestável. Assim, ao apreciar os autos, o Superior Tribunal de Justiça atestou de origem a notória especialização do escritório de advocacia dentro daquela municipalidade e a singularidade do serviço a ser prestado.

Desta forma, ao analisar o processo a egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal de Justiça, por unanimidade negou o provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Ministro/Relator Herman Benjamin. Tendo o Ministro se posicionado pela possibilidade da contratação direta foi mantido uma vez que todos os requisitos legais foram atendidos⁹⁹.

Na mesma vertente, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco ao julgar a apelação interposta pelo Ministério Público Estadual sob nº 0311034-9¹⁰⁰, a Segunda Câmara de Direito Público desta Corte, por unanimidade entendeu que não caberia um reexame à sentença onde não reconheceu ato de improbidade na contratação direta de

⁹⁸ BRASIL. **Súmula nº 7**, de 03 de julho de 1990. Superior Tribunal de Justiça: 1990.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 361.166 SE**. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 17 de outubro de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico. Brasília/DF: 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24513363/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-361166-se-2013-0191125-5-stj/inteiro-teor-24513364>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação 3110349 PE**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Francisco José dos Anjos. Julgado em 01 de outubro de 2015. Recife/PE: 14 de outubro de 2015. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243153575/apelacao-apl-3110349-pe>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

assessoria jurídica, frente à sua notória especialização e singularidade, bem como, a não constatação de enriquecimento ilícito, ausência de dano ao erário e conseqüentemente o não afrontamento aos princípios que norteiam a Administração Pública.

O Desembargador Relator Francisco José dos Anjos entendeu que a mencionada contratação encontra respaldo legal nos artigos 13, V e 25, II da Lei Federal nº 8.666/93, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO MEDIANTE PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. APELO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. De proêmio, reafirmou-se o entendimento no sentido do descabimento do reexame necessário em face de sentença de improcedência proferida em sede de ação por ato de improbidade administrativa. 2. No plano de fundo, tem-se que o Ministério Público Estadual atribui aos demandados a prática de condutas supostamente ímprobas, decorrentes da contratação do escritório Washington Amorim Advocacia S/C, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, muito embora não tenham sido demonstrados os requisitos legais para tanto, isto a atrair a incidência da Lei Federal nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA). 3. Sucede que, na espécie, não há que se cogitar de improbidade administrativa, em nenhuma das três grandes vertentes estabelecidas na LIA, seja porque **não houve enriquecimento ilícito dos agentes envolvidos, seja porque incorrente o propalado prejuízo ao erário, seja, enfim, porque não foram afrontados os princípios regentes da administração pública. 4. Com efeito, a contratação em comento encontra respaldo em expressa previsão legal (arts. 13, V, e 25, II, da Lei de Licitações) e destina-se ao patrocínio de causa judicial com objeto singular, a ser desempenhado exclusivamente pelo advogado contratado (posto que vedada a subcontratação, isto a revelar a confiança *intuitu personae* nele depositada), que goza de notória especialização, ante a demonstração de experiências positivas junto a outros Municípios. 5. Apelo desprovido, à unanimidade dos votos. (TJ-PE - APL: 3110349 PE, Relator: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Data de Julgamento: 01/10/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/10/2015)¹⁰¹**

No julgado supracitado, o Relator constatou a plausibilidade da contratação direta do escritório de advocacia, mediante comprovação de sua notória singularidade de serviços técnicos especializados prestados também em outros municípios, sendo

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação 3110349 PE**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Francisco José dos Anjos. Julgado em 01 de outubro de 2015. Recife/PE: 14 de outubro de 2015. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243153575/apelacao-apl-3110349-pe>. Acesso em 09 de novembro de 2016

vedada a subcontratação de assessoria jurídica frente à credibilidade *intuitu personae* que lhe foi depositada.¹⁰²

Por todo o exposto, constata-se que os três graus de jurisdição vêm, reconhecendo e acatando a possibilidade da contratação direta de assessorias jurídicas pelo ente público, tendo como grande relevância o *intuitu personae*, juntamente à habilidade técnica e singularidade que o profissional possui, devendo sempre atender os requisitos estabelecidos pelas normas legais.

3.3 DA POSSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Mesmo com um vasto rol de posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à contratação direta pela Administração Pública de assessorias jurídicas notoriamente especializadas, havendo diversas fundamentações baseadas nos artigos 13, V e 25, II da lei de licitações, são muitas as ações de improbidade administrativa que são impetradas no judiciário com a matéria de ilegalidade nos contratos realizados com o objeto de serviços advocatícios através de contratação direta, sendo, por muitas vezes, o Ministério Público autor da ação.

É mister ressaltar, que o próprio Tribunal de Contas da União, através da Súmula 264/2011¹⁰³, reconheceu a plausibilidade da contratação direta de assessorias jurídicas, pelo Ente Público, desde que os serviços possuam notória singularidade, vejamos:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993¹⁰⁴.

Salientamos ainda que o administrador público poderá se utilizar de sua prerrogativa da discricionariedade no momento da contratação desde que seja mensurada simultaneamente aos critérios objetivos estabelecidos pela lei de licitações.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação 3110349 PE**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Francisco José dos Anjos. Julgado em 01 de outubro de 2015. Recife/PE: 14 de outubro de 2015. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243153575/apelacao-apl-3110349-pe>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁰³ BRASIL. **Súmula nº 264**, de 03 junho de 2011. Tribunal de Contas da União: 2011.

¹⁰⁴ BRASIL. **Súmula nº 264**, de 03 junho de 2011. Tribunal de Contas da União: 2011.

Neste mesmo sentido é o entendimento do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Castro Meira que ao julgar a Resp 726.175/S afirmou: “[...] A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei 8.666/93, artigos 25, II e 13, V [...]”¹⁰⁵.

Ressalte-se que o art. 2º, parágrafo 1º, Lei Federal 8.906/94 estabelece a importância que o advogado tem para a administração da justiça e sua significativa função social na prestação de serviço público. Todavia, o que pode-se notar é que a própria legislação vem sendo alvo de diversos entendimentos jurisprudenciais em diferentes comarcas de todo o país, muitas vezes até condenando os próprios advogados por cometimento de ato de improbidade¹⁰⁶.

Malgrado, não há de se falar em ato de improbidade administrativa na contratação direta de advogados, quando preenchidos os requisitos estabelecidos em lei. Ponto relevante, é que o próprio estatuto da advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu art. 5º, preconiza que “O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”¹⁰⁷, bem como, prevê o art. 34 quanto a vedação de “captar de causas, com ou sem a intervenção de terceiros”¹⁰⁸.

Desta feita, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, não se confunde com qualquer forma de disputa pecuniária que possa desencadear afrontamento ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista, que muitas vezes o requisito utilizado pela Administração Pública é marcado pelo menor preço.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 726175 SP**. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Brasília/DF: 15 de março de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18663703/recurso-especial-resp-726175-sp-2005-0025984-8/relatorio-e-voto-18663705>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁰⁷ BRASIL. Ordem Brasileira dos Advogados. **Código de Ética e Disciplina**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994 (art.34). Congresso Nacional. Brasília: 1993.

Ainda, reforçando a ideia de incompatibilização entre a atividade advocatícia no âmbito da contratação direta e possível forma de disputa mercantil, a Ordem dos Advogados do Brasil sumulou entendimento¹⁰⁹, preceituando que:

Súmula N. 04/2012. “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 legal.

Diante das divergências jurisprudenciais, a Ordem dos Advogados do Brasil impetrou no Supremo Tribunal Federal Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 45) visando o reconhecimento de constitucionalidade dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/93, e a consequente possibilidade de contratação direta dos serviços advocatícios notoriamente especializados, em casos que requeiram maior conhecimento técnico, devido à complexidade do caso concreto.¹¹⁰

Na ação, a Ordem dos Advogados do Brasil ressalta que a dispensa de licitação se faz necessária para a contratação de assessor jurídico pela Administração Pública, tendo em vista que a confiança deve pautar o relacionamento entre cliente e advogado. Ainda, caso haja vários especialistas aptos a prestarem o serviço, deve o Ente Público se valer da subjetividade, pois além da especificidade técnica, há outras características marcadas por experiências de cunho particular.¹¹¹

Em sentido convergente, a Advocacia Geral da União, instruiu a ação, com parecer favorável a dispensa de licitação nos casos já referidos, corroborando e

¹⁰⁹ BRASIL. **Súmula nº 04**, de 23 outubro de 2012. Ordem dos Advogados do Brasil: 2012.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s_eqobjetoincidente=5030897. Acesso em 09 de novembro de 2016.

reforçando a tese encampada pela Ordem dos Advogados do Brasil na Ação Declaratória de Constitucionalidade 45, nos seguintes termos:¹¹²

São efetivamente constitucionais as disposições contidas nos arts. 13, inciso V, e 25, inciso 11, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Isso, no entanto, não pode implicar, como quer o Conselho Federal requerente, o reconhecimento de que o único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública é a inexigibilidade de licitação; ou, em outros termos, de que todos os serviços advocatícios são, na essência, singulares¹¹³

Contudo, constata-se que após o preenchimento dos requisitos legais e atendidos no caso concreto a especialidade técnica do advogado e a complexidade do caso, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado se mostra totalmente compatível com os ditames legais, pois vale salientar que está em jogo o próprio interesse público, interesse este que deve nortear as relações sejam entre entidades públicas ou privadas, sob a égide dos princípios administrativos constitucionais¹¹⁴.

Não obstante, é de se destacar a relevância do *intuito personae*, no que tange a confiabilidade do administrador público depositado no assessor jurídico, sendo este tão importante quanto os demais preceitos legais¹¹⁵.

Por todo o exposto, conclui-se que a contratação direta para serviços advocatícios pelo ente estatal atende não só aos ditames jurídicos, como também ao melhor interesse público, uma vez que tal contratação é pautada pela singularidade do caso, notória especialização técnica, associada a prerrogativa da discricionariedade, fomentada pela confiança entre contratante e contratado.

¹¹² BRASIL. Despacho do Consultor Geral da União. **Advocacia Geral da União**, Brasília/DF, 27 de setembro de 2016. Disponível <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161004-01.pdf> Acesso: 09 de novembro de 2016.

¹¹³ BRASIL. Despacho do Consultor Geral da União. **Advocacia Geral da União**, Brasília/DF, 27 de setembro de 2016. Disponível <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161004-01.pdf> Acesso: 09 de novembro de 2016.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por finalidade discutir a possibilidade da admissão de assessorias jurídicas devidamente especializadas pelo Ente Público por meio do procedimento de inexigibilidade de licitação, bem como foi enunciado todos os pressupostos da licitação associada à procedimentalização legal sendo tais requisitos necessários para que a contratação torne-se possível e eficaz. Trazendo o conceito de licitação, suas modalidades, as previsões legais em que o processo licitatório será inexigível da mesma maneira que também foram tratadas as situações em que a Administração Pública deverá licitar.

No trabalho viu-se que a Lei de Licitações 8.666/93, é bem pragmática em relação à importância e necessidade ao atendimento dos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), do mesmo modo o dever de cumprir com os princípios constitucionais, afim de que haja uma isonomia entre os concorrentes.

Foi possível constatar que o edital é a lei interna da licitação, ou seja, a Administração Pública terá a ampla liberdade em determinar as regras desde que respeitados todas as previsões legais e uma vez o edital publicado não poderá ser desrespeitado, além disso, foi apontado que são previstas apenas 05 (cinco) modalidades de licitar no dispositivo legal supramencionado, sendo vedada a criação de outras categorias de licitação, diante de tal vedação se faz necessário a criação de uma nova lei para que seja criada uma nova modalidade, como foi o caso do Pregão que foi criado pelo dispositivo legal da Lei Federal 9.472/97.

O estudo também identificou todos os entes federativos que são obrigatórios a realizarem os procedimentos licitatórios (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas de maneira direta ou indireta pelo poder público).

Diante de tudo o que foi apurado foram observadas as previsões legais em que todo o procedimento licitatório torna-se indispensável, conforme estabelecidos pela própria Carta Magna, Lei de Licitações 8.666/93, tal como, os entendimentos jurisprudenciais, doutrinários acerca do assunto.

No entanto, o que mais se discute é se tal prestação de serviço jurídico de fato é singular a ponto de não passar pelo procedimento licitatório e até onde o agente público poderá se utilizar de sua discricionariedade no ato da contratação.

No presente trabalho foram abordados posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, onde preveem em inúmeras vezes o “poder” discricionário do agente público, podendo utilizar-se de sua subjetividade nas decisões em que envolvem a administração pública, tendo um limite estabelecido em tal prerrogativa, ressalte-se, que o próprio Estatuto da Ordem dos Advogado do Brasil veda em qualquer hipótese a mercantilização/publicidade e concorrência entre os advogados.

Salienta-se, que o próprio Tribunal de Contas da União através da súmula 264 posicionou-se quanto à possibilidade da contratação direta de assessorias jurídicas pelo ente público, no entanto, mesmo com previsões legais, vastos são os posicionamentos jurisprudenciais relativos à plausibilidade ou não da contratação direta de advogados notoriamente especializadas.

O que se pode notar, é que na maior parte das vezes os juízes *a quotem* o entendimento acerca da impossibilidade da admissão dos advogados por meio da inexigibilidade, no entanto, quando tais processos chegam nos Tribunais Estaduais (2º grau), Superior Tribunal de Justiça e até mesmo no Supremo Tribunal Federal os posicionamentos estão sendo pela possibilidade da contratação direta por inexigibilidade, desde que estejam em conformidades com as disposições legais.

Diante de tais discussões e desentendimentos jurisprudenciais a Ordem dos Advogados do Brasil impetrou no Supremo Tribunal de Justiça a Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, que ainda está tramitando na Suprema Corte e sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, tal ação requer que seja reconhecida a constitucionalidade dos artigos 13, V e 25, II e conseqüentemente a normatização da plausibilidade da contratação direta de advogados por inexigibilidade pelos entes públicos, sendo tal Ação fundamentada na técnica e singularidade associada aos serviços prestados, bem como, ao poder discricionário do administrador público no ato da contratação.

Não obstante a resistência de alguns doutrinadores para o reconhecimento da possibilidade da contratação de assessoria jurídica por meio de inexigibilidade, deve

haver o reconhecimento de situação devido a necessidade de regulamentação da legislação com base em diversas manifestações jurisprudenciais a favor, com o essencial intuito de haver uma maior eficiência no momento da prestação dos serviços advocatícios, que será escolhido pela Administração Pública com os respectivos cumprimentos dos requisitos da notória especialização e singularidade do serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: 1988.

_____. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Congresso Nacional. Brasília: 1994.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Congresso Nacional. Brasília: 1993.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Congresso Nacional: Brasília, 1999.

_____. **Lei 10.520** de 17 de julho de 2002. Congresso Nacional. Brasília: 2002.

_____. **Medida Provisória 2.182** de 23 de agosto de 2001. Congresso Nacional. Brasília: 2001.

_____. **Súmula nº 04**, de 23 de outubro de 2012. Ordem dos Advogados do Brasil: 2012.

_____. **Súmula nº 252**, de 31 de março de 2010. Tribunal de Contas da União: 2010.

_____. **Súmula nº 264**, de 03 de junho de 2011. Tribunal de Contas da União: 2011.

_____. Despacho do Consultor Geral da União. **Advocacia Geral da União**, Brasília/DF, 27 de setembro de 2016. Disponível <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161004-01.pdf> Acesso: 09 de novembro de 2016.

_____. Organização Brasileira dos Advogados. **Código de Ética e Disciplina**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 361.166 SE**. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. Julgado em 17 de outubro de 2010. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico. Brasília/DF: 25 de outubro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24513363/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-361166-se-2013-0191125-5-stj/inteiro-teor-24513364>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 228759 SC 2011/0304958-7**. Quinta Turma. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julgado em 24 de abril de 2012. Brasília/DF: 07 de maio de 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668474/habeas-corpus-hc-228759-sc-2011-0304958-7-stj>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 942.412/SP**. 2ª Turma. Rel. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 28 de outubro de 2008. DJ. Brasília/DF: 09 de março de 2009. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3702735/apelacao-civel-ac-275206>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 726175 SP**. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Brasília/DF: 15 de março de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18663703/recurso-especial-resp-726175-sp-2005-0025984-8/relatorio-e-voto-18663705>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Tramitando. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Tramitando. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em 09 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Civil 3074 SC**. 1ª Turma. Rel. Ministro Roberto Barroso. Julgado em 26 de agosto de 2014. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 193. Brasília/DF: 02 de outubro de 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286552/inquerito-inq-3074-sc-stf>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito Civil 3077 AL**. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgado em 29 de março de 2012. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 188. Brasília/DF: 25 de setembro de 2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869959/inquerito-inq-3077-al-stf>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Amapá. **Apelação Cível 275206**. Câmara Única. Rel. Desembargador Carmo Antonio. Julgado em 05 de dezembro de 2006. Publicado no Diário Oficial Eletrônico nº 3945. Amapá: 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3702735/apelacao-civel-ac-275206>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. Revista Interesse Público: Editora Fórum. Nº 02, p. 116. Belo Horizonte. Disponível em <http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/73.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2009.

_____, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Licitação: Inexigibilidade de licitação e serviços técnicos e especializados**. p, 6. Disponível em http://acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/65935/2/a2_m03_s12_l15Print.pdf. Acesso em 31 de outubro de 2016.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Apelação 3110329 PE**. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Francisco José dos Anjos. Julgado em 01 de outubro de 2015. Recife/PE: 14 de outubro de 2015. Disponível em: <http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/243153575/apelacao-apl-3110349-pe>. Acesso em 09 de novembro de 2016.