André Ramos Tavares

PROFESSOR VISITANTE DA *CARDOZO SCHOOL OF LAW* E DA *FORDHAM UNIVERSITY* – NEW YORK;
PROFESSOR DO DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO *DA UNIVERSITÀ DI BARI* - ITÁLIA;
PROFESSOR DOS PROGRAMAS DE DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO DA PUC/SP.

PARECER

A contratação de escritórios de Advocacia por entes públicos: explicações quanto ao *dever de licitar*, inexigibilidade de licitação e configuração de ato ímprobo

Trata-se de parecer jurídico que objetiva, a partir de debate geral, esclarecer, de forma pedagógica e constitucionalmente conforme, o regime jurídico em vigor referente à contratação, por entes públicos de serviços de Advocacia, incluída aqui a Consultoria jurídica. O reconhecimento da repercussão geral sobre o tema da constitucionalidade na contratação direta de escritórios de Advocacia, por meio dos RE n. 656.558 e n. 610.523, permite que importantes dilemas que envolvem e permeiam o instituto da licitação possam ser resolvidos, ao menos quanto à contratação do serviço específico de Advocacia.

Enfrento, primordialmente, o enquadramento constitucional e legal do instituto da licitação, levantando dificuldades na maneira pela qual membros do Ministério Público – estadual e federal – caracterizam as exceções ao dever de licitar. O debate levado a efeito por tais órgãos reduzem a utilidade do instituto a um mero embate ideológico/principiológico. Pressupõe-se que a licitação realiza o interesse público, enquanto as hipóteses de dispensa e inexigibilidade consolidam pretensões imorais, ímprobas e egoísticas tanto do agente público como do particular envolvido.

Qualifico a forma simplista pela qual o dilema é conduzido, trazendo *ao* – e explicitando *no* – debate uma *perspectiva de gestão pública*, atrelada à noção constitucional da eficiência, ciente dos problemas práticos que acometem o cotidiano do mundo real. Trata-se de enfoque constitucionalmente adequado ao exame das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Sob esta análise, defendo que o estudo acerca da (i)licitude da contratação direta deve despir-se do caráter ideológico que o macula, atentando para um universo pragmático/fático, usualmente desconsiderado pelo *Parquet* e por órgãos julgadores, seduzidos pela natureza ideológica – e simplista – do dilema licitatório.

A partir desta abordagem, finco como objeto de minha atenção os requisitos legais erigidos à inexigibilidade de licitação: "singularidade do objeto" e "notória especialização". Reconhecendo a imprecisão conceitual destes condicionantes, reforço o papel da discricionariedade administrativa na abordagem de tais requisitos e na necessidade de os órgãos fiscalizadores não confundirem ato administrativo discricionário com *ato administrativo vinculado*. O enfoque prático é necessário para desmistificar os institutos da "singularidade do objeto" e da "notória especialização", avocando a atenção do operador do Direito, do fiscalizador e do gestor público aos problemas que a contratação direta visa a suprir e sua superioridade prática sobre as demais alternativas existentes.

SUMÁRIO: I. APRESENTAÇÃO DO DILEMA JURÍDICO: A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA POR ENTES PÚBLICOS; I.1. A singularidade do objeto: técnica da antítese, técnica corporativista e técnica de relação de confiança; I.2. Notória especialização ou notável saber jurídico; II. LICITAÇÃO – E SUA DISPENSA E INEXIGIBILIDADE – ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA; II.1. A singularidade do objeto: a técnica da motivação racional e faticamente contextualizada; II.2. A notória especialização concretizável; III. DA DIFERENÇA ENTRE ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PRESUNÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; IV. CONCLUSÕES E RESPOSTAS AOS QUESITOS

Resumo das teses abordadas em cada tópico

1. Apresentação do dilema jurídico: a contratação de serviços de Advocacia por entes públicos

O primeiro tópico apresenta breve mapeamento do dilema jurídico acerca da contratação direta de serviços de Advocacia. O propósito central deste item é demonstrar que o enfoque empregado constantemente no debate jurídico sobre a questão encontra-se enviesado. Em síntese, parcela do *Parquet* e alguns órgãos julgadores são animados por premissa ideológica, pela qual o instituto da Licitação – um importante instrumento de gestão, inspirado por uma necessária dinâmica prática – acaba por ser (i) configurado em um sentido inadequado de princípio absoluto e onipotente da Administração Pública e (ii) vinculado a noções de interesse público e moralidade.

2. Licitação – e sua dispensa e inexigibilidade – enquanto instrumento de gestão pública

A seção II é vocacionada a desmistificar a solução simplista e atécnica apresentada ao dilema da contratação direta de escritórios de Advocacia. Para tanto, apresento o instituto da Licitação – e de sua dispensa e inexigibilidade – em dimensão usualmente (e convenientemente por alguns) ignorada, enquanto mecanismo de gestão do bem público, pela Administração Pública. Sob um enfoque prático, mas ao mesmo tempo calcado em diretrizes constitucionais, enfatizo as justificativas subjacentes à possibilidade de contratação direta de escritórios de Advocacia pela Administração Pública

3. Da diferença entre atos que atentam contra princípios da Administração Pública e a presunção de contrariedade a princípios da Administração Pública

O terceiro capítulo endereça a problemática do enquadramento da contratação direta de serviço de Advocacia como ato ímprobo, sujeito ao rigor do art. 11, I, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. A caracterização – pueril – de contratação direta de serviço de Advocacia como ato visando fim proibido em lei advém das premissas equivocadas que cercam o debate sobre o tema. Diante do correto direcionamento do dilema jurídico-prático, a aplicação do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa torna-se tarefa rigorosa, não mais sujeita ao maniqueísmo ideológico hasteado por órgãos fiscalizadores e julgadores

SÍNTESES CONCLUSIVAS:

(i) A Administração Pública está autorizada a contratar diretamente sociedade de Advogados, no que tange à prestação de serviços de natureza técnico-jurídica;

(ii) Quanto à existência de um suposto dever de licitar ou de adotar procedimento licitatório, para fins de contratação de serviços de Advocacia, o subjetivismo que norteia a contratação direta deste serviço, seja em razão da relação de confiança entre o administrador público e o executante, seja em razão do juízo de conveniência daquele quanto à oportunidade de contratar e quem contratar, torna impossível a realização de certame licitatório – concorrencial – no processo de contratação de serviço de Advocacia;

(iii) O fato de a contratação de serviço de Advocacia tornar inexigível o procedimento licitatório não implica a *ausência de pautas rigorosas a serem atendidas pela Administração Pública.* A esta cumpre, em processo administrativo de inexigibilidade, regido pelo art. 26, da Lei de Licitações, demonstrar e motivar adequadamente (a) as razões que conduziram à contratação de terceiros, alheios ao seu quadro de pessoal, para a prestação de serviço de Advocacia (requisito da singularidade do objeto); (b) a escolha do executante (requisito da notória especialização) e (c) o preço definido como contraprestação ao serviço realizado;

(iv) São esses critérios que permitem que o dilema jurídico a respeito da contratação direta de serviço de Advocacia por entes públicos – bem como concernente à aplicação irrefletida e imponderada do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, e das sanções decorrentes, seja equacionado de forma constitucionalmente mais adequada e em atendimento à Constituição, que, para além de almejar uma Administração Pública proba, demanda que esta seja igualmente eficiente e apta a gerir adequadamente a máquina pública;

(v) A corrente desestruturante, levada a efeito principalmente pelo Ministério Público, e que reduz, de forma irrefletida e fundamentalista, o instituto da Licitação a um princípio absoluto da Administração Pública, erige barreiras à eficiente gestão e administração e, censuravelmente, importa em implementação de agenda corporativista, vocacionada a cindir, injustificadamente, a Advocacia pública e privada, nada obstante a essencialidade de ambas para o exercício da Justiça.

PARECER

Em muito me honra o **CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCEIDADES DE ADVOGADOS – CESA**, representado pelo seu Excelentíssimo Presidente, o **Dr. Carlos Roberto Fornes Mateucci**, com *consulta jurídica* referente ao relevante temário da contratação direta de escritórios de Advocacia por entes públicos.

Trata-se de consulta jurídica motivada, sobretudo, pelo reconhecimento de repercussão geral nos Recursos Extraordinários n. 656.558 e n. 610.523, em que o Consulente figura como *amicus curiae*.

São apresentados os seguintes quesitos, vocacionados, em sua redação propositiva, a auxiliar o órgão julgador na solução da celeuma licitatória por meio da firme elucidação do regime constitucional e legal acerca da *contratação direta* de escritórios de Advocacia:

1. A Administração Pública está autorizada a contratar diretamente Sociedade de Advogados para a prestação de serviços de natureza técnico-jurídica, sob o art. 37, XXI, da CB?

2. O dever geral de licitar, disciplinado pela Lei n. 8.666/93, torna obrigatória a adoção de procedimento licitatório, para fins de contratação de serviços de Advocacia?

3. Caso a contratação direta de escritórios de Advocacia, por parte da Administração Pública, seja constitucionalmente autorizada, indaga-se em quais termos esta deverá ocorrer, em face do regime constitucional e legalmente delineados.

4. A iniciativa do Ministério Público de propor ação civil pública de improbidade administrativa em face de contratação direta de escritório de Advocacia, quando celebrada pelo Poder Público, infringe os termos do art. 133 da Constituição do Brasil e, consequentemente, sua materialidade, bem como a posição constitucional ocupada pela Advocacia?

5. Qual interpretação dispensada à Constituição permitiria solução jurídica e constitucionalmente correta às questões versadas na Repercussão Geral reconhecida nos RE's n. 656.558 e n. 610.523?

O enfrentamento dos questionamentos acima elencados será realizado por parecer jurídico estruturado em 4 (quatro) seções. A **seção I** contempla um panorama geral da *quaestio iuris*. A **seção II** apresenta o instituto da Licitação e de suas hipóteses de dispensa e inexigibilidade a partir de enfoque técnico-prático, enquanto instrumento de gestão da coisa pública, e não como princípio – romântico e utópico – da Administração Pública. Na **seção III**, abordo o enquadramento do agente público responsável pela contratação direta de serviço de Advocacia e do particular contratado sob o art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa. Por fim, a **seção IV** é reservada às conclusões do presente parecer jurídico e às respostas aos quesitos formulados pelo Consulente.

O primeiro tópico almeja apresentar um breve mapeamento do dilema jurídico acerca da contratação direta de serviços de Advocacia. O propósito central deste item é demonstrar que o enfoque empregado – com incômoda assiduidade – no debate jurídico sobre a questão encontra-se enviesado. Em síntese, boa parcela do *Parquet* e alguns órgãos julgadores são animados por premissa ideológica, pela qual o instituto da Licitação – um importante instrumento de gestão, animado por uma necessária dinâmica prática – acaba por ser (i) configurado em um *princípio*

da Administração Pública e (ii) vinculado automaticamente a resultados de interesse público e presença de moralidade. Sob esses termos, o debate entre *dever de licitar* e suas exceções assume tom indevidamente maniqueísta, forçando-nos a acreditar que estaremos nos posicionando entre o Bem ou o Mal.

Hipóteses de dispensa e de inexigibilidade licitatória, legalmente delineadas e constitucionalmente conformes, são abandonadas com esse esforço radical, esforço prestado em desserviço da comunidade e do qual resulta grande transtorno operativo aos sistemas administrativo e judicial. *O resultado jurídico (inválido, diga-se desde logo) desta perspectiva (equivocada) é, em termos finais, a transformação (indevida) de norma permissiva em proibitiva.*

Em subitens específicos deste tópico, apresento, igualmente, as consequências – desta abordagem equivocada – para a configuração semântica dos requisitos da "singularidade do objeto" e da "notória especialização".

A seção II é vocacionada a desmistificar a interpretação simplista impressa ao suposto dilema da contratação direta de escritórios de Advocacia. Para tanto, apresento o instituto da Licitação – e de sua dispensa e inexigibilidade – em dimensão usualmente e convenientemente ignorada, enquanto mecanismo de gestão do bem público, pela Administração Pública. Sob um enfoque prático, mas ao mesmo tempo calcado em diretrizes constitucionais, enfatizo as justificativas subjacentes à possibilidade de contratação direta de escritórios de Advocacia pela Administração Pública. Este item é qualificado por exemplos práticos, que objetivam propiciar aos operadores do Direito questões *reais* – e não meramente ideológicas – que animam a utilização das hipóteses desautorizadoras do processo licitatório, legalmente previstas e constitucionalmente chanceladas.

É sob esta perspectiva prática – correta – que enfrento o escopo dos requisitos da "singularidade do objeto" e da "notória especialização".

Resumidamente, demonstro que a verificação de sua presença, pelo órgão fiscalizador e julgador, no caso concreto, deve ser pautada, primordialmente, pelas razões dadas pelo Administrador, qualificadas por sua realidade administrativa. A tentativa de conformar a discricionariedade administrativa a partir de noções gerais e abstratas de "notória especialização" ou "singularidade do objeto" é conduta demasiadamente simplista e alheia aos problemas reais – e não românticos, teoréticos ou filosóficos – que as exceções válidas e constitucionais ao dever de licitar visam a solucionar.

O terceiro capítulo endereça a problemática do enquadramento da contratação direta de serviço de Advocacia como ato ímprobo, sujeito ao rigor do art. 11, I, da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. A caracterização – não sem grande perplexidade e choque para o sistema jurídico vigente – de contratação direta de serviço de Advocacia *como ato visando fim proibido em lei* advém das premissas equivocadas que cercam o debate sobre o tema.

Diante de um correto direcionamento do dilema jurídico-prático, a aplicação do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa torna-se mais rigorosa, não sujeita ao maniqueísmo ideológico hasteado por certos órgãos fiscalizadores e julgadores. Sustento que a sujeição de agente público e particular, no caso de contratação direta de serviço de Advocacia, demanda a apresentação de indícios materiais robustos que demonstrem o objetivo de praticar ato visando a fim proibido em lei. O juízo de conveniência e oportunidade que caracteriza a discricionariedade administrativa no caso da inexigibilidade de licitação deve ser considerado, para fins de aplicação do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

I. APRESENTAÇÃO DO DILEMA JURÍDICO: A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA POR ENTES PÚBLICOS

§1° Ainda que a Constituição do Brasil disponha, expressamente, em seu art. 37, XXI[1], que a utilização do processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações *admita exceções em casos especificados em lei*, tendo a legislação ordinária já disciplinado referidas hipóteses, *a contratação direta, por parte do Poder Público, continua sendo vista de forma estereotipada e enviesada.*

§2° Assim, a circunstância de as exceções constitucionalmente admitidas à licitação encontrarem-se consolidadas em Lei específica, já amadurecida pelo tempo e pela prática, caso da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), mais precisamente em seu artigo 24 (casos de dispensa de licitação) e artigo 25 (casos de inexigibilidade de licitação), não foi suficiente para *racionalizar* o debate acerca da pertinência ou não de se contratar diretamente uma dada obra ou serviço. *A contratação direta*, afirma-se, *é um tabu* para órgãos fiscalizadores e, invariavelmente, órgãos julgadores.

[1] "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.".

§3º A razão subjacente à maneira simplista e preconceituosa com que alguns setores do Estado (e por vezes da sociedade civil) avaliam as hipóteses de contratação direta já foi por mim sinalizada. Conforme afirmei em outra oportunidade, "[i]nvariavelmente, a licitação pública é, inadvertidamente, reconhecida por muitos (...) como um princípio (constitucional) praticamente absoluto" (André Ramos Tavares. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*: Hard cases e soluções juridicamente adequadas, vol. 2. São Paulo: Gen/Editora Método, 2009, p. 459).

§4º A Licitação – em maiúsculo, porquanto me refiro ao instituto –, percebe-se, assumiu a feição de *princípio (e dogma) da (e para a) Administração Pública*, alocada no mesmo nível da legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e, principalmente, *moralidade*.

§5º Ainda que se reconheça a sua essencialidade para a concretização de diretrizes caras à Administração Pública republicana, tal como a impessoalidade e a eficiência, o passo inadvertido dado em direção à transformação da Licitação em *princípio* produz consequências prejudiciais à própria Administração Pública[2]. Promove-se, ***em concepção evidentemente pervertida***, a impressão de que seria mais importante obedecer ao formalismo inerente ao modelo licitatório do que seguir objetivos constitucionais superiormente definidos e desejados.

---

[2] Esta afirmação não atenta ao debate técnico-axiológico usualmente levado a efeito na Teoria do Direito acerca das diferenças entre regras e princípios. Em outras palavras, não estou sustentando que o art. 37, XXI, da CB preconiza uma *regra* e não um *princípio*. Meu alerta é outro. O instituto da Licitação, ao ser caracterizado como princípio da Administração Pública, viu seu caráter prático, instrumental, dissipar-se nos debates, passando a ser caracterizado como um símbolo, um dogma, uma premissa da Administração proba, republicana e moral, sendo sua falta sentida e caracterizada como violações automáticas e incontestáveis a este modelo.

§6º A Licitação, enquanto *princípio*, e não mais como processo específico de contratação pública, passa a ser associada a princípios como *moralidade* e *legalidade.* A contratação direta, por sua vez, passa a ser visualizada, **no ideário comum e simplista**, como conduta *imoral*, *ilegal*, incidindo o agente público por ela responsável e o particular envolvido em conduta ou ato *ímprobo. Os "valores" constitucionais mencionados passam a ser subalternizados ao conceito de Licitação. Ao invés de serem perseguidos diretamente, são considerados como cláusulas incompletas, que só cobrariam existência jurídica com sua "metade-ideal": Licitação-Moralidade ou Licitação-Legalidade, etc..*

§7º Há, portanto, sob esta perspectiva *principiológica/idelógica* da Licitação, uma *caricaturização da realidade concreta e da realidade constitucional.* O agente público que promove licitação assume, de imediato, tons republicanos, operacionaliza a moralidade administrativa, respeita a legalidade e, em termos finais, realizaria o vetusto e indecifrável *interesse público.* De outra banda, o agente público que contrata diretamente, seja em face das hipóteses de dispensa, seja em razão da inexigibilidade do processo licitatório, almejaria, *ipso facto, privilegiar pessoa conhecida e próxima, malversar dinheiro público* e, em termos finais, fazer prevalecer o inconfessável interesse privado em detrimento do interesse público – salvo prova robusta, contundente e incontestável em contrário.

§8º Uma vez pintado o cenário do binômio licitação/contratação direta, reduzido a um dilema moralidade/improbidade, cumpre demonstrar as consequências jurídicas que este tipo de premissa simplista acarreta. A associação entre licitação e valores republicanos e morais do Estado, se ideologicamente simplista no plano das ideias, torna-se extremamente *perigosa* e *dramática*, no mundo real, a partir do momento que se permite que, por meio da manipulação de atos normativos, *premissas e presunções* – e não indícios materiais de ilicitude e conduta ímproba – sejam suficientes para punir agentes públicos e particulares.

§9º A referência legal a que me refiro é a Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa – LIA, mais precisamente o seu art. 11. Embora seja especificamente o art. 10, VIII, da LIA, que se reporte à dispensa indevida do processo licitatório, enquanto "ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário", as condenações envolvendo a contratação direta por parte do ente público valem-se, primordialmente, do impreciso art. 11, I, desta mesma Lei, que se reporta, de forma banal, à violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições.

§10 Sob a "tutela" do art. 11, a corrente – simplista – que vislumbra na Licitação um verdadeiro princípio da Administração Pública encontra terreno fértil para fazer valer a sua bandeira ideológica, *atrelada a um moralismo superficial e retórico*. Condenações infundadas, reversão, pura e simples, de decisões judiciais (como é o caso do Recurso Especial que conduziu ao Recurso

Extraordinário n. 656.558)[3], aplicação irrefletida de multas civis. Tudo isso fundamentado apenas na suposição de que o *princípio da licitação* foi desrespeitado.

§11 *Este é o cenário no qual está, também, inserida a hipótese de contratação direta de serviços de Advocacia por entes públicos.* Serviços de Advocacia – singulares e desempenhados por profissionais ou Bancas especializadas, por parte do ente público, prescindem de processo licitatório, eis que a natureza do seu objeto torna inexigível a realização de referido certame (cf. art. 25, II, da Lei de Licitações[4], c.c. art. 13, V, da mesma Lei[5]).

§12 A contestação à contratação direta de serviços de Advocacia aproveita-se exatamente do conteúdo semântico impreciso dos requisitos legalmente erigidos à configuração da hipótese de inexigibilidade:

(i) singularidade do objeto;

(ii) notória especialização do Advogado ou de banca de Advocacia;

---

[3] É importante destacar que a decisão proferida pelo STJ, no Recurso Especial n. 488.842-SP (2002/0163048-3), a qual resultou na condenação de Prefeito municipal e escritório de Advocacia, por contratação direta de serviço de Advocacia, sob o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, simplesmente *reverteu*, integralmente, *acórdão do Tribunal de Justiça*, que havia rejeitado a violação à Lei de Licitações e à Lei de Improbidade Administrativa.

[4] *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;".

[5] "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
"V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;".

§13 Embora o propósito de tais requisitos, reconhecidamente imprecisos, seja o de apenas definir os contornos que hão de nortear a opção do Administrador Público pela inexigibilidade da licitação, a forma como os mesmos são *testados* no plano judicial, notadamente em ações civis públicas de improbidade, serve apenas para inibir *todo e qualquer* Gestor Público e, igualmente, *escritórios de Advocacia*, a firmarem contratos, sem prévio certame licitatório.

§14 A agenda ideológica – e, por vezes, corporativista – encontra, nestes requisitos, tal qual na Lei de Improbidade Administrativa, campo fértil em sua cruzada em prol de uma suposta moralidade superior, concretizada por meio de um singelo formalismo. Os tópicos a seguir sistematizam as possíveis interpretações erigidas por aquilo que denomino como *corrente desestruturante do Estado-Administração brasileiro*, que bem poderia ser caracterizada como quixotesca, nesses termos. São tópicos que dizem respeito ao conteúdo semântico da *singularidade do objeto* e da *notória especialização* do Advogado ou da respectiva Banca.

I.1. A singularidade do objeto: técnica da antítese, técnica corporativista e técnica de relação de confiança

§15 A exigência da singularidade do objeto, um dos critérios autorizadores da *contratação direta* de serviços de Advocacia, surge de forma

fugaz no art. 25, II, da Lei de Licitações. O termo empregado é *natureza singular* do serviço técnico. *Mas, o que vem a ser serviço técnico de natureza singular?*

§16 A doutrina refestela-se, geralmente, em uma oposição superficial. *Singular seria aquilo que não é comum, geral.* Trata-se, aqui, de uma *tática da antítese*, qualificada por um rosário de exemplos marcados pela teratologia e pelo estrambólico. Um ente subnacional, em caso de pedido de intervenção federal, pode contratar diretamente um Advogado renomado (provavelmente um constitucionalista), porquanto certamente a causa é *singular.* Afinal, há quantas demandas envolvendo a decretação de intervenção federal na história do Brasil?

§17 Assim, contratações para causas processuais, demandas tributárias, trabalhistas, em sentido lato, e até mesmo demandas de natureza mais específica, como acompanhamento de ações no Tribunal de Contas do Estado, fracassam diante desse teste da singularidade do objeto. Sob esta percepção caricata, apenas demandas individuais, de acentuada complexidade e excentricidade, preencheriam o requisito da singularidade do objeto.

§18 Em termos provocativos, afirmo que, para aqueles de postura desestruturante, o exame da "singularidade do objeto" apresenta o mesmo grau de rigidez que a Constituição apresenta em seu Sistema Constitucional de Crises. A frequência pela qual deve ocorrer a contratação direta de serviços de Advocacia, supõe-se, deve ser a mesma com que se decretam intervenções federais, estados de sítio e estados defesa.

§19 Para além da *técnica da antítese*, o Ministério Público – tanto federal como estadual – desenvolveu uma outra técnica, para fins de verificação do requisito em questão. Didaticamente, referido exame pode ser denominado como *técnica corporativista.*

§20 Resumidamente, a existência de procuradores no quadro de servidores seria suficiente para caracterizar qualquer serviço de Advocacia como *comum*, afastando sua singularidade. Este argumento encontra-se presente, por exemplo, na manifestação da Procuradoria Geral da República:

> "4. A inexigibilidade de licitação que autorize a contratação direta pelo Poder Público somente tem lugar quando o interesse público seja tão peculiar que não possa ser plenamente atendido pelos próprios recursos e pessoal de que dispõe a Administração Pública.
> "5. A existência de quadro próprio de procuradores no ente municipal, aliada ao caráter ordinário do serviço advocatício de atuação perante o Tribunal de Contas estadual em processos de tomada de contas não dão ensejo, sequer, a se cogitar de inexigibilidade para a contratação direta do serviço advocatício, vez a **desnecessidade** da contratação de terceiros para a plena satisfação do interesse público.".

§21 Desnecessário mesmo seria dizer que a rivalidade entre Advocacia Pública e Privada não deve e não pode ser o referencial na definição do requisito da "singularidade do objeto".

§22 Por derradeiro, tem-se entendimento aventado no próprio STF, notadamente no RE n. 466.705-3/SP e na AP n. 348-5/SC, acerca do

significado de *singularidade do objeto*. Trata-se da *técnica de relação de confiança*, que vincula a natureza singular do serviço de Advocacia à relação de confiança que existe entre o Administrador Público e o responsável pela prestação do serviço de Advocacia.

§23 A lógica é apurada. Uma vez que as hipóteses de inexigibilidade cingem-se na impossibilidade de se promover *competição* entre interessados, uma das finalidades centrais do certame licitatório, e dado o fracasso de outras técnicas – antítese e corporativista –, a singularidade do objeto, no que diz respeito aos serviços de Advocacia, se traduziria, portanto, na existência de uma relação de confiança entre Administrador Público e Advogado ou banca de Advogados eventualmente contratados. *Relação esta que não pode ser determinada por critérios outros que não o subjetivo. Daí restar prejudicada a realização do certame licitatório.*

§24 Este entendimento surge, inicialmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.705-3/SP. Em debate específico sobre a singularidade ou não do serviço contratado, assim manifestou-se o Ministro EROS GRAU, naquilo que viria a refletir o sentimento unânime da Primeira Turma do STF:

> "Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como 'serviços técnicos profissionais especializados', isto é, *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*. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo.

> "Vale dizer: *nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo; logo, 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 parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n. 8.666/93). Ademais, *a licitação desatenderia ao interesse público na medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo a ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança.*" (RE 466.705-3/SP, Min. rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, Voto do Min. EROS GRAU, DJ, de 28/04/2006).

§25 Em termos sintéticos, o sentido *constitucional* da singularidade do serviço, no caso da contratação dos serviços técnicos do art. 13, V, da Lei de Licitações, no que diz respeito ao serviço de Advocacia, é a *confiança* nos serviços prestados pela Banca contratada. Sendo "isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo" (cf. Ministro EROS GRAU).

§26 Frise-se que o próprio *Pleno* do STF encampou o entendimento então apresentado pela sua 1ª Turma. Na AP n. 348-5/SC, a Corte acompanhou o voto do Ministro EROS GRAU:

> "Permito-me insistir mais uma vez: *o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.*" (STF, AP 348-5/SC, Min. rel. EROS GRAU, DJ de 03/08/2007; original não grifado).

§27 Eis, portanto, o panorama geral acerca das múltiplas teses ou técnicas de "aferição" da singularidade do objeto de contratação direta de

serviços especializados e técnicos, sendo que, no plano dos serviços de Advocacia, prepondera a *técnica da relação de confiança*, mais robusta que as demais técnicas sugeridas.

I.2. Notória especialização ou notável saber jurídico

§28 Para além do requisito da singularidade do objeto, o art. 25, II, da Lei de Licitações, erige a exigência de notória especialização pela parte a ser contratada sem processo licitatório. Diferentemente, porém, do requisito abordado no item anterior, notória especialização *possui maior densidade normativa*, eis que qualificado por outro dispositivo legal, o art. 25, §1°:

> "§ 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." (original não grifado).

§29 Ou seja, a notória especialização pode ser comprovada seja pelo mérito da atuação profissional seja pela competência acadêmica.

§30 A coloração atribuída por órgãos fiscalizadores e julgadores ao requisito em questão, sem embargo, adota *tons exagerados*. A

análise das demandas sobre o tema revela que tanto o *Parquet* como alguns órgãos julgadores confundem o requisito da notória especialização com o requisito imposto constitucionalmente à nomeação dos Ministros de Tribunais Superiores, tais como STF e STJ: *notável saber jurídico.*

§31 O exagero, é certo, somente faz sentido se o instituto da Licitação, conforme mencionado, assumir viés ideológico, principiológico. Se o certame licitatório há de ser entendido como um baluarte instrumental da moralidade e do interesse público, enquanto qualquer percurso diverso passa a assumir o papel de descalabro moral e descaminho jurídico, então deve-se elevar o rigor da exigência e, com isto, transformar a exceção à licitação em impossibilidade fática, como parecem pretender os adeptos da *corrente desestruturante.*

II. LICITAÇÃO – E SUA DISPENSA E INEXIGIBILIDADE – ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA

§32 A *abordagem desestruturante* à Licitação pública, segundo mencionei, reduz o instituto a uma diretriz axiológica perpétua e insuperável, norteadora da Administração Pública, no que diz respeito à contratação de obras, serviços, compras e alienações.

§33 Aceitar a faceta positiva – que há e é incontestável – da Licitação não significa reduzi-la a um instrumento vocacionado a apenas

operacionalizar e consolidar a moralidade, economicidade e impessoalidade, no processo de contratação pública. O instituto da Licitação apresenta múltiplas funcionalidades, sendo recorrente, atualmente e ilustrativamente, a sua utilização como instrumento de implementação de políticas econômicas pelo Poder Público (vide, no caso, a alteração perpetrada pela Lei n. 12.349/2010, que acrescentou ao rol de funcionalidades da licitação a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*).

§34 Dentre estas funções, uma em especial não deve ser ignorada: trata-se de instrumento de gestão pública. A licitação assegura ao Poder Público processo de concorrência que permite a identificação da melhor proposta, seja em termos técnicos, seja econômicos. *Da mesma forma, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade visam a habilitar o gestor público com mecanismos adequados à administração de bem e interesses públicos.*

§35 Ilustrativamente, a dispensa de licitação permite que o administrador público resolva situações emergenciais, que demandam respostas imediatas, as quais seriam inviabilizadas pelo moroso processo que caracteriza o certame licitatório (cf. art. 24, IV, da Lei de Licitações).

§36 O mesmo pode ser afirmado em relação à inexigibilidade de licitação, cujas hipóteses encontram-se elencadas no art. 25, II, da Lei n. 8666/93. Embora, à primeira vista, seja difícil enxergar a inexigibilidade como um mecanismo de gestão pública, tendo em vista o enfoque dispensado pela Doutrina – inexigibilidade, em síntese, significaria apenas a impossibilidade de se

estabelecer competição, para fins de contratação pública –, *a opção entre (a) contratar diretamente um serviço técnico especializado ou (b) se valer de recursos humanos internos é, sim, uma questão de gestão da coisa pública e da máquina estatal.*

§37 Não é por outra razão que se torna usual, em termos de inexigibilidade e contratação direta, a referência à *discricionariedade administrativa do gestor público.* Como discricionariedade não importa em arbitrariedade, esta é pautada, é claro, pelos requisitos da singularidade do objeto e da notória especialização – e por outros critérios que apresento a seguir, e nunca deixará de estar sob o controle atento – que não deve ser confundido com o olhar imperialista e quixotesco acima descrito – de órgão de controle.

§38 Referida dimensão da Licitação, ignorada pelo senso comum e, invariavelmente, pelo *Parquet* e órgãos julgadores, encontra-se bem traduzida no art. 26, *caput* e **parágrafo único**, da própria Lei de Licitações, *igualmente desconsiderado pela corrente desestruturante.* Eis sua redação:

> "Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, *as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas*, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
> "Parágrafo único. *O processo de dispensa, de inexigibilidade* ou de retardamento, previsto neste artigo, *será instruído, no que couber, com os seguintes elementos*:
> "I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

> "II – *razão da escolha do fornecedor ou executante*;
> "III – *justificativa do preço*;
> "IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados." (original não grifado).

§39 Em outras palavras, há uma *justificativa* – na inexigibilidade – subjacente à opção do gestor em servir-se de terceiros especializados para o desempenho de dada função, em regime de contratação direta. E o art. 26, para além do art. 25 (ou 24, no caso de dispensa), da Lei de Licitações reforça um *dever de motivação*, na medida em que determina que (i) haja um processo administrativo de inexigibilidade, do qual há de constar (ii) a justificativa pela contratação direta de terceiro; (iii) as razões pela escolha deste terceiro – e não de outro – e; (iv) o critério que conduziu à definição do preço correspondente ao serviço a ser desempenhado.

§40 É nesta oportunidade que respostas às múltiplas perguntas usualmente aventadas em contestações judiciais à contratação direta podem ser e são fornecidas. Por quê houve a contratação de serviço de Advocacia, nada obstante a existência de quadro de procuradores próprios? Quais as características do contratado que justificam a sua seleção e não de terceiro? O preço é correspondente e adequado ao tipo de serviço? Qual foi o critério empregado? Esta é uma discussão de mérito necessária e relevante. Impedi-la a partir de uma pré-compreensão de ilicitude na falta da licitação é bloquear a própria Administração, cercá-la e retirar-lhe um mínimo de autonomia e seriedade, transformando-a em setor de desídia perene, a ser evitado por mecanismos de isolamento. É este o modelo de Estado democrático que queremos? É este o modelo de Estado presente na Constituição?

§41 Os requisitos elencados no art. 26 da Lei de Licitações são consubstanciais ao cotidiano da gestão e administração pública. *Balizam a discricionariedade administrativa presente na opção pela contratação direta.*

§42 Como, porém, a dimensão instrumental da Licitação – e de sua dispensa ou inexigibilidade – é completamente ignorada ou desconhecida pela corrente desestruturante, preocupada apenas com os valores deontologicamente encampados pela Licitação, *a nota característica de ações civis de improbidade contra contratações diretas de serviços de Advocacia é a* ***superficialidade***, *passando ao largo das razões dadas e apresentadas pelo gestor público*, **que são, aliás e ironicamente, chanceladas pelo próprio corpo de Procuradores que integram** a Administração Pública.

§43 Inquirir as razões que pautaram a discricionariedade administrativa no caso da contratação direta de serviços de Advocacia é tarefa certamente mais trabalhosa do que meramente supor, de forma irresponsável, em elucubração metafísica, que a contratação direta é, *prima facie*, ilícita, porquanto contempla objeto *não-singular* ou contratado indigno perante o crivo mágico – sob os rigores impostos pelo *Parquet* e alguns órgãos julgadores – da notória especialização. *Não por outra razão, há situações constrangedoras como a presente no Recurso Especial n. 488.842-SP, pelo qual o STJ desconsiderou, completamente, o juízo proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia acatado as razões subjacentes à contratação direta de serviço de Advocacia.*

§44 Teria o STJ, portanto, divergido em sua interpretação acerca das razões que apensaram o processo de inexigibilidade de licitação? **Claramente não**. As razões sequer foram objeto de apreciação, pois, se houvessem sido, importariam em violação à Súmula n. 7 do STJ, que preconiza que "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

§45 **Eis a digital da corrente desestruturante**: *abordagem simplista, irresponsável e alheia à realidade da Administração Pública.* Passa-se, doravante, aos requisitos referentes à inexigibilidade de licitação e contratação direta de serviços de Advocacia sob a perspectiva ora apresentada e que se afigura como a constitucionalmente mais adequada.

II.1. A singularidade do objeto: a técnica da motivação racional e faticamente contextualizada

§46 Segundo visto, o – ignorado – art. 26 da Lei de Licitações erige importantes pautas à discricionariedade administrativa do gestor público, quando da definição de situação ensejadora de *contratação direta*. No **item I.1** deste parecer, demonstrou-se que as técnicas da *antítese* e *corporativista* raiam a irrazão, sendo mais robusta a *técnica da relação de confiança*, jurisprudencialmente definida pelo STF nos RE n. 466.705-3/SP e AP n. 348-5/SC.

§47 Sem embargo, a *técnica da relação de confiança* é insuficiente, sob os critérios delineados no art. 26, da Lei de Licitações. Como motivar, em um processo administrativo de inexigibilidade, a relação de confiança? Ainda que a técnica de relação de confiança – mais sólida que as demais mencionadas – explique, de forma coerente, a impossibilidade de promover um certame de competição entre escritórios de Advocacia e profissionais do Direito, *a mesma é incapaz de apresentar motivações válidas para sustentar um processo administrativo de inexigibilidade.*

§48 Seria a *intuição* uma justificativa aceitável para validar uma relação de confiança? Poderia o então gestor público arrolar como motivação da relação de confiança os serviços de Advocacia prestados pelo contratado, em sua etapa *pré-política*?

§49 Eis, uma vez mais, as dificuldades práticas que exsurgem da insistência de se enfrentar o instituto da Licitação – e as hipóteses de dispensa e inexigibilidade –, a partir de um enfoque eminentemente ideológico e alheio à realidade administrativa.

§50 Em outras oportunidades, aceitei, em termos abstratos, a adequação da técnica de relação de confiança, principalmente em razão da insubsistência das demais alternativas – irreais. Contudo, sob a pauta constitucional da eficiência, que demanda do operador do Direito que leve em consideração aspectos reais e práticos do cotidiano da Administração Pública, concretizada, no caso da contratação direta, pelo art. 26, da Lei de Licitações,

entende-se – e sustento – como *técnica constitucionalmente mais robusta a* ***técnica da motivação racional e faticamente contextualizada***, quando o tema envolve especificamente a contratação de serviços de Advocacia.

§51 Ilustrativamente, referida técnica tem como premissa inicial *desconsiderar exemplos estrambólicos* que caracterizam a técnica da antítese – o exemplo da intervenção federal, usualmente aventada por parte da Doutrina é emblemático neste sentido. Uma vez que o caso que ensejou o reconhecimento de Repercussão Geral envolve ente público local, focarei exemplo condizente.

§52 A contratação, *v.g.*, de serviços de Advocacia em causas trabalhistas, por um dado Município, autorizaria a avocação do art. 25, II, da Lei de Licitações, no que diz respeito ao requisito da *singularidade do objeto*? Sob a técnica da *antítese*, a resposta seria "causas trabalhistas são comuns e ordinárias". A partir do enfoque *corporativista*, o cerne estaria "na existência ou não de corpo de Procuradores Municipais".

§53 A ***técnica da motivação racional e faticamente contextualizada***, por sua vez, inquirirá as razões pela contratação direta – e por prazo certo – de serviços de Advocacia em causas trabalhistas. Embora causas trabalhistas sejam, sim, ordinárias – permeando o cotidiano do mundo jurídico –, sua frequência no mundo do Direito Público é claramente mais restrita. Um Município que, por exemplo, tenha, com base na EC n. 19/98, mudado de regime estatutário para regime celetista, pode, em um dado ano, encontrar-se acossado por

um aumento inesperado de causas trabalhistas, cuja lógica jurídica é diversa daquela condizente com o regime estatutário (para começar, tem-se a diferença de juízo competente).

§54 Deveria o gestor público, em face deste acontecimento, aguardar o resultado de um concurso público, moroso, aberto exatamente para contratar procuradores jurídicos versados em questões trabalhistas? Deveria o gestor público, de forma temerária, colocar em xeque parcela de seu orçamento, a ser comprometido por condenações trabalhistas, por conta das amarras que a corrente desestruturante e suas respectivas *técnicas da antítese e corporativista* impõem?

§55 A avaliação da licitude e adequação da contratação direta de serviço de Advocacia, sob a ***técnica da motivação racional e faticamente contextualizada***, diferentemente, leva em consideração as justificativas reais, práticas e fáticas, de relevância jurídica, que o gestor público deve apresentar em seu processo administrativo de inexigibilidade, demandado pelo art. 26, da Lei de Licitações.

§56 A singularidade do objeto, nestes termos, a partir deste enfoque constitucionalmente mais adequado, é constatável e justificável *a partir do caso concreto de contratação direta*, e não *a priori* e *em princípio*. **Mesmo causas ordinárias – como trabalhistas, tributárias e processuais – podem autorizar a contratação direta de serviço de Advocacia, *se o contexto fático assim justificar*.** Da parte do gestor público, há o dever de motivar a contratação direta no

processo de inexigibilidade. Ao órgão fiscalizador e julgador compete a tarefa de avaliar o nexo causal entre a contratação direta e as razões administrativamente apresentadas no respectivo processo autorizador. Como já acentuei anteriormente, deve ser feito o que sempre se recusaram a fazer a parte do MP e da Magistratura que abraçaram posturas ideológicas de pré-decisionismo.

II.2. A notória especialização concretizável

§57 As hipóteses de inexigibilidade do art. 25, II, da Lei de Licitações, aplicam-se a todos os entes públicos federativos?

§58 A resposta a esta pergunta provocativa é claramente positiva. Sustentar o contrário importa, certamente, em afronta federativa e à autonomia dos entes públicos. Ainda assim, a forma pela qual a corrente desestruturante (pseudo)interpreta e aplica o requisito da notória especialização *conduz a resultado prático contrário*, que resulta em insuportável discriminação entre os entes federativos, com base em sua capacidade financeira.

§59 Uma parcela do Ministério Público e órgãos julgadores, ao elevarem, conforme visto no **Item I.2.**, o crivo da notória especialização para além do conceito mais dinâmico denotado pelo art. 25, §1°, da Lei de Licitações,

findam por equiparar *notória especialização* a *notável saber jurídico*, ao menos no plano das contratações diretas de serviços de Advocacia.

§60 Assim, para essa porção do *Parquet* e alguns *órgãos julgadores*, a contratação direta, aparentemente, somente se justifica se o contratado estiver *apto* a ser nomeado a Tribunal Superior, se o escritório de Advocacia contar com ex-Ministro em sua composição, ou, talvez, se o contratado for um dos seus mestres da época dos bancos escolares.

§61 Em outras palavras, *notória especialização* importaria, de forma exagerada, em reserva de mercado, restrita a um grupo de profissionais seletos, integrantes de um imaginado *Olimpo Jurídico*. Ainda que esta exigência e seu elevado crivo possam ser desejados no plano *ideal*, reconhecer a natureza *prática*, *real* – mundana – da Licitação e das hipóteses de dispensa e inexigibilidade desta importa *em considerações e exigências mais razoáveis*.

§62 *É crível imaginar que cerca dos 5.500* (cinco mil e quinhentos Municípios) terão capacidade financeira para contratar os serviços de Advocacia desse seleto – e, portanto, caríssimo – grupo de Profissionais do Direito e Bancas de Advocacia? Deve o Município de Itatiba, por exemplo, enfrentar o dilema entre (a) contratar uma banca desse porte para resolver um problema que ameace, direta ou indiretamente, o interesse público por ele tutelado, e, com isso, comprometer parte considerável de seu orçamento nesta contratação, ou (b) sucumbir às dificuldades enfrentadas, diante da insuficiência de seus recursos humanos para a empreitada?

§63 As respostas tornam-se claras e revelam o romantismo dos parâmetros definidos ou pretendidos pelo *Parquet* e por alguns órgãos julgadores, quando o tema é contratação direta de serviços de advocacia. Evidentemente que ex-Ministros podem ser contratados sem Licitação, mas não pelos motivos teratológicos que são abraçados por parte do Ministério Público.

§64 É importante frisar que o reconhecimento dos ***problemas concretos do mundo real não desautorizam ou descaracterizam o requisito da notória especialização, mas apenas importam em sua desmistificação e necessária funcionalização***.

§65 O requisito da notória especialização é, aliás, operacionalizado pelo art. 26, parágrafo único, da Lei de Licitações, em duas oportunidades. Na necessidade de o gestor explicitar (i) as razões da escolha do executante (art. 26, **parágrafo único**, II) e (ii) a justificativa do preço (art. 26, **parágrafo único**, III).

§66 A necessidade de o gestor público justificar o preço praticado revela algo de grande alcance. **O que se demanda, juridicamente, no caso da contratação direta de serviço de Advocacia, é que não apenas o seu executante seja especializado no tipo de serviço a ser desempenhado, mas que também o valor avençado seja condizente com (i) a especialização do serviço e (ii) a capacidade financeira do entre público contratante.**

§67 A exigência de um trabalho "mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. art. 25, §1°, *in fine*, da Lei de Licitações) **não se reduz a uma idealização irreal quanto ao grau de competência do contratado. A notória especialização é, sim, imposta legalmente, mas a sua gradação é flexível e, inclusive, sua demanda efetiva há de ser pautada pela capacidade financeira do ente público contratante.**

§68 Referida relação, conforme imposto pelo art. 26, da Lei de Licitações, deve constar do processo administrativo de inexigibilidade, o qual há de servir como diretriz para a avaliação da licitude da contratação direta, tanto pelo *Parquet* como pelos órgãos julgadores. **Não se deve guiar essa fiscalização pelas próprias convicções do *Parquet* sobre quem seria, em seus contextos, realidades e expectativas, o *notável detentor de sabedoria jurídica* apto a justificar a elisão de um sacro certame licitatório.**

III. DA DIFERENÇA ENTRE ATOS QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PRESUNÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

§69 No panorama que tracei acerca do dilema jurídico referente à contratação direta de serviço de Advocacia apresentei os problemas concretos decorrentes da conjugação entre *corrente desestruturante*, responsável por transformar a Licitação em *princípio da Administração Pública*, e o art. 11, I,

da Lei de Improbidade Administrativa: condenações infundadas, reversão, pura e simples, de decisões judiciais (como é o caso do Recurso Especial que conduziu ao Recurso Extraordinário n. 656.558) e aplicação irrefletida de multas civis.

§70 A aplicação deste dispositivo, pode-se dizer, afigura-se como ato sequencial – imediato – ao fracasso, por parte do *Parquet*, em demonstrar e comprovar que a contratação direta causou lesão ao erário público. Em outras palavras, afirmo que a aplicação do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, na forma atualmente praticada pelo *Parquet* e por alguns órgãos julgadores, tem como hipótese de incidência *o fracasso da tentativa de enquadrar a contratação direta sob o art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.*

§71 Assim, a partir da presunção – constitucionalmente reprovável – de que a dispensa ou inexigibilidade de licitação figura como *ato ímprobo, imoral e ilegal*, e diante da ausência fática de lesão ao erário público, **surge o art. 11, I, da LIA, como um subterfúgio vil de efetivação de concepções ideologicamente comprometidas por alguns integrantes do *Parquet* e determinados órgãos julgadores**.

§72 Seria, porém, este o triste destino do art. 11, I, da LIA? A sua banalização pelos órgãos fiscalizadoras e por alguns órgãos julgadores ou a sua declaração de inconstitucionalidade?

§73 Em nome de "valores superiores" de nosso sistema jurídico, a resposta é alentadamente **negativa**. A partir do enfoque constitucionalmente adequado, que vislumbra na Licitação – e em sua dispensa e inexigibilidade – um instrumento eficiente de gestão da coisa pública, o art. 11, I, da Lei de Improbidade reassume sua dignidade e funcionalidade, a partir do momento em que o art. 26, da Lei de Licitações passa a figura como pauta na tentativa de identificar se um determinado ato – contratação direta – visaria fim proibido em lei (cf. art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa).

§74 O art. 11, I, da LIA, justificar-se-ia, ilustrativamente, no caso de (i) *inexistência de processo administrativo de inexigibilidade* ou (ii) presença desse processo de inexigibilidade, mas carente, nele, da justificativa pela (a) contratação direta de terceiro ou; (b) escolha do executante ou (c) definição do preço devido pelo serviço.

§75 Estas pautas, constantes do mundo jurídico, certamente fortalecem a Licitação, a noção de eficiência da Administração Pública, ao mesmo tempo evitam que arroubos e desvios sejam praticados, em termos de dispensa e inexigibilidade de licitação. **A aplicação séria, rigorosa e atenta à realidade, é claramente uma alternativa constitucionalmente mais adequada à forma como a corrente ideológica quixotesca assentou sua bandeira enviesada e simplista.**

IV. CONCLUSÕES E RESPOSTAS AOS QUESITOS

§76 Diante do que foi apresentado, procurei demonstrar que (1) a Administração Pública está autorizada a contratar diretamente sociedade de Advogados, no que tange à prestação de serviços de natureza técnico-jurídica.

§77 Topicamente quanto à (2) existência de um suposto dever de licitar ou de adotar procedimento licitatório, para fins de contratação de serviços de Advocacia, o subjetivismo que norteia a contratação direta deste serviço, seja em razão da relação de confiança entre o administrador público e o executante, seja em razão do juízo de conveniência daquele quanto à *oportunidade* de contratar e *quem* contratar, certamente torna inviável a realização de certame licitatório – concorrencial – no processo de contratação de serviço de Advocacia. Portanto, é preciso avocar, da Constituição, um teste adequado – e não um teste macabro – de validade desse proceder, que não é de antemão vedado pelo Ordenamento Jurídico, como parecem pretender alguns.

§78 (3) O fato de a contratação de serviço de Advocacia tornar inexigível o procedimento licitatório não implica a *ausência de pautas rigorosas a serem atendidas pela Administração Pública.* A esta cumpre, em processo administrativo de inexigibilidade, regido pelo art. 26, da Lei de Licitações, demonstrar e motivar adequadamente (i) as razões que conduziram à contratação de terceiros, alheios ao seu quadro de pessoal, para a prestação de serviço de Advocacia (requisito da singularidade do objeto); (ii) a escolha do executante (requisito da notória especialização) e (iii) o preço definido como contraprestação ao serviço realizado.

§79 (5) São esses critérios que permitem que o dilema jurídico a respeito da contratação direta de serviço de Advocacia por entes públicos – bem como concernente à aplicação irrefletida e imponderada do art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, e das sanções decorrentes, seja equacionado de forma constitucionalmente mais adequada e em atendimento ao interesse público, que, para além de almejar uma Administração Pública proba, demanda que esta seja igualmente *eficiente e apta a gerir adequadamente* a máquina pública.

§80 (4) A corrente desestruturante, nos termos aqui apresentados, levada a efeito principalmente por parcela do Ministério Público, e que reduz, de forma simplista e pueril, o instituto da Licitação a um princípio absoluto da Administração Pública, erige barreiras à eficiente gestão e administração do interesse público e, censuravelmente, importa em implementação de agenda corporativista, vocacionada a cindir, injustificadamente, a Advocacia pública e privada, nada obstante a essencialidade de ambas para o exercício da Justiça.

Este é o meu parecer,

São Paulo, 31 de agosto de 2012

André Ramos Tavares