— A contratação de serviços particulares de advocacia por órgãos da Administração Pública não está vedada.

— É inexigível licitação se o serviço for de natureza singular.

— Se assim não for, deverá proceder-se, em nome do princípio da igualdade, à pré-qualificação e adjudicação igualitária entre os pré-selecionados.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

Parecer n. GQ-77

Parecer nº GQ — 77, de 30 de junho de 1995. "De acordo. em 05/07/95". (Processo nº 00001.000723/92-54, encaminhado ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria Geral da Presidência da República.

Processo Nº 00001.000723/92-54

Origem: Advocacia-Geral da União

Assunto: Contratação de serviços de advocacia trabalhista por parte de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou do Banco Central do Brasil.

PARECER Nº GQ — 77

ADOTO, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/MF-01/95, da lavra de eminente Consultoria da União, Doutora MIRTÔ FRAGA.

Brasília, 30 de junho de 1995.

Geraldo Magela Da Cruz Quintão — Advogado-Geral da União

Parecer nº AGU/MF-01/95. (Anexo ao Parecer nº GQ-77)

Processo nº 00001.000723/92-54

Assunto: Contratação de serviços de advocacia trabalhista por parte de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou do Banco Central do Brasil.

Ementa: E.M. Interministerial nº 11, de 20/1/92, foi revogada pela E.M./CGR nº 2, de 25/10/92, que propôs medidas de caráter provisório e finalidade restrita.

A contratação de serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração — ainda que contém eles com quadro próprio de advogados — não está vedada e deve observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, as disposições da Lei nº 8.666, de 21/6/93 e as orientações do T.C.U.

A enumeração dos casos de inexigibilidade de licitação, por ser inviável a competição, feita pelo art. 25, é exemplificativa e não taxativa.

Se o serviço é de *natureza singular* e o profissional a ser contratado, de *especialização tão notória* que o seu trabalho se revele, indiscutivelmente, sem sombra de dúvida, como o mais adequado à satisfação dos interesses em causa, a contratação pode ser feita nos termos dos arts. 25, II e § 1º, c/c 13, V e § 3º, observando-se, ainda, os arts. 25, § 2º, 26, 54 e 55.

Se, todavia, em situações excepcionais, o serviço não for de natureza singular e puder ser realizado por vários profissionais especializados, em nome do *princípio da igualdade*, deve-se proceder à *pre-qualificação* (art. 114), com adjudicação *igualitária* dos contratos aos advogados pré-selecionados. Observância, também, nos arts. 25, § 2º, 26, 54 e 55.

O exame da oportunidade e conveniência da contratação cabe ao administrador que se deve orientar na defesa do interesse público, que lhe compete resguardar.

I — RELATÓRIO

Cuidam estes autos das normas a serem observadas na contratação de serviços de advocacia trabalhista por parte de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou do Banco Central do Brasil. Foram-me redistribuídos aos oito dias do mês em curso, em virtude do afastamento, por razões de saúde, do Dr. Obi Damasceno Ferreira, ilustre ex-Consultor da União. Em sua homenagem e por concordar com o que já havia escrito, transcrevo parte do trabalho que iniciara.

2. Dizia o Dr. Obi Damasceno:

"Pela Exposição de Motivos Interministerial nº 011, de 20 de janeiro de 1992, os então Ministros da Economia, Fazenda e Planejamento e da Infra-Estrutura e o Secretário da Administração Federal submeteram à consideração do Chefe do Poder Executivo da União o seguinte:

"*Excelentíssimo Senhor Presidente da República,*

Submetemos à consideração de Vossa Excelência proposta para tornar obrigatória a contratação, por parte do Banco Central do Brasil — BACEN, das empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, de empresas prestadoras de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica especializadas na área trabalhista, para fins de defesa, até a última instância, de interesses em juízo, quando reclamados em ações individuais, plúrimas ou coletivas na Justiça do Trabalho sempre que houver possibilidade de conflito de interesse da parte dos quadros jurídicos próprios.

2. A contratação das pessoas jurídicas prestadoras dos referidos serviços deverá ser sempre precedida de licitação.

3. Nesse sentido, sem prejuízo do cumprimento das diretrizes gerais e setoriais do programa de Gestão das Empresas Estatais — PGE, instituído pelo Decreto de 1º *de fevereiro de 1991, caso haja o assentimento de Vossa Excelência, os dirigentes das empresas estatais farão convocar, no prazo de quinze dias, reunião do órgão competente para deliberar sobre a matéria, e os representantes da União votarão de modo a assegurar o cumprimento do disposto na presente Exposição de Motivos, para viabilizar a implementação célere da medida ora proposta."*

2. À vista da aprovação presidencial, e em face, precipuamente, da exigência de licitação constante do item 2 do ato, entidades e órgãos da Administração Federal apresentaram ponderações quanto ao procedimento.

3. Assim, o Banco Central do Brasil, levando em conta a posição da PETROBRÁS, da Cia. Vale do Rio Doce e do Ministério Público Federal, como se vê das respectivas pronunciações constantes de fls. 03 a 36 do Processo 00610.001019/92-31, submeteu o assunto à então Secretaria da Administração Federal — SAF e requereu orientação com vistas ao cumprimento da aludida E. M., ainda mais considerando a questão já citada da exigência de licitação.

4. A douta Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho, apreciando a matéria, no bem lançado Parecer CJ/MTA/nº 201/92, constante de fls. 41 a 52 do mencionado Processo, basicamente conclui não possuir a Exposição de Motivos caráter de obrigatoriedade no âmbito da Administração, visto não ter ela natureza normativa, entendendo não estar sujeita a contratação em causa a qualquer licitação, uma vez que se configura, na espécie, caso de inexigibilidade de licitação, dada a contratação recair sobre advogados especializados.

5. Daí o encaminhamento do assunto à apreciação desta Advocacia-Geral, para orientação normativa final a respeito."

II — O CARÁTER NORMATIVO DE REGRAS DE CONDUTA APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, QUALQUER QUE SEJA O INSTRUMENTO EM QUE ESTEJAM CONTIDAS

3. E continuava o ilustre ex-Consultor da União:

"6. Observe-se, *in primis*, com a devida vênia, não ser procedente a assertiva segundo a qual não tem a Exposição de Motivos nº 011/92 qualquer força obrigatória no âmbito da Administração Federal, por lhe falecer caráter normativo.

7. Outros aspectos sugerem se traga ao deslinde da relevante questão colocação diversa, em que pese às ponderações do ilustre preopinante.

8. Efetivamente, com a aprovação presidencial, tal como sucede com os pareceres da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73, de 10.2.93, a Exposição de Motivos Interministerial nº 011, de 20.1.92, passou a refletir caráter normativo. O despacho aprobatório do Exmº Senhor Presidente da República, sem sombra de dúvida, conferiu ao ato força normativa, de observância obrigatória por parte da Administração Federal."

4. E depois de trazer à colação voto do Ministro Sydney Sanches (ADIN nº 4-7/DF, acórdão de 31/3/91, publicado no DJ de 25/6/93) sobre o caráter normativo dos pareceres do então Consultor-Geral da República, prosseguia:

"10. *Mutatis mutandis*, a situação é a mesma. Não se pode negar o caráter normativo do ato presidencial ao aprovar a aludida E.M., tornando-a obrigatória para todos os órgãos e entidades da Administração Federal. Tal E.M. é norma projetada de conduta. E o aprovo do Chefe do Poder Executivo da União da efetiva concreção ao princípio da hierarquia, subjacente à organização administrativa.

11. Por outro lado, houve derrogação da mencionada E.M.I. 011/92, e — *tollitur quaestio* — a dificuldade maior não mais subsiste, eis que se inexige atualmente licitação nas contratações em foco, que se resolvem ao alvedrio e responsabilidade dos administradores das estatais, como se vê da E.M. CGR nº 02/92, de 25.10.92, *his verbis*:

"*Valendo-se da E.M. Interministerial nº 011, de 20 de janeiro de 1992, os então Ministros da Economia, Fazenda e Planejamento e da Infra-Estrutura e o Secretário de Administração Federal submeteram à consideração de Vossa Excelência "proposta para* tornar obrigatória a contratação, *por parte do Banco Central do Brasil — BACEN, das empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, de empresas prestadoras de serviços*

técnicos profissionais de natureza jurídica especializadas na área trabalhista, para fins de defesa, até a última instância, de interesses em juízo, quando reclamam em ações individuais, plúrimas ou coletivas na Justiça do Trabalho sempre que houver possibilidade de conflito de interesse da parte dos quadros jurídicos próprios."

Segundo a E.M., "A contratação das pessoas jurídicas prestadoras dos referidos serviços deverá ser sempre precedida de licitação."

À vista de notícias, que dirigentes de organizações estatais fizeram chegar ao meu conhecimento, a providência sugerida na E.M. antes citada resultou ineficaz, muita vez, posto que o patrocínio judicial foi confiado, em decorrência de licitações decididas pelo critério de menor preço, a profissionais ou escritórios de advocacia de talvez insuficientes preparo e experiência.

Cuido, por essa razão, de proceder a rigoroso e minudenciado levantamento da situação, conforme Aviso-Circular CGR nº *001, de 27 de outubro corrente, encaminhado a todos os Ministros de Estado e Secretário de Governo, para o efeito de viabilizar tratamento eficaz à questão.*

Ocorre porém, que o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos da Administração Federal considera serviços técnico-profissionais expecializados os trabalhos relativos ao patrocínio ou à defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 134, do Decreto-lei nº *2.300 de 1986), para admitir a inexigibilidade do procedimento licitatório quando esses serviços, de natureza singular, sejam confiados a profissionais ou empresas de notória especialização (art. 23, II, c/c parágrafo único do art. 12 do D.I. citado).*

De outro lado, a insuficiência técnica do patrocínio judicial, segundo ainda as notícias que nos chegam, têm conduzido a sucumbências de extraordinário valor, em algumas entidades alcançando o correspondente a bilhão de dólares norte-americanos.

Tão grave e dramática é a situação, que não resultaria inadequado o apelo também à regra de dispensa de licitação (art. 22, IV, do Decreto-lei nº *2.300, de 1986).*

Em face disso, em caráter provisório, proponho a Vossa Excelência que a contratação dos profissionais e escritórios de advocacia na forma e para os fins constantes da E.M. Interministerial nº *011, de 20 de janeiro de 1992, seja feita mediante escolha e sob responsabilidade dos Administradores das entidades ali referidas, que levarão em conta, para tanto, a regularidade da situação junto aos conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, o* curriculum *profissonal do advogado e dos sócios e profissionais da sociedade de advogados, o reconhecimento público da qualidade dos patrocínios por eles já exercidos, a especialização, e outros atributos que recomendariam a contratação do advogado ou da pessoa jurídica, como se fora para a defesa jurídica dos interesses pessoais deles, Administradores.*

É o que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência." (in D.O.U. de 30.10.92, seção I, pág. 15276)

5. Após as duas Exposições de Motivos referidas e, também, depois da decisão na ADIN nº 4-7/DF, veio a lume a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que "institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e de outras providências".

6. O novo diploma legal, como bem salientou o ilustre ex-Consultor da União, manteve o caráter normativo, vinculante para toda a Administração Federal, dos pareceres do Advogado-Geral da União, quando aprovados pelo Presidente da República e publicados com o despacho presidencial (artigos 40 e 41), caráter que a legislação anterior atribuía aos pareceres do Consultor-Geral d República A Advocacia-Geral da União, criada pela Lei Maior (artigo 131), engloba, hoje, a Consultoria-Geral da União (Lei Complementar nº 73, de 1993, artigo 2º, I, "c"), que substituiu a antiga Consultoria-Geral da República. Como bem salientou o ilustrado Dr. Obi Damasceno Ferreira (item 10), é a aprovação do Chefe do Poder Executivo da União que confere o caráter normativo ao parecer, dando "efetiva concreção ao princípio da hierarquia, subjacente à organização administrativa". A aprovação presidencial confere ao parecer força executória, caráter normativo para o ór-

gão interessado. A publicação o torna obrigatório para toda a Administração.

III — PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO NOSSO DIREITO

7. Também após as duas Exposições de Motivos já mencionadas, uma nova lei incorporou-se ao nosso Direito: a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, regulando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

8. Antes de comentar certos dispositivos dessa Lei, é conveniente lembrar alguns dos princípios maiores do Direito brasileiro que devem nortear o intérprete na exegese não só da Constituição, mas de qualquer diploma legal.

9. Nos termos da Carta de 1988, a República Federativa do Brasil é um Estado democrático de direito (artigo 1º) Conceito semelhante se encontra nas Constituições portuguesa de 1976 (artigo 2º, *Estado de Direito Democrático)* e espanhola de 1978 (artigo 1º, *Estado Social e Democrático de Direito).* A Constituição brasileira de 1988, diversamente das Cartas espanhola e portuguesa, qualifica de democrático o estado, o que "*irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica*" (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 108). O princípio democrático deve, pois, estar presente na interpretação de qualquer texto legal. E democracia deve ser entendida não só no sentido de que o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (artigo 1º, parágrafo único), mas, também, no de "*realização de valores*" (idem, p. 102), com todas as implicações decorrentes desses conceitos Conseqüências lógicas do princípio democrático no Estado democrático de direito são, dentre outros, os princípios da constitucionalidade, da legalidade e o da transparência na administração da coisa pública.

10. A atual Constituição, inovando em relação às anteriores, dedicou um capítulo inteiro (Capítulo VII) do Título III, que trata *Da Organização do Estado,* para estabelecer princípios e regras que devem disciplinar a Administração Pública. A Lei Maior cuida não só da Administração como conjunto de órgãos, mas, também, como atividade, isto é, fixa princípios a que está sujeita na sua atuação (cf. Celso Ribeiro Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1992, v. 3, tomo III, p. 2). E esses princípios estão enunciados no artigo 37, *caput* (princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade) e inciso XXI (princípio da licitação).

11. O princípio da legalidade, basilar no nosso Direito, é erigido em direito fundamental (artigo 5º, II) sendo a lei a fonte de nossos direitos e de nossos deveres. No setor administrativo, significa a sujeição da Administração às leis, ao Direito. Se, no campo privado, pode-se fazer tudo o que não seja proibido, no público, o princípio da legalidade tem sentido diverso: só se pode fazer o que estiver previsto em lei. A Administração é "*criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim, sendo cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei cuja vontade deve sempre prevalecer*" (Celso Bastos, ob. cit., p. 36). A esfera de liberdade, a margem de atuação discricionária do adiministrador há, *sempre*, de decorrer da própria lei. E é prevista para a plena realização do interesse público que exige flexibilidade de atuação (cf. Maria S. Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo. Atlas, 1991, p. 41). Citando Adolfo Merkl (*Teoria Geral del Derecho Administrativo,* México, Nacional, 1980, p. 223 e 212-213). Zanella diz:

"*Merkl, que foi no direito administrativo, um dos primeiros a seguir os passos de Kelsen, afirma que 'o sentido jurídico do princípio da legalidade consiste em que cada uma das ações administrativas se acha condicionada por uma lei formal, da qual deve resultar a licitude ou a necessidade jurídicas da*

ação administrativa em questão. Em outro ponto, falando do princípio da juridicidade da administração, diz que 'toda ação administrativa concreta, se quer ter-se a certeza de que realmente se trata de uma ação administrativa, deverá ser examinada sob o ponto de vista de sua relação com o ordenamento jurídico. Só na medida em que possa ser referida a um preceito jurídico ou, partindo do preceito jurídico, possa derivar dele, manifesta-se essa ação como função jurídica, como aplicação do direito e, devido à circunstância de que esse preceito jurídico tem que ser aplicado por órgão administrativo, mostra-se como ação administrativa. Se uma ação que se pretende apresentar como ação administrativa não pode ser legitimida por um preceito jurídico que prevê semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado.'

Substitui-se a anterior doutrina da vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei. (ob. cit., p. 27) (Grifei.)

12. O princípio da impessoalidade, visto do ângulo do administrado, significa que a atividade administrativa não deve distinguir pessoas, mas tratar a todos igualmente; do ângulo do administrador, quer dizer que os atos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão em nome do qual aquele age.

13. O princípio da moralidade, como bem salienta Maria S. Zanella de Pietro, diz respeito aos meios de ação escolhidos pela Administração. Diz ela que a moralidade do ato é identificável no seu conteúdo e no seu objeto e "*exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos*" e está intimamente ligada ao princípio da razoabilidade (ob. cit., p. 110-111).

14. O princípio da publicidade, pelo qual a Administração deve dar a todos, com a publicação, ciência de seus atos, de suas decisões, permite a todos o exercício democrático do controle e da fiscalização dos atos da gestão da *res publica*, atos que devem visar ao interesse coletivo. No Estado democrático de direito, a democratização do Direito Administrativo é mais evidente "*na medida em que a participação popular se torna elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública*" (Zanella di Pietro, ob. cit., p. 37). A publicidade dos atos torna isto possível.

15. O princípio da licitação, antes apenas legal, foi alçado à categoria constitucional e está contido no inciso XXI do artigo 37 da Lei Maior, *verbis*:

"*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 permtirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*". (Grifei.)

16. A regra geral, inclusive para contratação de serviços, é a licitação pública, "*procedimento geral e impessoal empregado pela Administração para selecionar entre várias propostas apresentadas por particulares que pretendem contratar com o Estado obras, serviços, compras ou alienações, a que mais atende ao interesse público*" (José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, Forense Universária, 1991, v. 4, p. 2247). O princípio da licitação, decorrente dos princípios da moralidade, da igualdade e da legalidade, e aliado ao princípio da publicidade, visa, em última análise, a atender ao princípio democratico, também, dentre outras finalidades, para permitir a todos o controle da atividade administrativa.

IV — AS NORMAS LEGAIS RELATIVAS À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

17. A Lei nº 8.666, de 1993, diploma legal que, hoje, regula a licitação pública, estabelece, como permitido pela Constituição, as hipóteses em que ela é dispensada, dispensá-

vel e inexigível. Na redação proveniente da republicação determinada pelo artigo 3º da Lei 8.883, de 8 de junho de 1994, e na parte que interessa à questão posta nestes autos, ela dispõe:

"*Art. 2º — As obras, serviços, inclusive de cessões, permissões, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.*

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vinculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada."

"Art. 6º *Para os fins desta Lei, considera-se:*

.....

"II — Serviço — toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais;"

....."

"Art. 1'3. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

.....

V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

.....

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

"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.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente *pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."*

"Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incs. III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidade referida no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados *dentro de três dias* à autoridade superior, *para* ratificação *e* publicação na imprensa oficial, *no prazo de cinco dias,* como condição para eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade *ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*

I — caracterização da situação emergencial *ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*

II — razão da escolha *do fornecedor ou* executante;

III — justificativa do preço."

"Art. 54. *Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes *de dispensa ou* de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta."

"Art. 55. *São cláusulas necessárias* em todo contrato *as que estabeleçam:*

I — o objeto e seus elementos característicos;

II — o regime da execução ou a forma de fornecimento;

III — o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV — os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V — o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI — as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII — os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII — os casos de rescisão;

IX — o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X — as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI — a vinculação *ao edital de licitação ou* termo que a *dispensou ou* a inexigiu, *ao convite e à proposta do licitante vencedor;*

XII — a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII — a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964."

"Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feito mediante proposta da autoridade competente, aprovada pelo imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação."

"Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial." (Destaquei em negrito.)

8. Repetindo o preceito constitucional, o artigo 2º da Lei estabelece a regra geral da necessidade da licitação, inclusive para os serviços cuja conceituação se contém no inciso II do artigo 6º, englobando os trabalhos técnicos profissionais.

19. E, devidamente autorizado pela Constituição, o legislador ordinário previu hipóteses em que a licitação é dispensada (alíneas dos incisos I e II e § 2º do artigo 17), dispensável (artigo 24) e inexigível (artigo 25). É dispensada quando, pela sua própria natureza, o negócio tem destinatário certo ou quando é inviável a competição que se busca com a licitação como, por exemplo, a permuta de um imóvel por outro. Mas, a distinção essencial que se deve fazer é entre dispensa e inexigibilidade de licitação. "*No primeiro, há, em tese, possibilidade de competição, que, contudo, a lei não torna obrigatória, mas facultativa, à discrição do Poder Público. Já na inexigibilidade não há essa possibilidade. Não é a lei que a torna inexigível; é a própria natureza do objeto que impõe tal solução, também reservada para os casos em que uma única pessoa possa atender às necessidades da Administração*" (Celso R. Bastos, ob. cit., p. 152).

20. Nos termos do inciso II do artigo 25, a licitação é *inexigível* para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, desde que sejam de *natureza singular* e com profissionais ou empresas de *notória especialização*. O inciso V do artigo 13 inclui entre os serviços técnicos profissionais especializados o *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas*.

21. O que é considerado serviço, a Lei o diz no inciso II do artigo 6º. São do mestre Hely Lopes Meirelles (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 34-35) as lições que resumimos.

a) serviços técnicos profissionais são aqueles que exigem habilitação legal para serem executados, habilitação que pode variar em cada caso. O que os caracteriza é *a privatividade* de sua execução por profissional legalmente habilitado.

b) serviços técnicos profissionais generalizados são aqueles que não demandam maiores conhecimentos teóricos ou práticos além daqueles ministrados nos cursos de formação desses profissionais, porque propiciam grande competição, exigem licitação, quando deles a Administração necessita;

c) *serviços técnicos profissionais especializados* são aqueles que, além das habilitações técnica e profissional normalmente encontradas em profissionais do ramo, exigem conhecimento especializado de "*quem se aprofundou nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica*", em "*cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento*"; são serviços que requerem "*conhecimentos pouco difundidos entre os demais técnicos da mesma profissão*", um alto grau de especialização.

22. E exige mais a Lei: a especialização deve ser *notória*, ou seja, deve haver o reconhecimento público da alta capacidade do profissional, do seu valor indiscutível. A própria Lei fornece os elementos objetivos por meio dos quais se pode aferir a notoriedade da especialização do profissional: "*desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou (...) outros requisitos relacionados com suas atividades*" que permitam "*inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*" (§ 1º do artigo 25).

23. Na hipótese de contratação de empresa, se esta apresentar "*relação de integrantes de seu corpo técnico (...) como elemento de justificação (...) da inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem* pessoal e diretamente *os serviços objeto do contrato*" (§ 3º do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 1993).

24. Nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, o serviço técnico profissional especializado de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, V), para o qual é inexigível a licitação, deve ser um serviço de *natureza singular*, isto é, extraordinária, rara, incomum, especial. Quis o legislador reforçar a idéia: o serviço técnico profissional especializado, que exige conhecimento profundos, pouco difundidos entre os demais técnicos do ramo (ver item 21 c, supra), deve ser extraordinário, raro, incomum, de natureza tão singular que só possa ser feito por uma única pessoa, como diz Celso Bastos (item 19, deste Parecer). É a singularidade do objeto do serviço que justifica, por inviável, a inexigibilidade da licitação: é ela de tal monta que im-

pede qualquer competição entre os profissionais.

25. A Lei exige que: a) as situações de inexigibilidade de licitação, necessariamente *justificadas*, sejam, *como condição de eficácia dos atos*, comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias (artigo 26); *b)* o processo de inexigibilidade seja instruído com a razão da escolha do executor do serviço e justificativa do preço (incisos II e III do parágrafo único do artigo 26). E, "*se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o (...) prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis*" (§ 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666, de 1993). O contrato deve observar as normas dos artigos 54 a 55. Tudo isso para atender aos princípios superiores da administração pública, referidos anteriormente.

26. Em resumo, pois, a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, como o patrocínio de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, V), só pode, em princípio (ver item 27, seguinte), realizar-se diretamente, sem licitação (artigo 25, II, e § 1º), "*quando o profissional for de notória especialização e o objeto do contrato revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda a qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo*" (Betty E. M. Dantas Pereira, *Advogado-Serviços Técnicos Profissionais Especializados — Contratação — Aplicação do Decreto-lei nº 2.300/86*, in *Boletim de Licitações e Contratos*, dez/92, p. 474).

27. O artigo 25 da Lei nº 8.666, de 1993, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, não o fez de forma exaustiva, mas exemplificativa. "*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...*". Isso permite ao administrador discricionariedade para agir, visando única e exclusivamente ao interesse público que deve, sempre, estar em primeiro lugar. Pode ocorrer, por exemplo, que a premência do tempo, aliada ao excessivo número de causas, inviabilize a competição. Nessas circunstâncias, a pré-qualificação se impõe (artigo 114), para resguardo dos princípios da isonomia e da moralidade, dentre outros. É oportuno lembrar que discricionariedade

"*é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução univoca para a situação vertente.*" (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 48)

28. A regra geral, deve-se frisar, é a exigência da licitação e, nos casos de inexigibilidade, a observância das normas já enunciadas.

V — A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

29. Em 28 de julho de 1994, o Tribunal de Contas da União, na *Decisão nº 494/94* (D.O.U., 15/8/94, Seção I, p. 12.310-12.312), proferida no Processo T.C. 019.893/93-0, teve oportunidade de examinar denúncia de "*contratação de advogado particular, com honorários elevados e sem licitação, pelo RFFSA*" — Rede Ferroviária Federal S.A., "*empresa estatal que possui quadro próprio de advogados*".

29.1 Alegava-se na denúncia que: *a*) apesar de dispor de quadro próprio de advogados, a RFFSA, conforme publicação no D.O.U. de 7 de dezembro de 1993, havia contratado advogado particular para defender seus intresses na Justiça; *b*) o contrato previa honorário elevados — CR$ 68.845.000,00 (sessenta e oito milhões, oitocentos e quarenta e cinco mil cruzeiros reais). O contrato se fez com a Sociedade *Sérgio Bermudes Advogados*.

29.2 As informações prestadas pela RFFSA permitiram constatar que, sem qualquer negligência dos advogados empregados perma-

mentes da RFFSA, a empresa estatal fora condenada pela 8ª Câmara Civel do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a pagar indenização em valor equivalente a cerca de US$ 100 milhões, dos quais US$ 30 milhões já em fase de execução. A contratação de advogado particular, com inexigibilidade de licitação, sugerida pelo Departamento da empresa, visava a tentar evitar, em grau de recurso, o pagamento da indenização decorrente daquela condenação.

29.3 O Tribunal de Contas da União, tendo em vista ter a causa assumido "*proporções e características excepcionais capazes de justificar, em caráter igualmente excepcional, diante do fato consumado, a contratação de um grande escritório particular de advocacia, especializado no tipo de litígio em curso*" (Ministro Carlos Átila, relator), considerou improcedente a denúncia. Determinou, entretanto, fosse sanada falha que, apesar de existente, não comprometia a legalidade da contratação: lavratura de Termo Aditivo ao Contrato de forma a garantir que os serviços fossem prestados, pessoal e diretamente, pelo Professor Sérgio Bermudes.

29.4 Do voto do relator, Ministro Carlos Átila, cumpre destacar o entendimento que, hoje, prevalece no Tribunal de Contas da União:

"*1º) a circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos,* desde que a natureza e as características de singularidade e de complexidade *desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se portanto a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa;*

2º) o exame da oportunidade e da conveniência *de efetuar tal contratação compete ao* administrador, *a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de* cada caso, *se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar, e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro de pessoal da entidade sob sua responsabilidade.*

3º) a contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados *como os mais aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter.*

4º) a contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular, não se justificando portanto firmar contratos da espécie visando à prestação de tais serviços de forma continuada." (Destaques não são do original).

30. Antes da Decisão nº 494/94, referida no item anterior, o Tribunal de Contas da União teve oportunidade de julgar, em 2 de junho de 1994, denúncia contra a contratação pelo Banco do Brasil, sem licitação, de serviços de advocacia de terceiros, para execução de devedores (Processo TC-022.225/92-7, sigiloso). Apurou-se no processo que, em decorrência dos diversos planos econômicos (*Cruzado, Bresser, Verão, Brasil Novo*), adotados pelo Governo, avolumaram-se as ações movidas contra o Banco, ao mesmo tempo em que cresceu o número de devedores inadimplentes em razão da conjuntura econômica adversa. A esses dois fatos somou-se a circunstância de ser restrito o quadro de advogados do Banco, advogados que ainda tinham, sob sua responsabilidade, a tarefa de analisar as numerosas operações de crédito realizadas diariamente pelo Banco.

30.1 A Instituição, nas informações prestadas, afirmou ter optado pela contratação de serviços de terceiros — e não pela realização de concurso para recrutamento de novos profissionais — não só porque é ciclica a natureza das ações movidas (o que tornaria, mais tarde, ociosa grande parte dos que viessem a ser recrutados), mas, também, porque, era mais vantajosa tal contratação para o Banco, uma vez que os honorários seriam pagos somente *ad exitum* e, nesse caso, incumbiriam sempre aos devedores e não ao Banco. Como a licitação constitui procedimento preliminar para efetuar despesa pública, tendo em vista a proposta que melhor atenda aos interesses da Administração, não havendo despesa, não era necessária a licitação.

30.2 O Ministro José Bento Bugarin, relator, em longo, minucioso e exaustivo voto, analisou a questão. Salientou serem, à primeira vista, irrefutáveis os argumentos do Banco. Depois, então, invocando o princípio da isonomia, afastou a alegada desnecessidade de processo licitatório, quando haja ausência de despesa:

"*20. Isto, entretanto, não se verifica. É certo que a licitação busca selecionar a oferta que melhor atenda ao interesse público. Contudo, é, também, uma forma de assegurar o princípio da* igualdade, *insculpido no Texto Constitucional, no campo das relações econômicas do Estado com os particulares, assegurando a todos os indivíduos interessados em contratar com o poder público a chance de competirem em igualdade de condições.*

21. Assim, o certame licitatório deve ter lugar ainda que não haja dispêndios por parte da Administração na execução do objeto do futuro contrato, uma vez que não se pode negar aos cidadãos eventualmente interessados em contratar o direito de oferecerem seus préstimos ao Estado, inclusive porque, no curso da avença, podem estes particulares auferir benefícios dela decorrentes, até mesmo no campo financeiro. E esta é exatamente a situação que exsurge dos contratos firmados pelo Banco, pelos quais os profissionais externos poderão receber honorários algumas vezes de elevado valor, o que certamente também interessaria a outros advogados que foram preteridos na contratação direta. (Destaquei negrito)

30.3 E sobre a inviabilidade de competição para permitir a inexigibilidade de competição, distinguiu:

"*22. Quanto aos motivos apresentados para sustentar a inviabilidade de competição, é procedente, apenas nos contratos em questão, que possuem as peculiaridades acima descritas, o argumento da impossibilidade de realização de licitação do tipo menor preço. O mesmo não valeria se houvesse qualquer outro tipo de pagamento aos advogados que não honorários "ad exitum", hipótese em que seria obrigatório o certame.*

23. Também com respeito ao argumento da impossibilidade de adoção do tipo melhor técnica não há como discordar, já que a forma e as condições gerais de execução dos serviços são dadas pelo Banco. Inviabiliza-se, assim, o certame licitatório para cada contratação específica, pois não há condições objetivas para julgamento das propostas.

24. Verifica-se destarte, a inviabilidade jurídica de competição, que, consoante Toshio Muaki, "... aparece em casos tais que o ordenamento jurídico impede a competição; não se trata, portanto, de objeto singular, impossibilidade material ou inconveniência administrativa. É o direito, ele próprio, que torna inviável a competição. Daí serem inexigíveis licitações nesses casos." (in *"Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos" — 2ª edição — São Paulo, Saraiva, 1990 — p. 43).*

25. Tal restrição não impede, contudo, que o Banco, diante do grande número de causas a serem patrocinadas, *da necessidade de garantir igualdade entre os interessado* em contratar e da *necessidade de assegurar a qualificação técnica dos advogados*, avalie, de forma imparcial, a capacitação dos profissionais externos, habilitando-os previamente para futuras contratações. Para tanto, aquela entidade pode valer-se do instituto da pré-qualificação, previsto no Estatuto das Licitações.

26. Como destaca o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, "o procedimento para a pré-qualificação é assemelhado ao da própria concorrência, iniciando-se com a definição de seu objeto, edital com ampla publicidade e especificação dos requisitos desejados pela Administração, abertura dos envelopes de documentação em ato público e julgamento dos participantes por Comissão, com a subseqüente homologação da decisão por autoridade competente. Na pré-qualificação não se apresentam propostas, mas apenas a documentação comprobatória dos requisitos de capacitação solicitados pela Administração" (in *"Direito Administrativo Braileiro" — 15ª edição — São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990 — p. 283).*

27. A adoção deste tipo de procedimento, apesar de assegurar uma qualificação mínima dos profissionais externos e, conseqüentemente, a expectativa de um desempenho sa-

tisfatório, não garantiria, por si só, a igualdade entre os interessados, já que poderia haver privilégios na distribuição de causas. para que isto fosse evitado,seria necessária a implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos, o que poderia ser feito pelo Banco em respeito à transparência que deve permear todos os atos da administração pública."

30.4 E, depois de transcrever dispositivos do então vigente Decreto-lei nº 2.300, cujo conteúdo não foi alterado pela Lei nº 8.666 e de concluir que os serviços técnicos profissionais, tais como os tratados naquele processo, só podem ser, validamente, ajustados sem prévia licitação, se o forem com profissional de notória especialização e para causa de natureza singular, observou que este não era o caso dos autos: os serviços eram de natureza comum e os profissionais contratados não eram notoriamente especializados, fatos que o Banco admitiria. Lembrou, todavia, o Ministro que o artigo 23 do *Estatuto das Licitações* (semelhante ao artigo 25 da Lei nº 8.666, de 1993), estabelecia ser "*inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial*" nas hipóteses enumeradas em seus incisos. E arrematou:

"*35. Verifica-se, desta forma, que o elenco de situações pevistas nos incisos do referido dispositivo não é exautivo, mas apenas exemplificativo, sendo inexigível a licitação também quando se configurar qualquer outra hipótese em que seja inviável a competição, consoante estabelece o "caput" do artigo. E isto ocorre no caso em questão, onde, conforme acima se demonstrou, não existe a possibilidade de competição em virtude das características peculiares de que se revestiram as contratações.*"

30.5 Em conseqüência, o Tribunal, acolhendo voto do relator, proferiu a *Decisão nº 69/93* — de Plenário, em 2 de junho de 1993 (D.O. de 22 de junho p. 8321-8324), e da qual vale ressaltar.

"*8.1 considerar improcedente a presente denúncia.*

8.2 determinar ao Banco do Brasil que, dada a impossibilidade jurídica de competição para contratação de serviços de advocacia nas condições peculiares descritas nestes autos, faço realizar pré-qualificação dos profissionais aptos a prestar serviços ao Banco das referidas condições, desenvolvendo, ainda, sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os interessados pré-qualificados, de forma a resguardar a transparência da administração e a assegurar o respeito ao princípio da igualdade;

....."

31. O Tribunal de Contas da União não considera ilegal, por si só, a contratação de advogado particular por entidade pública que possua quadro próprio de profisisonais do Direito. Em alguns casos (por exemplo, Processo TC.577.072/87-0, sessão de 27/10/87, Ata nº 80/87), chegou a determinar a rescisão contratual. Em outros, considerou legal a contratação:

a) TC 001.899/92-9, rel. Min. Homero Santos, Decisão nº 181/92, sessão de 15/04/92;

b) TC 028.618/83-1, rel. Min. Bento Bugarin, Decisão s/n, sessão de 09/05/90;

c) TC 019.893/93-0, rel. Min. Carlos Átila, Decisão nº 494/94, Plenário, sessão 28/07/94, DOU 15/08/94, p. 12.310-12.312;

d) TC 022.225/92-7, rel. Min. Bento Bugarin, Decisão 69/93, Plenário, Sessão 02/6/93, DOU 22/6/93 p. 8321-8324, embora, em alguns deles, tenha determinado providências para sanar falhas. A Corte de Conta tem entendido que as condições, as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso concreto 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.

VI — CONCLUSÃO

32. A Exposição de Motivos Interministerial nº 11/92, subscrita pelos então Ministros da Economia, Fazenda e Planejamento e da Infra-Estrutura e pelo Secretário de Administração Federal — aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República —, foi

revogada pela superveniente E.M./CGR nº 2/92.

33. A Exposição de Motivos nº 2/92, *ainda em vigor, foi proposta em caráter provisório e tinha finalidade restrita: "a contratação dos profissionais e escritórios de advocacia na forma e para os fins constantes da E.M. Interministerial nº 11, de 20 de janeiro de 1992"* — ou seja, a obrigatoriedade imposta ao Banco Central do Brasil, às empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, de *contratação de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica especializados na área trabalhista*, para fins de defesa da entidade sempre que "*houver possibilidade de conflito de interesses da parte dos quadros jurídicos próprios*".

34. Tendo em vista outras situações que envolvem contratação de serviços técnicos profissionais especializados na área jurídica e considerando a edição de diploma legal posterior, a questão deve, s.m.j. merecer tratamento mais amplo.

35. Dessa forma, com fundamento na Lei nº 8.666, de 1993, e com base na lição de doutrinadores eminentes e em recentes decisões do Tribunal de Contas da União, concluo:

a) o fato de a entidade dispor de quadro proóprio de advogados não impede que ela contrate, sem licitação, serviços de terceiros, uma vez que a Lei nº 8.666, de 1993, considera inexigível, por inviabilidade de competição, o procedimento licitatório para o ajuste dessa espécie de serviços, desde que de natureza singular e que o profissional contratado seja de especialização tão notória que o seu trabalho se revele, indiscutivelmente como o mais adequado à satisfação dos interesses em causa — artigos 25, II, e § 1º, 13, V (ver itens 19 a 22 e 26, deste Parecer);

b) a situação de inexigibilidade, devidamente justificada, deve ser, no prazo legal, comunicada à autoridade superior para ratificação e publicação, também em prazo determinado, e o processo respectivo deve ser instruído com a razão da escolha e a justificativa do preço — artigo 26 (ver item 25 deste trabalho). Em caso de superfaturamento, o § 2º do artigo 25 prevê a responsabilidade solidária pelos danos causados à Fazenda Pública do prestador de serviço e do agente público responsável pela contratação;

c) a contratação deve ser celebrada para cada caso específico e singular;

d) o contrato deve observar as normas legais, em especial, as dos artigos 54 e 55;

e) a contratação de serviços de natureza singular com profissional de notória especialização não é a única hipótese prevista de inexigibilidade de licitação por ser inviável a competição;

f) a enumeração do artigo 25 é *exemplificativa* (ver itens 27 e 30.4) e permite a contratação na hipótese de qualquer outra situação em que seja inviável a competição; as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso devem ser analisadas. Ao administrador cabe o exame da conveniência e da oportunidade da contratação. Há margem de discricionariedade para agir, devendo ele estar atento aos princípios da administração pública, mas,

g) quando não se tratar de serviço de natureza singular, embora inviável a competição, a execução pode ser feita por mais de um profissional. Em respeito ao princípio da igualdade, o administrador deve proceder à pré-qualificação (artigo 114) dos interessados e, conforme determina o Tribunal de Contas da União, à "*implantação de uma sistemática objetiva para a adjudicação dos contratos aos advogados externos*", como recomendou o Ministro Bento Bugarin (ver itens 30.2 a 30.5 deste Parecer).

36. São as observações e conclusões que submeto à consideração superior.

Brasília, 26 de junho de 1995.

Mirto Fraga — Consultora da União