

**CONTRATAÇÃO DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
incursões constitucionais**

**CONTRACTING LAWYER IN THE PUBLIC ADMINISTRATION:
constitutional**

Gustavo Paulinelli de Castroⁱ

Luiz Márcio Siqueira Júniorⁱⁱ

RESUMO

O presente artigo busca elaborar uma crítica sobre o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à contratação de advogado pela Administração Pública, demonstrando que a Constituição não pode ser preterida em função da aplicação da legislação infraconstitucional. É que, como se verá, a aplicação da legislação permanece reduzida a um modelo liberal de interpretação, que compromete a eficiência da Administração Pública. Para isso, exige-se, além dos requisitos da notória especialização e da relevância do serviço, a presença e a aplicação do princípio da confiança, em relação àquele que realizará a sua execução. Logo, inteiramente possível a contratação direta de advogado com escopo nos princípios constitucionais, notadamente da confiança.

PALAVRAS-CHAVE: contratação de advogado – princípio da confiança – Administração Pública.

SUMMARY

The present article searches to elaborate a critical about the agreement of the high Courts as well as hiring a lawyer for public Administration, demonstrating that the Constitution can not be ruled out in line with the implementation of ordinary legislation. Because, as we shall see, law enforcement remains limited to a liberal model of interpretation, which undermines the efficiency of public administration. This requires, in addition to the requirements of recognized expertise and relevance of the service, the presence and application of the principle of trust in relation to that which will hold its implementation. So entirely possible the direct hiring of a lawyer with the scope of constitutional principles, especially of the trust.

KEYWORDS: *hiring of a lawyer – principle of trust - Public Administration.*

INTRODUÇÃO

O exercício da advocacia surgiu como uma resposta aos regimes repressivos ao longo dos tempos. Não é por outra razão que chega a se confundir, historicamente, com o próprio direito ao contraditório, à ampla defesa, ao direito de acesso ao Judiciário e ao direito de petição.

Símbolos da defesa contra o arbítrio estatal, os advogados enfrentaram duros períodos no exercício da profissão, sobretudo em relação aos governos autoritários que marcaram a história brasileira, como um dos mais longos períodos de ditadura da América Latina.

Com a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988, todavia, o campo de atuação desse profissional foi visivelmente beneficiado: as garantias constitucionais foram ampliadas pela inclusão de um plexo de direitos fundamentais sem precedentes no constitucionalismo brasileiro; a responsabilidade dos agentes contra abusos no exercício da função foi incorporada ao texto constitucional e; o desenvolvimento da advocacia foi elevado ao *status* de *múnus público*. Tudo isso colaborou sobremaneira para o aperfeiçoamento da profissão.

Não obstante os avanços trazidos pelos ventos de inspiração democrática da Constituinte de 1988, o exercício da advocacia não deixou de ser objeto de restrições severas, como no caso da negativa de acesso aos autos pelo patrono do acusado. A aprovação da Súmula nº14 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil confirma o problema.¹

Outras formas mais sutis de limitação, que nem por isso são menos graves, também continuam manchando o desenvolvimento democrático. Trata-se, pois, da prática promovida por alguns poucos membros do Ministério Público e das Cortes de Contas que se voltam contra a contratação de advogado na esfera da Administração Pública e, por tal razão, imputam-lhes denúncias e condenações da maior gravidade, integralmente incompatíveis com uma interpretação adequada da legislação em face da Constituição de 1988.

Nesse contexto, este artigo tem a finalidade de demonstrar a impropriedade da aplicação da legislação que versa sobre a contratação direta de serviços de advogado, sob o viés do paradigma jurídico do Estado democrático de Direito.

Trataremos, inicialmente, de como o direito administrativo – ramo que regulamenta essa questão – deve ser compreendido para uma leitura constitucionalmente adequada da contratação de advogado.

¹ Súmula Vinculante nº14 STF - “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo e irrestrito aos elementos de prova que, já documentado em procedimento investigatório, realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Em seguida, cuidará o artigo de analisar a legislação que regulamenta a contratação do advogado, e como ela é interpretada pela doutrina e pelos Tribunais, de modo a conhecer e expor as bases que serviram de fundamento para as decisões judiciais e quais os métodos hermenêuticos utilizados.

Adiante, buscaremos demonstrar os equívocos dessas interpretações, a partir de uma leitura constitucionalizada da contratação de advogado, sobretudo em relação ao postulado da confiança.

O resultado esperado caminha no sentido de se lançar um olhar renovado sobre o instituto da contratação direta de advogado, visando ao fortalecimento da advocacia e da própria democracia.

AS PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: BASES PARA UMA COMPREENSÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

A noção de paradigma jurídico² possibilita ao jurista compreender as premissas utilizadas pelos operadores do Direito quando da sua aplicação. Ela delinea, na concepção de Habermas:

um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente atribuídas a eles. (OLIVEIRA, 2001, p.54)

Aplicado ao direito administrativo, tem-se que não houve uma desvinculação deste a um arquétipo positivista, que insiste em compreender o Direito como um modelo de regras (basicamente infraconstitucionais) a ser decidido por meio de métodos hermenêuticos de subsunção universalista-liberal, marcado essencialmente pelo esforço monológico do juiz em desvelar o “sentido da lei”.

Sob esse paradigma a Constituição passa a ser entendida como meio secundário de aplicação, invocada apenas na resolução de questões lacunosas e omissões legislativas.

Essa concepção, todavia, vem cedendo espaço para uma nova principiologia constitucional que se descortina para os operadores do Direito, resultante dos ventos do neoconstitucionalismo trazidos pela teoria concretista de Hesse, Häberle e Müller; do procedimentalismo, de Habermas e Günther; do direito como integridade de Ronald Dworkin; e do substancialismo de Alexy, que passaram a influenciar todo o universo jurídico.

Decorre, portanto, que o fenômeno da constitucionalização também se estende ao direito administrativo, impondo-lhe uma nova forma de compreender o Direito, como relata Binenbojm:

² Sobre o sentido de paradigma conferir: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni. Direito Constitucional. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.

O que se quer evidenciar é que, com a elevação do significado da Constituição e com o consenso, quase universal, não só de sua superioridade formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico, há uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. (BINENBOJM, 2006, p. 130)

Essa aplicação imediata da Constituição é essencial para a compreensão de que a legislação ordinária perdeu sua força, em face da observância de uma lógica pautada no constitucionalismo e, essencialmente, nos direitos fundamentais.

Aplicada ao tema versado neste artigo, tem-se que a questão dos critérios para contratação de advogado pela administração pública – que é o objeto deste estudo – tem cunho constitucional e como tal deve ser tratada.

Por todo o exposto, forçoso registrar que a tese defendida aqui está balizada na primazia dos direitos fundamentais, na idéia de supremacia da Constituição e dos seus respectivos princípios. Por esse raciocínio, salvo melhor juízo, restará demonstrado que a deturpação aplicativa do direito às questões de contratação direta da Administração implica em ofensa incontornável ao texto constitucional e aos seus princípios.

CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO: DA CONSTITUIÇÃO À LEI 8.666/93

A par de toda evolução doutrinária, no sentido de identificar a necessidade da constitucionalização do direito administrativo, muitos ainda têm procedido a uma leitura bastante precária da legislação, notadamente em relação à contratação de advogados na Administração Pública.

O marco inicial dessa jornada parte do inciso XXI, art. 37 da Constituição da República de 1988, que estabeleceu como regra geral a licitação como meio de contratação de serviços relativos ao funcionamento da Administração Pública, senão vejamos:

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. (inciso XXI, art. 37, CR/88)

Para a Constituição (1988), portanto, a licitação está excepcionada por uma cláusula de reserva legal simples, contida no próprio caput do aludido dispositivo.

Como é de notório conhecimento, tal reserva refere-se à Lei 8.666/93, que definiu algumas hipóteses em que a Administração Pública estará desonerada de realizar o processo licitatório, sobretudo em relação à contratação de advogado.

Trata-se, pois, do art.25, inciso II, §1º c/c art.13, incisos II, III e V, da Lei 8.666/93, que dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
§ 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.
Art. 13. Para fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
II – pareceres, perícias e avaliações em geral;
III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
(Grifo nosso)

A Lei, nesse sentido, determinou a convergência de alguns requisitos para a contratação direta de advogado, quais sejam: (i) a presença da notória especialização dos seus prestadores; e que este seja singular (ii). Esse é o ponto de partida sobre a celeuma instaurada sobre o tema, que permitirá uma reflexão mais adequada sobre a questão (iii).

(i) *A priori*, é importante trazer à colação, em linhas breves, qual é o alcance e o sentido do termo “notória especialização”, providência que não demanda muito esforço em face da exaustão conceitual da Lei de Licitações.

Dispõe o artigo 25, §1º, da Lei 8.666/93:

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.

Tem-se, com base no conceito, que o sentido de notória especialização reúne aspectos ligados ao histórico profissional do executor do serviço, tanto do ponto de vista operacional (aparelhamento), prático-profissional (equipe técnica) quanto acadêmico (publicações e estudos). Para Hely Lopes a Lei acolheu as teses correntes na doutrina, no sentido de que a notória especialização traz, em seu bojo, uma singularidade subjetiva e de que “o caso da notória especialização diz respeito a trabalho marcado por características individualizadoras” (2004, p. 323).

Essa definição, amplamente acolhida pela doutrina, sugere que o sentido de notória especialização deve ser compreendido como uma característica peculiar no caso de contratação de serviços técnicos profissionais específicos, sempre dependentes do exame fático-probatório.

(ii) A definição e a delimitação do que pode ser caracterizado como serviço de “natureza singular”, diferente do conceito examinado anteriormente, merece exame mais detido, considerando que a Lei não tratou de maneira tão minuciosa dessa hipótese.

Para Marçal Justen Filho, a singularidade resulta de dois elementos, a saber, a “excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita” e a “ausência de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão” (JUSTEN FILHO, 2008, p.351). O referido autor assevera ainda que a singularidade “deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 350), para concluir em seguida, que dita singularidade refere-se tão-somente à natureza do serviço, e não à quantidade de pessoas que têm condições de prestá-lo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a singularidade apresenta-se 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. (MELLO, 2006, p. 529)

Segundo ele, para o reconhecimento do critério de singularidade não basta apenas a comprovação técnica do executor, senão a configuração inconstestável do atendimento ao interesse público.³

Edgar Hermelino, na mesma linha, aponta que a “singularidade do objeto licitado consiste na subjetividade de valoração da melhor forma de atender o Interesse Público” (2007, p. 245). Dessa forma, com base na dogmática, pode-se concluir que a singularidade respalda-se essencialmente na satisfação do interesse público a ser atingido, e não quando o serviço que se pretende contratar for eminentemente trivial.

(iii) Sem embargo da relevância do papel dessas conceituações para a teoria do Direito, é possível ponderar que esses esforços, do ponto de vista prático, esvaziam o caráter dialógico da argumentação jurídica no âmbito constitucional, lançando a Constituição num vazio normativo. Note-se que os critérios de contratação de serviços sem a realização de licitação são observados apenas à luz da legislação infraconstitucional, em contraste com a própria *vontade de Constituição*.⁴ Isso justifica o incansável contorcionismo metodológico dos operadores do Direito para alcançar o espírito da lei ao tratar da notória especialização ou da singularidade.

³ Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que se faz necessário o desempenho de uma qualificação acima do normal, ou seja, daquilo que é usualmente realizado pelos demais prestadores do mesmo serviço. (MELLO, 2006 p. 530)

⁴ Expressão do autor alemão Konrad Hesse para definir a importância da Constituição e da sua respectiva força normativa.

E não por outra razão, tem-se que o direito administrativo, na concepção do paradigma do Estado Democrático de Direito, ainda está inserido numa visão positivista que permanece arraigada à compreensão do Direito como um modelo de regras infraconstitucionais, baseado nos métodos hermenêuticos de subsunção, cujas características assentam-se na busca do “sentido da lei” pelo juiz.

A conseqüência lógica desse processo é a transformação da Constituição num meio subsidiário de aplicação, a ser evocada apenas em casos de lacunas e inércia do legislador, como já observado anteriormente.

Assim, tem-se que os critérios utilizados para contratação de advogado pela Administração Pública sem realização de licitação precisam observar os princípios constitucionais, aplicando notadamente o princípio da confiança, cuja relevância para a contratação na Administração Pública é imprescindível, dado o aspecto intransponível da subjetividade que acompanha os serviços advocatícios.

Relevante examinar, pois, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, a fim de identificar como os tribunais decidem as questões relativas à contratação direta, ressaltando, desde logo, tratar-se essa abordagem de uma opção metodológica, já justificada na parte preambular deste trabalho.

CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS E OS PRINCÍPIOS

A contratação de advogados para a prestação de serviços jurídicos à Administração Pública tem sido justificada exclusivamente na aplicação da legislação infraconstitucional, pelo menos no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, com exceção do Supremo Tribunal Federal. Certifica-se, nesse cenário, uma flagrante inobservância das disposições constitucionais. Nele, os princípios são ignorados e nada de estranho parece haver nessa prática

Curiosamente, ainda não foi absorvida pela jurisprudência⁵ e também por parte da doutrina, a idéia de que o direito administrativo, ao menos sob uma perspectiva do modelo democrático, tem como base os direitos fundamentais e sua aplicação implica na aplicação imediata dos princípios constitucionais, sobretudo para a contratação do advogado.

Os princípios apresentam-se como importantes instrumentos de concretização da Constituição, destacando-se, ainda, como fundamento de validade da ordem constitucional.

⁵ Mantém-se o entendimento pela irregularidade da contratação direta de serviços advocatícios, se não demonstrada a singularidade do objeto ou outra circunstância justificadora da inexigibilidade de licitação. TCU. Acórdão 190/2006 – Plenário - Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça.

Kildare (2006) aduz que os princípios expressam valores fundamentais adotados pela sociedade política, harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional. Ainda segundo o autor, os princípios têm função fundamentadora (por ocuparem a mais elevada posição hierárquica no sistema de fontes do direito, e serem o fundamento de toda a ordem jurídica). Eles ainda orientam a ação dos poderes do Estado, demarcando seus limites e sua atuação, sendo que sua função hermenêutica permite aos juízes extrair a essência de uma determinada disposição legal, servindo também de limite protetivo contra a arbitrariedade (KILDARE, 2006).⁶

Vale lembrar que nesse exercício não compete ao Juiz hierarquizar princípios, eis que inexistente sobreposição de um sobre o outro. Da mesma forma, não existem princípios absolutos como se estivessem numa situação de extrema supremacia, sem que possam deixar de ser aplicados.

Para Ronald Dworkin (2004), os princípios exigem uma atitude reflexiva do intérprete de modo a respeitar-lhe sua dimensão de peso. Assim, não existem princípios contraditórios e sim princípios que concorrem entre si. E a solução de tal concorrência não deve seguir a proposta de discricionariedade inerente ao positivismo, mas uma reflexão que traduza os aspectos mais relevantes e profundos da moralidade política.

Os princípios devem ser entendidos como postulados, ou seja, condições de possibilidade para o conhecimento destranscendentalizado do sistema jurídico (CRUZ, 2008). Isso implica em dizer que não estão sujeitos a valorizações concretas e aplicações pré-determinadas de conteúdo.

Em outras palavras, não é lícito às partes nem ao julgador ignorar a abertura lingüística dos princípios, resumindo suas argumentações ao sentido da legislação infraconstitucional, nem tampouco partir de suposições em favor de alguns princípios, como se este fosse um mandamento absoluto.⁷

Por isso é imprescindível se levar em conta todo o ordenamento jurídico, especialmente o princípio da confiança, que pode ser entendido como a credibilidade depositada no executor do serviço, de modo que se possa esperar dele a prestação de um serviço de qualidade, devido às suas características subjetivas e objetivas, que o coloca em posição de destaque em relação aos mesmos profissionais atuantes no segmento demandado pela Administração Pública.

A confiança, em síntese, é adquirida mediante a constatação do renome, experiência, conhecimentos específicos e outros atributos apresentados pelo contratado. O seu alcance, entretanto, só pode ser definido à medida que houver casos concretos que forneçam ao intérprete as

⁶ Há uma profunda objeção à equiparação de princípios a valores feitas por Kildare.

⁷ É o caso da objeção da contratação do advogado na Administração Pública baseada na prevalência absoluta do princípio do concurso público ou da igualdade.

circunstâncias relevantes para sua aplicação. Não passaria de uma pretensão fadada ao fracasso defini-lo excessivamente.

Seja como for, revela-se de fundamental importância demonstrar como os tribunais se debruçam sobre a contratação de serviços técnicos especializados.

CONTRATAÇÃO DIRETA NA JURISPRUDÊNCIA

É importante registrar que as Cortes de Contas reproduzem a metodologia inaugurada nos nossos tribunais, no sentido de que o “verdadeiro” sentido da contratação direta está no desvelamento do significado escondido das expressões serviço singular e notória especialização. Restam aos princípios um papel secundário, como se verá. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, questionado sobre a contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade, assim se pronunciou:

Portanto, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias e com o entendimento expresso no já citado incidente de Uniformização de Jurisprudência desta Corte, *deve ser comprovado no caso concreto, por um lado, a caracterização da singularidade do objeto a ser contratado e, por outro lado, que a notória especialização do executor seja elemento essencial para a adequada realização deste objeto.*

Deste modo, o elemento confiança deve ser considerado de forma complementar, tendo em vista os demais requisitos estabelecidos pela Lei.

Atendidos esses requisitos, poderá ocorrer a contratação mediante a formalização do processo de inexigibilidade de licitação.

Nos casos em que os serviços são considerados atividades corriqueiras, habituais da Administração Pública, a contratação deve ocorrer mediante a realização de procedimento licitatório, como determinam os artigos 2º e 3º da Lei de Licitações.

Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento 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.

Essa decisão, utilizada de maneira emblemática em um universo de tantas outras, é a expressão maior de que a Constituição está em segundo plano, quando a matéria diz respeito à contratação direta de advogados.

Contrasta-se a essa decisão, a consulta respondida pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que a contratação direta é fenômeno complexo que não pode ser reduzido a uma peleja intelectual sobre o alcance da palavra especialização ou singular. Deve se considerar, como

consignou a Corte, que o julgamento de tal questão envolve a aplicação de outros princípios constitucionais (que não só o do concurso público) para seja definida a constitucionalidade da contratação.

Vê-se, portanto, que o fundamento do artigo 3º da lei revogada continua válido, pois encontra amparo no artigo 149, "caput", da CF/88, cabendo a observância pelo ente paraestatal no momento da realização das despesas. No respeitante à contratação, em si, impende salientar que este Tribunal tem considerado admissível a contratação de serviços de advocacia, apesar da entidade ou órgão público contar com quadro próprio de advogados, ressaltando 'que as condições, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas para concluir-se pela legalidade ou ilegalidade da contratação e que o exame da conveniência e da oportunidade de efetuar a contratação compete ao administrador, que deve ater-se aos termos da lei e aos princípios norteadores da Administração Pública.' (Parecer AGU/MF - 01/95, D.O.U. de 11/07/95, Seção I, conforme Decisão TCU n 494/94 - Plenário - Ata 36/94). *Na matéria em comento, há que se admitir as razões do consulente quando apresenta a contratação de terceiros como 'solução prática e menos onerosa', dada a situação, a qual se pode classificar de excepcional e, tendo em vista a transitoriedade dos serviços que se quer implementar. Seria mesmo atentar contra os princípios administrativos de economicidade e racionalidade investir recursos materiais e humanos em trabalhos não contínuos, alheios à atividade-fim do Conselho fiscalizador.* TCU. Decisão 444/96 - Plenário - Ata 29/96. Processo nº TC 012.930/95-4.

Por derradeiro, vale notar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado por inúmeras vezes o entendimento de que o reconhecimento da legalidade da contratação direta é um exercício que passa necessariamente pela aplicação dos princípios, sobretudo pelo princípio da confiança, senão vejamos:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. *"Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo.* Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente.

Nesse diapasão, os precedentes do Supremo Tribunal Federal destacam a importância do princípio da confiança-legítima como fator de relevo na contratação, dentre os quais: Recurso Extraordinário 466.705-3/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 14.03.2006 e Habeas Corpus 86.198-9/PR, Relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado em 17.04.2007.

Vale destacar, também, a recomendação da Corte no sentido de ser inviável a licitação para promover disputa objetiva entre serviços de natureza jurídica, sob pena de ofensa direta ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Tais oportunidades vivenciadas na já citada Ação Penal 348-5/SC (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 15/12/2006) e no *Habeas Corpus* 86.198-9/PR (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 17/04/2007), ressaltaram, em diferentes circunstâncias, a inexistência do dever de licitar quando presentes os requisitos da notória especialização, da confiança entre a Administração e o prestador, e da relevância do trabalho contratado.

De posse dessas informações, é possível extrair algumas conclusões.

CONCLUSÃO

Diante de todo o movimento pelo resgate da força normativa da Constituição e de seus princípios correlatos, tornou-se incompatível a definição da contratação do advogado pela Administração Pública, apenas com base na legislação infraconstitucional. Trata-se, pois, de questionar a validade da aplicação dos significados confiados às expressões notória especialização ou singularidade do serviço, como se a argumentação jurídica se resumisse a esse exercício. Essa prática, além de promover um distanciamento com a dialogicidade, é a negação da aplicação da própria Constituição, o que por óbvio não pode subsistir.

Resulta daí, a necessidade da inserção dos princípios constitucionais no epicentro da argumentação. Isso significa considerar, com a mesma medida, a importância de todos os dispositivos constitucionais, sem atribuir aprioristicamente preferência a quaisquer deles.

Nesse exercício, chamado de senso de adequação, têm os intérpretes o dever de considerarem, além de todas as circunstâncias relevantes, todos os princípios do ordenamento, sobretudo o princípio da confiança, visto se tratar a advocacia de profissão que depende de tal premissa.

Por tal razão, a declaração de inexigibilidade de licitação tem que ser feita sob a análise principiológica, não sendo apegada somente à literalidade legal, precisamente à legislação infraconstitucional, que em hipótese alguma pode ser colocada numa posição de superioridade à Constituição.

BIBLIOGRAFIA:

- ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (coords.). Licitações e contratos administrativos. Curitiba: Juruá, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Hermenêutica Jurídica em Debate. São Paulo. Ed. Fórum. 2007.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Belo Horizonte. Del Rey. 2006.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo. Martins Fontes. 2004.
- LEITE JUNIOR, Edgar Hermelino. Licitações e contratos administrativos. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antônio (coords.). Licitações e contratos administrativos. Curitiba: Juruá, 2007, p. 245.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros Editores. 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito Constitucional. Belo Horizonte. Mandamentos. 2002.

i Mestre em Direito pela PUC/MG, professor de Direito Constitucional no Curso de Direito do UNI-BH, advogado associado do escritório Paolinelli de Castro Advogados.

ii Mestrando em Direito Público pela PUC/MG, graduado em Direito pela PUC/MG, membro do NUJUP/PUC/MG e advogado associado do escritório Paolinelli de Castro Advogados.