

A contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público por inexigibilidade de licitação: um estudo de caso sobre a Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283

The contracting of legal services by the Public Power due to unenforceable bidding: a case study on Appeal No. 0002346-60.2014.8.26.0283

RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade Estadual de Goiás (UEG). Docente do Mestrado em Direitos Humanos e do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/5350349155728849>

E-MAIL: rotondanor@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8488-1620>

THAISE VIEIRA GUERRA CHAVES

Especialista em Administração Hospitalar e Sistemas em Serviços de Saúde pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Analista Administrativa no Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Jequié (IPREJ).

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3115863120346173>

E-MAIL: thaise.guerra@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4149-9672>

RESUMO: Este artigo trata de um tema de suma importância para o Direito Administrativo, tendo como ponto de partida uma valiosa discussão sobre a legalidade da contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público por inexigibilidade de licitação. Para tanto, serão abordados os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais, bem como o art. 25, II da Lei nº 8.666/93 que versa sobre a contratação por inexigibilidade de licitação. Neste sentido, buscou-se identificar e apresentar se há ou não base legal que fundamenta a contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público, diante dos requisitos necessários concernentes aos critérios de contratação pública direta por inexigibilidade de licitação. Com base nos preceitos legais elencados, realizou-se um estudo de caso sobre recente decisão judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida na Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283, de modo a refletir criticamente sobre a interpretação efetiva que vem sendo direcionada ao presente objeto de estudo pelos Tribunais de Justiça brasileiros, especialmente em casos onde o Poder Público já conta com um corpo de profissionais jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Serviços Advocatícios; Inexigibilidade de Licitação; Poder Público.

ABSTRACT: This article deals with a topic of paramount importance for Administrative Law, starting from a valuable discussion about the legality of the contracting of legal services by the Public Authorities due to the non-requisite of bidding. For that, the legal, doctrinal and jurisprudential aspects, as well as art. 25, II of Law No. 8.666/93, which deals with contracting for non-compulsory bidding. In this sense, it was sought to identify and present whether or not there is a legal basis that bases the contracting of legal services by the Public Power, in view of the necessary requirements regarding the criteria for direct public contracting due to unjustifiable bidding. Based on the legal precepts listed above, a case study was conducted on the recent court decision of the São Paulo Court of Appeal, issued in Appeal no. 0002346-

60.2014.8.26.0283, in order to reflect critically on the actual interpretation that has been addressed to the present object of study by the Brazilian Courts of Justice, especially in cases where the Public Power already has a body of legal professionals.

KEYWORDS: Administrative Law; Advocacy Services; Ineligibility of Bidding; Public Power.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Das licitações e princípios aplicáveis - 3. Aspectos legais e doutrinários da inexigibilidade de licitação - 4. A Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283: um estudo de caso - 5. Considerações Finais - 6. Referências

1 Introdução

A edição da Lei Federal nº 8.666/93 representou um marco na organização do Poder Público brasileiro. A referida norma legal objetivou precipuamente atender aos princípios da isonomia e impessoalidade para a contratação de serviços privados pela Administração Pública. Ao estabelecer critérios objetivos de procedimentos e técnicas legais a serem seguidos pelos gestores públicos, a referida legislação vinculou não somente o Poder Executivo, mas todos os demais Poderes do Estado na atividade de seleção, escolha e contratação de empresas para o fornecimento de serviços e bens para o Poder Público.

Embora a burocratização dos procedimentos para a contratação de serviços e bens pela Administração Pública seja vista com maus olhos por parte dos juristas – que veem um engessamento excessivo oriundo da Lei 8.666/93 ao Administrador Público –, o dever de licitar significa conceder oportunidades iguais aos particulares no processo de contratação com o Poder Público e, por outra monta, utilizar a competição entre os particulares para obter a proposta mais vantajosa para o Estado. Não obstante as críticas, a Lei de Licitações atende principiológica e socialmente aos anseios da sociedade brasileira.

Entre os objetivos da Lei 8.666/93, consta expressamente o desenvolvimento nacional sustentável, tendo o referido princípio norteador sido introduzido na Lei de Licitações pela Lei nº 12.349/10. Tendo em vista a referida exigência legal, edifica-se o paradigma de que as licitações devem simultaneamente ponderar acerca de critérios sociais, econômicos e ambientais para realizar escolhas legais, sob pena de configuração de vícios insanáveis na seara jurídica (FERREIRA, 2012).

Entretanto, existem situações que reclamam ao Poder Público a contratação em uma modalidade diferenciada, seja pela especialidade única do serviço, seja pela urgência no

fornecimento da prestação, entre outros. Antevendo tais casos, o legislador pátrio elencou uma série de hipóteses nas quais é possível haver a contratação direta, mediante a dispensa do certame licitatório. Por óbvio, são situações excepcionais, que de modo algum desconfiguram a regra geral atrelada ao gestor público nas mais diversas e distintas áreas: para contratar serviços e bens, é preciso promover a licitação.

Nesse quadro, o presente trabalho analisa as hipóteses específicas de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos de advocacia. Existem, por certo, casos e situações específicas nas quais a Administração Pública demandará os serviços de advocacia de um corpo técnico externo aos quadros do Poder Público. A legislação, a doutrina especializada e a jurisprudência fornecem elementos concisos para que possamos realizar uma investigação acadêmica sobre esta hipótese de contratação direta pelo Poder Público – tarefa que iremos realizar neste escrito.

Há, em específico, discussão ainda viva sobre alguns casos em específico: é possível que o Poder Público contrate um corpo técnico de profissionais da área do direito, mesmo tendo em sua estrutura interna Procuradores Jurídicos? Mais do que isso, há hipótese legal para a dispensa de licitação na contratação de serviço técnico-jurídico, ainda que o Poder Público tenha em seu quadro interno profissionais jurídicos? Quais são os debates acadêmicos e jurídicos que revestem tais hipóteses?

Para investigar academicamente tais questões, o presente trabalho irá realizar uma apresentação descritiva inicial sobre as principais características e princípios das licitações no Brasil no tópico 1, “Das licitações e princípios aplicáveis”. A seguir, iremos pesquisar sobre os elementos que configuram as hipóteses de dispensa da licitação na legislação brasileira, que estarão inseridas no tópico 2, intitulado “Aspectos legais e doutrinários da inexigibilidade de licitação”. No tópico 3, denominado “A Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283: um estudo de caso”, o presente escrito irá promover um estudo de caso sobre decisão judicial proferida em sede de situação real de dispensa de licitação para a contratação de serviços advocatícios, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando criticamente a decisão e indicando a viabilidade das questões de dispensa de licitação no caso em análise.

O presente estudo se configura como uma pesquisa de cunho teórico-reflexivo, por meio da pesquisa bibliográfica e documental, utilizando como técnica de pesquisa o estudo de caso, mediante uma análise de dados eminentemente qualitativa. O objeto de estudo desta investigação acadêmica é problematizar a possibilidade de realização da contratação de serviços técnico-jurídicos pelo Poder Público mediante a dispensa de licitação, em casos nos quais a

Administração Pública já conta com um corpo de Procuradores Jurídicos constituído efetivamente.

2 Das licitações e princípios aplicáveis

Em regra, todas as vezes que a Administração Pública precisar celebrar contratos, ela o fará mediante prévia licitação, segundo o art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) que determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação pública. Hely Lopes Meirelles (2015, p. 310), aduz:

Licitação é o 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 econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos.

As licitações foram regidas até o presente ano pela Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, que são normas gerais, de competência da União. A edição recente da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, trouxe algumas alterações em relação à legislação anterior, que serão abordadas no presente trabalho; entretanto, como panorama geral de análise, tomaremos os dispositivos da Lei nº 8.666/93. O conceito de licitação definido pelo ilustre jurista Marçal Justen Filho (2012, p. 441), afirma que:

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

A licitação tem como finalidade buscar a melhor contratação para o poder público, no objetivo de garantir o interesse público, buscando a proposta mais vantajosa ao Estado, permitindo a participação de qualquer pessoa interessada no certame, e que preencham os requisitos legais.

Assim, a CRFB assegura-se a Administração Pública a utilização de procedimento licitatório instituído por lei, estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos de obras e serviços, alienações e locações no âmbito das esferas federal, estadual e municipal.

O procedimento licitatório pode ser visto como um instrumento de gestão que busca diminuir o grau de risco que tem a administração pública de desviar-se da finalidade para qual foi criada, finalidade está de garantir o interesse público e o bem da coletividade, ao tempo, manter o equilíbrio social e o desenvolvimento nacional sustentável. O processo licitatório

brasileiro sofreu, ao longo da vigência da Lei nº 8.666/93, severas críticas em relação a uma suposta burocratização excessiva neste campo, constituindo-se como entrave à eficiência na gestão pública (DOURADO, 2015).

Dessa forma, a licitação é realizada previamente a contratação pública, dando segurança jurídica às contratações públicas, fazendo com que a Administração Pública obedeça o princípio da legalidade, o qual a lei exige que a Administração Pública atue de determinada forma, dentro da legalidade, bem como no ato discricionário, o qual a lei estabelece margem de liberdade de escolha ao gestor público, porém sempre obedecendo o princípio da legalidade, na busca da melhor proposta para o Poder Público, da garantia do Princípio da isonomia conforme o art. 5º e art. 37º da CRFB e da garantia de desenvolvimento nacional.

Entretanto, as exceções ficam a cargo das hipóteses de considerar dispensada a licitação para alienação de bens públicos, art. 17, I e II, dispensa de licitação prevista no art. 24 e inexigibilidade de licitação, art. 25, artigos da Lei nº 8.666/93.

Visto que, existe diferença entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação, em que na dispensa de licitação é possível a contratação direta, mesmo existindo a possibilidade de competição, na qual a lei faculta a escolha da melhor proposta pelo Poder Público através do poder discricionário e nos casos de inexigibilidade sempre que a competição for inviável em virtude da singularidade do objeto.

Toda modalidade de licitação, bem como as contratações públicas diretas devem obedecer os princípios constitucionais explícitos no art. 37, *caput*, da CRFB/88 aplicáveis à Administração Pública, como a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade e a Eficiência, acrescido pela Emenda Constitucional nº 19/98, os quais constam ratificados no art. 5º da Lei nº 14.133/21, acrescido do princípio da isonomia, da igualdade, da probidade administrativa e demais dispositivos implícitos no ordenamento jurídico. Sendo assim, segundo Matheus Carvalho (2018, p. 444):

(...) à realização do procedimento licitatório deve observar a legalidade, no que tange às normas aplicáveis ao seu procedimento, a impessoalidade que representa, inclusive, uma das finalidades da licitação, sem que haja favoritismo ou escolhas em razão da pessoa a celebrar o contrato, a moralidade, sendo conduzida a licitação em respeito aos padrões éticos e morais, da garantia de eficiência inerente a toda atuação do Poder Público.

Em específico, porém, vale ressaltar os princípios que norteiam de forma direta o procedimento licitatório, os quais cita-se o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que é o edital – ato administrativo e nele está contido tudo que deve ser obedecido e seguido pelos licitantes e a Administração Pública; o Princípio do Julgamento Objetivo deve estar estabelecido no edital de forma clara e precisa, qual critério de julgamento

142 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.138-160. Jul/Dez-2021

será utilizado, segundo o art. 45 da Lei nº 8.666/93, que constam os critérios possíveis que podem constar em edital; o Princípio do Sigilo das Propostas pelos licitantes até o momento que ocorrerá a sessão pública licitatória, no momento específico em que todos os licitantes poderão realizar a abertura das propostas; o Princípio da Eficácia Administrativa é a busca do menor custo para a Administração Pública, através da eficiência e conveniência dos atos administrativos; e o Princípio da Isonomia, que garante o tratamento igualitário entre os licitantes, conforme o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, que nos diz:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Pode-se dizer que nenhum desses princípios tem maior relevância que o outro, todos se completam e são imprescindíveis em determinadas fases da licitação, para que sejam cumpridas as normas estabelecidas aos licitantes, bem como garantir a boa-fé da própria administração pública na escolha do vencedor, segundo os critérios objetivos de julgamento das propostas.

Porém, o fato de a inexigibilidade não exigir o procedimento licitatório, não exime o Poder Público de realizar o procedimento especial e todas as formalidades prévias, conforme os princípios aplicáveis à licitação.

3 Aspectos legais e doutrinários da inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação está regulamentada no art. 25 da Lei nº 8666/93, que estabelece, em princípio, que a licitação será inexigível sempre que a competição for inviável. Sabe-se que se considera inviável competir para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados elencados em rol exemplificativo no art. 13 da Lei nº 8.666/93, dentre eles, enquadra-se os serviços advocatícios, no inciso II; que tenham natureza singular; e exercido por profissionais ou empresas de notória especialização.

Conforme mencionada, a necessidade da presença dos três requisitos exigidos pela lei deve estar presente e relacionados como o objeto contratual em questão como pressuposto de existência da exigibilidade. Vale esclarecer e melhor entender o que são os serviços técnicos especializados, já que seu o conceito gera tantas dúvidas. Segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p. 335):

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

Sendo assim, segue abaixo o dispositivo da Lei nº 8.666/93, que versa sobre um rol exemplificativo dos serviços técnicos profissionais especializados que podem ser contratados diretamente, desde que comprovada sua natureza singular:

Seção IV - Dos Serviços Técnicos Profissionais Especializados

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

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado).

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

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

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

A doutrina majoritária defende os pressupostos da licitação, os quais permite definir o

que seria uma competição inviável, pois a falta de qualquer um dos pressupostos, justifica a contratação direta pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 551) enumera-os em: pressuposto lógico, pressuposto jurídico e o pressuposto fático.

- a) Pressuposto lógico: trata-se da pluralidade de objetos e da pluralidade de ofertas. Vários entes interessados devem produzir o objeto pretendido pela administração pública, bem como devem ofertá-los a ela, a fim de que possa perfazer o negócio mais vantajoso;
- b) Pressuposto jurídico: refere-se à finalidade da licitação. Em suma, a administração pública contrata algo que vai servir ao interesse público; ela jamais deverá contratar algo para si “desservir”;
- c) Pressuposto fático: para haver licitação, devem existir interessados capazes de participar da concorrência para contratar com a administração pública. Seria contraproducente abrir licitação para obter um parecer de um jurista famoso. Ou então para contratar um advogado hábil nas sustentações orais junto ao Tribunais Superiores.

Note-se que quando escolhida a inexigibilidade de licitação, como forma de contratação direta para determinado objeto, por conseguinte não estão presentes todos os pressupostos, que permita a escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração, contrariando o Princípio do Julgamento Objetivo que norteia o procedimento licitatório. Desta forma, torna-se juridicamente inviável a realização do procedimento licitatório.

Marçal Justen Filho (2012, p. 406-407) afirma que a inviabilidade de competição, de acordo com o art. 25 da Lei nº 8.666/93, pode ocorrer, exemplificativamente, nas seguintes situações:

- a) Ausência de alternativas: quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação;
- b) Ausência de mercado concorrencial: ocorre nos casos de serviços de natureza personalíssima;
- c) Ausência de objetividade na seleção do objeto: não há critério objetivo para escolher o melhor;
- d) Ausência de definição objetiva da prestação a ser executada: não há possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato.

Nesta circunstância é imprescindível que a contratação de serviços advocatícios seja pautada em uma relação de confiança e alto nível de segurança da qualidade dos serviços que serão prestados com a finalidade de se atingir o interesse público e da coletividade. Sabendo que é regra a contratação pública por procedimento licitatório, sendo a inexigibilidade exceção e que deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade de competição, da singularidade do objeto e notória especialização do contratado.

O TCU expediu o Enunciado de Súmula 264/2015, que versa sobre a inexigibilidade de licitação, nos seguintes termos:

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.

Ao que se refere da comprovação da inviabilidade de competição, não quer dizer que exista apenas uma pessoa física, ou uma pessoa jurídica que preste o serviço profissional especializado almejado pela Administração Pública, pois pode haver mais de um, até mesmo uma ampla concorrência, mas é necessária que haja com notória especialização e que seja a mais adequada à satisfação do objeto.

No Acórdão 2762/2011 Plenário, o TCU revela que não é a complexidade da demanda que determina a singularidade, ao passo que no Acórdão 2832/2014 também do Plenário, o TCU deixa claro que 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.

Ressaltamos a importância de definir a singularidade do objeto, isto é, a natureza do serviço que será prestado, devido a sua característica especial, notável, extraordinário, para que a Administração Pública garanta o interesse público.

Segundo o entendimento pacificado pelo TCU, a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação encontra amparo no art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, podendo ser realizado, desde que presentes os requisitos concernentes à singularidade do objeto e à notória especialização do contratado. Acórdão 2169/2018 TCU Plenário. Logo, na Lei nº 8.666/93, art. 25, II, §1º:

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

Observa-se que o administrador público se manifestará por ato discricionário, sendo a escolha do contratado devidamente motivada, especificando a sua notória especialização profissional, fundamentada legalmente sobre a adequação e suficiência da sua capacidade para atender o objeto a qual será ser contratado.

A singularidade do objeto advém do Poder Público se encontrar diante de um objeto que requer conhecimentos específicos e diferenciados por parte de profissional habilitado, com conhecimentos atualizados e estudos aprofundados sobre a matéria em questão. Cabe dizer que o fato do Poder Público possuir em seu quadro funcional Procuradores não assegura que os

mesmos possuam conhecimentos especializados que confirmam maior segurança à decisão administrativa.

No mesmo sentido, no Acórdão nº 2.616/2015, o Plenário do TCU assim entendeu (fl. 15):

Adentrando no exame da singularidade do objeto, enfatizo que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrado no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Também não concordo totalmente com a correlação realizada pela Selog, no sentido de que não existe singularidade do objeto quando é possível a especificação tanto de qualificação técnica da empresa a ser contratada quanto dos serviços e produtos a serem produzidos, detalhando a metodologia a ser utilizada e os conteúdos dos produtos a serem entregues. Isso porque em alguns tipos de contratação deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização. Embora tal fato não possa ser tomado como uma regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma espécie de singularidade subjetiva, que estaria associada ao profissional que executa o objeto.

Assim sendo, a lei é imperativa para que haja justificativa expressa para fundamentar a situação de contratação direta por inexigibilidade de licitação, de modo a justificar a regularidade da qualificação jurídica do contratante, adequada a necessidade do bem ou serviço pretendido, a inviabilidade de competição e a razoabilidade dos preços.

Ainda, cabe dizer da importância de verificar o valor, o preço da contratação, pois é certo, que em caso de contratações diretas, deve haver motivação para o ato e justificativa, segundo o teor do art. 26, da Lei nº 8.666/93. No caso, em que a inexigibilidade de licitação a competição é inviável deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, nos casos de inviabilidade de licitação, o Plenário do TCU se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei nº 8.666/93, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas.

Por conseguinte, para conclusão da contratação direta, após a instrução devida do processo administrativo que decorre: da solicitação de despesa, termo de referência, justificativa da escolha do contratado, da justificativa de preço que deve ter como base outros preços praticados no mercado, a previsão orçamentária e financeira, comprovação do preenchimento por parte do contratado dos requisitos mínimos de habilitação (documentos da pessoa jurídica e certidões de regularidade fiscal e trabalhista) e qualificação mínima necessária (atestados de capacidade técnica), parecer jurídico observando a legalidade do processo

administrativo e contratual, e assim, sendo necessário que seja encaminhado o procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação para ratificação pela autoridade superior competente e além da publicação da ratificação, faz-necessário a publicação do extrato do contrato na imprensa eletrônica oficial tempestivamente, para que a contratação direta, por meio contratual tenha eficácia, ou seja que produza os efeitos jurídicos, suscitando direitos, deveres e obrigações entre as partes, concernentes ao Princípio da Publicidade, dando-lhe eficácia ao ato administrativo.

4 A Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283: um estudo de caso

O presente debate ganha corpo quando analisamos especificamente a possibilidade de contratação de serviços de advocacia pelo ente público que já possui procuradores técnicos no quadro de servidores para atuar na defesa dos interesses do poder público. Há ainda na atualidade corrente teórica que defende que, neste caso, não poderá ser efetivamente aplicada a hipótese legal da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados, sob pena de clara lesão ao erário público. Tal conflito, por certo, não pode ser analisado isoladamente – sem que seja investigada a presença ou ausência dos demais requisitos legais.

Pois bem. Para aprofundar a análise do objeto do trabalho em construção, recorreremos ao estudo de caso de recente decisão judicial do Tribunal de Justiça de São Paulo que trata sobre a legalidade da contratação de serviço jurídico de escritórios de advocacia por meio da inexigibilidade de licitação. O caso elencado tem, inclusive, temática emblemática: versa sobre serviços direcionados a tributos municipais em seus respectivos entes. Assim sendo, o referido caso poderia se enquadrar, em tese, dentro da hipótese de dispensa de licitação do art. 13, III, da Lei 8.666/93, que trata dos serviços técnicos especializados. Entretanto, o Tribunal não entendeu que os requisitos para a contratação direta estavam configurados – o que caracteriza a singularidade e relevância do julgado.

Analisamos a decisão proferida pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283, Rel. Min. Ponte Neto, julgado em 1 ago. 2018. A decisão analisa a contratação direta de dois escritórios de advocacia para a prestação de serviços técnicos especializados de consultoria e assessoria tributária, jurídica e administrativa na execução de serviços, que tiveram como objeto o levantamento de eventuais pagamentos indevidos efetuados ao INSS a título de contribuição patronal, na propositura de ações judiciais para reconhecimento e compensação de tais créditos e na elaboração de cálculos

148 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.138 - 160 Jul/Dez-2021

para sua compensação administrativa perante a Receita Federal.

A 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela manutenção da condenação do Prefeito à época e dos dois escritórios de advocacia que foram contratados sem a realização de licitação, incorrendo nos seguintes argumentos: i) tratava-se de uma causa comum, não sendo uma demanda complexa para exigir os serviços técnicos especializados de escritório de advocacia via inexigibilidade de licitação; ii) o poder público já possuía corpo técnico jurídico especializado, que poderia plenamente assumir a demanda indicada no processo.

Analisemos, pois, o primeiro ponto elencado no julgado em análise. De acordo com o entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no caso, corroborando a decisão proferida pelo Juiz de primeira instância, não há singularidade no objeto do contrato para o qual os escritórios de advocacia irão atuar. Não há, pois, um serviço cuja realização exige uma *expertise* e uma técnica diferenciadas dentro do mercado, que ilustrariam a possibilidade de escolha do Poder Público mediante inexigibilidade de licitação para a contratação. O serviço que estaria sendo contratado entre a Prefeitura e os escritórios de advocacia seria de caráter corriqueiro para uma firma de advogados que trabalha dentro da área de tributos. Depreende-se tal conclusão no momento em que o Tribunal de Justiça analisa o objeto do contrato do caso em comento (fl. 9):

Análise, levantamento de dados e documentos apuração e recuperação de pagamentos efetuados indevidamente junto a 'RFB Receita Federal do Brasil INSS' a título de 'Contribuição Previdenciária Patronal' incidente sobre as seguintes exações: A) Horas- Extras, Terço Constitucional de Férias, Aviso Prévio Indenizado, Salário Educação, Auxílio-Creche, Auxílio-Doença e Auxílio Acidente (15 Dias Afastamento), Abono Assiduidade, Abono Único Anual, Vale Transporte, Adicional de periculosidade, Adicional de Insalubridade, Adicional Noturno, Cargos Comissionados e demais 'Verbas Indenizatórias / Compensatórias', constantes do Art. 22 I e II da lei 8.212/91 no período 'Quinquenal', e 'Subsequente' até a vigência do presente Contrato b) 'RAT Rateio de Acidente de Trabalho' (Rat + Fap) com a 'redução das Alíquotas de Grau de Risco Médio de 2% 'para Grau de Risco Leve' 1% (acréscimo do Fap) constante do 'anexo V do Decreto nº 3048/99', com vigência a partir de 'Junho de 2007; II - interposições de ações junto aos órgãos competentes, com acompanhamento até decisão final'.

Perceba-se que a inexigibilidade de licitação do contrato firmado na situação em análise poderia, em tese, se enquadrar dentro do art. 13, III, da Lei 8.666/93, justificando-se tratar de "assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias". Ocorre que o texto de lei não deve ser analisado isoladamente, havendo um contexto fático – além de jurídico – que corrobora para configurar a hipótese real de dispensa de licitação. Na situação em comento, ainda que a Procuradoria do Município tenha indicado a validade da contratação direta –

justificada pela hipótese legal indicada – não se trata efetivamente de um serviço de caráter singular, como exige o Tribunal de Contas da União.

Trata-se, pois, de serviço técnico profissional de natureza não singular, como expresso no entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os escritórios de advocacia que lidam com causas tributárias assumiriam, em tese, a referida atividade contratada sem quaisquer dificuldades, não sendo necessário um conhecimento e técnicas diferenciados para tanto – elemento indispensável para configurar a dispensa de licitação (FIGUEIREDO, 1992). É justamente a alta complexidade do serviço a ser executado que demanda uma especificidade na escolha do escritório a ser contratado para a tarefa.

Já o segundo argumento indica a existência de corpo técnico-jurídico próprio dentro da Prefeitura para a realização dos referidos serviços, não havendo assim a necessidade de contratação de escritórios de advocacia para o objeto em comento. É necessário, neste item em específico, realizar um desdobramento analítico. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo indica que os servidores efetivos do Município poderiam realizar a tarefa de pesquisa, organização e execução de ações administrativas e judiciais para alcançar o objeto indicado no contrato de serviços advocatícios pactuado (fls. 14-15):

Em relação ao quadro de servidores do Município de Itirapina, conforme se colhe dos autos, verifica-se que existia um cargo de Secretário de Administração (fls. 1.089/1.090), três de Assistente Jurídico (fls. 526), dois de procurador (fls. 527), dois de Procurador-Geral e dois de Assessor Jurídico (fls. 528), cujas funções (fls. 515/522) englobavam o objeto da proposta, conforme previsão na lei Municipal nº 2.486/2011.

(...)

Portanto, o ajuizamento e acompanhamento de ações judiciais, a adequada aplicação das leis vigentes (elaboração de cálculos de tributos), a defesa dos interesses do Município de Itirapina e o acompanhamento dos feitos administrativos perante a Secretaria da Receita Federal podiam e deviam ser desempenhados por tais servidores e seus subordinados, já contratados e remunerados pelo erário.

Ocorre que os profissionais jurídicos que trabalham em caráter efetivo no Município podem não deter os conhecimentos necessários para realizar determinados procedimentos jurídicos. Levando-se em conta a pequena dimensão da cidade de Itirapina, que conta com cerca de 17 mil habitantes, não seria surpresa que os Procuradores Jurídicos não detivessem conhecimentos que cobrissem toda a amplitude que o direito abarca. Razões outras podem, da mesma forma, justificar legalmente a contratação de um corpo técnico de advogados, ainda que hajam Procuradores Jurídicos efetivos constituídos em determinado ente público.

Sobre o tema, Adilson Abreu Dallari (1998, p. 50) afirma que “no caso dos Estados e do Distrito Federal, a obrigatoriedade de criação de procuradorias para as tarefas usuais e

corriqueiras de consultoria e representação judicial não é incompatível com a contratação esporádica de advogados para determinados serviços”. Não há, desse modo, uma exclusão automática da possibilidade de contratação de escritórios de advocacia pelo Poder Público frente à anterior constituição de um corpo de juristas nos quadros da Administração. A este respeito, entoa Fabrício Motta (2016, p. 25):

A eventual existência de corpo jurídico próprio não obsta a possibilidade de contratação direta, cumpridos os requisitos legais. Se a existência do corpo jurídico fosse impeditiva, o art. 13, incisos II, III e V, da Lei nº 8.666/93 seria inconstitucional, porquanto admite expressamente a contratação de pareceres, consultoria, assessoramento e patrocínio de causas judiciais e administrativas. Além disso, é de rigor avaliar concretamente a aptidão profissional do corpo jurídico disponível para a Administração, e a questão da confiança, ligada a aspectos discricionários, deve ser considerada para fins de licitude da decisão.

Ocorre que a contratação nestes casos em que não há especificamente um objeto com características singulares não prescinde, dessa forma, de uma bagagem técnica *sui generis* do corpo de advogados a serem contratados – em outros termos, o que se chama hodiernamente de “notória especialização”. Assim sendo, incorrer-se-ia dentro da hipótese de contratação via licitação – não sendo, por óbvio, caso de dispensa da mesma. Assim sendo, conclui-se que, dentro deste quadro, mesmo havendo corpo técnico de procuradores do entre público e não tendo o objeto da demanda uma complexidade singular, pode-se contratar um corpo técnico de advogados externos, o que ocorrerá mediante a realização de licitação. Tal raciocínio pode ser vislumbrado, inclusive, na sentença de primeira instância, transcrita na Apelação do TJ/SP e indicada a seguir (fls. 15-16):

(...) Embora seja razoável o raciocínio de que os procuradores municipais não dispunham da expertise necessária para lidar com o tema – dada a razoável complexidade da legislação tributária federal – parece-me pouco crível que a recuperação de tributos pagos a maior, mediante a compensação administrativa direta ou após o ajuizamento de demandas judiciais, seja de tal modo intrincada que tornasse inviável a realização da licitação.

Com isso, não digo que o domínio da temática não exija experiência prévia nem que demande grande dose de esforço e dedicação por parte do advogado. Certamente exige. Porém, nos dias atuais, parece um tanto quanto exagerado dizer que se trata de um problema isolado, inédito, inatingível ou que esteja revestido por circunstâncias de tal natureza e complexidade que tornariam a competição, no caso, inviável.

Não custa lembrar que o Município de Itirapina é vizinho aos de Rio Claro, São Carlos e Araraquara, cidades de médio porte do interior bandeirante altamente desenvolvidas e que, reconhecidamente, contam com serviços advocatícios especializados e de qualidade. E mesmo que tais cidades sejam desconsideradas, também não está tão distante de Campinas, Ribeirão Preto ou São Paulo polos nacionais de produção acadêmica a ponto de tornar inviável sequer cogitar a contratação de qualquer das centenas de profissionais que diuturnamente lidam com tais temáticas nessas localidades.

A partir desse raciocínio, afirmo que a [Firma de Advogados ocultada] não era um dos possíveis candidatos? Evidente que não. Tal análise se insere no contexto do requisito da notória especialização, que sequer foi abordado até o momento. O busílis é que, considerando o objeto do contrato e a evidente possibilidade de competição,

soa inviável discordar da afirmação do Ministério Público de que a prévia licitação, no caso concreto, não somente era possível, mas também imprescindível à satisfação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, tão caros à Administração Pública.

Ou seja, independentemente de qualquer tergiversação acerca da especialização do contratado, a ausência de verdadeira singularidade na contratação tornava inviável a supressão da licitação prévia, de forma que o contrato administrativo firmado entre partes é mesmo nulo.

Não obstante o resultado final do julgado em análise tenha sido a condenação judicial do anterior gestor e dos escritórios de advocacia, pela utilização indevida da contratação por dispensa de licitação, o caso possui relevância acadêmica para a análise das hipóteses em comento. Em especial, o julgado reafirma as hipóteses legais nas quais pode haver a dispensa de licitação advocatícia e, mais do que isso, indica claramente a possibilidade legal de que haja a contratação de serviços jurídicos para entes públicos nos quais já exista um corpo de Procuradores Jurídicos constituídos.

Tal hipótese, inclusive, sobrevive mesmo em situações nas quais o objeto do contrato não é especializado, o que somente reforça o entendimento de Márcio Cammarosano (1996), ao discorrer sobre a contratação para serviços de advocacia. O autor aduz que, tratando-se de serviços jurídicos rotineiros do Poder Público, não é incomum que o mesmo necessite da contratação de terceiros por algum prazo ou razão contingencial. Nessa situação, haverá a realização da licitação para a contratação do corpo técnico-jurídico, seguindo-se a legislação vigente – embora as modalidades de certame da Lei 8.666/93 podem não ser integralmente adequadas para realizar a escolha do contratado.

5 Considerações Finais

Não há dúvidas de que o instrumento da licitação traz benefícios ao Poder Público e à sociedade, reafirmando uma série de princípios e valores jurídicos no que tange à contratação de particulares pelo Estado. Existem, entretanto, hipóteses legais na qual as licitações não serão aplicadas, que devem ser analisadas minuciosamente e interpretadas de modo coerente pelos Tribunais pátrios. A contratação de serviços advocatícios é um destes espinhosos casos, dentro dos quais o Poder Público poderá – identificados os requisitos legais para tanto – realizar a contratação direta, sem licitação.

No presente trabalho, identificamos a viabilidade da contratação direta de escritórios de advocacia pelo Poder Público em situações peculiares, cuja resolutividade prescindida de uma ação singular, diferenciada dentro do mercado. A causa da contratação, dessa forma, deve estar imbuída em um contexto de complexidade *sui generis*, que demande efetivamente uma resposta à altura para a sua solução. Nesse quesito é que se exige justamente uma bagagem técnica diferenciada do serviço advocatício a ser escolhido, posto que o mesmo se diferencia dentro do mercado pela capacidade ímpar ante o problema elencado.

A competência do referido corpo técnico-jurídico a ser contratado via inexigibilidade de licitação deve ser plenamente demonstrável, a partir de um vasto histórico de experiências anteriores na problemática em análise. Tal configuração é imprescindível para que não paira dúvida sobre a especialização técnica diferenciada do escritório contratado, afastando uma possível contestação da legitimidade do ato de contratação direta. Não é que o serviço de advocacia contratado seja o único com tais capacidades no mercado. Ocorre que entre o Poder Público e a firma de advogados, há que estar configurada igualmente relação de confiança na execução plena do serviço firmado. Tal grau de subjetividade inerente a esta relação jurídica foge completamente ao âmbito de objetividade presente no certame licitatório, ilustrando ainda mais a possibilidade legal de contratação direta.

A discussão ganha ainda mais volúpia quando debatemos a possibilidade de que haja a contratação direta pela Administração Pública quando já existe previamente um corpo de Procuradores Jurídicos no ente contratante. Utiliza-se hodiernamente, no presente quadro, a justificativa de que a contratação de serviços de advocacia causariam evidente dano ao erário, no momento em que já existem profissionais com capacidade jurídica para tratar do tema ao qual se destina a contratação. A análise deste panorama, entretanto, deve transcender a mera

superficialidade, sendo analisado cada caso de modo singular.

A existência de Procuradores Jurídicos no ente público que está a firmar contrato de prestação de serviços por inexigibilidade de licitação com um escritório de advocacia não significa a ilegalidade do referido contrato. Por certo, todo profissional – seja ele servidor público ou profissional liberal – possui uma bagagem de conhecimentos e experiências tais que o habilitam a exercer determinadas atividades. Ocorre que há dentro do campo jurídico uma amplitude de possibilidades de atuação técnica que podem plenamente justificar a contratação adicional de operadores jurídicos. Basta que a complexidade da situação em evidência seja tal que exija os serviços técnicos de advogados com notória especialização na problemática a ser tratada.

Nesse sentido, não há óbice, ainda, que a contratação dos serviços advocatícios tenha como objeto tratar de uma causa comum, não complexa, que não exija conhecimento técnico especializado. No entanto, tal modalidade de contratação deve necessariamente ser regida pela hipótese legal de realização de licitação prévia, não se enquadrando na modalidade legal da contratação direta pelo Poder Público. O estudo de caso realizado ante a Apelação 0002346-60.2014.8.26.0283, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstra os requisitos da complexidade e singularidade da causa e a notória especialização do fornecedor de serviço são cruciais para a plena configuração da hipótese de contratação via dispensa de licitação pelo Poder Público.

A despeito da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, sancionada em 1 de abril de 2021 ter excluído a exigência do objeto singular dos requisitos da contratação direta por inexigibilidade de licitação (art. 74, III), tal como era previsto na Lei nº 8.666/93, é importante que se tenha cautela nas contratações desta natureza já que ainda não há pronunciamento jurisprudencial e consenso doutrinário acerca da desnecessidade da singularidade do objeto como requisito nas atuais contratações por inexigibilidade de licitação. Já que, o Tribunal de Contas da União – TCU em recente (Acórdão 2761/2020 – Plenário), porém este, ainda anterior a sanção da Nova Lei de Licitações, no caso da Lei das Estatais (que tem idêntica redação no art. 30, inciso II, alínea “e”, da Lei 13.303/2016) cobrando a singularidade do objeto.

Cabe, neste momento inicial, por parte do Poder Público o zelo de observar quais serviços estão sendo contratados e na instrução do procedimento administrativo comprovar a notória especialização através dos requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária, razão da escolha do contratado e a justificativa de preço, demonstrando a vantajosidade técnica e econômica da contratação, bem como que o preço está compatível com os de mercado, instituições públicas e privadas. Ademais, torna-se importante, por questão cautelar, a instrução

156 | Revista do Programa de PósGraduação em Direito da UFBA. e-ISSN: 2358-4777. Vol. 31, n.2, p.138 - 160 Jul/Dez-2021

de justificativa no processo de inexigibilidade de licitação que demonstre a impossibilidade do Poder Público prestar o serviço pretendido de forma adequada e satisfatória à necessidade da Administração Pública, que tem como premissa o atendimento ao interesse público, apenas por meio do corpo funcional de procuradores, fazendo-se necessária a contratação de escritório de serviços advocatícios de notória especialização, com fulcro no art. 74, inciso III, alínea “b” e “e” da Lei Federal nº 14.133/2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

6 Referências

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021**. Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 29 de abril de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 819/2005**, Processo TC 019.378/2003-9 (Relatório de Auditoria), Rel. Min. Marcos Bemquerer, Ata 23/2005, Plenário, Data da Sessão 22/06/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2616/2015**, Processo TC 017.110/2015-7, Rel. Min. Benjamin Zymler, julg. Em 21/10/2015, 1ª Câmara, Data da Sessão 21/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2762/2011**, Processo TC 003.730/2011-5 (aposentadoria), Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Ata 15/2011, 1ª Câmara, Data da Sessão 10/05/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2832/2014**, Processo TC 021.606/2010-2 (Pedido de Reexame em Relatório de Auditoria), Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Ata 41/2014, Plenário, Data da Sessão 22/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2169/2018**, Processo TC 002.879/2018-2 (Atos de Admissão), Rel. Min. Marcos Bemquerer, Ata 11/2018, 1ª Câmara, Data da Sessão 10/04/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0002346-60.2014.8.26.0283**, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Min. Ponte Neto, julgado em 1 ago. 2018.

CAMMAROSANO, Márcio. **Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia**. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 31, set. 1996.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª ed.. Salvador: Editora JusPodivn, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, pp. 49-57, out./dez. 1998.

DOURADO, Guilherme Afonso. **A lei de licitações como óbice à eficiência da atuação do Estado brasileiro: apontamentos, constatações e perspectivas**. *Revista do CEPEJ*, Salvador, n. 16, pp. 245-270, 2015.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos licitantes**. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.