GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

CONTRATAÇÃO DIRETA
Análise Crítica do Sistema e o Caso dos Serviços Advocatícios

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO 2013

GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

CONTRATAÇÃO DIRETA Análise Crítica do Sistema e o Caso dos Serviços Advocatícios

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo São Paulo, 22 de maio de 2013.

Índice

Agradecimentos	Erro! Indicador não definido.
Abstract	
I. INTRODUÇÃO	8
II. LICITAÇÃO	
III. CONTRATAÇÃO DIRETA	Erro! Indicador não definido
III.1. Dispensa de licitação	
III.1.1. Dispensa de licitação em função do valor do obje	eto contratado Erro! Indicado i
não definido.	
III.1.2. Dispensa de licitação em função de situação exc	epcional Erro! Indicador nã o
definido.	
III.1.3. Dispensa de licitação em função de problemas en	m contratação anterior Erro !
Indicador não definido.	
III.1.4. Dispensa de licitação em função dos atores envo	olvidos Erro! Indicador nã o
definido.	
III.1.4.1. Dispensa de licitação em função dos ator	
III.1.4.2. Dispensa de licitação em função do	
integrantes das Forças Armadas	
III.1.5. Dispensa de licitação em função de políticas de l	tomento Erro! Indicador nã o
definido.	
III.1.5.1. Dispensa de licitação em função de polí	
pesquisa	
III.1.5.2. Dispensa de licitação em função de polí	
caráter social	
III.1.6. Dispensa de licitação em função de especificidad	des do objetoErro! Indicadoi
não definido.	
III.2. Contratação direta por dispensa de licitação: respo ou casuísmo?	
III.3. Inexigibilidade de licitaçãoIII.4. Comentário geral sobre a inexigibilidade de licitaç	
definido.	gaoErro: muicador nac
iv. inexigibilidade de licitação para a co	NTPATACÃO DE SEDVICOS
ADVOCATÍCIOS	Erro! Indicador não definido.
IV.1. Em quais situações o poder público e suas entida	
de advocacia?	
IV.2. Quais são os problemas da contratação direta de se	
Indicador não definido.	erviços de advocacia: Erro.
IV.3. A contratação direta de serviços advocatícios em j	ulgamento Frro! Indicador nã o
definido.	argamento Erro. Indicador nao
IV.4. A contratação de serviços advocatícios por	inexigibilidade de licitação no
Supremo Tribunal Federal	
IV.5. A contratação de direta de serviços advocatícios	
17.5. 11 continuação de difeia de Selviços da vocalicios	
IV.5.1. A contratação direta de serviços advocatí	
IV.5.2. A contratação direta de serviços advocatí	
	- ·
V CONSIDERAÇÕES EINAIS	1/

Bibliografia	123
Acórdãos citados	23

Resumo

Título do trabalho:

Contratação Direta: Análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios

Autor:

Guilherme Jardim Jurksaitis

O presente trabalho oferece uma análise crítica das hipóteses de contratação direta previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos brasileira, Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com atenção especial para o caso da contratação direta de serviços advocatícios.

A dissertação encontra-se dividida em quatro partes. A primeira delimita o tema do trabalho no estágio atual de evolução do Direito Administrativo brasileiro.

A segunda parte do trabalho explora o tema da licitação e sua importância para o Direito Administrativo. Nessa etapa, são apresentados os princípios norteadores da licitação e sua importância para o ideal republicano, tal qual previsto pela Constituição Federal.

A terceira parte do trabalho analisa as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 8.666/93, procurando identificar suas possíveis razões e as características em comum que existem entre elas. Elaborou-se uma classificação própria aglutinando os incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93 em 6 categorias, a saber: a) dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado; b) dispensa de licitação em função de situação excepcional; c) dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior; d) dispensa de licitação em função dos atores envolvidos; e) dispensa de licitação em função de políticas de fomento; e f) dispensa de licitação em função de especificidades do objeto.

A quarta parte do trabalho contém uma análise sobre o caso da contratação direta de serviços externos de advocacia nos tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

5

Ao olhar para as decisões proferidas por essas Cortes, espera-se alcançar dois objetivos: captar os argumentos usados pelas partes que tomam posição nesse debate e identificar o posicionamento das maiores instâncias do Poder Judiciário sobre o tema da contratação direta de serviços advocatícios e o dever de licitar.

Não se trata, portanto, de uma análise de jurisprudência, que foi usada como fonte de pesquisa para identificar situações reais envolvendo a contratação direta de serviços advocatícos, suas razões, e os argumentos forenses favoráveis e contrários a ela.

Palavras chave: Lei Geral de Licitações e Contratos; contratação direta; serviços externos de advocacia; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

Title:

Direct Hiring: Critical analysis of the system and the specific case of legal services

Author:

Guilherme Jardim Jurksaitis

This paper offers a critical analysis of the cases of direct hiring as prescribed by the Brazilian General Law of Public Bids and Contracts, i.e., Federal Law No. 8.666, of June 21, 1993, with due regard for the direct hiring of legal services.

The paper is divided into four parts. The first defines the theme of the paper viewed from the current standpoint of evolution of the Brazilian Administrative Law.

The second part of the paper analyzes the issue of bidding per se, and its importance to Administrative Law. At this stage the bidding guiding principles and their importance to the republican ideal are presented, as set forth in the Brazilian Federal Constitution.

The third part of the paper looks into the cases of direct hiring set out under Law No. 8.666/93, seeking to identify the possible reasons therefor and the common characteristics existing among them. Under a specific classification the items of article 24 of Law number 8.666/93 were combined in order to fall under six categories: a) waiver of bidding in view of the amount of the contracted object; b) waiver of bidding due to exceptional circumstances; c) waiver of bidding due to problems occurred in previous hiring; d) waiver of bidding due to the players involved; e) waiver of bidding based on development policies; and f) waiver of bidding based on the specific characteristics of the object.

The fourth part of the paper analyzes the case of external legal services directly hired, as viewed by the higher courts, i.e., the Supreme Court and the Superior Court of Justice.

When looking into the decisions handed down by these courts, two goals are expected to be met: to raise the arguments used by the parties involved in this debate and identify the standing of the Judiciary Branch highest instances on the subject of directly hiring legal services, as well as and the duty to promote competitive bids.

This is not an analysis of case law, which was used as a research source to identify real situations involving direct hiring of legal services, their reasons, and forensic arguments for and against them.

Key-words: Brazilian General Law of Public Bids and Contracts; direct hiring; external legal services directly hired; Supreme Court; Superior Court of Justice.

I. INTRODUÇÃO

Como tudo nas chamadas ciências jurídicas¹, o Direito Administrativo passa por intensas transformações, que acompanham, em maior ou menor ritmo, as mudanças sociais. No caso de um Direito Administrativo não codificado², como é o nosso, durante muito tempo relegado que foi a um segundo plano atrás do Direito Civil³, essas transformações parecem lentas e sutis, enquanto gestadas, porém, revolucionárias quando entram em movimento.

O Direito Administrativo, como um pêndulo, vive oscilando. Nas grandes teorias isso é notado já há algum tempo nos institutos clássicos: autoridade e liberdade, prerrogativas e limitações, ato administrativo e contrato, estatização e privatização, legalização e deslegalização, unilateralidade e consensualismo, etc. Os primeiros – autoridade, ato administrativo, estatização, legalização, unilateralidade – são reflexos de

¹ O debate em torno da conceituação do Direito enquanto ciência foi abordado por diversos autores. Por todos, recomenda-se Antonio Joaquim RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968, p. 14 (a 1.ª edição é de 1866); Visconde do URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002, p. 110-114 (a 1.ª edição é de 1862); e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 27.ª edição, p. 37-38. Um resumo sobre a discussão pode ser ler lido na "crônica jurídica" bem humorada feita por Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 5.ª edição, 2010, p. 122-137.

² Sobre a falta de um código de Direito Administrativo, Odete MEDAUAR explica: "Entre fins do século XIX e meados do século XX houve muitos debates sobre a possibilidade e conveniência de codificar um ramo de formação recente, dotado de grande contingente de elaboração jurisprudencial. Os argumentos contrários à codificação centravam-se em alguns pontos: formação recente e incompleta; impossibilidade de codificar o direito público em geral; mutabilidade excessiva da legislação administrativa. A favor da codificação salientava-se o seguinte: estado de inferioridade científica decorrente da falta de um código; ausência de clareza e de certeza das normas; necessidade de trazer ordem à legislação administrativa, de torná-la mais conhecida, tolhendo os arbítrios. Surgiram posicionamento intermediários, a favor de uma codificação parcial ou de uma codificação futura. Seguiu-se um período de quase ausência de atenção sobre o tema, como se houvesse anuência tácita sobre a não codificação". *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª edição, 2012, p. 44-45. Apesar de não haver um código, Odete Medauar tem se dedicado a compilar e atualizar, anualmente, as principais normas de Direito Administrativo na coletânea de legislação administrativa editada pela Revista dos Tribunais, atualmente em sua 13.ª edição.

³ No ano de 1992, ao prefaciar livro depois muito difundido entre estudantes de Direito, Geraldo ATALIBA afirmou, a respeito da defasagem no ensino do Direito Público: "Como se ainda vivêssemos em 1910, dá-se ao estudante a impressão falsa de que o mundo do direito é formado pelo direito civil, comercial e penal. Mais grave fica o panorama quando se verifica que a maioria dos estudantes – e mesmo dos já graduados – supõe que a lei geral de aplicação de norma jurídicas (entre nós impropriamente designada de *Lei de Introdução ao Código Civil*) é de direito privado. Tal perspectiva privatista é deformante e tem gravíssimas repercussões na própria vida institucional". Prefácio do livro de Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1.ª edição, 1992. A distorção apontada tem sido aos poucos corrigida, inclusive com mudança trazida pela Lei Federal n.º 12.376, de 30.12.2010, que alterou a epígrafe da antiga Lei de Introdução ao Código Civil para chamá-la de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

uma concepção do Direito Administrativo voltada ao exercício do poder, seja para legitimar a conduta da autoridade pública ou para controlá-la à luz do Estado de Direito. Os segundos — limitações, contrato, desestatização, deslegalização, consensualismo — ganharam força no Brasil a partir da segunda metade da década de noventa e espelham um olhar mais flexível e menos desconfiado da Administração, sem desprezar por completo suas prerrogativas e a necessidade de algum controle.

Pode-se chamar esses opostos do movimento pendular de tendência *maximalista*, que vê nas prerrogativas especiais e nas normas que condicionam a ação estatal elementos inerentes e necessários da Administração Pública, e tendência *minimalista*, para a qual é preciso calibrar esses elementos de modo a adequá-los à realidade e a novas tendências da Administração contemporânea⁴.

Esse embate é, de certo modo, um reflexo das mudanças no próprio Direito Administrativo⁵, formulado para ser um instrumento de legitimação do exercício do poder público e, ao mesmo tempo, de garantia contra o arbítrio estatal⁶. Mais recentemente,

⁴ As expressões minimalista e maximalista foram usadas, com sentido semelhante ao ora empregado, por André ROSILHO, *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros: 2013.

⁵ Diversos são os autores que trataram sobre as origens do Direito Administrativo no Brasil. Nos chamados livros de curso adotados nas faculdades, são obrigatórios capítulos que resumem esse longa história. Para os fins aqui propostos, a explicação de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO resume a ideia: "(...) a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (...) e sobre o princípio da separação de poderes (...)". *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 20.ª edição, 2007, p. 2. Outras leituras que se recomenda são Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 47; e Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª edição, 2012, p. 33-36.

⁶ A dicotomia é explicada por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, que diz: "Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas. Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais – *puissance publique*, na expressão francesa – marcou diversas construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX. Assim, por exemplo, as ideias da irresponsabilidade do Estado, dos atos de império, da supremacia do interesse público (...)", no artigo "Mecanismos de consenso no Direito Administrativo", publicado no livro *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de ARAGÃO e Floriano de AZEVEDO MARQUES (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349.

consolidados esses objetivos, o Direito Administrativo tem se tornado uma ferramenta para viabilizar o funcionamento da Administração Pública e o cumprimento de suas missões⁷.

A contraposição dessas duas visões reflete a luta entre a preocupação central do Direito Administrativo do passado e as expectativas que se tem hoje em relação a ele. Antes, em fins do século XIX, o que impulsionava os Direito Administrativo no Brasil era a organização do inscipiente Estado⁸. Depois, o abuso e o desvio de poder ocuparam papel central entre os administrativistas até a década de 1980 e meados de 1990⁹. Isso fez com que os instrumentos de contenção ao exercício do poder, tanto em relação às garantias e liberdades individuais como em face da gestão da coisa pública, fossem aprimorados e resultados satisfatórios fossem obtidos. Esse avanço pode ser percebido no que se refere à criação normativa — com a edição de leis mais rígidas estabelecendo regras comportamentais aos agentes públicos e fixando procedimentos detalhados a serem observados pela Administração — e também no surgimento de mecanismos mais sofisticados de controle do gasto público — com a criação de sistemas de acompanhamento de gastos e das auditorias.

Atores se fortaleceram durante esse processo, e passaram a desempenhar funções de elevado destaque relativas ao controle da Administração Pública em seus incontáveis desdobramentos. O Ministério Público e os Tribunais de Contas são os mais lembrados, mas o Poder Judiciário também expandiu a sua atuação. Todos esses passaram a compartilhar funções com a Administração Pública, na formulação de políticas públicas –

_

⁷ Um olhar mais "utilitário" do Direito Administrativo tem sido estimulado por Carlos Ari SUNDFELD, que chega a chamá-lo de "caixa de ferramentas" à disposição de seus operadores para resolver problemas. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38-39.

⁸ Organizar a estrutura do aparato estatal e justificar o exercício de suas respectivas atribuições era a preocupação mais presente nos livros que fundaram o nosso Direito Administrativo. No livro de Visconde do URUGUAI, o autor dedica mais da metade de seus capítulos a explicar as relações entre os Poderes. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002 (a 1.ª edição é de 1862). Na obra de Antonio Joaquim RIBAS, algo similar se verifica, dessa vez, para explicar as entidades e as tarefas desempenhadas em cada nível de governo. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968 (a 1.ª edição é de 1866).

⁹ Representam essa visão os livros de Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14.ª edição, 1989 (a 1.ª edição é de 1964); e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.ª edição, 1980. Para um panorama sobre a evolução histórica do *estudo* do Direito Administrativo no Brasil, recomenda-se, novamente, Carlos Ari SUNDFELD. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros 2012, p. 19-49.

caso mais voga – e na tomada de decisões que viabilizam a ação estatal, em geral¹⁰. A imprensa, importante agente nesse contexto, destaca os desvios praticados pelos agentes públicos e toma partido no debate, ficando ao lado do endurecimento do controle e do aumento de poder dos atores competentes.

O Direito Administrativo e os administrativistas participam ativamente desse movimento, contribuindo com a proposição de novas normas e soluções. Mais recentemente, passou-se a identificar um compromisso adicional do Direito Administrativo em face da Administração Pública, que é o de viabilizar a sua atuação, que mudou muito de uns tempos para cá, sem engessá-la em demasia – como acaba acontecendo ao se levar ao extremo os cânones mais antigos do Direito Administrativo – ou deixá-la solta demais, jogando fora as sofridas conquistas do passado.

A preocupação nevrálgica agora não é apenas a de controlar a atuação da Administração Pública, coibindo vilipêndios aos direitos individuais e o destrato com o patrimônio público. O desafio que o Direito Administrativo enfrenta hoje é o de viabilizar de maneira eficiente a atuação estatal, considerando seus múltiplos objetivos e sua pluralidade de agentes, sem desnaturar a si próprio¹¹.

Como alcançar esse objetivo é o que, de certo modo, está por trás da divergência entre o maximalismo e o minimalismo no Direito Administrativo.

Essa divergência se manifesta de maneira muito nítida quando se discutem casos mais concretos envolvendo temas do Direito Administrativo. Um desses casos está relacionado à licitação, especificamente às hipóteses de contratação direta previstas na Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e ao debate que se tem travado desde há muito em torno da contratação direta de serviços externos de advocacia.

¹¹ Carlos Ari SUNDFELD apresenta esse desafio do Direito Administrativo de viabilizar a atuação eficiente da Administração, sem desnaturar os controles e regras que incidem sobre ela, no livro *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85-92.

12

¹⁰ Em aprofundado trabalho, Floriano de AZEVEDO MARQUES expõe o debate sobre a ampliação dos poderes dos órgãos de controle, suas bases normativas e teóricas, e apresenta soluções. "Os grandes desafios do controle sobre a Administração Pública", artigo publicado no livro *Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira*, Paulo Modesto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2.ª edição, 2010, p. 199-238.

A partir do estudo desse caso, que abrange uma breve análise das hipóteses de contratação direta contempladas na Lei 8.666/93, bem como da jurisprudência atinente à contratação de serviços advocatícios, espera-se organizar o debate, identificando os pontos de atrito que refletem uma divergência de concepção sobre o dever de licitar e consequentemente sobre a licitação nos moldes da Lei 8.666/93.

O presente trabalho está estruturado em quatro partes. A primeira procura expor suscintamente a tensão em torno da Lei 8.666/93 e da sua rigidez, influenciada por manifestações dessas duas tendências; a maximalista e a minimalista. Cada uma delas apresenta características próprias e exercem sua influência no plano concreto, no dia a dia da Administração Pública.

A segunda parte do trabalho explora o tema da licitação e sua importância para o Direito Administrativo. Nessa etapa do trabalho são apresentados os princípios norteadores da licitação e sua importância para o ideal republicano, tal qual previsto pela Constituição Federal.

A terceira parte do trabalho analisa as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 8.666/93, procurando identificar suas possíveis razões e as características em comum que existem entre elas. Elaborou-se uma classificação própria aglutinando os incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93 em 6 categorias, a saber: a) dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado; b) dispensa de licitação em função de situação excepcional; c) dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior; d) dispensa de licitação em função dos atores envolvidos; e) dispensa de licitação em função de políticas de fomento; e f) dispensa de licitação em função de especificidades do objeto.

A quarta parte do trabalho contém uma análise sobre o caso da contratação direta de serviços externos de advocacia no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. O estudo não se pretende exaustivo, mas meramente ilustrativos dos problemas reais que a contratação direta dessas atividades suscita. Não se trata, pois, de uma análise de jurisprudência, que foi usada como fonte de pesquisa para identificar situações reais envolvendo a contratação direta de serviços advocatícos, suas razões, e os argumentos forenses favoráveis e contrários a ela. Afora isso, ao olhar para as decisões proferidas por esses tribunais, espera-se alcançar dois objetivos: captar os argumentos usados pelas partes

que tomam posição nesse debate e identificar o posicionamento das maiores instâncias do Poder Judiciário sobre o tema.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repetiu-se a exaustão que a contratação direta, em suas diferentes modalidades, não pode ser usada ao talante do legislador. Mas não se pode ignorar que realizar uma licitação pode ter muitos inconvenientes, e por isso a legislação autorizou o seu afastamento em alguns casos. Fechar os olhos para isso pode inviabilizar o funcionamento da Administração e causar graves prejuízos ao interesse público tutelado, justamente, pelas normas que prevêem a contratação direta, além de provocar graves prejuízos ao gestor público.

Como visto no Capítulo II, há um consenso na doutrina jurídica quanto ao dever de licitar e à excepcionalidade da contratação direta. Os valores protegidos pela licitação são intrínsecos ao Estado Republicano e Democrático de Direito. Não se cogita abrir mão deles.

No entanto, identificar a licitação com o regime legal da Lei 8.666/93 é um equívoco. O vício de origem dessa lei é justamente o seu grande trunfo de se pretender aplicável a toda a Administração Pública e em todas as circunstâncias. Esse olhar enviesado, que tudo lê e interpreta através da Lei 8.666/93, contaminou o sistema das contratações públicas no Brasil. O surgimento de inúmeros regimes alternativos é um indicativo dessa constatação. Mas esses regimes mantiveram a sua aplicação subsidiária, preservando a lógica da Lei 8.666/93, exceto pelo RDC.

Por isso, os órgãos de controle, e mesmo a doutrina jurídica, tendem a interpretar qualquer procedimento de contratação como submisso aos imperativos da Lei 8.666/93, ignorando suas distorções e os problemas que os regimes alternativos procuraram corrigir.

Como demonstrado no Capítulo III, a saída encontrada para fugir dessa distorção foi o aumento dos casos de contratação direta. As mais variadas situações passaram a dar ensejo à dispensa de licitação. Entidades absolutamente distintas se viram isentas do dever de licitar, sem justificativa aparente. Esse movimento foi feito sem que se adaptasse o processo da contratação direta. Desconsiderou-se assim as diferenças entre as hipóteses

autorizativas da dispensa de licitação, que poderiam dar ensejo a procedimentos específicos de contratação direta, levando em conta as peculiaridades de cada caso.

Novamente, está-se diante de uma distorção provocada pela universalidade da Lei 8.666/93. Não fosse sua abrangência, outros procedimentos menos rígidos e adaptados à realidade de cada entidade da Administração Pública teriam sido criados, inclusive por normas infra legais. Os valores da licitação, em que pese inegociáveis, podem ser alcançados por procedimentos alternativos.

Mas ao invés disso, o que se assistiu nos últimos anos foi a proliferação de normas feitas *ad hoc*, inseridas na Lei 8.666/93, para afastar de entidades específicas o cumprimento do dever de licitar.

A problemática envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, é reflexo direto das falhas ao redor da Lei 8.666/93 e da política legislativa de reforma do sistema legal das licitações como um todo.

Como se expôs no Capítulo IV, deixando de lado a alegação de que haveria uma reserva de mercado aos advogados públicos, parece claro que a Administração se vê obrigada a se socorrer de serviços externos de advocacia para melhor atender ao interesse público. Ao mesmo tempo, a Administração Pública se vê obrigada a atender demandas cada vez mais complexas, sem condições de se aparelhar internamente para dar conta delas.

A alta Administração Pública do Governo Federal, dos Governos dos Estados ou das capitais não representa a realidade da Administração Pública brasileira. Os casos analisados mostram que as prefeituras de cidades pequenas continuam a se socorrer de serviços externos de advocacia para resolver problemas aparentemente simples. Nenhum dos casos analisados tratou de contratação para viabilizar um sofisticado projeto de reforma legislativa, ou para modelar juridicamente uma parceria público-privada milionária.

Ao revés, o que se viu foram prefeituras terem de recorrer a serviços jurídicos externos – **Caso Chedid** – para atuação junto ao Tribunal de Contas e defesa de atos

praticados pelo Chefe do Poder Executivo — **Caso Cheib, Caso Baptista, Caso Mendes** — ou para a condução de processos administrativos internos — **Caso Leão**. Todas essas demandas são geradas por atividades corriqueiras em prefeituras. Mas nem por isso se pode afastar o signo da singularidade ou da notória especialização.

Nos casos analisados, nota-se que muitas vezes o ente contratante não possuía pessoal adequado ou em quantidade suficiente para dar conta do serviço delegado a terceiros. Às vezes, essa circunstância mostrou-se suficientemente forte para afastar o dever de licitar – **Caso Leão** –, em outras não – **Caso Baptista**. Não está claro, nos acórdãos lidos, o que vale para se contratar diretamente em situações assim.

Também foram encontrados casos envolvendo a contratação de serviços advocatícios por entidades de economia mista — **Caso DERSA**, **BADESC**, **Caso CLIN**. Sequer se aventou, nesses casos, que a natureza empresarial dessas entidades poderia justificar maior autonomia, inclusive para a contratação de serviços jurídicos externos. O argumento usado nesses casos, favoravelmente à contratação direta, foi a falta de pessoal interno para o atendimento do objeto da contratação direta — **Caso DERSA** — ou a impossibilidade de contar com ele — **Caso BADESC**.

Os dois conjuntos de casos referidos acima mostram que os argumentos usados ao se discutir a inexigibilidade estão relacionados a circunstâncias de fato. Considerou-se, na formulação dos argumentos contrários ou favoráveis à inexigibilidade, as condições concretas de cada caso. E parece ser esse mesmo o caminho, tendo em vista o caráter abstrato da norma que prevê a inexigibilidade.

Identificou-se também argumentos extremos, como o de que o vínculo de confiança afastaria por si só a licitação – **Caso Chedid** e **Caso Pavan** – e o de que a existência de mais de um profissional de notória especialização imporia o dever de licitar – **Caso CLIN**. Nenhuma dessas premissas podem ser tomadas *a priori*. O vínculo de confiança, isoladamente considerado, pode levar a arbitrariedades, como a que aparentemente se viu no **Caso Ariovaldo**.

A confiança não é um curinga para legitimar a inexigibilidade de licitação. O elemento subjetivo da confiança, em que pese estar presente na relação entre advogado e

cliente, não foi contemplado na Lei 8.666/93 para autorizar a inexigibilidade. Deveras, esse elemento subjetivo da confiança tem consequências diferentes na relação privada entre advogado e cliente, que pode, no limite, contratar como patrono um amigo ou um parente sem qualquer qualificação mais apurada apenas porque tem confiança nele. Não se pode admitir isso no campo das relações envolvendo a Administração Pública. O vínculo de confiança é um elemento forte para, entre os detentores da notória especialização, justificar a escolha de um determinado profissional. Até porque, como se viu no **Caso Adyr** e no **Caso Baptista**, não parece ser tarefa fácil medir a notória especialização.

Tomando como referência os elementos indicativos da notória especialização trazidos pelo Min. Sepúlveda Pertence no **Caso Adyr**, é preciso considerar a realidade que circunda a entidade contratante, e o fato de que não é possível dizer quem é mais ou menos notório especialista a partir só da análise do currículo – este, isoladamente considerado, é pouco ou nada relevante numa ação judicial.

Para além do imbróglio jurídico no tema da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios, as consequências advindas de uma contratação tomada por ilegal por dispensa indevida do procedimento licitatório são devastadoras. Os problemas advindos da declaração de nulidade do contrato são muitos e a responsabilização do gestor público, que não necessariamente realiza a contratação para locupletamento seu ou de terceiros, são gargalos que precisam se eliminados. É preciso equilíbrio para que não se prive a Administração Pública de contar com o auxílio de profissionais de excelência, e de sua confiança, em contratos que só podem ser feitos sem licitação.

Sem ignorar a necessidade de uma ampla reforma no sistema brasileiro de licitações, o panorama apresentado no trabalho, condensado nessas breves conclusões, mostra que o instituto da contratação direta precisa ser revisto. Sofisticar o procedimento previsto no art. 26 da Lei 8.666/93, para que considere as diferenças entre as variadas hipóteses de contratação direta no momento da contratação, é tarefa das mais importantes. É medida salutar estabelecer procedimentos simplificados de seleção como alternativa à contratação direta em geral, sem cair no erro de querer impor a esses procedimentos simplificadas todas as exigências da Lei 8.666/93. A doutrina jurídica e os órgãos de controle – Ministério Público, Tribunais de Contas e Poder Judiciário – precisam aceitar

que licitação não é sinônimo de Lei 8.666/93, ou a contratação direta só vai crescer e o poder público usará cada vez menos da licitação.

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. Prefácio, in SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1.ª edição, 1992. AZEVEDO MARQUES, Floriano de. "Os grandes desafios do controle sobre a Administração Pública", in Paulo Modesto (coord.), Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2010. . "A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais", in Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, disponível em [http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69], mar. 2008. "Inexigibilidade de licitação por razão de segurança nacional" in Fórum de Contratação e Gestão Pública, n.º 16. Belo Horizonte: Fórum, abr. 2003. __. "Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8.666/93 aos Entes Federados (comentários a acórdão do STF na ADI n.º 927-3-RS)", in Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n.º 12. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 173-191. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. _____. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. BORGES, Alice Gonzalez. "Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia", in Revista de Direito Administrativo – RDA. n.º 206. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1996. CÂMARA, Jacintho Arruda. Obrigações do Estado Derivadas de contratos inválidos. São Paulo: Malheiros, 1999. CAMMAROSANO, Márcio. "Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia", in Informativo de Licitações e Contratos - ILC. n.º 31. Curitiba: Zênite, set. 1996. CASSESE, Sabino. Las Bases del Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1994. . La Crisis del Estado. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva,

. "Inexigibilidade de licitação para contratação de fundação universitária", in

Fórum de Contratação e Gestão Pública, n.º 40. Belo Horizonte: Fórum, abr. 2005.

2006.

. "Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa", Fórum de
Contratação e Gestão Pública. n.º 64. Belo Horizonte: Fórum, nov. 2010.
. "Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública", <i>Fórum de Contratação e Gestão Pública</i> . n.º 2. Belo Horizonte: Fórum, abr. 1999.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
FERRAZ, Sérgio & FIGUEIREDO, Vera Lúcia. <i>Dispensa e inexigibilidade de licitação</i> . 3.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.
FIGUEIREDO, Marcelo. <i>Probidade administrativa (comentários à Lei 8.429/92 e</i> legislação complementar). São Paulo: Malheiros, 2004.
GRAU, Eros Roberto. <i>Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)</i> . São Paulo: Malheiros, 1995.
JURKSAITIS, Guilherme Jardim. "As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas", in CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). <i>Orçamentos Públicos e Direito Financeiro</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1275-1296.
. "Em defesa do Regime Diferenciado e Contratações", in <i>Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp</i> , disponível em [www.sbdp.org.br/arquivos/material_ver.php?idConteudo=89], acesso em fev. 2013.
ROSILHO, André, "Existe licitação para alem da lei 8.666/93?", in <i>Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público</i> — <i>sbdp</i> , disponível em [www.sbdp.org.br/arquivos/material_ver.php?idConteudo=89], acesso em fev. 2013.
JUSTEN FILHO, Marçal. <i>Comentários à lei de licitações e contratos administrativos</i> . 13.ª edição. São Paulo: Dialética, 2009.
O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da lei complementar n.º 123 atinentes a licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007.
MACHADO D' AVILA, Vera Lúcia. <i>Inexigibilidade de licitação. Notória Especialização.</i> Exclusividade, in DI PIETRO, Maria Sylvia; Oliveira Ramos, Dora Maria de; et all. Temas Polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo: Malheiros.
MEDAUAR, Odete. <i>O Direito Administrativo em Evolução</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª ed., 2012.
<i>Direito Administrativo Moderno</i> . São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª ed., 2012.

"Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?",
artigo publicado na <i>Revista do Advogado</i> , v. 99. São Paulo: IASP, 2008, p. 100-107.
MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 1.ª edição São Paulo:
Revista dos Tribunais, 1973.
Direito Administrativo Brasileiro. 15.ª edição. São Paulo: Revista dos
Tribunais, 1985.
MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. <i>Contrato Administrativo</i> . São Paulo: Quartier Latin, 2012.
"Mecanismos de consenso no Direito Administrativo", in <i>Direito Administrativo e seus novos paradigmas</i> , in ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). <i>Direito Administrativo e seus novos paradigmas</i> . Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349.
MONTEIRO, Vera. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.
<i>Licitação na modalidade de pregão</i> . 2.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Fabio Carneiro Bueno. *Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios*, in SCARPINELLA BUENO, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras. "A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei n.º 12.349/10", *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 38. Belo Horizonte, jul./set. 2012, p. 9-30.

PINTO, Henrique MOTTA; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratação de advogados pelo poder público e licitação: o que diz o STF?* in *Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*, disponível em [http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=3], mar. 2008.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968.

ROCHA, Fabio Amorim. *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

RODRIGUES, Cristina Barbosa. "Lei n.º 12.349/2010: as licitações públicas assumem o papel de instrumento impulsionador da inovação tecnológica no Brasil", *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 33. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2011, p. 101-109.

ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo, Malheiros: 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do 'placar eletrônico', in ARAGÃO, Alexandre

Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 523 a 569.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

______. "Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação", in VALDIVIA, Diego Zegarra; ONETO, Victor Baça. *La Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Palestras, 2011, p. 189-210.

______. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 5.ª edição, 2010.

______. Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994.

; CÂMARA, Jacintho Arruda. "Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos administrativo", *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 41. Belo Horizonte: Fóum, jan./mar. 2013, p. 57-72.

; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. "Regime da contratação de obras públicas por emergência", *Interesse Público – IP*, n.º 69. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2011, p. 23-35.

______. SOUZA, Rodrigo Pagani; PINTO, Henrique Motta. "Empresas semiestatais", *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 36. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2011, p. 75-99.

______. SOUZA, Rodrigo Pagani. "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", *Contratações Públicas e seu Controle*, Carlos Ari SUNDFELD (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98-99.

_____. "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", *Revista de Direito Administrativo*, n.º 245. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 13-30.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas – janeiro a dezembro de 2012. Disponível no sitio [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-

01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_DadosGerais.pdf], acesso em 10.04.2013.

Acórdãos citados

- STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 72.830 Rondônia. 2.ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.10.1995. Recorrentes: Erasto Villa-Verde de Carvalho e Luiz Ribeiro de Andrade. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.
- STF. Recurso Extraordinário n.º 466.705-3 São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.03.2006. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi.
- STF. Ação Penal n.º 348-5 Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan.
- STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.
- STJ. Recurso Especial n.º 764.956 São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Ferreira Netto Advogados, João Maria Galvão de Barros, Fernando de Jesus Carrazedo e outros, Desenvolvimento Rodoviário S/A. DERSA, Antonio Jamil Cury.
- STJ. Recurso Especial n.º 488.842 São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Adilson Franco Penteado e outros, e Antonio Sergio Baptista Advogados Associados e outros.
- STJ. Recurso Especial n.º 1.055.031 Rio de Janeiro. Decisão. Min. Francisco Falcão, j. 14.08.2008. AgRg no Recurso Especial n.º 1.055.031 Rio de Janeiro. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, 02.10.2008. Agravante: Nóbrega Direito Empresarial LTDA. e Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói CLIN. Agravado: Ministéiro Público do Estado do Rio de Janeiro.
- STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.052.231 São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2009. Agravante: Luiz Manoel Gomes Junior. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.
- STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.253.420 São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010. Agravante: Ordem dos Advogados do Brasil Secção de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.
- STJ. Recurso Especial n.º 1.038.736 Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.05.2010. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Cássio Magnani Junior e outro.
- STJ. Recurso Especial n.º 1.127.969 Rio Grande do Sul. 2.ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.11.2010. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social INSS. Recorrido: Ministério Público Federal.

STJ. Recurso Especial n.º 726.175 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 22.02.2011. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Leão e Simonetti Advogados Associados S/C.

STJ. Recurso Especial n.º 1.285.378 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade, Cheib Advogados Associados, Município de Passa Quatro.

STJ. Habeas Corpus n.º 228.759 – Santa Catarina. 5.ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.04.2012. Impetrante: Cláudio Ávila da Silva Júnior e outros. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Dalirio Jose Beber.

STJ. Recurso em Habeas Corpus n.º 25.267 – São Paulo. 5.ª Turma. Rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Paraná), j. 11.12.2012. Recorrente: Ariovaldo Trigo Teixeira. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. AC n.ª 201.297.5-4/00. 6.ª Câmara de Direito Público. Des. Rel. Evaristo dos Santos, j. 07.04.2003.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. Apelação n.ª 0003602-39.2006.8.26.0244. 15.ª Câmara de Direito Criminal. Des. Rel. Ribeiro dos Santos, j. 20.01.2011.