

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA**

**ASCES – UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO PARA A  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E SEUS  
ASPECTOS CONTROVERSOS**

**LEANDRO DIOGO MONTEIRO**

**CARUARU**

**2017**

**LEANDRO DIOGO MONTEIRO**

**A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO PARA A  
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E SEUS  
ASPECTOS CONTROVERSOS**

Trabalho de conclusão de curso,  
apresentado à Universidade Tabosa de  
Almeida ASCES - UNITA, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
direito, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo  
Barroso.

**CARUARU**

**2017**

## BANCA EXAMINADORA

APROVADA EM: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Presidente: Prof. Dr. Rogério Cannizzaro

---

Primeiro(a) Avaliador(a): Prof.<sup>(a)</sup>

---

Segundo(a) Avaliador(a): Prof.<sup>(a)</sup>

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha namorada, aos meus Amigos e Professores da Faculdade ASCES-UNITA, em especial ao professor Ricardo Barroso pelo aprendizado, bem como pela competente orientação.

Agradeço às Auditoras do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Dr<sup>a</sup>. Ana Tereza Ventura Coelho e Dr<sup>a</sup>. Andréa Cláudia Monteiro pelas oportunas ponderações.

Foi gratificante dividir as trincheiras com tantos talentos.

E, finalmente, a **DEUS**, por **TUDO**.

“Quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é incontestável.”

**(Ronald Dworkin)<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 1999. p. 13.

## RESUMO

Trata-se de assunto de grande relevância, uma vez que se cuida de licitação pública a qual é utilizada para a satisfação e preservação do interesse público. Assim, o presente trabalho tem por finalidade principal demonstrar que a realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços advocatícios, através da modalidade pregão, encontra amparo legal, desde que se cuidem de serviços comuns, rotineiros, sem complexidade, prestados com o mesmo padrão por um número razoável de profissionais, *a priori*, serviços que não requeiram a contratação de profissional com altíssimo nível de especialidade. Sabe-se que pregão é uma modalidade de licitação por meio da qual são adquiridos bens e contratados serviços comuns. Os serviços técnico-especializados, vale dizer, os serviços advocatícios podem ser, a depender da situação fática, perfeitamente enquadrados como comuns, de sorte que licitáveis através do pregão, muito embora haja, para a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, o entendimento de que a participação de advogados em certames licitatórios configura violação ao Código de Ética e Disciplina da Ordem (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994). Denota-se do estudo que a participação de advogados em processo licitatório não configura conduta antiética, não desclassifica nem avilta a profissão dos causídicos, sendo, contudo, necessária a análise do caso concreto. Ademais, o resultado desse estudo possui igual serventia para demonstrar a vantagem, sob a ótica da economicidade, moralidade e legalidade da modalidade pregão. Destarte, o presente trabalho está respaldado em importante coleta de jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais Jurisdicionais, bem como em estudos à legislações alusivas ao tema, obras referentes ao Direito Administrativo e Constitucional de autores brasileiros catalogados com o tema em apreço.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação - Pregão - Serviços Advocatícios - Serviços comuns - Possibilidade - Jurisprudências dos Tribunais de Contas

## ABSTRACT

This is very relevant issue, since it takes care of the public bidding which is used for the satisfaction and preservation of the public interest. Thus, this work has the main purpose to demonstrate that the performance of the bidding process for hiring legal services through trading mode, find legal support, provided that care for common services, routine, without complexity, provided with the same pattern for a reasonable number of professionals, a priori, services that do not require a professional contract with the highest level of expertise. It is known that trading is a form of bidding whereby goods are purchased and contracted services common. The technical-expert services, legal services can be, depending on the factual situation, perfectly framed as common, so that biddables through trading, although there for the Order of Attorneys of Brazil - OAB, understanding that the participation of lawyers in bidding processes is a violation of the Code of Ethics and Discipline of the Order (Law No. 8906 of July 4, 1994). We denote the study that the participation of lawyers in the bidding process does not constitute unethical conduct, not disqualifies or demeans the profession of laweres, however, it is necessary to analyze the case. In addition, the results of this study have Equally useful to demonstrate the advantage, from the viewpoint of economy, morality and legality of trading mode. Thus, the present work is supported in important jurisprudence collection of Audit Courts and Constitutional Courts, as well as studies on the topic allusive legislation, works for the Administrative and Constitutional Law of Brazilian authors cataloged with the topic at hand.

**KEYWORDS:** Auction - Auction - Attorneys Services - Common services - Possibility - jurisprudence of the Audit Courts

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I – DO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR.....</b>	<b>11</b>
1.1 Gestão e Licitação Pública .....	11
1.2 Procedimento Licitatório: Princípio Constitucional.....	14
1.3 Conceituação e Finalidades de Licitação .....	17
1.4 Princípios básicos que regem as Licitações Públicas .....	20
1.5 Modalidades Licitatórias e Características .....	22
1.6 Pregão .....	26
1.7 Bens e Serviços Comuns .....	31
1.8 Características e vantagens do Pregão frente às outras modalidades .....	35
<b>CAPÍTULO II – REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.....</b>	<b>41</b>
2.1 Direitos e Obrigações do Advogado .....	41
2.2 Possibilidade de licitação para a contratação de advogados .....	45
<b>CAPÍTULO III – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATRAVÉS DO PREGÃO .....</b>	<b>56</b>
3.1 Qualificação do Serviço Advocatício .....	56
3.2 Possibilidade de contratar serviços de advogado pelo pregão .....	59
<b>CONCLUSÃO/CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>68</b>
<b>ANEXO ÚNICO .....</b>	<b>72</b>
Jurisprudências – Tribunais Superiores e Tribunais de Contas .....	72

## INTRODUÇÃO

Considerando o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual estabelece que “tanto os bens quanto os interesses públicos não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”<sup>2</sup>, sabe-se que a regra geral ínsita na Constituição da República, bem como na Lei de Licitações, é que todas as contratações realizadas pela Administração Pública serão necessariamente precedidas de licitação, em respeito aos princípios da isonomia, competitividade, impessoalidade, busca da proposta mais vantajosa para a Administração, economicidade, moralidade, dentre outros.

De fato, não pairam dúvidas sobre a natureza cogente dos comandos Constitucionais e legais no tocante à obrigatoriedade de a Administração Pública efetivar suas contratações mediante a realização do devido procedimento licitatório.

Nessa vereda, a Administração Pública, na busca da qualidade, produtividade e melhores resultados, buscou criar novos mecanismos para os procedimentos administrativos, surgindo, nesse contexto, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual instituiu a nova modalidade de licitação denominada Pregão.

Entretanto, a aplicação cada vez mais difundida da modalidade licitatório *Pregão* tem propiciado problemas que não encontram solução da disciplina literal da Lei nº 10.520/2002, justamente porque vem sendo utilizada na contratação de objetos complexos e técnicos/intelectuais.

Nessa senda, indaga-se, especificamente, se os serviços ditos como técnicos/intelectuais são passíveis de ser licitados, visto que a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos - LLCA estabelece, em tais circunstâncias, hipóteses de contratação direta, leia-se, sem licitação (Inexigibilidade de Licitação), nos moldes do art. 25 da LLCA.

Questiona-se, ademais, se invariavelmente todos os serviços advocatícios seriam realmente técnicos a ponto de inviabilizar a competição. E, em caso afirmativo, será que a tecnicidade do objeto impossibilitaria a classificação dos serviços de advocacia como “serviços comuns”, nos termos da Lei nº 10.520/2002?

À vista dessas discussões, quer-se esclarecer se tais serviços podem ser, de fato, licitados, eis que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB entende que os

---

<sup>2</sup> ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação: teoria e prática**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23.

causídicos não devem submeter-se à licitações, ante à suposta violação ao Código de Ética.

Com isso, a fim de elucidar tais questões, será utilizada importante coleta de jurisprudências dos Tribunais de Contas e Judiciais, bem como pesquisas documentais e bibliográficas, de sorte que no primeiro capítulo será amplamente abordado o instituto da licitação, cuja obrigatoriedade recebeu *status* de princípio constitucional.

No segundo capítulo, serão tratados alguns direitos e obrigações dos advogados, com enfrentamento dos argumentos da OAB, a qual notadamente atua na defesa da ausência de licitação para a contratação de advogados, sob a premissa frágil e inconsistente de violação ao Código de Ética, de tal modo que restará integralmente refutada sua tese, concluindo-se pela possibilidade jurídica de contratá-los por meio de regular procedimento licitatório.

Ao final, no terceiro capítulo, demonstrar-se-á, sem divagações, o ponto nodal do presente trabalho, enfocando, malgrado a existência de discussões acaloradas acerca da temática, que sob a ótica do Tribunal de Contas da União é plenamente possível e legítima a contratação de serviços advocatícios através da modalidade licitatória Pregão, devendo apenas ser feita uma análise do caso concreto.

Em outras palavras, uma vez comprovado que os serviços advocatícios pretendidos pelo Órgão Público são corriqueiros, comuns, deve a Administração Pública adotar preferencialmente a modalidade licitatória pregão, a fim de melhor satisfazer o interesse público.

## CAPÍTULO I

### DO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAR

#### 1.1 Gestão e Licitação Pública

Como ensina Kildare Gonçalves Carvalho, ao se conceber o Estado como uma sociedade política, ele “existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem os seus fins”.<sup>3</sup>

Alexandre Groppali acrescenta mais um elemento componente do Estado, que é a *finalidade*. Ela seria o objetivo para o qual o Estado orientaria a consecução das suas atividades. A Estrutura estatal não seria um fim em si mesma, “uma entidade acima dos valores fundamentais da pessoa humana”, mas teria natureza instrumental, através da qual o Estado atenderia aos interesses da coletividade.<sup>4</sup>

Para atingir tais fins, o Estado, como qualquer outra organização, precisa se aparelhar de bens e serviços. Necessita, portanto, contratar empresas e/ou pessoas físicas para que lhe sejam fornecidos bens e lhe sejam prestados serviços, os quais visam auxiliá-lo (Estado) na realização de suas finalidades.

O Estado é, pois, uma grande organização com finalidades específicas e atividades dinâmicas que requerem uma atuação no mercado. Ao lado dessa concepção, encontramos a expressão Governo, Administração Pública e Gestão Pública.

Para Clezio Saldanha dos Santos, esses termos andam juntos, mas representam conceitos diversos:

Governo é a direção suprema dos negócios públicos. O Governo, em sentido institucional, é conjunto de poderes e órgão constitucionais; em sentido funcional, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos. Na verdade, o governo ora se identifica com os poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses poderes e órgãos como manifestação da soberania. A constante do governo, porém, é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e da manutenção da ordem jurídica vigente.

Administração pública, segundo Wilson, é a execução minuciosa e sistemática do Direito Público. Em sentido institucional, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; em sentido funcional, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 135.

<sup>4</sup> GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 123.

geral; em sentido operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefícios da coletividade.

(...)

Gestão pública refere-se às funções da gerência pública nos negócios do governo; (...) a gestão associa-se a uma determinada fase de mandato. Portanto, em primeira análise, a gestão teria as mesmas características da administração, porém, válidas para um período de tempo determinado.

Comparativamente, podemos dizer que governo é atividade pública e discricionária e com conduta independente; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou a norma técnica, é conduta hierarquizada; quanto à gestão, esta implica o atendimento aos seguintes parâmetros básicos: tradução da missão; realização de planejamento e controle; administração de recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros; inserção de cada unidade organizacional no foco da organização; e tomada de decisão diante de conflitos internos e externos.<sup>5</sup>

Clezio Saldanha dos Santos acrescenta que o gestor público e o gestor privado desempenham funções básicas praticamente idênticas. Ressalta o autor que:

Os dirigentes das organizações públicas são obrigados a lutar contra limitações que não são encontradas nas atividades comercial e industrial. Espera-se dos gestores públicos, por exemplo, que lidem com metas ambíguas e contraditórias expectativas absurdamente irreais por parte da população e controle inadequado sobre seus próprios recursos administrativos.

Impõe-se ao gestor público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos de direito e da moral admirativa. Na administração particular, o administrador recebe do proprietário as ordens e instrumentos de como administrar as coisas que lhe são confiadas; na administração pública, essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis, regulamentos e atos especiais, dentro da moral da instituição. Daí o dever indeclinável do gestor público de agir segundo os preceitos do direito e da moral administrativa, porque tais aspectos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos - o povo - e condicionam os atos a serem praticados no desempenho do *múmus* público que lhe é confiado. 'Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza vigente' (apud Hely Lopes Meirelles).<sup>6</sup>

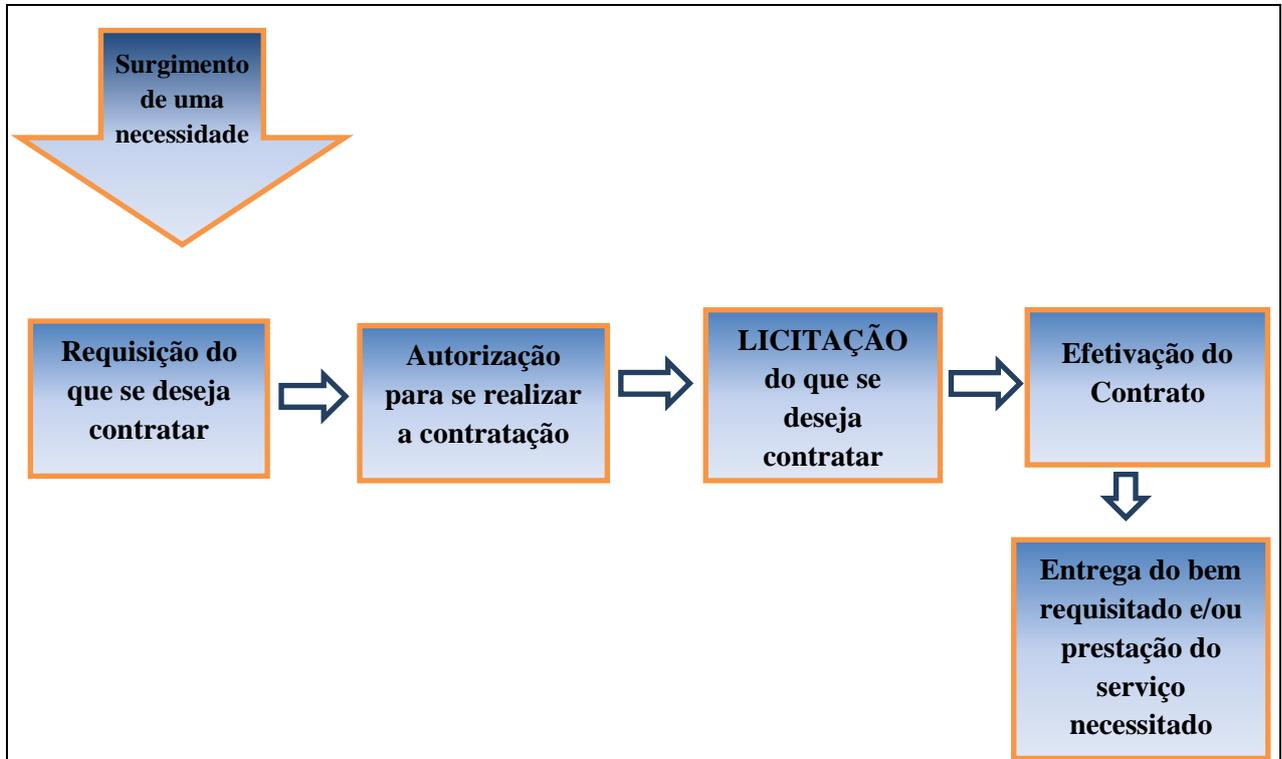
O gestor público, em suma síntese, na sua atuação na Administração Pública, tem suas ações condicionadas a uma sistemática diferente do gestor privado. Assim, quando necessita firmar um contrato, seja esse contrato para fornecimento de um bem ou para prestação de um determinado serviço, o faz obedecendo aos ditames do Direito Público, conforme as regras positivadas na Constituição e nas normas do Direito Administrativo.

---

<sup>5</sup> DOS SANTOS, Clézio Saldanha. **Introdução à Gestão Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11 e 12.

<sup>6</sup> DOS SANTOS, Clézio Saldanha. **Introdução à Gestão Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 18 e 19

A sistemática que o Direito público impõe à gestão pública, no tocante às suas contratações, pode ser representada no fluxograma disposto a seguir, o qual foi adaptado a partir das lições do renomado doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta:<sup>7</sup>



Percebe-se que a licitação é parte de um todo – o mecanismo das contratações no setor público. Ela precede o contrato e vem logo após a requisição ser autorizada por quem de direito.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação pública visa atender a “três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais vantajosa; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos artigos: 37, *caput*, 85, V, da Carta Magna brasileira”.<sup>8</sup>

Portanto, a importância da licitação no campo da proteção dos interesses coletivos sustentada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, resulta do fato de que a partir da Constituição de 1988 a licitação recebeu *status* de princípio

<sup>7</sup> COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e contrato**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 48.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 538 e 539.

constitucional, vale dizer, de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

## **1.2 Procedimento Licitatório: Princípio Constitucional da obrigatoriedade de licitar**

Ao analisar o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei, sendo que em tais situações (dispensa ou inexigibilidade) o arbítrio do administrador jamais poderá prosperar frente aos ditames legais norteadores da matéria.

Ao contrário da Constituição anterior (1967), silente acerca do tema, a Constituição Federal vigente referiu-se expressamente à licitação, estabelecendo no art. 22, XXVII, de ser da competência privativa da União Federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, inciso XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, conforme redação dada pela EC nº 19/1998.<sup>9</sup>

Com efeito, é bastante cediça a ideia de que a licitação é obrigatória. Se a administração pública pretende realizar uma compra, alienar bens, contratar a execução de uma obra, contratar prestação de serviços, a regra geral é a licitação; obrigatoriedade esta decorrente da própria Constituição (art. 37, XXI).

A Licitação no ordenamento jurídico brasileiro, antes de tudo, deve ser entendida como um instituto com fundamento constitucional. Nessa toada, o princípio da obrigatoriedade da licitação encontra-se consubstanciado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que assim está preconizado:

Art. 37, XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

---

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 239.

Lucas Rocha Furtado<sup>10</sup> salienta que a redação utilizada no texto constitucional, como pode ser observado, permite concluir que:

- a) A Licitação é obrigatória;<sup>11</sup> e
- b) Legislação poderá estabelecer situações em que a Administração poderá contratar sem que tenha que licitar.<sup>12</sup>

Dito de outro modo, licitar é processo administrativo obrigatório da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o qual antecede a contratação, proporciona isonomia entre os participantes e seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração, barateando os custos da Administração Pública.

Para o mesmo norte, aliás, ruma a orientação dos Tribunais de Justiça brasileiros (STF/TJ<sup>13</sup>), os quais já enfrentaram a questão da obrigatoriedade de licitação para a Administração Direta e Indireta.

Nesse diapasão, Joel de Menezes Niebuhr:

A realização de licitação pública é obrigatória em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, dado que os agentes administrativos encarregados de celebrarem contratos em nome da Administração Pública não podem fazê-lo de acordo com as suas próprias vontades, com os seus desígnios pessoais, porém sempre norteados pelo interesse público. Com isso, rechaça-se a celebração de contratos administrativos ofensivos à moralidade administrativa, que tenham sido levados a cabo em obséquio ao

<sup>10</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 129.

<sup>11</sup> A burla ao procedimento licitatório é considerada ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, decide o STJ: "Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Responsabilidade de prefeito. Compra de materiais. Fracionamento de notas fiscais. Improbidade. I - A Lei de Improbidade Administrativa considera ato de improbidade aquele tendente a frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Foi exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos quando restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. II - O artigo 11 da Lei nº 8.429/92 explicita que constitui ato de improbidade o que atenta contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Na hipótese presente também se tratou de atentado, ao menos, contra os deveres de imparcialidade e legalidade, em face do afastamento da norma de regência, *in casu*, a Lei nº 8.666/93. III – Recurso Especial improvido" (REsp nº 685.325-PR, 1ª Turma. Rel. Mini. Francisco Falcão. Julg. 13.12.2005).

<sup>12</sup> A técnica da redação adotada no texto constitucional é denominada por alguns estudiosos do Direito Constitucional como "norma de eficácia contida" (Cf. SILVA, Curso de Direito Constitucional positivo). A Peculiaridade desse dispositivo consiste no fato de que a Constituição irá estabelecer a regra – a licitação obrigatória – mas ela própria irá autorizar que a lei possa prever hipóteses em que poderá ocorrer a contratação sem licitação... (Art. 37, XXI, CF).

<sup>13</sup> Nesse sentido: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). (**STF - ADI: 1917 DF**, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/04/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007); (**STF - ADI: 1827 SP**, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 13/05/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-12-1999; (**TJ-SP - APL: 02598283120098260000 SP 0259828-31.2009.8.26.0000**, RELATOR: DÉCIO NOTARANGELI, DATA DE JULGAMENTO: 17/04/2013, 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/04/2013)

clientelismo, para beneficiarem particulares cooptados por aqueles que deveriam curar dos interesses coletivos. Dessa forma, por meio da licitação pública, retira-se da esfera pessoal do agente administrativo a escolha de quem contrata com a Administração Pública. Para tanto, ele deve seguir procedimento formal prescrito em lei, valendo-se de critérios antecipadamente definidos de modo impessoal e objetivo.<sup>14</sup>

Destarte, não pairam dúvidas de que, ao realizar processo licitatório, o agente político visa dar às contratações públicas um caráter de imparcialidade, isonomia, democracia e igualdade às concorrências públicas, de sorte que a gastança governamental, efetivamente, deverá ser exercida com muita precisão e método para atender as necessidades da coletividade, diga-se, ao interesse público, posto que o administrador público encontra-se submetido ao princípio da eficiência e, ademais, é dever básico de qualquer administrador público a prestação contas, tendo em face que gerencia recursos públicos.

A obrigatoriedade de licitação, como visto, reflete - antes de tudo -, a preocupação do Estado de Direito com a gestão e a transparência dos gastos públicos, razão pela qual a Constituição Federal enunciou o *princípio da obrigatoriedade de licitar*.

No art. 37, XXI, estabelece que, fora dos casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Por força do referido princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Por tal motivo, já se decidiu ser inadmissível lei de unidade federativa em que se permitia que pequenas empresas pagassem seus débitos através de dação em pagamento de materiais para a Administração, e isso porque a aquisição desses bens demanda obrigatoriamente licitação prévia nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.<sup>15</sup>

Para o advogado e especialista em licitações Jonas Lima, “em se tratando de licitações, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 é um ‘divisor de águas’; ela colocou o Brasil em vanguarda nas licitações (...); “...os brasileiros devem comemorar o significado da Constituição Federal para o cenário das licitações e dos contratos administrativos. Embora outros autores apontem evoluções significativas

---

<sup>14</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 48 e 49.

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 239.

no histórico brasileiro licitatório anterior à Constituição Federal de 1988, antes dessa o Brasil vivia em atraso, com um histórico de quase 130 anos de legislações esparsas e frágeis, que não conferiam mecanismo de segurança e transparência”.<sup>16</sup>

Aperceba-se, pois, que o ponto de partida para as contratações públicas é a própria Constituição Federal de 1988, que conferiu à União, vale dizer, ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, a competência para aprovar uma lei que estabeleça normas gerais sobre licitações.

Destarte, atualmente, são tidas como normas gerais sobre licitações a Lei nº 8.666/1993<sup>17</sup> e a Lei nº 10.520/2002.

### 1.3 Conceituação e Finalidades de Licitação

De prelúdio, insta destacar que os administradores públicos, de forma geral, têm sempre que estabelecer contratos especiais quando pretendem contratar serviços ou adquirir produtos. Isso porque, a administração pública, quando contrata, tem de seguir todo um formalismo, visto que o administrador público trabalha com recursos públicos, devendo, inclusive, prestar contas, observar uma série de princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência etc.).

Em virtude dessa postura diferenciada, decorrente do fato de o administrador trabalhar com dinheiro público, é que os contratos administrativos exigem um procedimento distinto. O particular, por sua vez, por trabalhar com recursos próprios, possui plena liberdade para promover suas compras e firmar seus contratos.

Assim, em princípio, o particular não precisa dar satisfação a ninguém no tocante às suas contratações. Trata-se de uma decorrência lógica do quanto disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal, que trata da livre iniciativa.

Rememore-se, por oportuno, o ensinamento de Joel de Menezes Niebuhr acerca das finalidades dos institutos jurídicos:

**Os institutos jurídicos devem ser aplicados com vistas às finalidades para as quais foram criados.** Tudo o que se insere Direito tem os seus propósitos, devem servir a alguma utilidade pretendida pelo Estado. Por isso, apartar o Direito dos seus objetivos significa provocar uma crise de paradigmas, fazê-lo perder o sentido, torná-lo aleatório.

---

<sup>16</sup> LIMA, Jonas. **Constituição colocou Brasil em vanguarda nas licitações**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-29/constituicao\\_colocou\\_brasil\\_vanguarda\\_licitacoes](http://www.conjur.com.br/2008-set-29/constituicao_colocou_brasil_vanguarda_licitacoes)>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

<sup>17</sup> Alterada em 2012 pela Lei nº 12.715, de 17.09.2012, em 2013 pela Lei nº 12.873, de 24.10.2013, em 2014 pela Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006, em 2015, pela Lei nº 13.146, de 06.07.2015 e pela Lei nº 13.204, de 14.12.2015, e em 2016, pela Lei nº 13.243, de 11.01.2016.

**Nesse contexto, a licitação pública propõe-se a assegurar que todos os possíveis interessados em celebrar contrato com a Administração Pública, sejam tratados com igualdade, evitando apadrinhamento em detrimento de interesse público.** Com esse aporte, a licitação pública serve também para preservar o interesse público, já que o agente administrativo não escolhe com quem a Administração Pública celebra os seus contratos, realizando procedimento formal que afasta a sua vontade pessoal. Ademais, a licitação pública tende a curar a moralidade administrativa, uma vez que, obrigando a seguir o procedimento formal, minimiza as possibilidades de corrupção e conluios em face de contratos administrativos.<sup>18</sup> **(Sem os destaques no original)**

Nesse diapasão, o administrador público precisa comprovar que aplicou corretamente o dinheiro público, que observou todo um rigor legal. Assim, por força de imposição constitucional, como regra, o administrador tem o dever, antes da celebração de qualquer contrato, de realizar um processo de licitação. Mas no que consiste um processo de licitação? É um processo administrativo. Vale dizer, trata-se de vários atos desencadeados que objetivam a celebração de uma avença.

Os diversos conceitos apresentados pela doutrina permitem identificar as características fundamentais da licitação.

Para Hely Lopes Meirelles licitação é:

Procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.<sup>19</sup>

Maria Sylvia Zanella ensina que:

Pode-se definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições estabelecidas pelo instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.<sup>20</sup>

Toshio Mukai propugna que:

Licitação como uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do Poder Público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de ser por ele contratados, para executarem determinada prestação (de dar ou fazer).<sup>21</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

<sup>18</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 195.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 302-303.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 273.

<sup>21</sup> MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19.

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.<sup>22</sup>

José dos Santos Carvalho Filho pôs a nu a enorme gama de desdobramentos dos diversos conceitos de licitação apresentados pela doutrina:

É o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, **com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.**<sup>23</sup> (Grifou-se)

Note-se, portanto, que os objetivos precípuos da licitação são implementar a igualdade, bem como assegurar a moralidade administrativa, permitindo que se contrate com a proposta mais vantajosa para a Administração, barateando, conseqüentemente, os custos do Governo, a teor do disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.<sup>24</sup>

A despeito de tais finalidades, oportuno se torna consignar que, se prevalecesse exclusivamente a ideia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração Pública a opções arbitrárias ou abusivas. Deverá ser selecionada a propostas mais vantajosa, mas, além disso, tem-se de respeitar os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia.<sup>25</sup>

Dito de outro modo, é importante que se entenda que ambas as finalidades têm relevância idêntica e que o ente público não pode violar a garantia da isonomia, em detrimento de contratar a melhor proposta.

Registre-se, outrossim, que a Lei 12.349, de 15.12.2010, deu nova redação ao aludido artigo, agregando, como terceira finalidade, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Sem embargos, nota-se que tal inserção visa consagrar uma função adicional para a licitação e a contratação administrativa, não significando tão somente

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 538.

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 240.

<sup>24</sup> Nesse sentido: Lei nº 8.666/1993. Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 483.

privilegiar a contratação economicamente e tecnicamente mais vantajosa, mas também a de aproveitar a oportunidade da contratação para fomentar o desenvolvimento nacional sustentável.

#### 1.4 Princípios básicos que regem as licitações

Os princípios jurídicos são de extrema importância em qualquer área do Direito, pois constituem fonte e origem das normas. Estão implícitos em toda norma jurídica, da qual não se podem apartar, já que estes concretizam a essência sociocultural dos destinatários e elaboradores das normas. São, pois, a “alma” da lei, de quem não se separam enquanto esta viger.<sup>26</sup>

Conforme Carlos Ari Sundfeld, “os princípios são as ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso e racional, permitindo a compreensão de modo de organizar-se”.<sup>27</sup>

Na linguagem comum, *princípios* significa o começo, o início, a base, o ponto de partida. Esse sentido é aproveitado no Direito, já que os princípios jurídicos consubstanciam a base, o ponto de partida, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Daí a importância deles, porque, para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas.<sup>28</sup>

Sob tal ambulação, imperioso salientar que os princípios constitucionais da Administração Pública brasileira, encontram-se materializados no *caput* do artigo 37 da Constituição, *in literis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** (...), (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) **(Grifou-se)**

Denota-se, dessa forma, que a licitação está estritamente vinculada aos princípios da Administração Pública da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade (transparência) e da Eficiência.

O princípio da Legalidade significa a sujeição à Lei. Acerca do aludido princípio, Hely Lopes Meirelles assevera que: Na Administração Pública não há

<sup>26</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 43.

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 133.

<sup>28</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 33.

vontade pessoal. Enquanto na Administração Particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>29</sup>

Dessa forma, a licitação pública deve ser realizada conforme preceitos legais (Constituição Federal, Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 etc.).

O princípio da Impessoalidade, por seu turno, estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados à particulares no exercício da função administrativa. Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”<sup>30</sup>.

Quanto ao princípio da Moralidade, este nada mais é do que a consagração dos valores da honestidade, probidade e seriedade. Dessa forma, “exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes ou da mera obtenção de vantagens econômicas para própria administração”<sup>31</sup>.

Por sua vez, o princípio da Publicidade e Transparência está relacionado à fiscalização, transparência e visibilidade da Administração pública. Conforme José dos Santos Carvalho Filho: “Esse princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras e um maior número possível de pessoas. [...] Licitação sem publicidade revela-se simplesmente um zero jurídico”.<sup>32</sup>

No respeitante ao princípio da Eficiência, acrescentado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal pela Emenda n. 19/98, tem-se que este princípio foi um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal. Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, “eficiência, eficácia e efetividade são conceitos que não se confundem. A eficiência seria o modo pelo qual se exerce a função administrativa. A eficácia diz respeito aos meios e instrumentos

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 91.

<sup>30</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 95.

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p.53.

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 249 e 250.

em pregados pelo agente. E a efetividade é voltada para os resultados de sua atuação”.<sup>33</sup>

Não se pode olvidar, contudo, que no caso das licitações, além dos princípios constitucionais retromencionados, repise-se, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988, outros princípios regem os certames licitatórios realizados pela Administração Pública, qualquer que seja sua modalidade.

Destaque-se, à guisa de exemplos, os seguintes: a) da legalidade, b) do procedimento formal, c) da publicidade dos atos, d) da igualdade/isonomia, e) do sigilo das propostas de preços, f) do julgamento objetivo, g) da vinculação ao edital ou convite, h) do julgamento objetivo, i) adjudicação compulsória ao vencedor, j) probidade/moralidade administrativa, l) impessoalidade, m) economicidade, n) da competitividade, o) da razoabilidade e da proporcionalidade, p) do julgamento objetivo, q) da transparência (lei de responsabilidade fiscal - LRF<sup>34</sup>), r) da indisponibilidade do interesse público, s) da eficiência, t) do preço justo, dentre outros.

Portanto, sobressai claro que o legislador infraconstitucional procedeu de maneira escoreita, pois preservou e condicionou o manejo dos recursos públicos à observância aos princípios constitucionais centrais – moralidade/ impessoalidade, vantajosidade/economicidade, encontrando-se, inclusive, submetidos a tal obrigação os entes da Administração Pública Direita e Indireta.

### **1.5 Modalidades licitatórias e características**

A licitação compreende 05 (cinco) modalidades: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão, consoante o artigo 22 da Lei nº 8.666/1993, cada qual com sua particularidade, inclusive com diferentes ritos previstos na legislação para o seu processamento, estando, ademais, vinculadas a limites de valor de enquadramento, nos termos do artigo 23 da LLCA.

Posteriormente, em 2002, foi editada a Lei nº 10.520/2002, que instituiu uma nova modalidade licitatória denominada Pregão, subsidiada pela Lei 8.666/1993.

Desta feita, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, 06 (seis) são as modalidades de licitação, são elas:

---

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

<sup>34</sup> *Vide* art. 48-A, I, da Lei Complementar nº 101, de 04.04.2000.

- a) Concorrência (Lei nº. 8.666/1993);
- b) Tomada de Preços (Lei nº. 8.666/1993);
- c) Convite (Lei nº. 8.666/1993);
- d) Concurso (Lei nº. 8.666/1993);
- e) Leilão (Lei nº. 8.666/1993);
- f) Pregão (Lei nº. 10.520/2002).

Licitação, portanto, é gênero, do qual as modalidades são espécies. As espécies de licitação têm características próprias e destinam-se a determinados tipos de contratação. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas acima (art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/1993).

Insta consignar, ademais, que na doutrina alguns autores indicam, ainda, a modalidade licitatória consulta.

Todavia, convém asserir que a sobredita forma de contratação (consulta) não se trata de modalidade prevista na Lei de Licitações, de tal modo que sua aplicação está restrita apenas às agências reguladoras, com procedimento por elas definido.

A Concorrência<sup>35</sup> é a modalidade de licitação aplicável para contratação de grande valor, aberta à participação de quaisquer interessados, registrados ou não, que satisfaçam as exigências do Edital. A Concorrência, por força do art. 17, I, da LLCA, também é obrigatória para compra ou alienação de imóveis, concessão de uso e licitação internacional, independentemente do valor do objeto do contrato.

Hely Lopes Meirelles complementa esta definição afirmando que:

[...] é a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.<sup>36</sup>

Quanto à Tomada de Preços, trata-se de modalidade de licitação para contratos de valor estimado imediatamente inferior ao estabelecido para a modalidade Concorrência, realizada entre as empresas previamente cadastradas. Em regra, a qualificação é a que constar, por categoria, tendo em vista a especialização.

---

<sup>35</sup> O legislador mudou a antiga denominação *concorrência pública* para, simplesmente, concorrência, substituindo, ainda, *concorrência administrativa* por tomada de preços. É necessário, pois, que as Administrações adotem a terminologia legal certa em suas licitações.

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 377.

A Lei nº 8.666/1993 aproximou a Tomada de Preços da Concorrência, ao permitir a participação de todos os interessados, desde que apresentem a documentação até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

Por seu turno, o parágrafo segundo do art. 22 da Lei de Licitações e Contratos, define esta modalidade de licitação como:

[...] a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a modalidade licitatória Tomada de Preços é:

[...] destinada a transações de vulto médio, é a modalidade em que a participação da licitação restringe-se (a) às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado em função dos ramos de atividades e potencialidades de eventuais proponentes, e (b) aos que, atendendo a todas as condições exigidas para o cadastramento, até o terceiro dia anterior à data fixada para recebimento das propostas, o requeiram e sejam, destarte, qualificados.<sup>37</sup>

Por via de consequência, tem-se que a modalidade Tomada de Preços é mais célere porque os licitantes já poderão comprovar a regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira e a habilitação jurídica por meio de cadastramento no SICAF.

O Convite está previsto especificamente no § 3º do art. 22, da Lei nº 8.666/1993, que define a sobredita modalidade de licitação como:

[...] a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Nesse diapasão, tem-se que Convite é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo no convite/solicitação escrita a pelo menos 03 (três) interessados do ramo pertinente ao objeto sob licitação, cadastrados ou não, para que apresentem propostas a partir do prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 22, § 3º, e § 2º, IV, da Lei nº. 8.666/1993.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 575.

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 384 e 385.

Interessado do ramo pertinente é alguém estabelecido no mercado para a venda de determinado produto objeto da licitação e, assim, passível de ser convidado.

Em princípio, o convite deverá contatar com, no mínimo, três licitantes qualificados, ou seja, em condições de contratar. O Tribunal de Contas da União – TCU já assentou, inclusive, o entendimento de que, em não se obtendo esse número legal de propostas qualificadas, impõe-se a repetição do ato, convocando-se outros possíveis interessados, a fim de garantir a legitimidade do certame.

Eis o teor da Súmula/TCU n.º 248:

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º do art. 22 da Lei nº. 8.666/1993.

Já a modalidade licitatória denominada Concurso encontra-se prevista no § 4º do art. 22 da Lei de Licitações e Contratos, o qual a define como:

[...] a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Com efeito, concurso é a modalidade especial licitatória destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, predominantemente de criação intelectual, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial.

Nas lições do administrativista Marçal Justen Filho, a realização de concurso pela Administração Pública visa:

[...] selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para obtenção de resultado prático imediato.<sup>39</sup>

A Administração, portanto, ao utilizar esta modalidade de licitação está buscando no mercado a captação de trabalhos de natureza intelectual ou física, em contrapartida lhe remunera monetariamente e/ou através de honrarias como medalhas e troféus.

A licitação na modalidade Leilão destina-se à venda de bens móveis inservíveis à Administração, produtos legalmente apreendidos ou empenhados e

---

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 201 e 202.

também para os bens imóveis cuja aquisição haja derivado do procedimento judicial<sup>40</sup> ou de doação em pagamento.

A Lei Federal nº 8.883, de 8 de junho de 1994, alterou a definição de Leilão constante da Lei nº. 8.666/1993, incluindo a alienação de bens imóveis, que anteriormente não era contemplada para este tipo de objeto, passando a ter, de acordo com o § 5º do art. 22, a seguinte redação:

[...] Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

## 1.6 Pregão

As modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha dos futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos de menores valores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.<sup>41</sup>

Por tais razões, foi criado pela Lei nº. 10.520/2002, resultante da conversão em lei da MP nº 2.182 -18/2001, o pregão; “nova” modalidade de licitação válida para todas as esferas federativas (Estados, DF e Municípios) e utilizada para contratação de bens e serviços comuns.

Carlos Pinto Coelho Motta menciona que o pregão não é, verdadeiramente, uma novidade. Seu histórico no Brasil data das Ordenações Filipinas (ano de 1592), texto que incorporou as primeiras práticas de licitação pública, assumindo precisamente a forma de pregão. Ressalta a doutrina que o Pregão tem sido utilizado por outros países da América Latina, a exemplo do Uruguai e da Argentina, onde serviu para compra de mercadorias de imperiosa necessidade durante o estado de emergência econômico-social.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Segundo o Prof. Marçal Justen, os bens penhorados não poderiam ser alienados, vez que servem para garantia da satisfação do direito do credor munido de títulos executivos.

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 28 ed. São Paulo: Atlas 2015. p. 313.

<sup>42</sup> COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 720.

No Brasil, o Pregão surgiu com a comumente chamada Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/1997), a qual permitia unicamente à ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações a possibilidade de licitar objetos comuns por intermédio do Pregão.<sup>43</sup>

Com efeito, face aos bons resultados econômicos conseguidos através dos pregões promovidos pela ANATEL, a Presidência da República, em 04 de maio de 2000, repita-se, editou Medida Provisória nº 2.026, estendendo essa nova modalidade apenas aos órgãos da União. Essa MP nº 2.026 foi reeditada mês a mês até a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23/08/2001, a qual por força da Emenda Constitucional 34, perenizou no tempo, vindo a ser, em seguida, convertida em lei, vigendo hoje como a Lei Federal nº 10.520/2002.

Atualmente, o pregão é modalidade de licitação mais utilizada pela Administração Pública, já que, via de regra, as aquisições são destinadas à contratação de bens e serviços usualmente fornecidos pelo mercado. Excetuam-se ao âmbito do pregão especialmente as obras de engenharia.<sup>44</sup>

O conceito (indeterminado) de “bem ou serviço comum” possui as seguintes características básicas: disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuísmo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos).<sup>45</sup>

O Professor Matheus Carvalho enfatiza a importância e os benefícios desta nova modalidade:

O Pregão surgiu para aperfeiçoar o regime de licitações levando a uma maior competitividade e ampliando a oportunidade de participar das licitações, contribuindo para desburocratizar os procedimentos para a habilitação e etapas do procedimento, por ser mais célere e também visando a busca pelas contratações de preços mais baixos pelos entes da Administração Pública. Desta forma, o pregão, ao mesmo tempo, garante

---

<sup>43</sup> Lei nº. 9.472/1997. Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 580.

<sup>45</sup>O caráter comum do bem ou do serviço a ser adquirido pela modalidade pregão deve ser atestado pelo órgão técnico, e não pelo órgão jurídico. No mesmo sentido, a Orientação Normativa/AGU 54 prevê: “Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

maior agilidade nas contratações públicas e contribui para a redução de gastos.<sup>46</sup>

Em palestra ministrada pelo doutrinador Joel de Menezes Niebuhr, durante o 6º Congresso Brasileiro de Pregoeiros, evento realizado de 21 a 24 de março de 2011, em Foz do Iguaçu/PR, o qual enfatizou os benefícios e os méritos do Pregão ao afirmar que:

**Eu atuo profissionalmente há treze anos, desde que me formei, sempre com licitações públicas... E, nessa minha jornada profissional, na minha avaliação, aconteceram duas coisas muito boas para a administração pública: o Pregão e a Lei de Responsabilidade fiscal.** Foram as duas melhores medidas tomadas em favor da administração pública, durante esse período, na minha avaliação.[...]  
Nos últimos 13, 15 anos, o que fizeram em prol da administração pública que realmente foi positivo? Que produziu resultado concreto em prol da administração? Na minha percepção, a Lei de responsabilidade fiscal e o pregão. O pregão, de alguma maneira, revolucionou os processos realizados pela administração pública.<sup>47</sup> **(Grifos Nossos)**

Roborando tal raciocínio, encontra-se a doutrina de Jair Eduardo Santana, para quem:

O surgimento do pregão no Brasil, em 2000, é fato que deve ser posto ao lado de outro marco da boa governança, aqui instalada também pela edição da Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF). **Ou seja, a modalidade Pregão e a Gestão Fiscal responsáveis são alguns ingredientes que alteraram (e muito) as arcaicas estruturas administrativas no Brasil.** Por isso, sempre dizemos: o Pregão ainda renderá bons frutos para toda sociedade brasileira.<sup>48</sup> **(Grifou-se)**

O Ministro do TCU, Benjamin Zymler, umas das autoridades mais renomadas em licitações e contratos administrativos do Brasil, em entrevista recente concedida ao “Grupo Negócios Públicos”, por ocasião do 9º *Pregão Week - Congresso Brasileiro de Pregoeiro*, evento realizado entre os dias 19 e 23 de outubro de 2015, em Curitiba/PR, sublinhou a evolução das ferramentas de contratação pública (Pregão e Regime Diferenciado de Contratação – RDC):

(...) Você pode ter a melhor ferramenta do mundo na via legislativa, mas o importante é ela ser bem aplicada em concreto. Então, não há como dispensar, abrir mão da qualificação dos pregoeiros... Só para você ter ideia, **91% (noventa e um por cento) das compras e serviços licitáveis da União foram por meio de pregão em 2014.** Nós estamos falando em 91% (noventa e um por cento), fora as dispensas e inexigibilidades de licitação de serviços e compras. (...) Eu dei o exemplo do RDC que é

<sup>46</sup> CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: Juspodvm. 2015. p. 451.

<sup>47</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Pregão e a sua correspondente relação com o direito fundamental ao serviço público eficiente**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=brBt9pwMyjM>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

<sup>48</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32.

expansão do pregão para obras e outros objetos, e que também exige o conhecimento que os pregoeiros têm na condução dos pregões.<sup>49</sup> **(Grifos Nossos)**

Nestas mesmas águas navega o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o qual também é conferencista e palestrante, assim se manifesta:

Pela primeira vez, desde 1993, no ano de 2006 o volume aplicado com licitação foi substancialmente superior ao das contratações diretas. **A modalidade pregão, que tomava apenas parcela das outras modalidades, passou a ser vista e utilizada pelo gestor público como opção a algumas dispensas.** Também a figura do registro de preços e o “carona” contribuíram expressivamente para a redução das contratações diretas.<sup>50</sup> **(Sem os destaques no original)**

Desta feita, atualmente o Pregão é, conclusiva e indubitavelmente, uma das ferramentas mais importantes, senão a mais nas contratações públicas, visto que constitui relevante instrumento à concretização dos anseios pertinentes ao bom funcionamento da máquina pública, bem como por tratar-se de procedimento legítimo, transparente, acessível, público, simplificado etc.

Visto em que circunstâncias o pregão deve ser utilizado, cabe saber se essa utilização é ou não obrigatória. O art. 1º, *caput*, da Lei Federal do Pregão prescreve que para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, *poderá* ser adotada a licitação na modalidade pregão. A expressão *poderá*, utilizada nessa disposição, leva ao entendimento segundo o qual o uso do pregão é apenas uma faculdade para aquele que está obrigado a licitar, mesmo quando o desejado é um bem ou serviço comum. Com efeito, o verbo *poder*, para De Plácido e Silva<sup>51</sup>, é tomado no sentido de autorizado, permitido, facultado. De sorte que a Administração Pública pode escolher, mesmo quando o desejado é um bem ou serviço comum, uma das modalidades licitatórias clássicas, conforme o valor do contrato, ou o pregão que não se vincula a qualquer valor. Mas esse entendimento parece-nos

<sup>49</sup> ZYMLER, Benjamin. **A evolução das ferramentas de contratação: da Lei 8666/93 ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/institutonegociospublicos/videos/vb.398523133570542/910631679026349/?type=2&theater>>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

<sup>50</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta.** 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 147.

<sup>51</sup> GASPARINI, Diogenes (coord.). *apud* E SILVA, De Plácido. **Pregão presencial e eletrônico.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 28 a 29.

equivocado, pois no Direito Público, como é o caso, generaliza-se a acepção peremptória dessa expressão e o *poderá* torna-se *deverá*.<sup>52</sup>

Portanto, resta fácil afirmar que o pregão é obrigatório para a Administração Pública Federal direta e indireta, quando desejado é bem ou serviço comum. Em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando o pretendido é um bem ou serviço comum, o pregão também é obrigatório? A nosso ver, a resposta é afirmativa, tendo em vista a acepção impositiva atribuída à expressão *poderá* consignada no referido art. 1º da Lei Federal do Pregão. Desse modo, somente quando for inviável a realização do pregão e a razão da inviabilidade for devidamente justificada, Estado, Distrito Federal, Município ou qualquer entidade da respectiva Administração Pública indireta terá condições legais de promover outra modalidade(...).<sup>53</sup>

A propósito, o Tribunal de Contas da União já prolatou decisão, segundo a qual determina a compulsoriedade da adoção da modalidade pregão:

9.2.26. Observe a necessidade de implantação do Pregão como modalidade licitatória obrigatória para a aquisição dos bens e serviços comuns (Decreto n.º 5.450, de 31/05/2005), promovendo a capacitação necessária de servidores para nele atuarem e o adequado planejamento das compras anuais da Entidade, visando evitar fuga ao processo licitatório por fracionamento de despesas ou sob alegação de emergência.<sup>54</sup>

Confira-se, ademais, o teor do Acórdão 2900/2009 – TCU – Plenário, sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

Utilize, sempre que possível, a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, podendo, todavia, adotar outra modalidade, mas, neste caso, desde que a escolha seja devidamente justificada.<sup>55</sup>

Em suma, a doutrina administrativa e os Tribunais de Contas vêm ampliando, cada vez mais, o objeto desta modalidade licitatória, admitindo-se quaisquer bens e serviços como comuns.

Poder-se-ia criticar tal posição ao argumento de que ela é ampla demais. No entanto, deliberadamente ela pretende sê-lo. Com efeito, não há razões plausíveis

<sup>52</sup> GASPARINI, Diogenes (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 28 a 29.

<sup>53</sup> GASPARINI, Diogenes (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 29 a 30.

<sup>54</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. **Acórdão 816/2006 - Plenário**. Rel. Guilherme Palmeira. Sessão de 31.05.2006.

<sup>55</sup> Confira-se, entre outros: TCU - **Acórdão 2900/2009 - Plenário**. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 02.12.2009.

para restringir o uso da modalidade pregão. Ela, regra geral, produz benefícios ao interesse público, tanto que reduz os preços e agiliza o processo de licitação. Por via de consequência, com força no princípio da eficiência, defende-se interpretação efetivamente ampliativa para a modalidade pregão [...].<sup>56</sup>

Logo, o pregão atualmente é a principal modalidade de licitação na prática, de tal modo que, diga-se de passagem, suas tendências vêm sendo consagradas e incorporadas à outras leis e modalidades licitatórias como, por exemplo, o Regime diferenciado de Contratação - RDC (Lei nº. 12.462/2011), a Parceria Público-Privada – PPP (Lei nº. 11.079/2004) e, mais recentemente, a denominada Lei das Estatais (Lei nº. 13.303/2016).

### 1.7 Bens e serviços comuns

Consoante pontuado em linhas supra, o Pregão é a modalidade de licitação adequada para contratação que verse sobre fornecimento de bens ou serviços comuns, a teor do disposto no Art. 1º da Lei 10.520/2002.<sup>57</sup>

Destarte, a terminologia bens e serviços comuns é considerada pela doutrina administrativista e constitucional como expressão denominada de conceito jurídico indeterminado, visto que seu significado poderá variar de acordo com a subjetividade do interlocutor.

Dessa forma, tendo em vista a concisão da definição de bem e serviço comum, faz-se necessária análise do entendimento doutrinário sobre a questão.

Jair Eduardo Santana assevera que:

[...] deve-se ter em mente que essa modalidade licitatória visa à aquisição de bens ou prestação de serviços razoavelmente padronizados, que não demandem significativas exigências técnicas, nem difíceis buscas no mercado, seja do objeto, seja do universo dos fornecedores.<sup>58</sup>

Joel de Menezes Niebuhr, por seu turno, aduz que:

Com efeito, *bem e serviço* comum é o tipo de expressão com larga fluidez semântica, cujo conceito costuma denominar-se de *indeterminado*, na medida em que pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor. Quer dizer que o objeto reputado *comum* para alguém talvez não o seja aos

---

<sup>56</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 54.

<sup>57</sup> Dispõe o Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

<sup>58</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 75.

olhos de outrem, sem que se possa, em grande parte dos casos determinar com precisão científica quem está certo ou quem está errado.<sup>59</sup>

Conceito jurídico indeterminado, trata-se de figura amplamente conhecida no pensamento jurídico e que se relaciona, sob certo ângulo, à dificuldade de qualificar o mundo real circundado por meio das palavras. Há alguns conceitos jurídicos, que são ditos determinados, cuja aplicação à realidade desperta pequenas dificuldades. Tal se passa quando o conhecimento permite avaliar, de modo incontroverso, a submissão ou não de uma situação fática ao conceito normativo. Mas todos os conceitos apresentam algum tipo de dificuldade de aplicação à realidade. Isso deriva seja das limitações do conhecimento humano, seja das inseguranças propiciadas pelas palavras.<sup>60</sup>

A grande evolução doutrinária trazida pela tese dos conceitos jurídicos indeterminados foi a demonstração da existência de três âmbitos de sua incidência. Quando se examina a realidade em face de conceitos jurídicos indeterminados, é possível agrupar as situações em três grupos diversos. Há um grupo qualificado como certeza positiva absoluta, há outro identificado pela certeza negativa absoluta e há um terceiro que envolve a zona cinzenta de incerteza.<sup>61</sup>

Ou seja, há hipóteses que se submetem, sem qualquer margem de dúvida, ao conceito jurídico indeterminado. Há outras, com igual certeza, a ele não se submetem. E há a zona que medeia a certeza positiva e a negativa – nessa área se põem as dificuldades do aplicador do Direito.<sup>62</sup>

Tem-se afirmado que as decisões administrativas a propósito de questões que se enquadram na zona cinzenta envolvem uma margem de escolha mais ampla por parte da Administração Pública, conduzindo à validade do ato na medida em que seja impossível demonstrar sua incorreção.<sup>63</sup>

Nesse espaço de imprecisão deve prevalecer a decisão do agente administrativo, que não se pode supor o contrário, quer o melhor para o interesse público. Até mesmo em decorrência da presunção de legitimidade dos atos

---

<sup>59</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.33.

<sup>61</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.34.

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.34.

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.34.

administrativos, é imperativo que, nessas situações que admitem grau de subjetividade, a escolha dos agentes administrativos presuma-se correta. Portanto, os órgãos de controle devem respeitar tais escolhas, reputando-as legítimas.<sup>64</sup>

Apesar da fluidez semântica da expressão bem e serviço comum, a ela se atribui, tal qual se atribui a todas as expressões, um conceito, um significado. (...) A própria Lei nº. 10.520/02, precisamente no §1º do seu art. 1º, propõe significado para a expressão bem e serviço comum, que, pois, atrai a atenção do intérprete. Com efeito, consoante o dispositivo, “consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado”.<sup>65</sup>

Ao analisar a definição de bem e serviço comum trazida pelo legislador no bojo do dispositivo supramencionado, Joel de Menezes Niebuhr esclarece que dita expressão compõe-se de dois elementos, a saber:

- a) o padrão de desempenho e qualidade do bem ou serviço possa ser objetivamente definido pelo edital; e
- b) essa definição possa efetuar-se por meio de especificações usuais no mercado.<sup>66</sup>

Sem pretender retirar a indeterminação do que lhe é imanente, e levando em consideração as observações acerca dos elementos por ele pontuadas, o autor propõe o seguinte conceito para bens e serviços comuns:

Bem e serviço comum são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízo ao interesse público.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 52.

<sup>65</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 49.

<sup>66</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 50.

<sup>67</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 55.

Assim, conclui-se que, em princípio, todos os objetos podem ser licitados por meio do pregão, visto que precisam ser descritos objetivamente nos respectivos editais, conforme a expressão unívoca do inciso I, do art. 40 da Lei nº. 8.666/1993.<sup>68</sup>

Todavia, advirta-se que comum não é sinônimo de simples. Tem havido na jurisprudência grande confusão entre os termos. São várias as decisões em que os tribunais consideram cabível ou incabível a modalidade pregão em razão da ausência de complexidade ou da complexidade do objeto da licitação. Ou seja, de acordo com tal entendimento, se o objeto revela complexidade técnica, ele se afasta do conceito de comum e, por conseguinte, inviabiliza a adoção da modalidade pregão.<sup>69</sup>

A jurisprudência que reduz o *comum* ao *simples* é equivocada. Comum é algo que se faz com frequência, de maneira usual, rotineiramente. É possível que se faça com frequência algo complexo. Se o complexo é realizado com frequência ele passa a ser, além de complexo, comum. As ideias de *complexo* e *comum* não são excludentes. Isso significa que o objeto, ainda que guarde complexidade técnica, pode ser qualificado como comum e ser licitado por meio de pregão.<sup>70</sup>

Dessa forma, vale transcrever o Acórdão nº 188/2010 - TCU:

**Ainda que os serviços objeto da licitação possam sugerir, a priori, certa complexidade, não há óbices para que sejam enquadrados como serviços comuns**, eis que pautados em especificações usuais de mercado e detentores de padrões objetivamente definidos no edital.<sup>71</sup> **(Grifou-se)**

Aliás, não há que se entender como demasia a observação de que o pregão, por óbvio, não pode ser utilizado para execução de obras públicas, mas atualmente, por força da Súmula TCU nº 257/2010<sup>72</sup>, tem sido aceito, até mesmo para contratação de serviços comuns de engenharia, em que pese a proibição enfeixada no art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/00.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Nesse sentido: Lei 8.666/1993. Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, [...], e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: **I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;**

<sup>69</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 52.

<sup>70</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 53.

<sup>71</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. **Acórdão 188/2010 - Plenário**. Rel. Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 10.02.2010.

<sup>72</sup> Súmula 257/2010: "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002."

<sup>73</sup> Art. 5º A licitação na modalidade de **pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

Com efeito, a Egrégia Corte de Contas já havia consignado, também no ano de 2010, que, além de ser lícito contratar serviços de engenharia através da modalidade pregão, tal modalidade deveria ser utilizada, preferencialmente, na forma eletrônica. Leia-se trecho da decisão paradigmática a respeito do novo entendimento do TCU:

Os serviços contratados pela Codesp - manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica nas áreas comuns do porto de Santos - são padronizáveis e normalmente disponíveis no mercado, conforme registrado pela Unidade Técnica.

**Dessa forma, de acordo com a pacífica jurisprudência deste Tribunal, a entidade deveria ter utilizado a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para realizar a aludida contratação.** Somente se admite a utilização de outras modalidades licitatórias para a contratação de bens e serviços comuns quando comprovada e justificadamente houver inviabilidade da realização de pregão.<sup>74</sup> **(Sem os destaques no original)**

*In casu*, os demais Ministros acompanharam o voto retro para determinar:

- 1- a aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, deve ser promovida mediante a **utilização da modalidade pregão**, preferencialmente em sua forma eletrônica;
- 2- a utilização de outras modalidades licitatórias somente poderá ocorrer quando for comprovada a inviabilidade da utilização do pregão;
- 3- o aviso do certame licitatório deve descrever de forma clara e precisa o objeto a ser contratado a fim de se garantir o princípio da ampla competição. **(Grifou-se)**

Pelo exposto, verifica-se, malgrado a existência de discussões acaloradas entre os responsáveis pelas aquisições efetuadas com recursos públicos, bem assim entre as diversas instâncias de controle, desde a entrada em vigor da Lei nº. 10.520/2002, acerca da definição do que sejam *bens e serviços* como *comuns* e, portanto, licitáveis mediante pregão, que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem se consolidando no sentido da adoção de pregão para a contratação de alguns serviços, embora complexos, atendem ao conceito de “serviço comum”, ou seja, apresentam padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais de mercado, consoante expressa definição legal.

## **1.8 Características e vantagens do Pregão frente às outras modalidades**

Conforme destacado alhures, a modalidade licitatória pregão representa um verdadeiro “divisor de águas” para as contratações públicas no Brasil, haja vista seu caráter notadamente transformador e moralizador das avenças públicas.

<sup>74</sup> Nesse sentido, entre outros: **TCU. Acórdão 2314/2010** - Plenário. Rel. Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 08.09.2010.

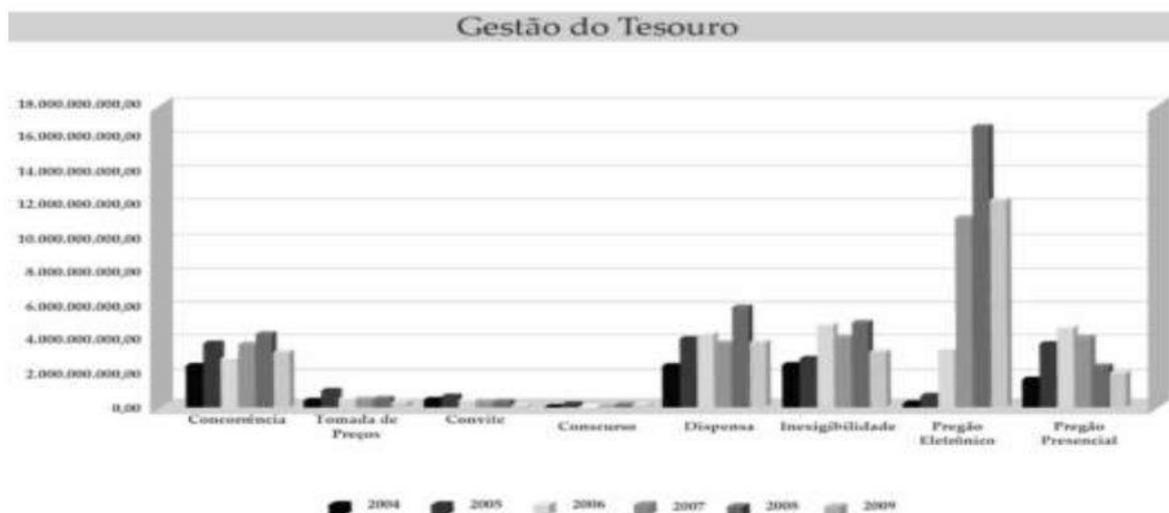
Nesse delta, sabe-se que é bastante crescente a aceitação e simpatia por esta modalidade licitatória, inclusive no plano doutrinário.

Assim sendo, é sobretudo importante assinalar que, não obstante alguns aprimoramentos da legislação em relação a outras modalidades licitatórias, atualmente, a modalidade mais utilizada para as contratações públicas é o pregão, consoante destaca Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Dentre as modalidades de licitação, a mais utilizada era o convite, **se considerado o número de licitações realizadas até o surgimento do pregão**. Embora a Lei nº 9.648/1998 tenha mais que duplicado os valores para essa modalidade, o volume de recursos movimentados em convite representou considerável queda iniciada nos anos de 1996 (12,60%), 1998 e 1999 (9%), permanecendo inferior a 10% nos anos seguintes. O fato pode ser atribuído ao incremento da contratação por inexigibilidade de licitação, que em 1996 era 24,20%, chegando a 27% no último ano **e, modestamente, à criação e utilização da nova modalidade do pregão**.<sup>75</sup> (Grifou-se)

As informações apresentadas podem ser mais facilmente visualizadas por meio do gráfico a seguir, o qual demonstra a evolução das despesas públicas, segundo o tipo de processo adotado para tais fins. Note-se, destarte, que a modalidade pregão tem sido, notadamente, o instrumento mais utilizado para as contratações públicas no Brasil.

Figura 1: Quadro comparativo do período de 2003 a 2009, demonstrando a evolução dos gastos públicos (R\$), de acordo com as modalidades ou tipos de procedimento.



Fonte: JACOBY FERNANDES, J. U., 2015<sup>76</sup>

<sup>75</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta.** 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65.

<sup>76</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de**

Marçal Justen Filho propugna que:

O pregão apresenta três vantagens marcantes em relação às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº. 8.666/93. Trata-se de a) potencial incremento das vantagens econômicas em favor da Administração, b) ampliação do universo de licitantes e c) simplificação do procedimento licitatório.<sup>77</sup>

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, ao comentarem tal instituto, especificamente, ressaltam:

Observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a Administração contratante, especialmente por constituir-se em uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, o valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a Administração comparativamente àquele que ela obteria com a utilização das outras modalidades de licitação.

[...]

O regulamento federal do pregão, em seu art. 3º, determina que o pregão seja a modalidade de licitação prioritariamente utilizada quando a União tenciona celebrar contratos visando a aquisição de bens e serviços comuns. O próprio dispositivo justifica essa precedência do pregão, pelo fato ser a modalidade de licitação destinada a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.<sup>78</sup>

Novamente, o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao comentar sobre o evidente aumento da realização de procedimentos licitatório no âmbito do Poder Público, destaca a crescente utilização do pregão em detrimento de outras modalidades, bem como da própria contratação direta (Dispensa ou Inexigibilidade):

[...] nos primeiros anos de sua existência o pregão competiu com as outras modalidades.

**Sabendo que essa modalidade é mais célere e transparente, o gestor público passou a entender que licitar não é apenas cumprir a regra, mas dar transparência a sua gestão. Mas, ainda falta ao gestor compreender que a contratação direta nem sempre é o meio mais adequado de contratar o objeto, apresentando-se, muitas vezes, mais desvantajosa em relação a outras modalidades.**<sup>79</sup> (Grifos não constantes do original)

---

preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.19.

<sup>78</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 650.

<sup>79</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 152.

Percebe-se, dessa forma, que o principal aspecto a ser observado no que se refere à opção pela modalidade de pregão é a possibilidade de se imprimir maior celeridade e transparência à contratação de bens e serviços comuns.

Contudo, frise-se que a celeridade característica da modalidade pregão não significa sujeição da Administração públicas à contratações imprestáveis. Isso porque, Administração poderá valer-se, por ocasião da instauração de um pregão, das garantias técnicas e legais a fim de fazer uma contratação satisfatória.

Nesse delta, destaque-se que:

Não é necessariamente verdadeira a afirmação segundo a qual a celeridade é antítese da boa qualidade, porquanto a Administração Pública continua detentora de poderes (plasmados no próprio procedimento) para não somente contratar de forma ágil, mas também com atributos de níveis satisfatórios.<sup>80</sup>

Não obstante, há que se ressaltar que os procedimentos executados pela Administração Pública, na realização do pregão, devem também obedecer aos princípios norteadores de todo ato administrativo, em especial, aqueles previstos no Art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Insta salientar, outrossim, que em virtude dos benefícios apresentados por essa “nova” modalidade, o Decreto Federal nº 5.450/2005<sup>81</sup>, no art. 4º, estabeleceu a obrigatoriedade da adoção do pregão, sendo utilizado preferencialmente na sua forma eletrônica, o qual somente poderá ser preterido quando comprovada a sua inviabilidade, devendo o fato ser justificado pela autoridade competente, *in litteris*:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Tal imposição, a propósito, encontra-se assente há bastante tempo no âmbito do TCU. Nesse sentido, transcreve-se o Acórdão 1700/2007 - Plenário -TCU:

O pregão eletrônico é obrigatório para licitações que visam à aquisição de bens e serviços comuns, só não sendo utilizado se, comprovada e justificadamente, nos termos do Decreto nº 5.450/2005, houver inviabilidade, que não se confunde com a opção discricionária.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 53.

<sup>81</sup> *Vide*: Decreto nº 5.450/2005 - Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

<sup>82</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. **Acórdão 1700/2007 - Plenário**. Rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 22.08.2007.

O Tribunal de Contas da União vem desenvolvendo jurisprudência bastante interessante e acertada, segundo a qual a não adoção do pregão, nos casos em que ele é cabível, reclama motivação expressa.<sup>83</sup>

Aliás, leia-se o seguinte excerto:

**O pregão foi instituído**, como modalidade licitatória, pela Medida Provisória 2.026, de 4.5.2000, convertida na Lei 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto 3.555/2000, impondo importantes alterações na sistemática da legislação pátria.

**Configura modalidade alternativa ao convite, tomada de preços e concorrência para contratação de bens e serviços comuns. Não é obrigatória, mas deve ser prioritária e é aplicável a qualquer valor estimado de contratação.**

**Independentemente da ausência de obrigatoriedade, o gestor deverá justificar sempre que deixar de utilizar a modalidade pregão**, se, tecnicamente, havia condições para tanto. As razões são óbvias. A característica de celeridade procedimental, decorrente da inversão das fases de habilitação e da abertura das propostas de preços, é apenas a parte mais perceptível do processo. **Há outras questões relevantes que recomendam, peremptoriamente, a sua adoção.**

Em especial, destaco o disposto no parágrafo único do art. 4º do Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão, aprovado pelo Decreto 3.555/2000, *in verbis*: “As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.”

A ampliação da disputa entre os interessados tem como consequência imediata a redução dos preços. Aliada à celeridade, a competitividade é característica significativa do pregão. A possibilidade de simplificar o procedimento licitatório, sem perda da essência da competitividade e da isonomia, deve marcar toda licitação.<sup>84</sup> **(Grifou-se)**

Destarte, para o Tribunal de Contas da União, a modalidade pregão, via de regra, é a mais vantajosa para a Administração Pública, na medida em que amplia a competitividade e, conseqüentemente, reduz recursos públicos, traduzindo-se, o instituto, num motivador ao aprimoramento das instituições públicas. Assim, o entendimento levado a cabo pelo TCU é irreprochável, ao passo que se reconhece praticamente a unanimidade da modalidade pregão.

Ademais, como é competência dos Órgãos de Controle Externo fiscalizar a Administração Pública no tocante ao princípio da economicidade e tendo em vista que referida modalidade licitatória é a que melhor o prestigia, a não adoção dela, nos casos em que é cabível, deve ser devidamente motivada.

Outras características intrínsecas à modalidade pregão que a diferenciam das demais modalidades, dentre outras, são:

<sup>83</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 43.

<sup>84</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. **Acórdão 1547/2004 – 1ª Câmara**. Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 29.06.2004.

- **Reservado exclusivamente para aquisição de bens e serviços considerados comuns.**

- **Pode ser utilizado para qualquer valor:** O pregão pode ser utilizado para qualquer valor de contratação, de sorte que a realização de mais de um pregão num pequeno intervalo de tempo, de objeto idêntico, não enseja o denominado fracionamento de despesa ou contratação.

- **Celeridade Processual.**

- **Inversão de fases:** O julgamento das propostas e apresentação de lances se dá antes da análise da documentação de habilitação, pois o *pregão apenas pode ser adotado para os contratos com objeto destituído de complexidade*.<sup>85</sup>

- **Possibilidade de alteração no valor das propostas:** Permissão das propostas escritas serem renovadas verbalmente na etapa de lances.

- **Unicidade de recursos:** O recurso só poderá ser interposto uma única vez, ao final do certame, após o julgamento de habilitação.

Portanto, diversamente das demais modalidades licitatórias, resta patente que a adoção da modalidade pregão robustece os princípios da eficiência e da economicidade, eis que reduz o rito processual, aumenta a competitividade, minimiza os custos das aquisições, otimiza os recursos humanos e financeiros, causando conforto aos profissionais que a operam e, ainda, coíbe a burocracia que grassa no Brasil na seara Administrativa.

---

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.12.

## CAPÍTULO II

### REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

#### 2.1 Direitos e Obrigações do Advogado

As obrigações, os deveres dos causídicos estão compreendidos e normatizados em documentos produzidos exclusivamente para esses profissionais, vale dizer, no Estatuto da Advocacia e da OAB, no Código de Ética e Disciplina, bem como no Código de Processo Civil.

Isso porque, como é sabido, para a vida em sociedade o homem precisa de regras, e das mais variadas possíveis, como éticas, morais, religiosas, jurídicas.

Para os operadores do direito, o mesmo homem que criou as profissões deu-lhes deveres para serem respeitados e cumpridos frente aos indivíduos, quando do tratamento das relações entre o profissional e o cliente.

Pode-se afirmar, a partir de fontes variadas, que a advocacia se converteu em profissão organizada quando o Imperador Justino, antecessor de Justiniano, constituiu no século VI a primeira Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro.<sup>86</sup>

Sob esse enfoque, assevera Roberto Livianu: “A advocacia é atividade de relevo para o efetivo exercício dos direitos dos cidadãos, para a distribuição da Justiça e para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito”.<sup>87</sup>

Nas palavras do Professor Francisco Vani Bemfica: “O advogado é um profissional importante, sem ele, não há justiça, sem justiça não há direito, sem direito não há Estado”.<sup>88</sup>

Até hoje não se chegou a um consenso acerca da natureza jurídica da atividade advocatícia. Uns reputam-na de cunho privado, outros sustentam-lhe viés público não se podendo esquecer daqueles que dizem tratar-se de algo híbrido.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

<sup>87</sup> LIVIANU, Roberto. **Reflexões acerca da ética e das prerrogativas dos advogados**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 93, p. 82, set. 2007.

<sup>88</sup> BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado**. 4 ed. São Paulo: Forense, 1992. p. 341.

<sup>89</sup> SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 105.

De toda sorte, tem-se que a advocacia possui caráter indispensável tal como disposto no art. 133 da Constituição Federal brasileira de 1988: o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.<sup>90</sup>

O princípio da indispensabilidade não foi posto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional. Sua *ratio* é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.<sup>91</sup>

A propósito, a Lei Federal nº. 8.906, de 04 de julho de 1994, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, estabelece que:

Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.  
§ 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Ainda de acordo com o sobredito Estatuto, em seu art. 58, V, preconiza que:

Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:  
I a IV – *Omissis*;  
V - fixar a tabela de honorários, válida para todo o território estadual.

Por seu turno, o Código de Ética e Disciplina da OAB, a teor do disposto nos arts. 5º e 41, estabelece, respectivamente, que:

Art. 5º. O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

[...]

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.

Vê-se, portanto, que o Código de Ética da OAB surge com uma busca à luta pelos valores éticos do ser humano, na crença de que o advogado tem o dever indeclinável de ser um vanguardista da ação ética, cravando o princípio da incompatibilidade do exercício da advocacia com o procedimento de mercantilização.

Nesse tocante, convém, novamente, trazer à baila as lições de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem:

Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração

<sup>90</sup> Vide: Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 e alterações posteriores.

<sup>91</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código de Ética da OAB**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

disciplinar punível com a sanção de censura (art.36 da Lei nº. 8.906/94) se outra mais grave não for aplicável.<sup>92</sup>

A preocupação com a ética, em primeiro lugar, funda-se na constatação que a conduta dentro dos seus padrões é o que confere ao advogado a legitimidade para exigir respeito aos seus direitos e prerrogativas.<sup>93</sup>

Destarte, oportuno consignar que o Estatuto da Advocacia indica, como infração do art. 34, inciso IV: “angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros”.

A esse respeito, ainda nas lições de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Para o Estatuto, nenhuma forma de captação de clientela é admissível: o advogado deve ser procurado pelo cliente, nunca procurá-lo. A inculcação dá-se sempre de modo prejudicado à dignidade da profissão, seja quando o advogado se oferece diretamente ao cliente em ambientes sociais, auto promovendo-se, seja quando critica o desempenho de colega que esteja com o patrocínio de alguma causa, seja, ainda, quando se utiliza dos meios de comunicação social para manifestações habituais sobre assuntos jurídicos. Decidiu a Segunda Câmara do CFOAB (Proc. 2.299/2001/SCA) que essa infração é “de natureza formal, que independe da ocorrência do resultado para a sua consumação”.<sup>94</sup>

Para o mesmo norte, aliás, na defesa dessas prerrogativas, ruma o escólio Floriano Azevedo Marques Neto:

É justamente essa incompatibilidade que fundamenta alegações no sentido de que todo e qualquer serviços advocatício seria de natureza singular, justificando, destarte, a sua contratação direta. Para essa corrente, a advocacia estaria impregnada de engenho e arte profissional, o que caracterizaria uma atividade “dotada de singularidade subjetiva”.<sup>95</sup>

O aludido autor advoga contrariamente à realização de licitação pública para contratação de advogados, *in verbis*:

O que desejei ressaltar é que a tese da obrigatoriedade de submeter a contratação de advogado a certame licitatório atende a interesses secundários em grande medida voltados a aviltar a advocacia. Não se trata, insisto, de um entendimento isolado ou dirigido a coibir abusos. Trata-se, isso sim, de uma estratégia deliberada para, a um só tempo, aviltar a advocacia (transformando-a num serviço vulgar, fungível, a ser contratado pelo menor preço na bacia das almas) e a constranger a atuação dos advogados, mormente os especializados na lida do direito público, mantendo sobre eles uma permanente espada, sempre pronta a ser

<sup>92</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código de Ética da OAB**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 196.

<sup>93</sup> FILHO, Miguel Teixeira. **Manual dos Direitos e Prerrogativas do Advogado**. Disponível em: <<http://www.prerrogativas.org.br/wp-content/uploads/download-manager-files/cartilha-sc-joinville.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

<sup>94</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código de Ética da OAB**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

<sup>95</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Ética e Prerrogativas do Advogado**. Revista do Advogado. São Paulo, v 93, pp. 39-42, 2007. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=19&artigo=826&l=pt#>>. Acesso em 09 de março de 2016.

baixada caso sua atuação crie incômodos, sempre que a orientação ou patrocínio do poder e do agente públicos sirvam de óbice a interesses corporativos ou pessoais. Quando isso se verifica, colocam-se à prova as prerrogativas profissionais. Mais ainda: está a prova a própria existência da advocacia exercida com liberdade, autonomia, dedicação e sem mercancia, como manda o nosso Estatuto.<sup>96</sup>

O Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de São Paulo (OAB/SP) consignou registro acerca da matéria, cujo teor transcreve-se a seguir:

**LICITAÇÃO – LEI Nº 8.666/93, QUE REGULAMENTA O ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – CONDIÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS DA DISPENSA (ARTIGO 24) E DE COMPROVAÇÃO HÁBIL, PARA A INEXIGIBILIDADE (ARTIGO 25), EM FACE DA NATUREZA SINGULAR DOS SERVIÇOS TÉCNICOS NECESSITADOS E SE TRATAR DE PROFISSIONAL DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – CRITÉRIO ACEITÁVEL PELA EVIDENTE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO LICITATÓRIA – PRESSUPOSTO DA EXISTÊNCIA DA NECESSÁRIA MORALIDADE DO AGENTE PÚBLICO NO ATO DISCRICIONÁRIO DE AFERIÇÃO DA NOTORIEDADE DO CONCORRENTE E NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS MODERADOS (ARTIGO 36 E INCISOS I A VIII DO CÓDIGO DE ÉTICA DA OAB) – PREGÃO - DECRETO 3.555/00 – NÃO INCLUSÃO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AVILTAMENTO DOS HONORÁRIOS E DA PROFISSÃO.** A administração pública deve priorizar basicamente o serviço mais vantajoso ou conveniente para si, que não se aquilata simplesmente pelo 'menor preço' mas, antes, pela notoriedade do advogado. Demonstradas a singularidade dos serviços técnicos necessitados, a notória especialização profissional e respeitada a moderação dos honorários advocatícios, não fere a ética o profissional que contrata com o Ente Público ou empresa de economia mista sem o certame licitatório. A modalidade 'pregão' (Decreto 3555/00), cujo termo tem sinonímia com 'leilão', por sua forma e natureza, afronta a dignidade da advocacia. Ademais o Decreto não inclui a advocacia dentre os serviços comuns.<sup>97</sup>

Destarte, em 17/09/2012, o Conselho Federal da OAB editou a Súmula 04/2012/COP, reconhecendo a inviabilidade objetiva da licitação, com o seguinte enunciado:

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

Com efeito, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB tem entendido não ser cabível a realização do evento licitatório para contratação de advogados. Nesse

<sup>96</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Singularidade da Advocacia e as ameaças às Prerrogativas Profissionais.** Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: < [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=69](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69)>. Acesso em 15 de março de 2016.

<sup>97</sup> Precedentes: Processos nºs 1.062/94, 2.394/01, 3.057/04 e 3.282/06 (Processo nº E – 3.474/2007. Consulente: Conselho Seccional da OAB/SP. Relator: Benedito Edison Trama. Revisor: Carlos José Santos da Silva – Tribunal de Ética e Disciplina)

sentido, vale reproduzir a manifestação do Conselho Federal da OAB, nos seguintes termos:

Não se exige qualquer processo licitatório para contratação de serviços profissionais de natureza advocatícia por parte de órgãos e agentes da administração pública, devendo esta função ser exercida tão somente por advogados habilitados. O entendimento foi ratificado durante a sessão do Pleno da OAB, que examinou a matéria com base no voto do relator, o conselheiro federal da entidade pelo Ceará, Jorge Hélio Chaves de Oliveira, aprovado à unanimidade.<sup>98</sup>

Em tese, para a OAB, a disputa entre licitantes advogados, por preços mais reduzidos -, aparentemente, violaria os arts. 58, inciso V, e 34, inciso IV, da Lei 8.906/94, c/c os arts. 5º e 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Ademais, entende a Ordem dos Advogados do Brasil que não é aceitável o advogado submeter-se a um procedimento licitatório, máxime, ao pregão, tendo em face que há possibilidade de dar lances diminuindo o valor da proposta escrita.

Portanto, na visão da OAB, a única forma legítima de contratação de advogado seria por meio da inexigibilidade (art. 25, II, c/c art. 13, V, da Lei nº. 8.666/1993).

Em linhas transversas, percebe-se que, aos olhos da OAB, tal linha de pensamento hostiliza a ideia do menor preço em certame licitatório, vez que o trabalho intelectual do advogado seria mensurado segundo esse critério (menor preço ofertado).

Não obstante, saliente-se que algumas vozes se levantam, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, contra o posicionamento adotado e defendido pela Ordem dos Advogados do Brasil, conforme será demonstrado adiante.

## **2.2 Possibilidade de licitação para a contratação de advogados.**

A despeito da generosa defesa da OAB no respeitante à impossibilidade de submeter os advogados à concorrência em processos licitatórios, sob o argumento de que, repise-se, tal situação violaria dispositivos do Código de Ética da Ordem dos Advogados, mister destacar que tal defesa se justifica, apenas, ante a necessidade de fortalecimento dos interesses da Advocacia, não encontrando, verdadeiramente, amparo legal.

---

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Jorge Hélio Chaves de. **Administração pública não precisa de licitação para contratar advogado**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia/15466/administracao-publica-nao-precisa-de-licitacao-para-contratar-advogado>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

Até mesmo porque, a premissa de que a participação em licitação pública representaria situação vexatória, incompatível e, portanto, inadmissível aos que militam na advocacia não é convincente, eis que a regra geral, na administração pública, é a realização do devido procedimento licitatório, justamente a fim de que o interesse privado não se sobressaia em detrimento do interesse público.

Cuida-se, pois, de ideia temerária defendida pela OAB, tendo em face tratar-se de argumento tendencioso, o qual visa prestigiar interesses estritamente particulares, vale dizer, da classe dos causídicos, legando, por via de consequência, a segundo plano o interesse público.

Portanto, refutam-se as teses da OAB. A propósito, tal discussão já foi enfrentada no âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU, o qual prolatou Acórdão impondo maior rigor e critérios aos órgãos que pretendem formalizar procedimento de inexigibilidade para fins de contratar serviços advocatícios, e mais, reconhecendo e recomendando, de forma expressa, a realização do devido processo licitatório visando a contratação dos sobreditos serviços quando não preenchidos, cabalmente, os requisitos autorizadores da inexigibilidade. Confira-se:

Apresente prévias justificativas, quando das contratações de **serviços advocatícios** por inexigibilidade de licitação com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993, e caracterize, de forma individualizada, a natureza singular dos serviços objeto de cada ação judicial, bem assim justificativa de preço a ser contratado, consoante prescrito no *caput* e inciso II do art. 26 da citada lei. **Realize o devido certame licitatório para fins de contratação de serviços advocatícios de acompanhamento das ações judiciais que não sejam, de forma inequívoca, caracterizados como serviços de natureza singular, permitindo-se a continuidade do mencionado contrato pelo tempo estritamente necessário à realização da referida licitação.**<sup>99</sup> (Grifos não constantes do original)

Nesse sentido, traz-se a lume a explanação de Alex Pereira Menezes, o qual se manifesta contrariamente à ideia defendida pela OAB, ao tempo em que a considera preocupante, pois, segundo o autor, ela representaria uma burla ao comando constitucional de realizar o devido processo licitatório:

Esse conjunto de pensamentos, acaso plenamente aceitos, possui serventia, *mutatis mutandis*, como ímpeto de defesa na inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços inerentes a diversas profissões atualmente existentes no mercado de trabalho brasileiro, causando uma verdadeira confusão, por inverter, na prática, o que haveria de ser, segundo a Carta Magna, uma regra em uma exceção e vice-versa.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Nesse sentido, entre outros: **TCU. Acórdão 1299/2008 - Plenário**. Rel. Ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 02.07.2008.

<sup>100</sup> MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & Contratação de Advogado pela Administração Pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 69.

Legitimando o raciocínio até aqui explanado e corroborando o fato da indispensabilidade da comprovação da natureza singular do objeto e da notória especialização do contratado, indicando, claramente, a excepcionalidade da contratação direta, cumpre transladar o entendimento consagrado na Súmula 39 (Nova Redação) do TCU, a qual encontra-se, diga-se de passagem, plenamente vigente:

**A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular**, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.<sup>101</sup> **(Grifos e Destaques Nossos)**

Temendo ser exaustivo, mas em homenagem aos detalhes necessários, exsurge, na esteira dos argumentos precedentemente lançados, o enunciado do Acórdão 1208/2009 – TCU, motivo pelo qual faz-se oportuno reproduzir:

**Abstenha de contratar serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, quando não restar efetiva e formalmente demonstrada a inviabilidade de competição** a que se refere o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.<sup>102</sup> **(Sem os destaques no original)**

Ora, perceba-se que o próprio Tribunal de Contas da União ao recomendar expressamente a não instauração de inexigibilidade quando não comprovada a inviabilidade de competição, reconhece, implicitamente, a possibilidade de haver competição entre advogados, leia-se, a possibilidade do evento licitatório, tendo em vista que é lícita, por força da situação fática de viabilidade de competição, a realização da regular licitação.

Na realidade, é de bom alvitre ressaltar que é assente o entendimento da Egrégia Corte de Contas do Brasil, no sentido de que deve-se realizar a licitação para os serviços advocatícios quando não preenchem os requisitos delineados na Lei nº. 8.666/1993, aptos a justificar a contratação direta. Confira-se a dicção da aludida decisão, da lavra do Auditor Augusto Sherman Cavalcanti:

**Considerando a sólida e numerosa jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido da necessidade de licitação para contratação de serviços advocatícios**; [...] Considerando que as demais impropriedades verificadas nos autos são de natureza formal, para as quais cabe a efetivação de determinações e recomendações de caráter corretivo; ACORDAM, os Ministros do Tribunal de Contas da União, em julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis supracitados, dando-

<sup>101</sup> Enunciado da **Súmula 39 (Nova Redação)** do Tribunal de Contas da União - TCU

<sup>102</sup> Nesse sentido, entre outros: **TCU. Acórdão 1208/2009 – 2ª Câmara**. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 03.06.2009.

lhes quitação e fazendo-se as seguintes determinações e recomendação sugeridas nos pareceres emitidos nos autos: [...]

**9.1.determinar a Emgepron que proceda ao devido processo licitatório para contratação de serviços advocatícios, conforme os ditames da Lei nº. 8.666/93, vindo a adotar as medidas necessárias a descontinuidade do contrato decorrente do Processo de Inexigibilidade n. 071/2005 e seus eventuais aditivos, se ainda em vigor, com manutenção dos serviços contratados tão-somente pelo tempo em que perdurarem as causas atualmente patrocinadas pelo escritório advocatício contratado, bem como daqueles instrumentos contratuais que, celebrados por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação, tenham por objeto a prestação de serviços de consultoria e assessoramento jurídico ou serviços advocatícios de representação judicial e extrajudicial da Emgepron que não satisfaçam as condições previstas nos arts. 24 e 25 da Lei no. 8.666/93 a luz da jurisprudência deste Tribunal** a respeito, a exemplo, dentre outras deliberações, dos Acórdãos n. 103/2004, 1.833/2004, 393/2005, 274/2006, 552/2006, 1.929/2006 e 571/2007, todos do Plenário.<sup>103</sup> **(Grifou-se)**

Nessa toada, merece especial destaque a jurisprudência da Corte Federal de Controle, a qual pontua - explicitamente -, que as contratações fundadas no art. 25, II, c/c art. 13, V, da Lei nº. 8.666/1993, devem ostentar, concomitantemente, os 03 requisitos legais, conforme se extrai do enunciado da Súmula nº 252, da sua jurisprudência uniforme:

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.<sup>104</sup> **(Grifos Nossos)**

Portanto, sobressai patente que a inexigibilidade somente é permitida em casos excepcionais, ou seja, naqueles em que restarem presentes todos os requisitos que autorizam a inexigibilidade.

Dito de outro modo, somente será permitida a inexigibilidade para contratar serviços advocatícios se: (a) se a causa apresentar complexidade, (b) se houver singularidade do objeto e, (c) notória especialização do profissional, com base no art. 25, II, c/c art. 13, inciso V (patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas).<sup>105</sup>

Assim, imperioso ressaltar que o entendimento prolatado pelo TCU vem sendo respeitado pelos 26 (vinte e seis) Estados brasileiros, bem como pelo Distrito Federal, conforme se depreendem dos julgados colacionados em anexo<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> Nesse sentido: **TCU. Proc. TC 012.006/2003. Acórdão 4255/2008 – 2ª Câmara.** Rel. Auditor: Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 01.07.2008.

<sup>104</sup> Nesse sentido: Enunciado da **Súmula 252** do Tribunal de Contas da União - TCU

<sup>105</sup> Nesse sentido: Diversos julgados colacionados ao presente trabalho – *vide* Anexo Único

<sup>106</sup> Nesse sentido: Diversos julgados colacionados ao presente trabalho – *vide* Anexo Único.

Aperceba-se, ademais, que orientação da mais abalizada doutrina é no sentido de que a licitação para a contratação de serviços advocatícios continua sendo regra geral. Nesse sentido merece especial menção o seguinte excerto da manifestação de Joel de Menezes Niebuhr:

[...] em que pese o debate, **a inexigibilidade de contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública não pode ser a regra**. A inexigibilidade é admitida até mesmo em razão da natureza e da especificidade da atividade jurídica. Entretanto, ela depende do atendimento de dois pressupostos, objetivos e subjetivos, da mesma forma do que todas as demais contratações fundadas no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.<sup>107</sup> **(Grifos não constantes do original)**

De igual modo, adverte Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “A contratação direta não deve ser a regra e, por esse motivo, recomendações como as formuladas pelo TCU, ao governo, devem constituir permanente alerta aos dirigentes da Administração Pública”.<sup>108</sup>

Nessa senda, manifestou-se o então Ministro-substituto do TCU, Lincoln Magalhães Rocha: “As exceções devem ser adotadas com muita cautela para que não prolifere a corrupção estimulada pelas preferências imotivadas”.<sup>109</sup>

Com efeito, ainda de acordo com o sobredito autor, “o gestor tem a ilusão de que a contratação direta é sempre o caminho mais eficaz da melhor e mais célere contratação”.<sup>110</sup>

Outrossim, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes reconhece que o instituto da contratação direta, por ocasião de várias contratações, é utilizado de forma distorcida e ilegal, tendo a finalidade precípua e repreensível de burlar a legislação, a qual, repita-se, impõe a realização do devido processo licitatório.

Pelo trabalho e complexidade dos procedimentos licitatórios e o tempo que normalmente demandam, é fato incontestável que o administrador público busca normalmente fugir à realização do processo licitatório, elastecendo demais os termos utilizados pelo legislador ou abandonando alguns dos requisitos legais dos dispositivos que autorizam a contratação direta. A

<sup>107</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117.

<sup>108</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; inexigibilidade de licitação; procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 155.

<sup>109</sup> Nesse sentido: **TCU. Proc. TC 575.972/1991**. Rel. Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Sessão de 02.02.1993.

<sup>110</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; inexigibilidade de licitação; procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151.

descrença na eficácia do instituto da licitação, a falta de treinamento dos recursos humanos envolvidos nas Comissões de Licitação e a impunidade frequente para os que violam as prescrições sobre o tema foram fatores que contribuíram para a formação, em determinados setores, dessa visão distorcida.<sup>111</sup>

Joel de Menezes Niebuhr teceu críticas acerca da Súmula 04/12/COP da OAB, admitindo, inclusive, a possibilidade de realização da licitação para contratar serviços jurídicos:

A sobredita súmula é equivocada ao excluir de antemão qualquer possibilidade de licitar serviços jurídicos, por efeito do que sempre seriam contratados por meio de inexigibilidade. **Nem todo serviço jurídico é singular. Por exemplo, o assessoramento jurídico de questões cotidianas de um órgão administrativo não se reveste de singularidades e, pois, se fosse para ser contratado com terceiros, teria que ser licitado.** Ademais, exigida a prova de qualificação e experiência dos advogados interessados em contratar com a Administração, é bem possível selecioná-los por meio de licitação.<sup>112</sup> **(Grifou-se)**

Isso porque, o instituto na Inexigibilidade, em seu mais puro sentido, corresponde àquilo que deixa de ser exigível, que não é obrigatório ou compulsório. Segundo Jessé Torres Pereira Junior:

**Licitação inexigível equivale à licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição.**

[...]

As hipóteses formuladas na lei não geram presunção *juris et de jure*, porque estão submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que afirma, além de qualquer dúvida razoável, que a licitação é inexigível “quando houver inviabilidade de competição”; por conseguinte, havendo viabilidade de competição, é exigível a licitação, impondo-se à autoridade verificar, mesmo em face das hipóteses descritas nos incisos, se a competição, nas circunstâncias do caso concreto, é ou não viável; não sendo, não haverá o que licitar; **sendo, deve licitar**; logo, a inexigibilidade presumida nas hipóteses da lei admite prova factual em contrário quanto à inviabilidade da competição, daí ser *juris tantum*. [...]

A inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável. <sup>113</sup> **(Grifos não constantes do original)**

Outra elucidativa decisão do Tribunal de Contas da União não pode ser olvidada, concernente à impossibilidade de o serviço jurídico ser terceirizado quando puder ser desempenhado pelo órgão jurídico da unidade. Ou seja, se o órgão

<sup>111</sup> JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta.** 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 152-153.

<sup>112</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117.

<sup>113</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública.** 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 301.

dispuser de quadro próprio de advogados aptos a desempenhar ditos serviços, há óbice à terceirização: Veja-se o seguinte trecho:

[...]

23. Alegaram os responsáveis que o SEBRAE, por meio da Resolução CDN nº 038/91, decidiu dar ênfase à contratação de serviços de terceiros, razão pela qual as tarefas atribuídas à **Coordenação Jurídica** foram acometidas a pessoa jurídica contratada para atender a toda demanda jurídica da Entidade, sem, contudo, ter havido supressão das atribuições daquela Coordenação.

24. Os próprios responsáveis reconhecem que tarefas que cabem à Coordenação Jurídica vêm sendo realizadas por terceiros (fl. 95 - vol. I). Por outro lado, não houve demonstração de que houvesse justa razão para esse fato. Assim, ainda que, por hipótese, se entenda que o SEBRAE não integre a Administração Pública, não é razoável pagar, com recursos públicos, diga-se de passagem, por serviços pelos quais há, na própria estrutura da Entidade, órgão para realizá-los. **25. Dessa forma, impõe-se determinar ao SEBRAE que se abstenha de celebrar contratos cujo objeto possa ser formal e materialmente prestado pela Coordenação Jurídica da Entidade, de acordo com os normativos que lhe são aplicáveis.**<sup>114</sup> (Grifos Nossos)

Outro não é o escólio de Joel de Menezes Niebuhr, o qual advoga no sentido de que só é permitido contratar serviços jurídicos, via inexigibilidade, em casos excepcionais e singulares. Segundo o prefalado autor, se se cuidarem de demandas corriqueiras, ordinárias, tais serviços devem ser prestados pelos procuradores do ente.

Se há corpo jurídico próprio, **somente é lícito contratar serviços jurídicos de terceiros em casos excepcionais, verdadeiramente singulares, que fogem do padrão normal das causas e assuntos tratados ordinariamente por seus procuradores.** A contratação de novos advogados estranhos ao corpo jurídico da entidade pressupõe o reconhecimento da *incapacidade* ou *inadequação* dos presentes para aportar aos fins visados pela Administração Pública. Se os mesmos fossem *capazes* ou *adequados* para prestarem o serviço, seria um disparate fazer com que a Administração Pública arcasse com os custos da contratação de novos profissionais.<sup>115</sup> (Grifou-se)

Dentro de tudo quanto se disse, um dos equívocos mais frequentes cometidos pela Administração Pública concerne à contratação através de inexigibilidade de licitação pública de profissionais realmente detentores de notória especialização para serviços que não ostentem natureza singular, porém ordinária, que podem ser prestados por qualquer advogado habilitado e que, por consequência, não demandam a intervenção dum notório especialista.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Nesse sentido: TCU. Proc. TC 9373/1996-9. Decisão nº 296/1998 – 2ª Câmara. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 12.11.1998.

<sup>115</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 114.

<sup>116</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 115.

Acerca desse pressuposto, ressalta Joel de Menezes Niebuhr que:

O primeiro pressuposto pode ser denominado de *objetivo*, residente na natureza singular do serviço a ser contratado. Não é qualquer serviço que enseja a inexigibilidade, uma vez que aqueles rotineiros, prestados com o mesmo padrão por número razoável de pessoas, não requerem a contratação de especialista. [...]

Tais serviços podem ser prestados por quaisquer profissionais, desde que capacitados, sendo perfeitamente possível compará-los de modo objetivo, pelo que **não se vislumbram justificativas bastantes para excepcionar a obrigatoriedade de licitação pública**, tal qual disposta na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.<sup>117</sup> **(Sem os destaques no original)**

Deveras, é inconteste que existe, na legislação brasileira, a possibilidade de realização de algumas contratações de forma direta. Contudo, a lei é lacunosa, de modo que os agentes públicos dela se utilizam para notadamente praticar excessos e ilegalidades. Nesse sentido é oportuno destacar que:

Ainda que a legislação brasileira preveja expressamente a possibilidade e a necessidade de que algumas contratações não sejam precedidas de licitação pública, um conhecido histórico de abusos e excessos torna o enfrentamento da matéria uma prática tormentosa. Esses abusos e excessos são perpetrados tanto pela Administração Pública como pelos órgãos de controle. **Não há como negar que a discricionariedade, característica afeita às contratações diretas, é exercida muitas vezes de forma arbitrária pelos agentes públicos. Ou seja, para além da legalidade e impulsionados por motivos escusos, alguns agentes públicos se valem da possibilidade de contratação sem licitação para privilegiar seus próprios interesses.**<sup>118</sup> **(Grifos e Destaques Nossos)**

Dito de outra forma, tal expediente, ou seja, a não realização da licitação, representa, em um sem número de casos, um atalho para contratações viciadas, fundadas por critérios e interesses estritamente pessoais do agente público, os quais dizem respeito a sua vida privada e não por critérios afeitos ao interesse público.

Nesse viés, pondera Dr. Alex Pereira Menezes:

(...) há que se ter atenção e parcimônia nas decisões que autorizem a contratação direta em situações concretas não enquadradas rigorosamente aos casos legais expressos, sob pena de restar configurada a sanção penal fixada no art. 89 do Diploma das Licitações.<sup>119</sup>

Esse entendimento também encontra respaldo na doutrina de Fernando Anselmo Rodrigues:

Apesar de a contratação nessas hipóteses se dar diretamente com a Administração, sem prévio processo licitatório, não significa que pode ser

<sup>117</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 170.

<sup>118</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação pública**. Curitiba: Zênite, 2015. p. 15.

<sup>119</sup> MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & Contratação de Advogado pela Administração Pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 69.

feita aleatoriamente. A Administração deve buscar sempre o que lhe for melhor e mais vantajoso, com o objetivo de obter melhores preços e condições. O artigo 25, § 2º da Lei de Licitações estabelece que, se ficar comprovado o superfaturamento nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, tanto o prestador de serviço quanto o agente público responderão solidariamente pelos prejuízos causados.<sup>120</sup>

Assim, reitera-se, à exaustão, que a regra geral é proceder à licitação e que a exceção é a contratação direta, leia-se, a contratação sem o procedimento licitatório, ficando tal hipótese (exceção), aliás, reservada tão-somente àqueles casos em que a competição seja efetivamente inviável, impossível, e, logicamente, àqueles que ostentem os requisitos exigidos na legislação pertinente, aptos a fundamentar a contratação por inexigibilidade de licitação, sob pena de patente ilegalidade.

Na prática, as contratações diretas por inexigibilidade de licitação ensejam uma inversão na presunção da legalidade dos atos administrativos, sobretudo porque tais atos são voltados à atuações mais discricionárias por parte do agente público, o qual maneja a inexigibilidade de licitação para formalizar contratos que visam atender tão-somente necessidades particulares, configurando evidente ilicitude. Nesse sentido, ressalte-se que:

É exatamente o caso das contratações diretas por inexigibilidade de licitação, em que existe uma grande dificuldade para conferir segurança ao processo de contratação. Existe uma espécie de desconfiança sobre todas as contratações diretas, como se houvesse uma presunção de que a ausência de licitação corresponde a prática de corrupção.<sup>121</sup>

O Administrador público não pode contratar segundo os seus critérios, visto que se assim o fizesse estaria perpetrando atos imorais e ilegais, ou seja, na contramão da expectativa depositada pela sociedade a um agente público que lida com a “res pública”. Nessa senda, merece particular atenção a manifestação de Alex Pereira Menezes:

Ao se permitir a escolha do profissional contratado ao talante do gestor público, torna-se possível a prevalência, na decisão, de motivos íntimos e subjetivos, que nem sempre se coadunam com o interesse público em ofertar oportunidades iguais a todos os advogados interessados. Esta igualdade de chances advirá com a realização do procedimento licitatório na modalidade apropriada, havendo viabilidade de competição inexistem óbices à realização do certame. Ademais, a tomada de decisão movida

---

<sup>120</sup> VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Licitações e Contratos Administrativos: Temais atuais e controvertidos**. São Paulo: RT, 2002. p. 187.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação pública**. Curitiba: Zênite, 2015. p. 16.

exclusivamente pelo seu bel prazer não encontra amparo nos valores morais que a sociedade espera de um administrador público.<sup>122</sup>

Sendo assim, em que pese a franca defesa da classe advocatícia, inclusive por meio do seu Conselho Federal, conforme Súmula retro transcrita, é forçoso concluir que melhor sorte não socorre a OAB, visto que é perfeitamente possível o evento licitatório visando a contratação de serviços advocatícios, mormente quando tratar-se de demanda corriqueira, comum, sem complexidade, dado que nela pode haver pluralidade de pessoas capazes de prestarem o serviço pretendido pela Administração Pública.

Registre-se, ademais, que a formalização de inexigibilidade sem o devido preenchimento de todos os requisitos delineados na Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas alterações posteriores, configura crime constante do art. 89 do aludido diploma legal, o qual prevê pena de detenção de 03 a 05 anos e multa.<sup>123</sup>

Exsurge, dentro dessa sistemática, a necessidade de realizar o regular processo licitatório visando a contratação de empresas e/ou profissionais que reúnam as condições necessárias para satisfação do interesse público, bem como a fim de assegurar a todos os interessados igualdade de condições no fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços para a Administração Pública.

A par disso, impende consignar e deixar nítido, que procedimento administrativo sem a observância dos ditames legais estaria maculado pela pecha da inconstitucionalidade, uma vez que não só ultrapassaria os limites da discricionariedade, razoabilidade, mas também da legalidade, nos termos do *caput* do art. 37 da CF/1988.<sup>124</sup>

Saliente-se, de mais a mais, que o administrador público deve pautar seus atos no interesse público, mantendo o zelo com os recursos disponíveis, devendo

---

<sup>122</sup> MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & Contratação de Advogado pela Administração Pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 87.

<sup>123</sup> A Lei nº 8.666/1993 dispõe nos seguintes termos: Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

<sup>124</sup> Nesse sentido, Constituição Federal do Brasil de 1988: art. 37, *caput*: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” , também, ao seguinte: [...] 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**[...].

apenas contratar se o preço for compatível com o praticado no mercado. Sobre o tema, é relevante salientar que:

Para robustecer a tese, há que se lembrar que a Administração Pública rege-se, sobremaneira, pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Por conseguinte, **através da regra constitucional do procedimento licitatório – com oportunidades isonômicas a todos os advogados interessados – viabilizar-se-á o atendimento do interesse público almejado em contratar a proposta mais vantajosa para a Administração, sem ferir a impessoalidade e nem extrapolar com exorbitância os valores médios locais cobrados pelos serviços advocatícios.** O interesse meramente privado do gestor em autorizar a contratação direta sem permissão legal ou do advogado em ser contratado sem disputa numa licitação pública certamente deve sucumbir ante o interesse da Administração Pública em respeitar o mandamento constitucional.<sup>125</sup>

Pontofinalizando, conclui-se que o Estatuto da OAB e o Código de Ética não podem, em hipótese alguma, estabelecer exceções à Lei de Licitações e Contratos, até mesmo porque, nos termos do art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal do Brasil, somente a União detém competência para legislar acerca de normais gerais de licitações.

---

<sup>125</sup> MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & Contratação de Advogado pela Administração Pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

## CAPÍTULO III

### CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS ATRAVÉS DO PREGÃO

#### 3.1 Qualificação do Serviço Advocatício

Tendo em vista o reconhecimento da sujeição do serviço jurídico à realização de licitação pública, resta averiguar o cabimento do manejo da modalidade pregão como instrumento hábil a permitir a contratação de serviços jurídicos.

A expressão “serviço” é conceituada pela doutrina como “a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual) produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário”.<sup>126</sup>

A Lei de licitações, no seu art. 6º, II, define que os trabalhos técnicos profissionais são considerados “serviços”, *in verbis*:

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

I - *Omissis*;

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

[.....]

Por seu turno, o art. 13, da mesma lei, estabelece rol dos serviços considerados técnicos profissionais especializados, entre os quais encontram-se os serviços prestados por advogados, *in verbis*:

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

I a IV - *Omissis*

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[.....]

Assim, a partir da leitura dos dispositivos supra, percebe-se que os serviços executados por advogados, em regra, enquadram-se na categoria de serviços profissionais especializados.

Contudo, advirta-se, de antemão, que se a natureza da ação, ou seja, acaso o serviço pretendido pela Administração Pública não envolva complexidade, se a

---

<sup>126</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2011. p.199.

demanda judicial for corriqueira, comum, ordinária, deve a Administração Pública realizar o regular processo licitatório com fins de contratar os serviços técnicos, posto que qualquer profissional da advocacia poderá executá-lo. A propósito, Joel de Menezes Niebuhr assevera:

Nessa perspectiva, **não basta que o profissional seja reputado notório especialista**, porque, antes de levá-lo em consideração, **é essencial que o serviço visado requeira os préstimos de alguém assim qualificado**. Por exemplo, com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, **não é lícito contratar jurista afamado, sem proceder à licitação pública, para propor ação de natureza rotineira, que poderia ser proposta por qualquer outro advogado**.<sup>127</sup> (Grifos não constantes do original)

Evidencie-se, ainda, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a temática em tela, segundo o qual, mesmo que se exija, para deslinde de uma questão, um profissional especializado, caso a demanda seja corriqueira, ordinária, deve a Administração Pública realizar o evento licitatório:

Em face do inciso II do art. 13 (contratação de profissional de notória especialização), pode-se propor a seguinte indagação: basta que o serviço esteja arrolado entre os previstos no art. 13 e que o profissional ou empresa sejam especializados para que se configure ou é necessário algo mais, isto é, que nele sobreleve a importância de sua natureza singular?

[...]

**Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão para postergar-se o instituto da licitação.** Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido. Veja-se: 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 absurdo se o fizesse.<sup>128</sup> (Grifos Nossos)

Para o mesmo norte, aliás, ruma a opinião de Adilson Abreu Dallari, segundo o qual existem serviços técnicos que podem ser executados por vários profissionais, de tal sorte que a tecnicidade não deve justificar a contratação sem licitação. Nesse sentido, cumpre asseverar que:

**Nem todo serviço técnico especializado enseja a pura e simples dispensa de licitação. Existem serviços que, não obstante requeiram acentuada habilitação técnica, podem ser realizados por uma pluralidade de profissionais ou empresas especializadas, indistintamente.** A dispensa de licitação só poderá ocorrer quando um serviço técnico se torna singular, ou seja, quando o fator determinante da contratação for o seu executante, isto é, quando for indiferente ou

<sup>127</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 111.

<sup>128</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 568 e 569.

irrelevante a pessoa, o grupo de pessoas ou a empresa executante.<sup>129</sup>  
**(Grifou-se)**

De igual sorte, calha, às inteiras, a lição do Procurador-Geral junto à Corte de Contas Federal, Dr. Lucas Rocha Furtado, o qual adverte que a regra da licitação deve incidir mesmo sobre a contratação dos ditos serviços técnico-profissionais especializados, os quais, em regra, são invocados para consubstanciar a contratação direta de advogados.

**Devemos deixar evidente, portanto, que não é apenas o fato do serviço a ser contratado ser considerado técnico-profissional especializado que justificará a contratação sem licitação**, por inexigibilidade. [...] **Lembramos, mais uma vez, que a regra é a obrigatoriedade da licitação; a exceção, a contratação sem licitação. Assim, a contratação de qualquer serviço, inclusive dos indicados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, deve ser precedida da devida licitação.** Situações especiais, e muito bem motivadas, permitem, no entanto, em caráter excepcional, a contratação sem licitação, conforme examinamos acima. Havendo dúvida acerca da efetiva necessidade de ser contratada empresa ou profissional, sem licitação, sob o fundamento da notória especialização, é de todo aconselhável que se elabore edital e que se proceda à licitação.<sup>130</sup> **(Grifos não constantes do original)**

Quer-se dizer com isso que, em que pese um serviço ser enquadrado na condição de técnico-especializado, este pode ser de pouca, quiçá, de nenhuma complexidade, isto é, rotineiro, banal, ordinário, devendo ser manejada a devida licitação, posto que se for comum, há que se falar em viabilidade de competição pelo que se impõe a instauração do devido processo licitatório visando a contratação do serviço pretendido pela Administração Pública, a fim de, inclusive, propiciar lisura a contratação, à medida em que todos os advogados concorrerão em pé de igualdade.

Isto posto, verifica-se, sem embargos, que muito embora os profissionais da advocacia sejam considerados profissionais técnico-especializados, essa condição, por si só, não os credencia a se abster de participar de certames licitatórios, nem afirmar que a participação em licitação configura situação degradante, sob a frágil e inconsistente argumentação de violação ao Código de Ética e Disciplina da OAB.

Desta feita, forçoso afirmar que há totais possibilidades de licitar serviços técnicos especializados, inclusive alguns desempenhados pelos causídicos, sobretudo se os serviços não envolvam extrema complexidade, de modo que qualquer profissional habilitado poderá propor a ação.

<sup>129</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.50.

<sup>130</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 170 e 171.

### 3.2 Possibilidade de contratar serviços de advogado pelo pregão

Consoante ilustrado em capítulo e tópicos precedentes, a conceituação de bens e serviços comuns a que alude a Lei do pregão, para a doutrina pátria é tida como expressão denominada de conceito jurídico indeterminado, tendo em vista que seu entendimento dependerá da subjetividade do interlocutor.

Destacou-se, ademais, que o TCU evoluiu no respeitante ao entendimento do que vem a ser a terminologia bens e serviços comuns, considerando, a propósito, até mesmo alguns serviços complexos como comuns, de modo que perfeitamente licitáveis à luz da modalidade pregão.

Isso porque, sem laivo de dúvidas, a modalidade pregão, em razão dos evidentes benefícios que ela tem trazido à Administração Pública, representa uma ferramenta extremamente hábil e efetiva para a formalização de instrumentos contratuais realmente democráticos, isonômicos, transparentes e legítimos.

Cuida-se, pois, de modalidade licitatória que, notadamente, mitiga a ocorrência de irregularidades, de desvios e de desperdícios de recursos do Erário, em total respeito aos princípios norteadores dos atos administrativos, máxime, o da impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade e da eficiência administrativas.

Partindo de tal premissa, exsurge, nesse contexto, a seguinte indagação: haveria a possibilidade de licitar serviço desempenhado por advogados através da dessa modalidade, ou seja, do pregão?

É bem verdade que esse ponto atrai bastante controvérsia. Contudo, atualmente tal situação encontra-se pacificada na jurisprudência da Corte Federal de Controle, consoante será adiante demonstrado.

De proêmio, destaque-se que nem todo serviço técnico profissional especializado é considerado incomum, excepcional. Dessa forma, diante de um serviço técnico profissional especializado que esteja enquadrado na condição de comum, leia-se, rotineiro, ordinário, cujo desempenho não exija grau elevado de expertise do particular, tem-se que a modalidade pregão configura instrumento bastante hábil para a contratação de tal serviço por força da invulgar clareza do art. 1<sup>a</sup> da Lei nº. 10.520/2002.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Nesse sentido dispõe a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002): Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

A propósito, a própria Lei do pregão não exclui, de antemão, a utilização da modalidade pregão para a contratação de serviços advocatícios. Esclareça-se que a Lei nº. 10.520/2002 simplesmente condiciona o uso da aludida modalidade somente aos bens e serviços comuns. Logo, uma vez caracterizada a natureza de “comum” a determinado serviço, tem-se, por dedução cartesiana, a possibilidade de utilizá-la para fins de contratá-lo.

Com efeito, a jurisprudência da Corte de Contas da União é sedimentada na linha de reconhecer a viabilidade da contratação de serviços advocatícios para patrocínio de causas judiciais através da modalidade pregão, ressalta, porém, que tal possibilidade dependerá essencialmente de avaliação das especificidades do caso concreto.

A propósito, leia-se excerto do clássico Acórdão sobre o tema, da lavra do Ministro José Múcio Monteiro:

**Licitação para prestação de serviços advocatícios: 1 - Possibilidade da adoção do pregão**

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 637/2009, realizado pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A., com o objetivo de contratar escritório de advocacia para prestação de **serviços jurídicos especializados nas áreas de direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. A representante alegava, em síntese, que a licitação na modalidade pregão contrariava o disposto nos arts. 31 e 33 da Lei n.º 8.906/94, “uma vez que a competição entre advogados avilta o valor da contraprestação a ser pago pelos serviços prestados”.** De acordo com a unidade técnica, “o pregão eletrônico para a contratação de escritório de advocacia por preço global não contribui para o aviltamento dos honorários, uma vez que cada licitante, respeitando os seus deveres éticos, deverá apresentar lances compatíveis com a dignidade da advocacia e suficientes para a devida remuneração de seu quadro (seja ele composto de sócios ou contratados). [...] **Argumenta-se, por outro lado, que os serviços de advocacia, por terem cunho intelectual e serem de nível superior, não se coadunariam entre os serviços comuns previstos na legislação para serem adquiridos por pregão. De igual modo, o TCU tem entendido que o serviço advocatício, dependendo do caso, pode ser enquadrado como comum. [...] Da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não decorre oposição inconciliável entre serviço comum e grau de nível superior. [...] Frente a qualquer contratação, somente pelas circunstâncias do mercado próprio de cada serviço poderá ser esclarecido se o caso atende ou não à condição de comum [...]. O presente caso trata da contratação de serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. As matérias do Juizado Especial [...] são de baixíssima complexidade, assim como as corriqueiras questões de direito administrativo, de sorte que não se vislumbra nenhum tipo de serviço que não possa ser qualificado como comum. Dessa forma, entende-se cabível, in casu, o uso da modalidade pregão.”.** O relator anuiu às conclusões da unidade técnica, no que foi acompanhado pelos

demais ministros. <sup>132</sup> **(Grifos não constantes do original)**

À luz da decisão supra, nota-se, de plano, que se a demanda não for complexa, extraordinária, não há entrave jurídico algum para a adoção do pregão. Pelo contrário. Até mesmo porque, de acordo com o próprio TCU, a não adoção da modalidade pregão poderá caracterizar ato de gestão antieconômico.<sup>133</sup>

Ademais, percebe-se nitidamente da decisão em testilha que não há necessariamente qualquer incompatibilidade do pregão nas contratações/licitações cujo critério de julgamento envolva algum fator técnico, porquanto, reitera-se, nem toda atividade jurídica é singular e, não o sendo, deverá recair sobre a regra geral, que é o processo licitatório.<sup>134</sup>

No tocante ao argumento da OAB, quanto à premissa de que a contratação de serviços jurídicos especializados, regida pela Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto dos Advogados), não pode ser realizada na modalidade pregão, por constituir óbice intransponível contido naquele Estatuto e no Código de Ética da Advocacia, os quais, teoricamente, impediriam ditos profissionais de submeterem-se a este suposto “leilão da verba honorária” a que fariam jus pelo desempenho de suas atividades, configurando, em tese, prática de aviltamento dos honorários advocatícios.

Insta ressaltar que tal linha argumentativa revela-se frágil e inconsistente, uma vez que a tabela da OAB representa mero referencial, de sorte que cabe aos causídicos estabelecerem seus preços, inclusive por força de tabela fixada pela própria OAB. Trata-se, pois, de juízo de conveniência e oportunidade de cada profissional precificar o percentual que melhor lhe aprouver, levando em consideração a relevância e o grau de dificuldade do caso concreto, mas respeitando sempre os limites delineados pela própria OAB.

Acerca da hipótese em comento, sobreleva na doutrina a lição de Joel de Menezes Niebuhr, segundo o qual a oferta de preços, a título de honorários advocatícios, feita pelo profissional, não configura, *de per se*, o aviltamento aduzido pela OAB. Nesse contexto ressalta que:

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, entre outros: **TCU**. Precedentes citados: Decisão n.º 90/98-2ª Câmara e Acórdão n.º 1.493/2006-Plenário. **Acórdão n.º 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0**. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Sessão: 09.06.2010– 2ª Câmara.

<sup>133</sup> Nesse sentido: **TCU. Proc. TC 018.514/2013-8 – Plenário**. Rel. Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17.07.2013.

<sup>134</sup> Nesse sentido: Diversos julgados colacionados ao presente trabalho – *vide* Anexo Único.

A cotação de preços por parte de escritórios e advogados **não importa por si só aviltamento dos honorários**, mesmo porque a tabela da própria Ordem dos Advogados do Brasil define apenas algumas balizas, conferindo margem de liberdade para que os advogados formulem seus preços.<sup>135</sup>  
**(Grifos Nossos)**

No mesmo sentido encontra-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, para quem não merece acolhida a argumentação da OAB de que participação de advogados em certames realizados sob a modalidade pregão representaria aviltamento da função.

Segundo aquela Corte de Contas, a justificativa da OAB tem o condão - exclusivo -, de perenizar a ideia da ausência de licitação visando a contratação de serviços jurídicos, uma vez que para ela (OAB) a única maneira válida de contratar serviços advocatícios seria por meio da inexigibilidade.

Confira-se excerto do Acórdão nº 1336/2010 – TCU – Plenário da Lavra do Ministro José Múcio Monteiro:

[...]

3.2.2 No que diz respeito ao uso específico da modalidade pregão, cabem algumas considerações. É bem verdade que alguns respeitáveis órgãos, sobretudo dentro da **OAB, têm se manifestado no sentido de que, em razão da natureza do pregão, que estimula a baixa de preços por sucessivos lances, a Administração Pública estaria estimulando a mercantilização da advocacia, o que é vedado pelo Estatuto da OAB e pelo Código de Ética. Foi nesse sentido, inclusive, a argumentação da representante.**

3.2.3 Como muito bem salientado na instrução anterior, o pregão eletrônico para a contratação de escritório de advocacia por preço global **não contribui para o aviltamento dos honorários, uma vez que cada licitante, respeitando os seus deveres éticos, deverá apresentar lances compatíveis com a dignidade da advocacia e suficientes para a devida remuneração de seu quadro (seja ele composto de sócios ou contratados).**

**3.2.4 Tal argumento já foi utilizado na tentativa de dar sustentação à superada tese de inexigibilidade de licitação para toda e qualquer contratação de serviços advocatícios.** Apreciando uma dessas questões o Ministro Adhemar Paladini Ghisi, assim se manifestou:  
**‘Não creio que se possa falar em impossibilidade de competição quando se discute a contratação de serviços advocatícios, uma vez que os preços dos serviços não são tabelados, no exato sentido da palavra: de fato, os valores apresentados pela OAB tratam-se de meros referenciais mínimos e máximos. Aliás, vale ressaltar que esta Corte não pretende - nem pretendeu em momento algum - estimular a mercantilização dos serviços advocatícios (prática que poderia ser considerada como pouco ética por significativa parcela dos advogados), mas sim democratizar as oportunidades de contratação**

<sup>135</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 117.

**com aqueles que recebem recursos públicos.**' (Decisão nº 90/1998 – 2ª Câmara)(sem grifos no original)<sup>136</sup> **(Grifos não constantes do original)**

[.....]

Portanto, resta claro que a disputa de lances entre os advogados/licitantes não causa o aviltamento do preço dos serviços advocatícios e, por conseguinte, não infringe o Código de Ética do Advogado.

De igual sorte, o Ministro José Múcio Monteiro rechaça o suposto desrespeito alegado pela OAB ao seu Código de Ética, mais precisamente ao suposto desrespeito a dignidade da advocacia, bem como reforça que, no âmbito do TCU, é assente o entendimento de que serviços advocatícios, via de regra, podem ser perfeitamente licitados via pregão. Eis trecho da decisão:

[...]

**3.2.5 Com relação ao desrespeito à dignidade da advocacia, não há vedação ao uso do pregão para a contratação de serviços advocatícios, em que pese haver reiteradas manifestações da classe em sentido contrário.**

**3.2.6 Argumenta-se, por outro lado, que os serviços de advocacia, por terem cunho intelectual e serem de nível superior, não se coadunariam entre os serviços comuns previstos na legislação para serem adquiridos por pregão,**

**3.2.7 De igual modo, o TCU tem entendido que o serviço advocatício, dependendo do caso, pode ser enquadrado como comum.** Como se sabe, o pregão foi instituído, como modalidade licitatória, pela Medida Provisória nº 2.026/2000, convertida posteriormente na Lei nº 10.520/2002, que impôs importantes alterações na sistemática da licitação. Apesar das grandes vantagens comparativas, em especial a celeridade processual, a aplicação do pregão era, à época da sua criação, facultativa. Entretanto, a partir de 1º de julho de 2005, quando entrou em vigência o Decreto nº 5.450/2005, essa modalidade licitatória **tornou-se obrigatória**, preferencialmente na forma eletrônica, para todas as compras e contratações de bens e serviços comuns do Governo Federal.

**3.2.8 Da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não decorre oposição inconciliável entre serviço comum e grau de nível superior. Na disciplina do pregão eletrônico, a definição de serviço comum não foi limitada por enumeração taxativa ou exemplificativa, nem há proibição geral e abstrata da contratação de serviços de profissionais de nível superior mediante pregão.**

**3.2.9 Frente a qualquer contratação, somente pelas circunstâncias do mercado próprio de cada serviço poderá ser esclarecido se o caso atende ou não à condição de comum, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado.**

**3.2.10 Desse modo, no Acórdão nº 1.493/2006 – Plenário, chegou-se ao seguinte entendimento:**

**'LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. FISCOBRAS 2006. 2ª ETAPA DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DA CAPACIDADE DE GERAÇÃO DA USINA DE TUCURUÍ. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA**

<sup>136</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. Precedentes citados: Decisão n.º 90/98-2ª Câmara e Acórdão n.º 1.493/2006-Plenário. Acórdão n.º 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Sessão: 09.06.2010– 2ª Câmara.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROFISSIONAIS DE NÍVEL SUPERIOR. EXISTÊNCIA DE FALHAS FORMAIS. ARQUIVAMENTO.

**1. É regular, observadas as circunstâncias do mercado próprio de cada serviço, a utilização da modalidade de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns que demandem profissionais com formação superior, tais como engenheiro e advogado.**

[...]

**3.2.11 O presente caso trata da contratação de serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. As matérias do Juizado Especial, conforme já comentado, são de baixíssima complexidade, assim como as corriqueiras questões de direito administrativo, de sorte que não se vislumbra nenhum tipo de serviço que não possa ser qualificado como comum.**

3.2.12 Dessa forma, entende-se cabível, *in casu*, o uso da modalidade pregão.<sup>137</sup> **(Sem os destaques no original)**

[.....]

Assim, resta evidente que a participação em licitação de advogados não colide com o código de ética profissional, não havendo, portanto, que se falar aqui em desrespeito Código de Ética da OAB, bem assim que a graduação em nível superior de ensino não significa a impossibilidade de sujeitar o profissional a uma concorrência na modalidade pregão.

No que tange à alegação de que os serviços de natureza intelectual não devem ser licitados, o Ministro José Múcio Monteiro novamente refutou tal argumento, inclusive observando que mesmo diante da necessidade de contratação de profissional de altíssimo gabarito, isto é, de sujeito que foge aos padrões intelectuais encontrados no mercado, deve-se proceder à devida licitação, *in casu*, sob o tipo “técnica e preço”. Aperceba-se que a despeito da altíssima capacidade intelectual requisitada na contratação, o TCU recomenda a instauração do devido processo licitatório. Veja-se extrato do Acórdão:

[...]

**3.1.6 É preciso assinalar que a intenção da entidade em buscar a melhoria profissional de seus contratados é louvável. *Todavia, o uso do pregão, destinado aos serviços comuns, não se coaduna com exigências de serviço de cunho mais especializados. Ao se decidir pelo uso do pregão, a Administração reconhece o serviço licitado como comum, não sendo razoável exigir nível de pós-graduação para a prestação de serviço desta natureza.***

**3.1.7 Em caso de a Administração realmente verificar a necessidade, fazendo a devida justificção, de maiores exigências, a contratação do objeto, por se tratar de serviços de natureza predominantemente intelectual, melhor se adequaria ao tipo de licitação ‘técnica e preço’, onde é possível a atribuição de pontuação, devidamente justificada, e**

<sup>137</sup> Nesse sentido, entre outros: TCU. Precedentes citados: Decisão n.º 90/98-2ª Câmara e Acórdão n.º 1.493/2006-Plenário. Acórdão n.º 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Sessão: 09.06.2010– 2ª Câmara.

**de estabelecimento de requisitos pertinentes ao objeto licitado para habilitação técnica (art. 46 da Lei nº 8.666/1993).**

3.1.8 *De igual modo, tal não parece ser o caso em apreço, tendo em vista que o foco da contratação é a atuação em Juizados Especiais, os quais envolvem causas de menor complexidade, que possibilitam em certos casos até mesmo a dispensa do advogado.*

3.1.9 **Portanto, diante da inclusão de exigência de qualificação técnica sem amparo legal, o certame deve ser anulado. (Grifos e destaques Nossos)**

[.....]

Desta feita, tem-se que decorreria ilegal a contratação de escritório de advocacia e/ou advogado, com ausência de licitação, mesmo que comprovado: a) que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, leia-se afetos a ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e b) quando não demonstrada a notoriedade dos advogados, em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade.

Infere-se, dentro de tudo que foi dito, que as premissas que lastreiam o posicionamento da OAB acima reproduzido não merecem acolhida. Isso porque, o pregão é modalidade hábil para a contratação de bens e serviços comuns.

Rememore-se, por oportuno, que o objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser 'comum', no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado.

Assim, sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.

Dito de outra forma, caso determinado serviço advocatício não envolva complexidade e especificidade suficientes e capazes, em princípio, de inviabilizar a competição entre advogados, impõe-se a adoção da modalidade licitatória pregão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante restou fartamente demonstrado no bojo do presente trabalho, a regra estatuída na Constituição Federal é a da obrigatoriedade de licitar, já as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de certame devem ser tratadas como exceções.

Sem embargos, o reconhecimento da função vinculante da norma é praticamente unânime na doutrina por força da invulgar clareza do art. 37, inc. XXI, da *Lex Fundamentalis*.

Isso porque, a licitação pública é imperativa em tributo aos princípios regentes da Administração Pública, tendentes a salvaguardar o interesse público de atos viciados e imorais, marcados pela parcialidade e pessoalidade do agente público.

Com isso, convém asserir que a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados somente deve ser manejada excepcionalmente e desde que preenchidos integralmente os requisitos previstos na Lei nº. 8.666/1993 (art. 25, II, c/c art. 13, V, da Lei nº. 8.666/1993), eis que a celebração de contrato fora das hipóteses legais configura patente ilegalidade, cujas sanções recairão sobre os agentes públicos responsáveis.

Com efeito, mostra-se não só questionável, mas também temerário o posicionamento da OAB, posto que seu objetivo é “legislar em causa própria”, sendo certo que a atribuição de legislar, sobre licitações e contratos, compete privativamente à União (art. 22, inc. XXVII da CF), de modo que não merece prosperar tal pretensão, inclusive porque não há, efetivamente, uma relação de causa e efeito entre a participação de advogados em licitação e o aviltamento da advocacia.

Destarte, soaria tirana e desarrazoada a ideia de possibilitar que toda e qualquer contratação de advogado fosse realizada mediante a ausência de licitação pública, de maneira indiscriminada, simplesmente ao talante do gestor público, conforme propugna equivocadamente a OAB, sobretudo porque, como visto, tal entendimento não reflete o melhor direito.

Ademais, cumpre consignar que a inexigibilidade de licitação, bem como as licitações realizadas sob as modalidades de licitação Convite e Tomada de Preços constituem verdadeiras e permanentes trilhas de rastreamento dos Órgãos de

Controle, tendo em vista que as referidas formas de contratação facilitam sobremaneira a operacionalização de fraudes, a justificar a postura combativa dos TC's e TCU.

Nesse sentido, merece especial relevo o fato de que o pregão atualmente representa quase 90% das licitações realizadas pelos entes públicos, o que significa que as demais modalidades licitatórias (convite, tomada de preços, concorrência) vêm sendo legadas a último plano, e, conseqüentemente, estão a entrar em verdadeiro desuso, ante o advento da modalidade pregão.

Imperioso ainda frisar que até mesmo o excelso pretório especializado, ao qual a Carta Política vigente atribui a competência para apreciar toda execução de despesas pela Administração Pública Federal, sobremaneira no tocante à legalidade, posiciona-se ao lado do entendimento aqui defendido.

Portanto, o pregão, embora não seja uma modalidade licitatória imune à crítica, há que se reconhecer que se trata de uma modalidade bastante robusta, moralizadora, com diversas virtudes, a facilitar as compras governamentais, primando pela probidade administrativa.

Desta feita, considerando que a licitação constitui regra geral, da qual os agentes públicos não devem se furtar, exsurge a possibilidade de adoção da modalidade pregão a fim de viabilizar as contratações públicas de forma escoreita e transparente, satisfazendo, máxime, o interesse público.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22 ed. São Paulo: Método, 2014.

BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado**. São Paulo: Forense, 1992.

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

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e contrato**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

DOS SANTOS, Clezio Saldanha. **Introdução à Gestão Pública**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação: teoria e prática**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GASPARINI, Diogenes (coord.). **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação; inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta**. 10 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2011.

\_\_\_\_\_, Marçal. **Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41 ed. atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

MENEZES, Alex Pereira. **Licitação & Contratação de Advogado pela Administração Pública: sua inexigibilidade em face de limitações jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2014.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

\_\_\_\_\_, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação pública**. Curitiba: Zênite, 2015

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão Presencial e Eletrônico: sistema de registro de preços: Manual de implantação, Operacionalização e Controle**. 4 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VERRI JR, Armando; TAVOLARO, Luís Antônio; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Licitações e Contratos Administrativos: Temais atuais e controvertidos**. São Paulo: RT, 2002.

## **EM MEIO ELETRÔNICO**

FILHO, Miguel Teixeira. **Manual dos Direitos e Prerrogativas do Advogado**. Disponível em: < <http://www.prerrogativas.org.br/wp-content/uploads/download-manager-files/cartilha-sc-joinville.pdf> >. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

LIMA, Jonas. **Constituição colocou Brasil em vanguarda nas licitações**. Disponível em: < [http://www.conjur.com.br/2008-set-29/constituicao\\_colocou\\_brasil\\_vanguardia\\_licitacoes](http://www.conjur.com.br/2008-set-29/constituicao_colocou_brasil_vanguardia_licitacoes)>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Ética e Prerrogativas do Advogado**. Revista do Advogado. São Paulo, v 93, p. 39-42, 2007. Disponível em:

<<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=19&artigo=826&l=pt#>>. Acesso em 09 de março de 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Singularidade da Advocacia e as ameaças às Prerrogativas Profissionais**. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: < [http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=69](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69)>. Acesso em 15 de março de 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Pregão e a sua correspondente relação com o direito fundamental ao serviço público eficiente**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=brBt9pwMyjM>>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

OLIVEIRA, Jorge Hélio Chaves de. **Administração pública não precisa de licitação para contratar advogado**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia/15466/administracao-publica-nao-precisa-de-licitacao-para-contratar-advogado>>. Acesso em 17 de novembro de 2015.

ZYMLER, Benjamin. **A evolução das ferramentas de contratação: da Lei 8666/93 ao Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. Disponível em: < <https://www.facebook.com/institutonegociospublicos/videos/vb.398523133570542/910631679026349/?type=2&theater> >. Acesso em 07 de novembro de 2015.

### REVISTA CIENTÍFICA

LIVIANU, Roberto. **Reflexões acerca da ética e das prerrogativas dos advogados**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 93, set. 2007.

## ANEXO ÚNICO

\*Observação<sup>138</sup>

### 1. Tribunais de Contas:

	TRIBUNAL DE CONTAS	SITUAÇÕES CONCRETAS
01	Tribunal de Contas da União	<p>Para o TCU: A regra geral só é afastada “na hipótese de estarem presentes, simultaneamente, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto”. Continuou o relator: “singular é o objeto que impede que a Administração escolha o prestador do serviço a partir de critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação (verbete 39 da Súmula da jurisprudência predominante no Tribunal, na redação aprovada na Sessão Plenária de 1/6/2011)”. <b><u>Assim, e com alicerce na própria jurisprudência colacionada pelo recorrente, o relator afastou a tese da impossibilidade jurídica de contratação de serviços advocatícios mediante licitação.</u></b></p> <p>[...] ACÓRDÃO 2832/2014, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, DOU de 22/10/2014.</p> <p><b><u>“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”.</u></b> (Súmula 252/2010)</p> <p>Para o TCU, a contratação direta por inexigibilidade de licitação de escritórios de advocacia é possível desde que fique demonstrado que o serviço possui natureza singular e que será prestado empresa ou profissional de notória especialização. Segundo o Relator <b><u>“a natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’. Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresenta complexidade que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)”.</u></b> (TCU ACÓRDÃO 669/2012, Plenário, Relator Ministro Marcos Benquerer Costa, DOU de 29.03.2012).</p>

<sup>138</sup> **Todos os destaques/grifos** presentes nos julgados colacionados neste anexo não constam dos originais.

		<p><b><u>No que concerne à contratação de advogado por notória especialização, sem a realização de prévio procedimento licitatório,</u></b> muito embora fosse “louvável a preocupação do gestor no sentido de evitar prejuízos advindos de ação trabalhista movida pelo Sindicato da Categoria – SINDSCOCE”, <b><u>concluiu o relator inexistir “razoabilidade na contratação com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93”, defendendo, por isso, a manutenção do acórdão recorrido em seus exatos termos. Ponderou que uma cidade do porte de Fortaleza teria, certamente, grandes causídicos habilitados na área trabalhista interessados em participar da competição, caso esta tivesse sido aberta pela administração</u></b> do CREA/CE. Como o valor da contratação foi de R\$ 60.000,00, enfatizou o relator que a modalidade de licitação adotada poderia ter sido o convite, à luz do art. 23, II, da Lei n.º 8.666/93, permitindo-se assim ampliar o universo de candidatos e, por conseguinte, obter maior economicidade na contratação. (TCU - ACÓRDÃO n.º 335/2010-2ª Câmara, Relator Ministro Raimundo Carreiro, DOU de 02.02.2010).</p> <p><b><u>“1. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação sob o argumento de confiança entre o contratante e o contratado carece de amparo legal ou regulamentar. 2. Para caracterização da situação da inexigibilidade de licitação, na contratação de serviços advocatícios, é necessária a comprovação da singularidade do serviço a ser prestado, além da notória especialização, devendo-se demonstrar cabalmente a inviabilidade de competição. 3. Quando os serviços advocatícios contratados se referem à atividades rotineiras de assessoria jurídica, tem-se por afastado o requisito da singularidade necessário para caracterizar a inviabilidade de competição”.</u></b> (TCU, Acórdão 2012/2007, Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, DOU de 28.09.2007).</p> <p><b><u>“A questão da contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é tema pacífico nesta Corte de Contas, cujo entendimento é a necessidade de processo licitatório para contratação de serviços dessa natureza, exceto quando ficar comprovada a notória especialização e a singularidade do objeto.</u></b> Ocorre que o termo notória especialização é comumente mal interpretado por alguns administradores públicos, confundindo seu significado da Lei de Licitações com o seu significado popular. Vejamos nos termos da Lei 8.666/93 ao definir Notória Especialização “Art. 25, §1º). Como vemos não</p>
--	--	--

		se trata apenas de o profissional gozar de renomado conceito profissional, e sim, de seu trabalho ser essencial e o mais adequado à administração pública. <b><u>Entendemos que serviços gerais de advocacia podem ser desenvolvidos por inúmeros profissionais da área jurídica</u></b> ". (TCU, Acórdão 213/1999, Plenário, Relator Ministro, Benjamim Zymler, DOU de 22.11.1999).
02	Tribunal de Contas do Distrito Federal	"verifico ser possível a contratação por inexigibilidade de profissionais ou empresas, desde que notoriamente especializados, para execução dos serviços elencados no art. 13, desde que sejam de natureza singular e sejam executados diretamente por tais profissionais singulares." "as contratações de advogado por inexigibilidade nem sempre serão necessariamente ilegais, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: <b><u>1º) se trate de serviços específicos, de natureza não continuada, com características singulares e complexas; 2º) esteja evidenciada a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da jurisdicionada "Ex.: quando se tratar de ação trabalhista que poderá beneficiar os próprios advogados da jurisdicionada); e 3º) a exigência diferenciada de confiabilidade depositada no advogado ou na empresa de advocacia seja decorrente das características anômalas e do grau de complexidade da prestação do serviço pretendido.</u></b> (Processo 6.128/2011 de 31.05.2012."
03	Tribunal de Contas do Estado da Bahia	<b><u>"se abstenham de celebrar contratos administrativos sem licitação prévia para prestação de serviços contínuos de advocacia, quando não restarem devida e formalmente comprovados os requisitos da inviabilidade de competição, da singularidade do objeto e da notória especialização, indicados no art. 25, da Lei Federal nº 8.666/1993,</u></b> em obediência ao disposto no inc. XXI, do Art. 37 da Constituição." (Acórdão 295/2013 de 28.08.2013. Processo TCE/002511/2008.)
04	Tribunal de Contas do Estado da Paraíba	"quanto à indagação a respeito da contratação de profissional contador, responder, conforme pacificado nesta Corte, ser inexigível o processo licitatório para contratação de advogados e contadores, por se mostrar impossível, <b><u>no caso</u></b> , a competição entre tais profissionais. (Parecer PN TC 00018/10 de 31.03.2010. Processo de Consulta TC nº 01656/10."
05	Tribunal de Contas do Estado	<b><u>"Art. 1º.</u></b> As pessoas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas (art. 5º da Lei 5.604/94) na contratação dos serviços de [...] patrocínio ou defesa de causas judiciais, administrativas ou assessoramento jurídico,

	<p><b>da Alagoas</b></p>	<p>devem observar a regra geral da administração pública, disposta no Art. 37, inc. XXI, da Constituição da República.</p> <p><b>Art 2º.</b> A inexigibilidade de licitação, nos casos mencionados no art. 1º, deve estar subordinada ao atendimento dos requisitos legais da inviabilidade de competição somada à contratação de serviços de natureza singular com profissionais ou empresas de notória especialização.</p> <p><b>§ 1º.</b> A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inc. II do art. 25 da Lei 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”.</p> <p><b>§ 2º.</b> A inexigibilidade só será admissível quando se tratar de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetos qualificação inerentes ao processo de licitação.</p> <p><b>§ 3.</b> Não se caracterizam como serviços de natureza singular aquelas relacionados ao assessoramento jurídico ou contábil prestados corriqueiramente e inerentes à rotina da Administração Pública, desprovidos da singularidade exigida pelo texto legal.</p> <p><b>§ 4º.</b> 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, permitem inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (Instrução Normativa TC/AL 002/2011, Data de Publicação: Diário Oficial do Estado de Alagoas de 05.08.2011.</p>
06	<p><b>Tribunal de Contas do Estado de Goiás</b></p>	<p>“ficou caracterizado que esses serviços advocatícios contratados são, de fato, <b>singulares</b>, pois marcados pela orientação particular do profissional contratado, [...], junto ao Tribunal de Contas da União – TCU, podendo ser avaliados como prestação de serviços <i>intuitu personae</i>. <b><u>Por essa razão, restou clara a inviabilidade da competição devido à natureza dos trabalhos a serem realizados pelo renomado escritório em comento</u></b>”. (Acórdão 2104/11 de 15.06.2011. Processo 200900047003893).”</p>

07	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais	<p>“Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no art. 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, <b><u>é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas, como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, possuem especificidades, diferem dos que, habitualmente são afetos à Administração.</u></b> (Súmula 106).</p> <p>“deve ser comprovado no caso concreto, por um lado, a caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto. Deste modo, o elemento confiança deve ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei. <b><u>Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação. Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os arts. 2º e 3º da Lei de Licitações.</u></b>” (Consulta 746716, em 17.09.2008).</p>
08	Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco	<p>“Que a contratação de advogados ou escritórios de advocacia apenas seja realizada em situações excepcionais, <b><u>observando-se, regra geral, o prévio procedimento de pré-qualificação, do tipo credenciamento, entre advogados e escritórios interessados, a fim de distribuir isonomicamente os serviços advocatícios, primando sempre pela observância de preços/honorários razoáveis e mais vantajosos para o Erário</u></b>”. (Acórdão TC 366/12 de 04.04.2012. Processo TC 1040061-8).</p>
09	Tribunal de Contas do Estado de Rondônia	<p>“é cabível a contratação direta sem licitação, de serviço de advocacia, quando se tratarem de serviços técnico-profissionais de <b><u>natureza singular, hipótese em que se configura a inexigibilidade de licitação, desde que:</u></b> a) fique cabalmente demonstrado que o profissional ou empresa escolhida preenchem os requisitos do §1º do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, quais sejam: detenham notória especialização e cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente do desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais à plena satisfação do objeto do contrato; b) contratação</p>

		<p>seja feita entre advogados pré-qualificados, como os mais aptos a prestar os serviços especializados, que se pretende obter, <b><u>devendo a contratação ser celebrada estritamente para prestação de serviços específicos e singulares, não se justificando firmar contrato da espécie à prestação de tais serviços de forma continuada, sendo considerados como serviços aqueles que apresentam características tais que inviabilizam (ou, pelo menos, dificultam) a sua comparação com outros.</u></b>” (Parecer prévio 040/2006 – Pleno de 19.10.2006. Processo 3482/05).</p>
10	Tribunal de Contas do Estado de Roraima	<p>“A Lei de licitações é cristalina ao afirmar que a contratação desse tipo de profissional só deve ocorrer via inexigibilidade, quando o tipo de serviço exigir renomado conhecimento.”</p> <p><b><u>“Não há dúvidas que a contratação dos ditos profissionais não só foi desnecessária, como flagrantemente irregular, a uma, porque o tipo de ação perpetrada, até pela sua habitualidade, não exige notável saber jurídico, e a duas, é que aquele Poder já possuía um quadro de Procuradores cujo conhecimento jurídico, pressupõe-se, entre outras coisas, domínio naquele tipo de ação.”</u></b> (Acórdão 038/2006 – TCE/RR – Pleno de 29.11.2006. Processo TCE/RR 0021/2006.)</p>
11	Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina	<p>“4. Sempre que a demanda de serviço jurídico – incluindo a defesa judicial e extrajudicial – for permanente e exigir estrutura de pessoal especializado com mais de um profissional do direito, é recomendável a criação de quatro de cargos efetivos para a execução desses serviços, com provimento mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal), podendo ser criado cargo em comissão (art. 37, II e V, da Constituição Federal) para chefia da correspondente unidade da estrutura organizacional (Procuradoria, Departamento Jurídico, Assessoria Jurídica, ou denominação equivalente).</p> <p>[...]</p> <p>7. <b><u>Na hipótese de serviços específicos que não possam ser executados pela assessoria jurídica da Câmara, poderá ser realizada, justificadamente, a contratação da prestação dos serviços definidos no objeto, através de Escritório de advocacia ou de profissional do Direito, com habilitação especializada, mediante a realização de processo licitatório na forma da Lei Federal nº 8.666, de 1993, ou por meio de procedimento de inexigibilidade de licitação, só admissível para atender a serviços de caráter singular e desde que o profissional seja reconhecido como de notória especialização na</u></b></p>

		material objeto da contratação, devidamente justificados e comprovados, nos termos do disposto no art. 25, inc. II, § 1º, C/C os arts. 13, inc. V, e § 3º, e 26 da Lei (Federal) nº. 8.666/1993, observada a determinação contida nos arts. 54 e 55 da mesma Lei, bem como os princípios que regem a Administração Pública”. (Prejulgado 1911. Decisão 2591 de 27.08.2007. Processo de Consulta 700413421).
12	Tribunal de Contas do Estado de São Paulo	“Assim, conforme disseram os órgãos da Casa e constou do voto condutor da decisão recorrida, <u>os serviços contratados demandam grau de especialização ímpar</u> , envolvendo temas como a legalidade das tarifas e a titularidade da prestação dos serviços de saneamento, dentre outros, o que impõe a sua execução por profissionais notoriamente qualificados para tanto, como, aliás, <b>demonstra nossa jurisprudência</b> ”. (Processo TC – 37.755/026/06, em 15.06.2011.)
13	Tribunal de Contas do Estado de Sergipe	“1. <u>É ilegal o contrato de prestação de Serviços 77/2009, visto que afronta as regras do procedimento licitatório previstas na Lei 8.666/93;</u> 2. Determina-se ao atual presidente, Sr. [...], ou quem suas vezes faça, <u>que extinga o contrato impugnado no prazo de 30 dias, se ainda em vigor, e outros eventualmente firmados, sob as mesmas condições de ilegalidade (ausência de procedimento licitatório);</u> ” (Decisão TC 024366 – Primeira Câmara de 28.09.2010, <u>versando sobre a contratação de prestação de serviços advocatícios por Dispensa de Licitação.</u> Processo 000940/2009.)
14	Tribunal de Contas do Estado de Amazonas	Representação referente à apuração de possíveis irregularidades na contratação de escritório de advocacia com Inexigibilidade de Licitação, conforme publicação do Diário Oficial do município de Manaus, no dia 27.08.2011. DECISÃO: POR MAIORIA, com desempate da Presidência, nos termos do Voto-Destaque do Conselheiro Raimundo José Michiles, no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno, na competência prevista na alínea i, do inc. IV, do art. 11, C/C o <i>caput</i> do art. 288, todos da Resolução 04/2002 (RITCE): 1. TOME CONHECIMENTO da Representação, interposta pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, na pessoa de seu culto Procurador Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva, por preencher os requisitos previstos no §3º do art. 288 do Regimento Interno. 2. NO MÉRITO, julgue-a improcedente, por contrariar a melhor interpretação doutrinária acerca do tema,

		inclusive as acima citadas, oriundas da Suprema Corte Brasileira e da melhor doutrina e jurisprudência pátrias. (Processo 4555/2011, de 25.20.2012)
15	Tribunal de Contas do Estado do Ceará	<b><u>“se abstenham de promover contratações de serviços advocatícios por inexigibilidade sem o preenchimento de todos os requisitos necessários (inviabilidade de competição, singularidade do objeto e notoriedade do prestador de serviços), de acordo com o art. 25, da Lei Federal nº 8.666/1993.”</u></b> (Resolução 0809/2011, de 12.04.2011. Processo 01142/2006-0)
16	Tribunal de Contas do Estado do Maranhão	<b><u>“a contratação de serviços especializados de representação jurídica não exonera a Administração pública da realização de processo licitatório, exceto se na inexigibilidade de licitação restar comprovada a notória especialização e a natureza singular do objeto, nos termos do art. 2º, C/C art. 25, II, da Lei 8.666/1993. No caso específico da contratação de serviços de recuperação de créditos fiscais, constitui-se irregular a contratação mediante inexigibilidade de licitação, por não restar configurada a inviabilidade de competição e a singularidade do objeto, que deve estar caracterizada pela natureza excepcional do serviço, incomum à praxe jurídica, não podendo abranger funções típicas ou de natureza permanente do Estado ou Município”.</u></b> (Decisão PL – TCE nº 110/2012, de 07.11.2012. Processo de Consulta 7458/2011 – TCE/MA.)
17	Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso	<b><u>“As contratações de consultoria jurídica de profissional ou empresa para a recuperação de créditos tributários e demais demandas jurídicas e administrativas poderão ser realizadas mediante licitação nas modalidades específicas a depender de cada caso concreto,</u></b> podendo ser TÉCNICA E PREÇO, Dispensa de Licitação ou Inexigibilidade, desde que observados os requisitos contidos nos art. 21, 24 e 25 da Lei 8.666/1993, e demais artigos correlatos da referida Lei. (Acórdão 420/2013 – TP de 05.03.2013. Processo 4.547-0/2012.)
18	Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul	Contrato. Advogado. Serviço técnico profissional. Conceito notório. Natureza singular do serviço, Inexigibilidade de Licitação. Legalidade. Regularidade. “Os serviços de natureza Técnico-jurídico, de interesse da coisa pública em defesa das causas judiciais, assessoria ou consultoria, poderão ser considerados de notória especialização, desde que seja considerado o mais adequado à satisfação do objeto do contrato, esse firmado com dispensa do processo licitatório.” (Súmula TC/MS 62.)

19	Tribunal de Contas do Estado do Pará	<p>A matéria objeto de consulta, ainda, não está disciplinada em norma regulamentar, todavia o Tribunal de Contas da União tem recomendado em suas decisões a contratação de serviços médico, jurídicos e de treinamento. <b><u>A administração pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações deve observar os princípios constitucionais fundamentais da igualdade e competitividade de todos os interessados.</u></b> A doutrina não tem hesitado, em entender, destacando-se Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, que: “se a administração convoca todos profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos, estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no sentido da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação. É a figura do ‘Credenciamento’, que o Tribunal de Contas da União vem recomendando para a contratação de serviços médicos, jurídico e de treinamento”.</p> <p><b><u>A manifestação da doutrina, portanto, sustenta ser admissível a aplicação do sistema de credenciamento na Administração pública com observância dos pressupostos constantes da manifestação da consultoria.</u></b></p> <p>1) A possibilidade de contratação de todos que satisfaçam as condições exigidas;  2) que a definição da demanda, por contratado, não seja feita pela Administração;  3) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida em edital; e  4) que o preço do mercado seja razoavelmente uniforme e que a fixação previa de valores seja mais vantajosa para a Administração. (Resolução 17.407, de 23.08.2007. Processo de Consulta 2007/52674-8.)</p>
20	Tribunal de Contas do Estado do Paraná	<p><b><u>“Realmente, em toda a instrução processual, acolhida pela e. decisão combatida, evidenciaram-se as ilegalidades das contratações efetuadas por inexigibilidade de licitação ante a ausência de comprovação da notória especialização do advogado escolhido e da singularidade do objeto contratado.”</u></b> (Acórdão: 5541/2013, de 12.12.2013. Processo 414480/2008.)</p>
21	Tribunal de Contas do Estado do Piauí	<p><b><u>“Síntese de impropriedades/falhas apuradas, após o contraditório: [...] Processo de inexigibilidade, referente à contratação de serviços advocatícios (R\$ 24.000,00), sem demonstrar a singularidade dos serviços prestados.”</u></b> (Acórdão 1.852/2013, de 24.09.2013. Decisão 310/13. Processo TC-E 13.405/12)</p>

22	<p style="text-align: center;"><b>Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul</b></p>	<p>“As decisões desta Corte de Contas são no sentido de aceitar a contratação de serviços advocatícios, sem a realização de licitação, conforme julgado proferido pelo Tribunal Pleno no processo de Recurso de Embargos nº 4495-02.00/09-5, Sessão do dia 21.10.2009, [...], entre muitos outros julgamentos já realizados, relativamente aos serviços advocatícios, <b>o meu entendimento, já tanta vezes expresso, é pela possibilidade da contratação direta, sem necessidade de licitação, por tratar-se de serviço especializado e baseado no elemento confiança, tem esta Corte reiteradamente decidido nesse sentido</b>, a partir do julgamento efetuado na Prestação de Contas do exercício de 1995 do Executivo municipal de Itaíba do Sul, Processo 2085-02.00/96-07, ocorrido na Sessão Plenária de 12.06.1996. Naquela oportunidade, o Tribunal acompanhou o entendimento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em <b>Habeas Corpus</b> 72.830/8, em 24.10.95, mediante Acórdão da Segunda Turma, que decidiu pela dispensa de licitação em contratação de advogado, na medida em que, tratando-se de trabalho especializado, impossível ser aferido em termo de preço mais baixo. Nessa ocasião, o Ministro Relator Carlos Velloso, referiu que esse tipo de contrato está fundado na confiança e que confiança não se licita, ou se tem ou não se tem, por isto, estava considerando regular a contratação de advogado sem licitação.” (Decisão 1C-001/2013, de 30.01.2013. Processo 001072-02.00/10-2.)</p>
23	<p style="text-align: center;"><b>Tribunal de Contas do Estado do Tocantins</b></p>	<p>“Como regra geral a representação judicial, extrajudicial e assessoramento, de entes públicos devem ser feitos por Procurador Público e Assessoria própria. Contratação de serviços de assessorias ou consultorias técnicas particulares – excepcionalidade condicionada à Lei de licitações. <b><u>A licitação poderá ser dispensada ou inexigível, caso atendidos os requisitos insertos, respectivamente, no inc. II do art. 24 ou no inc. II, c/c o §1º do art. 25 da Lei Federal 8.666/93.</u></b>” (Resolução 415/2011-TCE – Pleno 25.11.2011. Processo 0446/2011.)</p>
24	<p style="text-align: center;"><b>Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro</b></p>	<p><b><u>“É inexigível licitação para contratação de serviços de advocacia, desde que os profissionais sejam pré-qualificados pelo órgão contratante, comprovando junto ao órgão de controle externo, pelo menos, os seguintes requisitos: qualificação técnica e econômica, notória especialização e prefixação de valores.”</u></b> (SUMULA 001, de 11.05.2011.)</p>

25	Tribunal de Contas do Município de São Paulo	<p><b><u>“No presente caso, a licitação poderia ter sido realizada, tendo em vista que a variedade de escritórios de advocacia que poderiam prestar os serviços contratados. Nada de excepcional aconteceu para que houvesse a contratação direta, não se enquadrando no art. 25 da Lei 8.666/93.</u></b></p> <p>Como bem salientou a Secretaria Geral, o presente caso se subsume às regras da Lei Federal 8.666/93 (art. 116) e, em nenhum momento restou comprovado as exigências de inviabilidade de licitação, não se enquadrando na natureza singular ou na contratação de profissionais de notória especialização, nos termos das disposições do art. 25, inc. II, combinado com o art. 13 da Lei Federal”.</p> <p>(Voto no TC 72.002.893.07-07, julgado em 22.07.2009. 2º JULGADO. RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato e aceitou os efeitos financeiros. COHAB. Competição inviável. Art. 25, <i>caput</i> Lei 8.666/93. Distribuição de processos por sorteio, critério objetivo. CONHECIDO. Votação unânime. PROVIDO. Votação por maioria. 1º JULGADO: ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. COHAB. Art. 25, <i>caput</i>, Lei 8.666/93. Serviços técnicos de cobrança extrajudicial. Serviços advocatícios na área do contencioso cível. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.)</p>
26	Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia	<p>“Dessa forma, observa-se que, apesar do indicativo da realização do procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação, <b><u>não ficaram caracterizados, nem comprovados, os pressupostos de inviabilidade de competição, singularidade do serviço e notória especialização do contratado, o que denota que sua prestação poderia ser realizada pela maioria dos profissionais habilitados no mercado, cuja escolha tem que processada mediante procedimento licitatório em modalidade compatível,</u></b> conforme estabelecido no art. 1º da Lei 8.666/93.” (Termo de Ocorrência da 15ª Inspeção Regional, em 13.05.2009. Processo 65679/08).</p>
27	Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás	<p>“1. Não existe óbice à contratação de empresa especializada no assessoramento técnico aos servidores municipais titulares da função de constituir e cobrar os créditos de ISSQN das obras executadas no município, ficando, entretanto, <b><u>vedada a delegação de tal competência a pessoa de direito privado,</u></b> conforme dispõem os arts. 37, inc. XXI, da Constituição Federal e 7º do Código Tributário Nacional.</p> <p>2. Conforme mandamento inserto nos arts. 37, inc. XXI,</p>

		da Constituição Federal e 2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a <b><u>contratação de serviços dessa estirpe deve necessariamente ser precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas nos arts. 24 e 25 da citada Lei.</u></b> ” (Acórdão AC-COM nº 0015-11, de 14.06.2011. Processo de Consulta 10542/09.)
28	<b>Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará</b>	<p>“<b>Art. 1º.</b> Firmar entendimento no sentido da necessidade, por parte das Administrações Municipais, de procedimento licitatório para contratação dos serviços técnicos profissionais especializados discriminados no art. 13 da Lei 8.666/93, nos casos em que esses serviços não sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, observados os valores de dispensa fixados pela legislação.</p> <p>[...]</p> <p>§ 2º Determinar às Administrações Municipais que a participação de profissionais nos processos licitatórios de que trata esta resolução é restrita aos Autônomos, regulamente inscritos como tal junto ao INSS e na própria Prefeitura, rigorosamente em dia com suas obrigações fiscais, evitando-se, assim, o vínculo empregatício e o ingresso no serviço público, sem concurso, vedado pelo inc. II do art. 37 da Constituição Federal.</p> <p><b>Art. 2º.</b> Os processos relativos à inexigibilidade de licitação fundamentados no art. 25, inc. II, da Lei 8.888/93, atualizada pela Lei 9.648/98 serão analisados, caso a caso, por este Tribunal.” (Resolução 13/1998, de 23.12.1998)</p>

## 2. Entendimento/Jurisprudência de Tribunais (Superiores)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. **Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado**, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2. **Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.** 3. Recurso especial não-provido.

(STJ - REsp: 436869 SP 2002/0054493-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 06/12/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/02/2006 p. 477RSTJ vol. 202 p. 213)

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA Nº 126/STJ. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO NÃO-INFIRMADO. SÚMULA Nº 182/STJ.** I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que declarou nulo o contrato avençado entre escritório de advocacia e sociedade de economia mista, ante a ausência de licitação. Com a nulidade, o Tribunal **a quo** determinou a devolução das quantias recebidas pela banca, além do ônus da sucumbência. II - No recurso especial foi alegado que a hipótese era de inexigibilidade de licitação ante a inviabilidade de competição. Sustentou ainda que não houve prejuízo para a Administração haja vista que os serviços advocatícios foram prestados. III - Na decisão agravada observou-se que o Tribunal *a quo* teria decidido a questão fulcrado nos artigos 37 e 175, da CF, não tendo o recorrente interposto recurso extraordinário, aplicando-se a súmula 126/STJ. Decidiu-se também que a questão tratada implicaria no reexame do conjunto probatório, atividade vedada pelo óbice da súmula 7/STJ. Verificou-se que o dissídio apresentado não apontava o artigo sobre o qual teria havido dissidência interpretativa, o que atraía o comando da súmula 284/STF e, finalmente, observou-se a falta de prequestionamento dos temas insertos no art. 13 da Lei 7.347/1985. IV - Nos presentes agravos regimentais os recorrentes não infirmam a incidência da súmula 284/STF, fundamento que por si só determina a inviabilidade do recurso especial. Incide na espécie a súmula 182/STJ. **V - Mesmo que afastado tal empeco, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a análise acerca da inexigibilidade de licitação atrai o óbice da súmula 7/STJ.** Precedentes: REsp nº 785.540/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 03.03.2008, REsp nº 764.956/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 07.05.2008 e REsp nº 729.686/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 01.07.2008. VI - Ainda a título de obter dictum sobre o prequestionamento do dispositivo legal utilizado pelo recorrente para questionar a devolução dos valores, deve-se gizar que o acórdão recorrido em nenhum momento ventilou o assunto, impedindo a análise do tema por este STJ. VII - Agravos regimentais não-conhecidos. **(STJ - AgRg no REsp: 1055031 RJ 2008/0099013-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 02/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2008)**

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO E CONTADOR POR NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ART. 25 DA LEI Nº 8.666/93. ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.** 1. Verifica-se que o acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao desate da controvérsia. Logo, não padece de vícios de omissão, contradição ou obscuridade, a justificar sua anulação por esta Corte. 2. Frise-se que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a matéria posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC). Dessarte, merece ser repelida a tese de violação do art. 535 do CPC. 3. **A questão cinge-se na contratação de advogado e contador por Câmara Municipal sem licitação com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93,** que refere-se a inexigibilidade de licitação. 4. **Conforme depreende-se do artigo citado acima, a contratação sem licitação, por inexigibilidade, deve estar vinculada à notória especialização do prestador de serviço, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado e, sendo assim, inviável a competição entre outros profissionais.** 5. **A notória especialização, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter**

**absolutamente extraordinário e incontestável que fala por si.** No entanto, o acórdão ao proferir seu entendimento, posicionou-se no sentido de avaliar as condições de mercado do município para a contratação sem licitação. Nesse raciocínio, concluiu que apesar de inexistir notória especialização dos contratados (conclusão obtida pelo Tribunal de Contas), o município não possuía condições "mercadológicas" para contratar com licitação naquele momento. 6. **Ora, o artigo mencionado traz como requisitos para a inexigibilidade da licitação, a especialidade do técnico associada à singularidade do serviço contratado. Em conclusão, envolve serviço específico que reclame conhecimento extraordinário do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. No caso em espécie, caso a Câmara Municipal não contasse, na época da contratação, com profissionais hábeis ao patrocínio de tais ações, é certo que poderia lançar-se no mercado em busca de outros. Contudo, isso jamais pode ser corroborado com o entendimento de que apenas os recorrentes sejam hábeis para tanto, pois existem no mercado vários advogados e contadores.** 7. Sendo assim, merece reforma o acórdão recorrido em razão de não estarem presentes, no caso em análise, os requisitos necessários para configurar a inexigibilidade da licitação. Violando-se, portanto, os princípios da administração pública que exigem a licitação para a contratação com o Poder Público - art. 11, da Lei n. 8.429/92. 8. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido devolvendo os autos para a instância de origem para a apreciação das penalidades cabíveis. (STJ - REsp: 1210756 MG 2010/0165460-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 02/12/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2010)

**ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. SERVIÇO SINGULAR E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.** 1. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei 8.666/93, arts. 25, II e 13, V. 2. Para concluir-se de forma diversa do entendimento do Tribunal a quo - "**A excepcionalidade, a extraordinariedade, a relevância do serviço justificam a contratação especial, independentemente de licitação**" -, seria necessário o reexame fático probatório dos autos, inviável na via manejada, a teor da Súmula 7 do STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 726175 SP 2005/0025984-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 22/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2011)

**ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO PORATENTADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS.** 1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra o ex-presidente da Câmara Municipal de Raposos/MG e advogado, que firmaram contrato para a prestação de serviços técnicos de assessoramento ao ente municipal **sem realizar procedimento licitatório, nem formalizar o competente processo para justificar a inexigibilidade da licitação.** 2. A inexigibilidade de licitação é procedimento administrativo formal que deve ser precedido de processo

com estrita observância aos princípios básicos que norteiam a Administração Pública. 3. **A contratação embasada na inexigibilidade de licitação por notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitação) requer:** formalização de processo para demonstrar a singularidade do serviço técnico a ser executado; e, ainda, que o trabalho do contratado seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. 4. **O contrato para prestação de serviços técnicos no assessoramento à Câmara Municipal de Raposos/MG nas áreas jurídica, administrativa e parlamentar (fls. 45-46) não preenche os requisitos do art. 25, II e § 1º, da Lei de Licitação, não configurando situação de inexigibilidade de licitação.** 5. **A conduta dos recorridos — de contratar serviços técnicos sem prévio procedimento licitatório e de não formalizar processo para justificar a inexigibilidade da licitação — fere o art. 26 da Lei de Licitação e atenta contra o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade.** 6. **Revela-se desnecessária a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade.** Precedentes do STJ. 7. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992, consubstanciado na ofensa ao princípio da legalidade, cabe aos julgadores impor as sanções descritas na mesma lei, sob pena de tornar impunes tais condutas e estimular práticas ímprobas na Administração Pública. 8. Consoante a jurisprudência do STJ, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa. Indispensável, portanto, fundamentar o porquê da escolha das penas adotadas, bem como da sua cumulação. 9. Cabe ao Juiz a tarefa de aplicar as punições previstas na lei, na proporção e graduação conforme a gravidade da modalidade de improbidade administrativa configurada. 10. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1038736 MG 2008/0053253-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2011)

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A falta de combate ao fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo justifica a aplicação da Súmula 283 do STF. 2. O Tribunal **a quo**, com base na prova dos autos, **concluiu não ser hipótese de inexigibilidade de licitação, pois ausente a contratação de serviço de natureza singular e de causídico com notória especialização.** Além disso, afirmou que o réu, antes de ser contratado pelo Município, era assessor jurídico, mediante cargo comissionado. Dessarte, o acolhimento da pretensão recursal, para admitir-se a presença dos requisitos exigidos para a contratação de escritório de advocacia por meio da inexigibilidade de licitação, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1361705 PR 2011/0086044-4 Data de Julgamento: 18/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2013)**

Em que pese os julgamentos supratranscritos, em dois julgamentos prolatados em novembro de 2013, a Primeira Turma do STJ asseverou ser “inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviços de natureza intelectual, por

meio de licitação”, concluindo pela impossibilidade de aferir o trabalho intelectual do advogado mediante processo licitatório.

Assim sendo, resta aguardar novos pronunciamentos desta Corte (STJ) para certificar se tal decisão encontra-se sedimentada ou se simplesmente trata de novel e isolada posição da turma.

Confira-se o entendimento atual do STJ sobre a matéria:

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.** Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. **2.** Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012. **3.** Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização. **4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.** **5.** A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). **6.** Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional. **7.** Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa. **(STJ – Resp: 1.192.332 RS 2010/0080667-3 – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Julgamento: em 12.11.2013, 1ª Turma – Data da Publicação: DJe 19.12.2013).**

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE RECEBEU PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO DE**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA DETERMINAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, À LUZ DO ART. 17, § 11 DA LEI 8.429/92. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO AO NOBRE APELO, PARA ALCANÇAR O EX-PREFEITO DE PRATÁPOLIS/MG, EM FACE DO INTERESSE COMUM EVIDENCIADO NA PRESENTE DEMANDA (ART. 509 DO CPC).**

1. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.

2. **É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.**

3. A singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

4. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

5. Nestes termos, conclui-se que a contratação de serviços advocatícios diretamente pelo Município de Pratápolis/MG possui respaldo legal nos arts. 23, II e 13, III da Lei 8.666/93, não havendo que se falar em ilegalidade na conduta, quiçá em improbidade. A inadequação da Ação Civil Pública de Improbidade, destarte, é manifesta, e a sua extinção sem julgamento do mérito é medida que se impõe (art. 17, § 11 da Lei 8.429/92).

6. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar extinto o processo sem resolução de mérito, em razão da patente inexistência de improbidade administrativa. Atribuição de efeito expansivo subjetivo ao presente Recurso Especial (art. 509 do CPC), para julgar extinta a demanda originária de improbidade ajuizada contra o ex-Prefeito de Pratápolis/MG. **(STJ – REsp: 1281089 MG 2011/0168422-9 – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Julgamento: em 14.11.2013, 1ª Turma – Data da Publicação: DJe 26.11.2013).**

Ressalte-se, oportunamente, que as ementas retromencionadas convergem com o entendimento do Pretório Excelso, no tocante à impossibilidade de realização de licitação para contratar serviços advocatícios, conforme ementários a seguir transcritos:

**AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO**

**CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.** A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, **com o grau de confiança que ela própria**, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. **(STF - AP: 348 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007.)**

**I. Habeas corpus:** prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. **1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança**, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º). **(STF - HC: 86198 PR, Relator: SEPULVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 17/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-29-06-2007)**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Pedro da Rocha Portela e Cleiton Leite de Loiola contra ato do Tribunal de Contas da União – TCU praticado nos autos da Tomada de Contas 017.505/2011-9. Os impetrantes narraram que referido processo foi instaurado para apurar supostas irregularidades na administração do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Piauí CREA/PI entre os anos de 2006 e 2008. Entre os atos irregulares estaria a contratação dos advogados ora impetrantes para prestação de serviços advocatícios ao CREA/PI. Após regular instrução, o TCU condenou os impetrantes a procederem a devolução dos valores recebidos em razão dos contratos celebrados, bem

como ao pagamento da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada. Os impetrantes argumentaram, em síntese, a ilegalidade do acórdão do TCU, pois foram livremente procurados pelo CREA/PI para serem contratados em razão da notoriedade e capacidade técnica do trabalho desenvolvido por eles. Nesse sentido, assinalaram que possuem mais de vinte e cinco anos de atuação e contam com mais de duas mil ações em trâmite somente na área trabalhista. Ressaltaram, ademais, que “a comprovação de que os serviços contratados, efetivamente possuem características de notável singularidade no modo da prestação ou no resultado a ser obtido, reside na própria ação judicial, e na forma célere e eficaz como se alçou o resultado perseguido, destacando-se as ações em que o CREA/PI logrou êxito, por óbvio, através da atuação dos advogados contratados, ora impetrante. Sustentaram, ainda, que como houve a efetiva prestação dos serviços advocatícios não poderiam devolver os valores ao CREA/PI, sob pena de enriquecimento ilícito do Conselho. Assim, pugnam que, caso mantida a irregularidade da contratação, sejam apenas condenados pela multa civil. Por essas razões, requereram o deferimento de liminar para suspender a ordem de recolhimento dos valores determinada pelo TCU. Entendi necessária a oitiva prévia da autoridade apontada como coatora, que prestou as informações por meio da Petição 19999/2014. É o relatório necessário. Decido. Examinados os autos, entendo que o caso é de deferimento da medida liminar. Com efeito, dispõe o art. 25 da Lei 8.666/1993, *in verbis*: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”. Como se nota, a inexigibilidade de licitação para contratação de profissionais enumerados no art. 13 da Lei de Licitações, requer a singularidade de sua natureza, bem assim a notoriedade do profissional ou empresa. O art. 13, V, da Lei 8.666/1993 considera como serviço técnico profissional especializado o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. A questão, então, que se impõe é saber como distinguir na contratação de um profissional da advocacia a sua notoriedade e singularidade do serviço prestado. Os impetrantes sustentam possuírem tais requisitos, uma vez que contam com mais de vinte e cinco anos de atuação e registram mais de duas mil ações em trâmite somente na área trabalhista. Nessa análise perfunctória dos autos, própria da medida em espécie, penso que a fumaça do bom direito e o perigo da demora militam em favor dos impetrantes. Isso porque a análise dos requisitos elencados no art. 25 da Lei de Licitações comporta um certo grau de discricionariedade por parte do administrador e no caso em exame não vislumbro, a princípio, uma evidente ilegalidade na contratação de experientes profissionais da advocacia. Além disso, há um outro componente que merece ser observado que é quanto a própria possibilidade de que fosse realizada um procedimento licitatório para contratação de advogado. Conforme anotou a Ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento da AP 348/SC, de relatoria do Ministro Eros Grau: “No caso de contratação de advogados (...) ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o artigo 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos no artigo 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor

do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação - artigo 25 c/c artigo 13. Esse também foi o entendimento expressado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC 86.198/PR, de cujo voto destaco o seguinte trecho: “Poupo-me, aqui, de outras considerações sobre a extrema dificuldade da licitação de serviços de advocacia, dada a série de empecilhos que a ética profissional do advogado, em particular - e dos profissionais liberais em geral -, veda o que o Estatuto da OAB chama - pelo menos no meu tempo chamava (L. 4.215/63, art. 83, de qualquer atitude tendente à 'captação de clientela'. Se é para oferecer antes um trabalho profissional para que, entre os concorrentes, a administração escolha um, seria uma licitação paradoxal: ela começaria pela execução do trabalho. Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional”. Ressalto, ainda, que os serviços advocatícios foram efetivamente prestados ao CREA/PI. Dessa forma, a devolução integral dos valores parece-me que representaria verdadeiro enriquecimento sem causa do Conselho. Isso posto, sem prejuízo de um exame mais aprofundado da matéria por ocasião do julgamento de mérito deste mandamus, defiro o pedido de liminar formulado para suspender as determinações de recolhimento dos valores ao CREA/PI e da multa objeto da Tomada de Contas 017.505/2011-9. [...]. **(STF – Medida Cautela em MS: 32883 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 07/05/2014, Data de Publicação: DJe 09/05/2014)**

Ora, pede-se *vênia* para esclarecer que o manejo do instituto da inexigibilidade de licitação de forma indiscriminada, com fito de contratar advogados, calcada no critério da confiança, sem a devida demonstração da singularidade do feito, compromete consideravelmente o fundamento do ordenamento jurídico.

Isso porque, consoante restou cristalino em capítulo precedente<sup>139</sup>, o ordenamento jurídico é instituído pelos princípios, os quais são responsáveis por dar validade ao sistema normativo, máxime, os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade.

---

<sup>139</sup> Veja-se a citação de nº 124 do presente Trabalho de Conclusão de Curso, constante da página 54.