Inexigibilidade de licitação para serviços técnicos profissionais especializados na área da advocacia*

Sole-source acquisition concerning specialized professional services in law

Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

Leonardo Bruno Pereira de Moraes***

RESUMO

O artigo analisará a construção do instituto da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios como espécie de serviço técnico profissional especializado, previsto no art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993.

* Artigo recebido em 30 de julho de 2015 e aprovado em 2 de maio de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v272.2016.64298>.

** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: luiz.cademartori@gmail.com.

Doutor e mestre em direito público pela Universidade Federal de Santa Catarina; pós-doutorado pela Universidade de Granada (Espanha); professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC.

*** Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: leonardodemoraes@mnadvocacia.com.br.

Mestrando em direito, estado e sociedade, ênfase em direito administrativo, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Bacharel em direito pela UFSC. Advogado.

Inicialmente, caracterizam-se os seus conceitos essenciais como o objeto singular, a notória especialização e a singularidade da contratação. Diante desse cenário, abordar-se-á a discricionariedade do administrador no processo decisório de contratação direta, assim como sua responsabilidade em justificar os atos praticados durante o estabelecimento da inexigibilidade de licitação. Da perspectiva e análise dos julgamentos recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, conclui-se pela possibilidade de contratação direta de advogados e escritórios de advocacia pela administração pública, desde que respeitados os requisitos legais.

PALAVRAS-CHAVE

Inexigibilidade de licitação — serviços advocatícios — Superior Tribunal de Justiça — Supremo Tribunal Federal — Lei nº 8.666/1993

ABSTRACT

This article will analyze the construction of the institute of sole-source acquisition concerning legal firms as a type of specialized professional service, provided in art. 25, II, of Federal Law n. 8.666/93. Initially, the essential elements will be explained such as the singular object of the contract; the notorious specialization of the person/company who was awarded the contract; and the singularity of the case. Given this scenario, the study will approach the discretion of the public official in the decision making process of direct contracting, as well as their responsibility to justify the acts performed during the establishment of the sole-source acquisition. Under the perspective of the recent rulings of the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, the article settles the possibility of direct contracting of lawyers and law firms by the Public Administration, as long as the legal requirements are respected.

KEYWORDS

Sole-source acquisition — legal services — Superior Court of Justice — Federal Supreme Court — Federal Law n. 8.666/93

1. Introdução

A contratação de serviços de advocacia pela administração pública tem sido objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência desde antes da Lei nº 8.666/1993, que institui normas sobre licitações e contratos administrativos. Muito embora os entes públicos usualmente contem com assessorias jurídicas próprias, sejam elas estatutárias ou celetistas, por vezes, faz-se necessária a contratação de profissionais não pertencentes aos seus quadros, em face de causas específicas ou litígio especializado, cuja complexidade demanda um tipo de agente detentor de conhecimento técnico específico para o caso. Diante dessas situações, emerge a possibilidade de contratação direta em virtude da inexigibilidade da licitação, por se tratar de serviço técnico profissional especializado que deve ser o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato, cuja previsão consta no art. 25, II da Lei nº 8.666/1993. Inicialmente, deve-se destacar a diferença entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, para esclarecer os motivos pelos quais o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial indicou o instituto da inexigibilidade para os casos de contratação de serviços advocatícios. Em seguida, o estudo aborda os requisitos adicionais para incidência da contratação direta de serviços técnicos profissionais especializados, quais sejam: o objeto singular da contratação e a notória especialização. Em relação ao tema da advocacia, especificamente, tratar-se-á dos casos de inexigibilidade, não sendo objeto do estudo as intensas discussões sobre os modelos a serem adotados pela contratação por meio de licitação.¹ Para além de uma análise teórica, busca-se o exame das decisões dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), que enfrentaram o tema algumas vezes nas suas histórias recentes. Nesse sentido, apresenta-se um estudo do entendimento majoritário do STJ, baseado nos Recursos Especiais nº 436.869/SP e 1.192.332/RS, enquanto faz-se a apreciação de três casos específicos do STF, a Ação Penal Pública nº 348, o Habeas Corpus nº 86.198 e o Inquérito nº 3.074, este último julgado no ano de 2014. Desse modo, tem-se como objetivo esclarecer a construção jurídica que permitiu a contratação direta de serviços advocatícios pela administração pública, até o presente momento.

¹ Para mais informações sobre a discussão a respeito da contratação de escritórios de advocacia por meio de processo licitatório, ver: BORGES, Alice Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 206, p. 135-141, 1996.

2. Conceito tradicional de inexigibilidade de licitação

O sistema convencional de contratação pela administração pública brasileira tem como base o processo licitatório, regulamentado pela Lei nº 8.666/1993 e que deve obedecer especialmente aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, entre outros correlatos, conforme estipulado pelo art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Importante destacar que essa construção normativa tem origem nos preceitos existentes no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal,² que estabelece as diretrizes para a administração pública. De modo sucinto, Marçal Justen Filho expressa o conceito de licitação no sistema nacional:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.³

Nesse sentido, destaca-se a exigência pela utilização de critérios objetivos para atingir o fim proposto — a seleção do contrato mais vantajoso para a administração —, respeitados os critérios secundários e considerado o interesse público. Marçal Justen Filho registra em suas explicações que o processo⁴ de

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 8 de outubro de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] 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.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 446.

⁴ A despeito de o autor Marçal Justen Filho empregar o termo *procedimento* para designar a natureza do certame licitatório, entende-se que a licitação é um *processo* administrativo, constituído por diversas fases, que tem como selecionar a proposta mais vantajosa sob a ótica do interesse público. Assim, no restante do artigo adotar-se-á a nomenclatura *processo* quando se referir à licitação. Nesse sentido, ver: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 213-243.

licitação reduz de maneira intensa a liberdade de escolha do administrador, excluindo a utilização do juízo subjetivo e, conseqüentemente, restringindo o resultado final aos critérios objetivos.⁵ Todavia, Justen Filho reconhece que “a adoção de licitação depende da necessidade e da viabilidade de competir entre os particulares. Existem hipóteses em que a licitação seria inútil, na medida em que seria inviável a competição objetiva entre potenciais interessados”.⁶ Diante desse cenário, emergem duas hipóteses de contratação direta pela administração pública: a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação,⁷ assim definidas por Maria Sylvia Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.⁸

Os casos de dispensa de licitação estão presentes, em caráter taxativo, no artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, enquanto um conjunto de teor exemplificativo de situações de inexigibilidade de licitação encontra-se no artigo subsequente.⁹ Em relação a essa última ocorrência, e na mesma perspectiva mencionada anteriormente por Justen Filho e Di Pietro,

⁵ Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 447.

⁶ *Ibid.*, p. 457.

⁷ Para mais informações sobre as diferenças entre dispensa e inexigibilidade de licitação, ver: D’AVILA, Vera Lúcia Machado. *Dispensa e inexigibilidade. Conceito. Distinção. Impossibilidade de utilização indiscriminada*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 100-102.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

⁹ BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I — para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; 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; III — para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Hely Lopes Meirelles ressalta a possibilidade de competição como requisito essencial para a existência do processo licitatório.

Em todos esses casos, a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato. Falta o pressuposto da licitação, que é a competição.¹⁰

Assim, a necessidade de contratação direta nos casos de inexigibilidade (art. 25) decorre da impossibilidade jurídica de competição, seja pela ausência de concorrentes (inciso I) ou pela dificuldade em determinar critérios objetivos para a seleção (incisos II e III), que impõe à administração pública uma exceção ao processo convencional de licitação.

Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização do certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação.¹¹

Para efeitos deste estudo, o conceito de inexigibilidade de licitação deve ser observado em contraste com o de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, cujo fundamento legal para contratação direta está nos arts. 13 e 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Dessa análise, observar-se-á que a necessidade de critérios objetivos para a competição torna-se fundamental para compreender os motivos pelos quais a doutrina e a jurisprudência entendem a advocacia como caso passível de inexigibilidade.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 296.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 550.

3. Requisitos da inexigibilidade de licitação para serviços técnicos profissionais especializados

Os serviços técnicos profissionais especializados são expostos no art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos,¹² do qual se faz referência ao se tratar das hipóteses de inexigibilidade de licitação. Entretanto, conforme se observa do texto legal, a regra nesses casos ainda deve ser a licitação pública, em consonância com o §1º do artigo mencionado, incidindo a contratação direta apenas quando presentes três condições: prestação de serviços técnicos especializados; objeto singular do contrato; e notória especialização. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU), no ano de 2010, emitiu a seguinte súmula:

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

Para além desse entendimento, a doutrina consagra como pressupostos fundamentais especialmente os dois últimos, uma vez que a nomenclatura “serviço técnico especializado” é bastante ampla, sendo categorizada na seara jurídica, para efeitos de eventual inexigibilidade de licitação, justamente pela “natureza singular do serviço” e pela “notória especialização do contratado”. Carlos Ari Sundfeld esclarece:

¹² BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. 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; §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.

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Súmula 252/2010.

Em suma, para a contratação direta autorizada pelo art. 25-II é necessária a concorrência da singularidade objetiva com a singularidade subjetiva. O objeto da contratação (o serviço) há de ser singular, isto é, incomum, particular, inédito, não corriqueiro. Também o sujeito contratado deve ser singular, vale dizer, especializado, diferenciado, incomum.¹⁴

O resultado da relação entre as condições expostas resultará em uma situação singular, na qual a administração pública deverá realizar a contratação, que ocorrerá por meio de um processo de decisão discricionário, com base no nexo entre o objeto singular do contrato e a notória especialização do possível contratado. Para melhor entender esses dois elementos, passa-se aos debates doutrinários que os circundam.

3.1 Objeto singular do contrato

Inicialmente, deve-se lembrar de que os serviços técnicos profissionais especializados de natureza ordinária submetem-se ao processo licitatório, e que somente os de características singulares podem ser alvo de contratação direta. Como há de se mencionar no próximo item, a mera especialização não configura caso de inexigibilidade de licitação, uma vez que o objeto do contrato constitui a essência da existência da exceção à regra. Celso Antônio Bandeira de Mello elucida as propriedades fundamentais desse requisito:

Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por “A” ou por “B”, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.¹⁵

De acordo com a posição doutrinária, o interesse público, ora mencionado, deve ser o principal motivador da singularidade do serviço contratado,

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari apud MENEZES NIEBUHR, Joel de. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 168.

¹⁵ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 551.

estabelecendo-se a necessidade da administração pública naquela prestação específica. Em consequência à obrigatoriedade de um objeto contratual distinto do convencional, decorre a contratação de um profissional que esteja capacitado para suprir essa demanda.

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação.¹⁶

Marçal Justen Filho, de igual maneira, coloca de forma enfática que somente é possível a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação quando os serviços a serem prestados versam sobre um objeto singular. Entretanto, Justen Filho ressalta que o conceito de objeto singular não representa, necessariamente, a ausência de pluralidade de pessoas em condições de prestar o serviço; trata-se, tão somente, de uma forma de indicar a complexidade da necessidade administrativa. Dessa forma, conclui:

O objeto singular se configura quando há relevância especial do interesse a ser satisfeito, uma complexidade excepcional de problemas a serem enfrentados, uma dimensão muito elevada dos riscos e fatores extraordinários. São aqueles casos em que a Administração Pública necessita de um serviço de qualidade elevada, que apenas pode ser executado por um sujeito dotado de aptidão incomum.¹⁷

Assim, uma das consequências das necessidades excepcionais da administração pública é a contratação de serviços com notória especialização para concluir essas tarefas.

¹⁶ Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 402.

¹⁷ Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 506.

3.2 Notória especialização

O conceito preliminar de notória especialização está presente no §1º do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993,¹⁸ refletindo a necessidade de redução da discricionariedade do administrador no caso desse tipo de contratação, conforme Di Pietro: “tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade”.¹⁹ Todavia, a mencionada certeza não é sinônimo de singularidade, uma vez que a maioria da doutrina se posiciona favorável à possibilidade de existência de mais de um profissional qualificado para realizar o serviço objeto de inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, José Santos Carvalho Filho explica que, “embora não seja muito comum encontrar a pessoa profissional que possa qualificar-se como tendo notória especialização, entendemos, apesar de alguma divergência, que é possível que haja mais de uma no mercado. A lei não impõe qualquer restrição nesse sentido”.²⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello igualmente argumenta que “o normal, e salvo situações muito raras, é que existam mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado ramo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles”.²¹ Não se mostra diferente o posicionamento de Marçal Justen Filho sobre o assunto, quando expressa que “a notória especialização não é um pressuposto da inviabilidade de competição. A causa da inexigibilidade de licitação não é a notória especialização do sujeito. Trata-se de uma decorrência da singularidade do objeto”.²²

Desta forma, seria plausível concluir que a notória especialização pode estar presente em diversos possíveis interessados na prestação do serviço a ser demandado pela administração pública, sendo razoável assumir que essa capacidade deve ser comprovada, de acordo com os requisitos do §1º do art. 25 da Lei n. 8.666/1993.

¹⁸ BRASIL, *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Art. 25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: §1º — Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

¹⁹ Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 402.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 269.

²¹ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 552.

²² Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 506.

Entretanto, também devem ser ressaltados dois pontos importantes, quais sejam: (i) a notória especialização não se confunde com a singularidade da prestação do serviço — a ser analisada no próximo item deste artigo —; (ii) a notória especialização não afasta, por si só, a possibilidade de competição entre os prestadores do serviço.

Finalmente, faz-se necessário destacar que o conceito de notória especialização está intrinsecamente conectado com a capacidade técnica do responsável pelo serviço, não sendo lógico, portanto, utilizar-se do senso comum como base da contratação direta.

A notória especialização deve ser apreciada no meio que atua o profissional, sem que haja razão para pretender que os contratados tenham que ostentar popularidade. Se do profissional fosse exigida popularidade, não haveria ninguém a ser contratado, salvo um ou outro cujo nome tenha sido excepcionalmente difundido, haja vista que, ao menos no Brasil, as pessoas dedicadas aos estudos técnicos e à atividade científica são absolutamente desconhecidas do grande público.²³

Muito embora, em última análise, sejam atos discricionários do administrador, as escolhas devem ser devidamente motivadas e obedecer a critérios técnicos. Assim, esclarecidos os conceitos que envolvem o objeto singular e a notória especialização, passe-se à singularidade, responsável final pela impossibilidade de realização de processo licitatório.

3.3 Singularidade

Os elementos que constituem, na forma da lei, a possibilidade de inexigibilidade de licitação para serviços técnicos existente no art. 25, II da Lei nº 8.666/1993 são o objeto singular e a notória especialização; contudo, o que verdadeiramente impede a competição entre os interessados é a singularidade na prestação daquele serviço. Decorre desse conceito derivado a impossibilidade de determinar critérios objetivos para diferenciar os candidatos, uma vez que cada um executa a tarefa à sua maneira, ainda que todos sejam notórios especialistas.

²³ Menezes Niebuhr, *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, op. cit., p. 169.

Trata-se de atividades que envolvem a aplicação de conhecimento técnico-científico, mas que se caracterizam pela indispensável atuação de um ser humano, que promove a criação de uma utilidade por meio de sua capacidade física ou intelectual. Sobre certo ângulo, existe uma atuação personalíssima, na acepção de que o serviço reflete o potencial intelectual e a habilidade técnica individual, tornando cada prestação diferente da outra.²⁴

Dessa mesma perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.²⁵

Justamente a prestação personalíssima, justificada pelo objeto singular, que afasta os casos em análise da regra do processo licitatório, pois a escolha deixa de atender critérios objetivos para adentrar a discricionariedade da administração pública. Destaca-se que a diferença na execução do serviço técnico especializado deve conduzir a um resultado *intuitu personae*, distinto dos demais que também poderiam realizá-lo.

Quando diversos profissionais puderem realizar o mesmo e idêntico serviço, ainda que de natureza técnica especializada, deve ser promovida uma disputa entre eles. Entretanto, quando diversos profissionais puderem realizar um serviço técnico profissional especializado, mas o produto do trabalho de cada um for diferente do trabalho do outro, por força das características pessoais do autor, aí então haverá impossibilidade de competição, dada a singularidade do serviço.²⁶

²⁴ Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 505.

²⁵ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 551.

²⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, p. 52, 1998.

O resultado dessa escolha subjetiva deve ser justificado, com base no §1º do art. 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, assim como deve atender ao interesse público, consubstanciado na plena satisfação do objeto do contrato. Para esclarecer o assunto, trazem-se as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isto não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito “A” ou pelos sujeitos “B” ou “C”, ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.²⁷

Além disso, a contratação por meio de licitação pública também encontra percalços quando da dificuldade de acertar critérios para a escolha pelo administrador. Não aparenta ser coerente utilizar, por exemplo, o juízo do melhor preço para esse tipo de seleção, tendo em vista que o produto final não seria o mesmo. Ademais, seria extremamente improvável que renomados especialistas estivessem dispostos a disputar administrativamente o contrato, considerando a exposição às suas imagens decorrente desse embate no processo licitatório.²⁸

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição de eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata.²⁹

²⁷ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 552.

²⁸ Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 298.

²⁹ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 552.

Em posição diametralmente oposta aos autores mencionados, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes coloca-se como principal defensor da corrente minoritária que argumenta não ser plausível a existência de mais de um notório especialista para cada caso. Nesse sentido, sustenta a teoria de que, em *ultima ratio*, somente uma pessoa ou empresa apresenta-se como ideal para a satisfação do interesse público, não podendo ser concebida a ideia de que haveria outras além dessa. Em suas palavras:

Todo estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração. Daí por que não se compreende que alguns autores e julgados coloquem lado a lado dois conjuntos de ideias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade; que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um agente capaz de realizá-lo, a licitação é inexigível, abandonando o requisito fundamental do instituto, constante do *caput* do artigo 25 da Lei n. 8.666/93.³⁰

Em que pese a respeitável posição de Jacoby Fernandes sobre o assunto, nesse ponto acompanha-se a doutrina majoritária, uma vez que parece ser demasiado taxativo afirmar a existência de apenas uma solução para a concretização do objeto do contrato sob a luz do interesse público. Pelo contrário, a discricionariedade da administração pública consiste na escolha subjetiva da melhor alternativa teórica para satisfazer a necessidade pública; entretanto, o processo decisório, pela sua subjetividade, não é capaz de afirmar que aquela escolha é necessariamente a mais acertada, pela ausência de critérios objetivos. Desta forma, não existe sequer certeza da melhor alternativa, sendo, portanto, equivocado afirmar que a singularidade na prestação do serviço é consequência de uma opção única, pois se trata, na verdade, de resultado de uma análise factual e subjetiva do administrador.

Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado

³⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses apud Menezes Niebuhr, *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, op. cit., p. 161.

profissional ou empresa. Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.³¹

A respeito do processo discricionário de escolha pela administração pública:

O agente administrativo encontra amplo espaço de liberdade para escolher aquele especialista que reputa o mais adequado à satisfação de utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva.³²

Deste modo, conclui-se que o ato administrativo que fundamenta a inexigibilidade de licitação no caso de serviços técnicos profissionais especializados deve estar respaldado pela confiança, subjetiva, do administrador de que aquela pessoa ou empresa específica será a mais adequada para satisfazer o objeto singular daquele contrato. Por sua vez, essa confiança deve-se basear também nos princípios constitucionais da administração pública. Ocorre que, embora exista consenso em relação à utilização de princípios de direito público como balizadores da atividade discricionária, essa operacionalidade está condicionada aos atuais entendimentos sobre vigência e validade normativas.³³ Nesse sentido, entende-se que a efetiva validade do ato de contratação direta pela administração pública pode ser verificada por meio da sua conformidade substancial com os valores fundamentais do estado constitucional de direito, consagrados em princípios administrativos constitucionais como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e da primazia do interesse público e dos cidadãos.

³¹ GRAU, Eros Roberto apud *ibid.*, p. 162.

³² Menezes Niebuhr, *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, op. cit., p. 163.

³³ Para mais informações sobre a discussão sobre os conceitos de vigência e validade dos atos administrativos discricionários, ver: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 179-184.

3.4 Síntese do exposto a respeito da contratação de serviços técnicos profissionais especializados

Conforme mencionado anteriormente, a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados ocorre quando não é viável a competição entre os eventuais interessados. Entretanto, como se observou, a inviabilidade de concorrência não está exclusivamente conectada aos dois critérios estritamente legais, objeto singular e notória especialização, mas converge para o conjunto desses fatores, denominado singularidade. Marçal Justen Filho explica:

A inviabilidade de competição, no caso do inciso II, não decorre da ausência de pluralidade de alternativas. A inexigibilidade de licitação decorre da ausência de critério objetivo para selecionar a proposta mais vantajosa de contratação. Como o serviço técnico profissional especializado envolve uma atuação humana de cunho criativo, exteriorizando habilidades em face de cada caso concreto, é impossível estabelecer um critério de comparação objetiva entre as diversas alternativas. Sendo as atividades personalíssimas, cada qual é diversa da outra, o que significa a ausência de um critério de seleção objetivo.³⁴

Discorda-se de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao passo em que não seria a ausência de pluralidade de candidatos o motivo pelo qual a licitação é inaplicável, mas justamente a impossibilidade de estabelecer critérios objetivos para a escolha pela administração pública. Esse entendimento é compartilhado especialmente pelo Tribunal de Contas da União:

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 8.666/1993.³⁵

³⁴ Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 505.

³⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Súmula 252/2010.

Nas palavras do ex-ministro Eros Roberto Grau, “a decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço não pode, repito, ser demonstrada, ainda que se possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo”.³⁶ Ainda assim, relembra-se que o ato deve ser motivado, preferencialmente, com respaldo nos itens elencados pelo §1º do art. 25 da Lei de Licitação e Contratos Administrativos. Finalmente, Joel de Menezes Niebuhr, em consonância com a doutrina majoritária, resume o embasamento por meio do qual se deve aplicar a contratação direta para serviços técnicos profissionais especializados:

Quer-se dizer que o fundamento para a inexigibilidade de licitação albergada no inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, referida como contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, reside na indeclinável subjetividade para comparar tais profissionais, que realizam seus préstimos com toque pessoal, de modo impregnado pela subjetividade, fruto de experiência profissional própria. A natureza singular reside na pessoalidade com que tais serviços são prestados, que impedem comparação objetiva, a única admissível em licitação pública.³⁷

Em conclusão, torna-se indispensável compreender as razões legais que permitem a inexigibilidade de licitação nos casos do art. 25, II da Lei nº 8.666/1993, pois nesse inciso pode estar incluída a contratação de serviços advocatícios pela administração pública. Nos próximos tópicos, abordar-se-á esse assunto específico; contudo, sua essência está contida na teoria geral apresentada para os serviços técnicos profissionais especializados.

4. Especificidades da contratação de serviços advocatícios pela administração pública

Embora o tema não seja abordado exaustivamente pela doutrina pátria, Marçal Justen Filho menciona o serviço de advocacia como um dos exemplos

³⁶ Grau apud Menezes Niebuhr, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, op. cit., p. 164.

³⁷ Menezes Niebuhr, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, op. cit., p. 166.

do art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos,³⁸ assim como Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁹ De outro lado, a Ordem dos Advogados do Brasil possui um posicionamento firme sobre o assunto, consolidado pela edição de súmula pelo Conselho Federal:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.⁴⁰

Adilson Abreu Dallari ressalta que “serviço técnico profissional especializado de advocacia suficiente para dispensar qualquer tipo de licitação é somente aquele de caráter singular, que exija de seu executante conhecimentos extraordinários, acima e além dos exigidos para o regular e normal exercício da profissão”.⁴¹ Dessa forma, não estariam inclusos na contratação direta os serviços cotidianos da advocacia, que pudessem ser desenvolvidos por qualquer profissional capacitado. Além disso, a notória especialização do advogado ou escritório de advocacia deve estar consolidada, preferencialmente por meio de documentos comprobatórios e currículo profissional, na área referente ao objeto singular do contrato desejado pela administração pública. O conjunto desses fatores é responsável pela existência da singularidade na prestação do serviço.

Ressalta-se, ainda, antes de adentrar-se às análises jurisprudenciais, que a Advocacia Geral da União (AGU) se manifestou sobre o tema logo após a entrada em vigor da Lei nº 8.666/1993, quando a Consultoria da União analisou a possibilidade de contratação direta de serviços advocatícios especializados por parte de empresas públicas e de economia mista, emitindo parecer favorável.⁴² Supreendentemente, o tema permanece atual após mais de 20 anos

³⁸ Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 505.

³⁹ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 551.

⁴⁰ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Súmula 04/2012/COP.

⁴¹ Dallari, *Contratação de serviços de advocacia pela administração pública*, op. cit., p. 55.

⁴² ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer n. GQ 77. *Revista de Direito Administrativo*, v. 201, p. 283-296, 1995.

da promulgação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tendo em vista que os tribunais superiores continuam a confrontar-se com a matéria, hoje, com a maioria das ações versando sobre contratos firmados entre escritórios de advocacia e municípios.

4.1 Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão da contratação direta de serviços advocatícios em algumas ocasiões, sendo os casos paradigmáticos a serem analisados o Recurso Especial nº 436.869/SP⁴³ e o Recurso Especial nº 1.192.332/RS.⁴⁴

No primeiro julgamento, trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do estado de São Paulo em desfavor da Prefeitura Municipal de Santos (SP) e do escritório de advocacia contratado sem licitação. A mencionada Prefeitura utilizou-se do art. 25, II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos para justificar a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios convencionais na área de direito bancário, tendo escolhido um escritório do Rio de Janeiro.

Ocorre que não houve justificativa plausível para a seleção do prestador do serviço, uma vez que não se configurou uma singularidade no caso, sendo possível assumir que havia outros escritórios com a mesma especialização no estado de São Paulo e mesmo no município de Santos, como colocou o ministro João Otávio Noronha: “in casu, ao contrário do que consta no paradigma, não há, nos autos, menção alguma a eventual notoriedade dos profissionais que compõem o escritório recorrente em relação a outros que atuam no mesmo ramo, o que justificaria a dispensa de licitação”.⁴⁵

Apesar do equívoco na expressão *dispensa*, o acórdão parece acertado à luz dos ensinamentos doutrinários, tendo em vista que é necessária a comprovação da notória especialização e que o serviço a ser prestado não deve ser corriqueiro, como ações de direito bancário que poderiam ser conduzidas por diversos escritórios.

⁴³ REsp 436.869/SP. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Min. rel. João Otávio de Noronha. Julgado em 6.12.2005. DJ: 1.2.2006.

⁴⁴ REsp 1.192.332/RS. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Min. rel. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 12.11.2013. DJ: 19.12.2013.

⁴⁵ Voto do ministro João Otávio Noronha In: REsp 436.869/SP, op. cit., p. 8.

No segundo caso, trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do estado do Rio Grande Sul em desfavor do advogado Élbio de Mendonça Senna, contratado pela Prefeitura Municipal de Chuí (RS). A prestação tinha como objeto o assessoramento na instalação de um novo município — organizar a estrutura administrativa, formar o arcabouço jurídico, entre outros —, e o advogado contratado havia sido procurador do município-mãe durante sete anos e possuía especialização em direito municipal. O juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiram em favor do Ministério Público, mas o STJ reformou a decisão:

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

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

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.⁴⁶

Nesse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça alcança uma interpretação distinta da doutrina majoritária, ao não fazer ressalvas quanto à contratação direta no ramo da advocacia. De acordo com o mencionado acórdão, seria possível chegar a uma conclusão equivocada de que qualquer serviço advocatício poderia ensejar a inexigibilidade de licitação. Entretanto, conforme se destacou ao longo do presente ensaio, somente aqueles que exigem uma notória especialização e possuem um objeto singular devem ser alvo de inexigibilidade. Apesar da intensa discussão sobre como proceder ao processo licitatório na contratação de serviços advocatícios, cuja análise

⁴⁶ Ementa do Acórdão In: REsp 1.192.332/RS, op. cit., p. 1-2.

merece um estudo específico, não se admite que o instituto do art. 25, II da Lei nº 8.666/1993 possa ser utilizado de maneira irrestrita.

4.2 *Julgamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema*

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal apreciou o tema da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios nos últimos anos, destacando-se os casos da Ação Penal nº 348-5/SC,⁴⁷ do Habeas Corpus nº 86.198/PR⁴⁸ e do Inquérito nº 3.074.⁴⁹

O julgamento da Ação Penal mencionada tratou de denúncia do Ministério Público do estado de Santa Catarina em face do, então, prefeito do município de Balneário Camboriú, Leonel Arcângelo Pavan, em decorrência da contratação por meio de dispensa de licitação (situação de emergência) de um escritório de advocacia, justificada pelo caos administrativo oriundo da gestão anterior da referida Prefeitura. O STF não reconheceu a situação de emergência levantada pelo acusado que ensejaria a dispensa de licitação, entretanto, entendeu tratar-se da ocorrência de inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993. Nesse sentido, expôs o ministro Eros Grau:

“Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da *confiança* da Administração em quem deseja contratar é *subjetivo*. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do *julgamento objetivo* – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”

⁴⁷ Ação Penal 348-5/SC. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Min. Rel. Eros Grau. Julgada em 15/6/2006. DJ: 3/8/2007.

⁴⁸ Habeas Corpus 86.198/PR. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 17/4/2007. DJ: 29/6/2007.

⁴⁹ Inquérito 3.074/SC. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Min. Rel. Roberto Barroso. Julgado em: 26/8/2014. DJ: 3/20/2014.

(ver o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.⁵⁰

Também se manifestou a ministra Carmen Lúcia:

No caso de contratação de advogados, tal como justificado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o artigo 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos no artigo 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação — artigo 25 c/c artigo 13.⁵¹

Enquanto o acórdão da Ação Penal 348-5/SC retrata exatamente as diretrizes da doutrina majoritária, justificando a inexigibilidade de licitação pela impossibilidade do julgamento objetivo, a ministra Carmen Lúcia suscita a dúvida quanto à viabilidade de realizar qualquer tipo de competição entre a classe advocatícia.

No segundo processo em análise, o Habeas Corpus 86.198/PR, tratava-se de denúncia do Ministério Público do estado do Paraná em face de dois advogados e do prefeito do município de Matinhos (PR), em vista de contratação direta para a venda de terrenos públicos a munícipes interessados. Comprovada a notória especialização dos advogados, o ministro relator Sepúlveda Pertence contribuiu para o seguinte acórdão:

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia.

⁵⁰ Ementa do Acórdão In: Ação Penal 348-5/SC, op. cit., p. 58.

⁵¹ Voto da ministra Carmen Lúcia. In: Ação Penal 348-5/SC, op. cit., p. 77.

2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7^o).⁵²

Mais recentemente, o Inquérito 3.074/SC versou sobre denúncia do Ministério Público de Santa Catarina contra o, então, prefeito de Joinville, Marco Antônio Tebaldi, em decorrência da contratação direta de advogados, por meio de inexigibilidade de licitação, para a transferência da execução do serviço sanitário da cidade de uma empresa de capital misto estadual para uma similar de âmbito municipal. Em consonância com a doutrina majoritária, o ministro Roberto Barroso explicou os critérios essenciais para a possibilidade de contratação direta de serviços advocatícios:

Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço.⁵³

No caso concreto, a denúncia acabou rejeitada pelo STF, uma vez que a administração municipal cumpriu todos os requisitos elencados, pois se tratava de demanda judicial complexa e o escritório contratado possuía notória especialização no assunto, devidamente comprovada no processo, tendo a Prefeitura seguido todos os trâmites administrativos necessários. Restou sedimentado, portanto, o entendimento do STF quanto à inclusão da advocacia entre os possíveis casos de inexigibilidade de licitação.

5. Considerações finais

Diante das considerações extraídas da doutrina brasileira, assim como dos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores, verifica-se que os

⁵² Ementa do Acórdão. In: Habeas Corpus 86.198/PR, op. cit., p. 1033.

⁵³ Voto do ministro Roberto Barroso In: Inquérito 3.074/SC, op. cit., p. 13.

serviços advocatícios estão incluídos no rol de serviços técnicos profissionais especializados, mencionados pelo art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cuja possibilidade de inexigibilidade está presente no art. 25, II, do mesmo texto legal. O fundamento para a exceção à regra do processo licitatório está consignado na impossibilidade de competição, tendo em vista a prestação personalíssima do serviço, que, embora possa ser realizado por mais de um profissional, possui um resultado singular derivado da escolha específica da administração pública. O processo de decisão, ainda que discricionário, deve estar devidamente fundamentado, obedecendo aos critérios do art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/1993, levando em conta, também, a confiança do administrador no advogado ou escritório a ser contratado. Trata-se, portanto, de escolha subjetiva que não pode ser demonstrada por critérios objetivos, um dos requisitos constitucionais da licitação pública. Deste modo, a mensuração da capacidade dos contratados pelo administrador deve resultar em uma escolha impessoal, ainda que sob um juízo subjetivo de valor das qualificações técnicas de *expertise* e demais critérios já consensuados de avaliação profissional na área jurídica. Assim, como os demais atos administrativos, deve ser motivado, considerando a notória especialização do contratado, o objeto singular do serviço — que não pode ser ordinário —, dos quais deve resultar a singularidade da prestação.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer n. GQ 77. *Revista de Direito Administrativo*, v. 201, p. 283-296, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 8 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. *Lei n. 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

BORGES, Alice Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 206, p. 135-141, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 140, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

____ et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

MENEZES NIEBUHR, Joel de. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Súmula 04/2012/COP.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 436.869/SP. DJ: 1.2.2006.

____. Recurso Especial 1.192.332/RS. DJ: 19.12.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Penal 348-5/SC. DJ: 3.7.2007.

____. Habeas Corpus 86.198/PR. DJ: 29.6.2007.

____. Inquérito 3.074/SC. *DJ*: 3.10.2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Súmula* 252/2010.

____. *Súmula* 264/2011.