



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
LICITAÇÕES E CONTRATOS

FERNANDA KAROLLINY PORTO DE OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**

SALVADOR/BA

2018

FERNANDA KAROLLINY PORTO DE OLIVEIRA

**A POSSIBILIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito como pré-requisito para a obtenção do grau de pós-graduado em Licitações e Contratos.

Orientador:

SALVADOR/BA

2018

FERNANDA KAROLLINY PORTO DE OLIVEIRA

A POSSIBILIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito como pré-requisito para a obtenção do grau de pós-graduado em Licitações e Contratos.

Aprovado em ___/___/___

Banca Examinadora

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ___ de _____ de 2018,

“Cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos”.

Beccaria

RESUMO

O presente trabalho analisa a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios pela administração pública. É viva a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em derredor do tema, dada a possibilidade de responsabilização de gestores públicos e advogados. O escopo é analisar as nuances aplicáveis, inclusive no que tange aos elementos necessários a correta instrução do processo administrativo de inexigibilidade de licitação. Desta forma, serão abordados aspectos relevantes como o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza singular do serviço e da notória especialização enquanto justificadora da contratação direta. Nesse sentido, será através da análise da legislação, da jurisprudência e da doutrina, que o tema da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios será tratado os seus principais aspectos, como a motivação, instauração do regular processo administrativo e o preenchimento dos requisitos legais, a saber: a) necessidade de serviço técnico profissional; b) demonstração da natureza singular; c) notória especialização do advogado, sem prejuízo da observância das condições de validade.

Palavra-chave: Inexigibilidade de licitação. Contratação direta. Serviços Advocatícios. Singularidade. Notória especialização. Princípios aplicáveis

ABSTRACT

The present paper analyzes the inexigibility of bidding in the hiring of legal services by the public administration. The doctrinal and jurisprudential controversy is alive around the theme, given the possibility of accountability of public managers and lawyers. The scope is to analyze the applicable nuances, including with regard to the elements necessary for proper instruction of the administrative process of unenforceable bidding. In this way, relevant aspects will be approached as the doctrinal and jurisprudential understanding about the singular nature of the service and the notorious specialization as justification of the direct contradiction. In this sense, it will be through the analysis of legislation, jurisprudence and doctrine that the subject of the unenforceability of bidding for the contracting of legal services will be treated its main aspects, such as motivation, establishment of regular administrative process and fulfillment of requirements legal requirements, namely: a) need for professional technical service; b) demonstration of the singular nature; c) notorious specialization of the lawyer, without prejudice to compliance with the conditions of validity.

Keyword: Inexigibility of bidding. Direct contracting. Advocacy services. Singularity. Notable specialization. Principles applicable.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

HC – Habeas Corpus

TCU – Tribunal de Contas da União

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 LICITAÇÕES E SUAS GENERALIDADES	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 ORIGEM.....	14
2.3 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO	17
2.3.1 Princípio da legalidade	19
2.3.2 Princípio da impessoalidade	20
2.3.3 Princípio da moralidade	21
2.3.4 Princípio da publicidade	21
2.3.5 Princípio da eficiência	22
2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	23
2.3.7 Princípio do julgamento objetivo	24
2.3.8 Princípio da isonomia	25
3 CONTRATAÇÃO DIRETA ENQUANTO EXCEÇÃO AO PRINCIPIO DA LICITAÇÃO	28
3.1 POSSIBILIDADES DE CONTRATAÇÃO DIRETA, DE ACORDO COM A LEI N. 8.666/93	28
3.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	38
3.2.1 Do fornecedor exclusivo	40
3.2.2 Dos serviços técnicos	42
3.2.3 Serviços artísticos	44
4 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS	46
4.1 NATUREZA DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO LICITATÓRIO.....	46
4.2 CONDIÇÕES DE VALIDADE DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.....	52
4.2.1 Processualização	52
4.2.2 Motivação	56
4.2.3 Vedação ao superfaturamento	59
4.3 JURISPRUDÊNCIAS SOBRE O TEMA.....	61
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
6 REFERENCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Como é sabido a Licitação é um dos procedimentos mais conhecidos e antigos realizado pela Administração Pública na contratação de bens, serviços, obras, produtos, dentre outros. Frisa-se que a licitação não é o meio utilizado apenas para a aquisições como também para alienação, aluguel, entre outros.

Nesse sentido, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93) administra e regulamenta o procedimento licitatório da Administração Pública a partir de princípios e regras próprias.

Apesar do procedimento da licitação ser obrigatório a própria Constituição Federal de 1988 e a Lei de Licitações traz em seu bojo situações em que pode ser dispensado ou inexigível a licitação.

Assim, encampou-se este trabalho na inexigibilidade da licitação para o contrato de serviços profissionais especializados para contratos com escritórios advocatícios, demonstrando a sua possibilidade a partir de preceitos da própria Lei de Licitações, bem como de jurisprudências já consolidada sobre o tema.

O presente trabalho tem como função demonstrar as discussões mais recentes na doutrina e na jurisprudência acerca da contratação direta de escritórios advocatícios por meio da inexigibilidade de licitação pela Administração Pública para o fornecimento de serviços jurídicos especializados.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em três capítulos, que visam abordar, sem contudo esgotar o tema da a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos.

Justifica-se o referido tema pela necessidade de discussão sobre o tema que é pouco debatido, mas de grande importância, inclusive para alertar escritórios de advocacia que podem ser contratados diretamente pela Administração Pública, sem a necessidade de passar pelo longo processo licitatório.

Para desenvolver a pesquisa quanto aos procedimentos foi utilizado, um estudo bibliográfico, embasados em publicações de livros, revistas, artigos da internet, jurisprudência, etc., com vistas a atingir os objetivos pré-estabelecidos, onde se valeu

de um método experimental descritivo e abordagem qualitativa da análise do problema.

Por seu turno, o trabalho foi dividido em 3 capítulos. O primeiro destaca-se o conceito, objeto, natureza jurídica, objetivos, origem e princípios que norteiam o procedimento da Licitação.

No segundo capítulo, será estudado as possibilidades de contratação direta, enquanto exceção ao princípio da licitação, quais sejam: dispensa, dispensável e inexigibilidade. Demonstrando as possibilidades de cabimento de cada uma destas formas de exceção trazidas pela Lei de Licitações, em especial sobre a inexigibilidade da licitação.

Sequencialmente, o terceiro e último capítulo visa a tratar especificamente da possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos, sendo analisado a natureza jurídica dos serviços advocatícios e a sua incompatibilidade com o processo licitatório.

Além disso, no último capítulo também será abordado sobre as condições de validade da contratação direta por meio da inexigibilidade, ou seja, o processo como é realizado e a sua motivação, finalizando com as jurisprudências sobre o tema.

Por fim, espera-se que esse trabalho científico possa contribuir para os escritórios e advogados em geral que podem contratar diretamente com a Administração Pública sem a necessidade de passar por todo o procedimento licitatório, desde que demonstre a singularidade do seu serviço com o Estado.

2 LICITAÇÕES E SUAS GENERALIDADES

Neste capítulo será abordado os aspectos gerais da licitação, qual seja: conceito, objeto, natureza jurídica, origem e os princípios norteadores deste instituto.

2.1 Conceito

A licitação é o procedimento administrativo que autoriza a execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens para atendimento de necessidades públicas. Além disso, as alienações e locações também devem ser contratadas mediante a licitação pública.

A licitação, por si só, traz uma ideia de disputa isonômica e a finalidade é a de conseguir a proposta mais vantajosa para a Administração visando a celebração do contrato administrativo. Desta forma, o propósito específico é a realização de obras, serviços, concessão, permissões, compras, alienações ou locações.

A Lei de n. 8.666 de 21 de Junho de 1993 regulamenta normas de licitação e de contratos da Administração Pública, conforme determina o art. 1º da mencionada Lei são regramentos que devem ser seguidos por todos os entes, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.¹

De acordo com a Lei de Licitações subordinam-se aos ditames da lei de Licitações os órgãos da administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta e indiretamente pela Administração Direta.

¹ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

Importante salientar que apesar das empresas públicas e as sociedades de economia mista possuírem uma lei própria de licitações (Lei n. 13.303 de 30 de junho de 2016), estas aplicam a Lei n. 8.666/93 subsidiariamente no que for compatível.

O doutrinador Mello, melhor conceitua a licitação como:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados²

Simplificando o conceito do ilustríssimo doutrinador supramencionado é um procedimento formal, no qual a Administração Pública irá contratar com o particular, por meio de envio de propostas dos interessados a fim de selecionar a que se revele mais conveniente, de acordo com os parâmetros pré-estabelecidos.

Nas palavras de Sobrinho:

Licitação é um procedimento administrativo formal, isonômico, de observância obrigatória pelos órgãos/entidades governamentais, realizado anteriormente à contratação, que, obedecendo à igualdade entre os participantes interessados, visa escolher a proposta mais vantajosa à Administração, com base em parâmetros e critérios antecipadamente definidos em ato próprio (instrumento convocatório). Ao fim do procedimento, a Administração em regra celebrará um contrato administrativo com o particular vencedor da disputa, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.³

O instituto da licitação é um procedimento utilizado pela Administração Pública para contratação de compra, venda e aluguel de bens, obras e serviços com o particular, visando escolher a proposta mais vantajosa à Administração, de acordo com os parâmetros estabelecidos por ela.

A licitação é um dos procedimentos mais importantes da Administração Pública, isto porque ela promove a interação contratual entre o particular e a Administração

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 519.

³ SOBRINHO, Jorge Hage. **Licitações e Contratos Administrativos Perguntas e Respostas**. Cartilha da Controladoria-Geral da União. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2011, p. 11.

Pública, o qual será escolhido aquele que melhor atender às necessidades desta. As formas de contratação da Administração Pública são por meio de outorga, concessões, permissões e dependerá do tipo de licitação.

Afirma Carvalho Filho que:

A natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo, uma vez que se trata de um conjunto ordenado de atos e atuações estatais que antecedem e constituem o fundamento de uma decisão administrativa. Note-se que tal procedimento administrativo é sempre vinculado, no sentido de que, fixadas suas regras, deve o administrador observá-las rigorosamente.⁴

Ademais, a licitação e contratos da Administração Pública é um regimento previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso XXI, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁵

Nesse sentido, a natureza do ato de licitar caracteriza-se por ser estritamente um procedimento administrativo, tendo em vista que constitui um conjunto composto de atos vinculados do Estado para a decisão de contratação administrativa.

Os objetos que podem ser licitáveis pela Administração Pública, encontram-se dispostos no art. 2 da Lei de Licitações, *in verbis*:

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 237.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de agosto de 2018.

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, 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 vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.⁶

Portanto, sempre que existir a necessidade da Administração contratar terceiros para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, necessariamente deverão ser precedidas de licitação, ressalvado os casos previstos em lei.

Lista Amorim três objetivos da Licitação Pública:

- a) observância do princípio constitucional da isonomia;
- b) seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;
- c) promoção do desenvolvimento nacional sustentável.⁷

Ademais, a licitação conforme dispõe o artigo supracitado que é um procedimento obrigatório, salvo os casos especificados na legislação, que deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Frisa-se que os atos perpetrados pela Administração Pública devem seguir rigorosamente todos os preceitos pré-estabelecidos no edital convocatório, o que demonstra assim o seu caráter de ato vinculado.

Portanto, constituindo a licitação pública um procedimento administrativo, em regra necessário para a contratação e venda de bens e serviços importante se faz o estudo da origem da licitação pública no Brasil e mundo.

Nesta feita, conclui-se que, o procedimento da licitação objetiva permite que a administração contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para o atendimento do interesse público, levando em consideração aspectos relacionados à

⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência.** Brasília: Senado Federal, 2017, p. 37.

capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, à qualidade do produto e o valor do objeto, sempre procurando atender ao princípio da isonomia e objetivando a proposta mais vantajosa.

2.2 Origem

Primeiramente, importante expor a origem da licitação, procedimento administrativo mais utilizado pela Administração Pública. Verifica-se que desde a Era Medieval já era utilizada a licitação para compra de serviços e obras.

Segundo Quinho “a origem da palavra licitação vem do latim *licitatione*, “ato ou efeito de licitar”. Licitar do latim *licitare* significa “lançar leilão”, ou, “dar preço”, “oferecer lance”⁸.

Pela própria origem da palavra constata-se que a licitação significa lançar leilão ou dar preço ou oferecer lance ou lance. Parecido com o conceito trazido pelo tópico anterior.

Continua Quinho:

A licitação tem origem nos Estados Medievais, quando esses Estados tinham necessidade de executar um serviço ou obra, ou precisava de um bem específico. Então apregoavam avisos para que os interessados se apresentassem naquela data e local a fim de apresentarem suas propostas. No dia, hora e local marcado, acendia-se uma vela para que todos pudessem dar seus lances e, assim que a vela se apagasse naturalmente ou fosse consumida, encerrar-se-ia o pregão pelo menor preço dado pelo vencedor. Por consequência, era o sistema denominado “Vela e Pregão”. Observa-se que na época já eram aplicados os princípios da publicidade, da economicidade e da isonomia, mostrando que, apesar de incipiente, em tal sistema, já se fazia entendida a necessidade de selecionar a proposta para o contrato que se pudesse ser mais vantajoso.⁹

Verifica-se que na Era Medieval o procedimento de licitação já era utilizado, logicamente que de forma um pouco arcaica, mas que na época cabia bem, ou seja:

⁸ QUINHO, Lincoln de Souza. **Contratação de advogado por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública**. Monografia de especialização. Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba: UFPB, 2015, p. 10.

⁹ QUINHO, Lincoln de Souza. **Contratação de advogado por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública**. Monografia de especialização. Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba: UFPB, 2015, p. 10.

avisos era apregoados nas ruas informando a data e o local para apresentarem as propostas.

Além disso, utilizavam-se da vela para determinar o tempo que os interessados poderiam dar lances, desta forma, no momento em que a vela apagasse terminaria o prazo de lançamento das propostas e seria analisado aquele que deu o menor lance dentro do tempo.

Ademais, o especialista supramencionado pontua que já se era notado a presença de alguns princípios que hoje já são consolidados na lei de licitações, como por exemplo: publicidade, economicidade e isonomia.

Nesta época prevalecia o padrão de administração pública Patrimonialista, que tinha como principal característica à figura do monarca que concentrava as decisões político administrativo. O foco da gestão estava no benefício econômico-social do clero e da nobreza, fato este que facilitou os atos de corrupção, empreguismo e nepotismo. (RIBEIRO, 2007, p. 01)

Decerto também que como havia concentração do poder no monarca havia muita irregularidade, corrupção e nepotismo, haja vista que o poder decisório concentrava-se na mão de apenas uma pessoa.

Por conseguinte, o processo licitatório no Brasil começou a partir do Decreto n. 2.926/1892 que determinava o procedimento para compras e alienações. Além disso, também regulamentava o Decreto n. 4.536/1922 uma sistematização do Decreto n. 200/1962.

Segundo Ribeiro:

Todo este processo de estruturação da Licitação na legislação, ainda possuía muitas lacunas, pois dava margem a várias interpretações, resquícios de uma administração centralizadora e burocrática, que até certo momento fora viável. Através do processo de democratização, buscou uma nova maneira de governar, neste ínterim, o processo licitatório ganhou notoriedade através do Decreto-Lei nº 2.300/86, sendo atualizada em 1987, com os Decretos-lei nº 2.348 e 2.360, que pela primeira vez, se instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos

Administrativos, reunindo normas gerais e específicas relacionada à matéria licitação.¹⁰

As supramencionadas legislações estruturavam o processo de licitação, no entanto ainda possuíam diversas lacunas que davam margens a muitas interpretações diferentes. Desta forma, devida a democratização o processo licitatório ganhou mais forma a partir de novas leis que vieram surgindo na época.

Afirma Quinho que “as primeiras normas de licitação só vieram a ser inscritas a partir do Decreto-Lei n. 200 de 1967, e foi somente em 1986 que surgiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos criado pelo Decreto-lei n. 2.300/86”.¹¹

Entretanto, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que o instituto da licitação e contratos foi realmente consolidado, a partir de seus dispositivos, emendas e legislações específicas.

A Constituição Federal de 1988 reservou o capítulo da Administração Pública para tratar acerca da licitação e contratos, no entanto, não limitou-se apenas a este capítulo para abordar sobre o assunto.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹²

¹⁰ RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. **A Evolução da Licitação**. Artigo. Publicado em 21 de agosto de 2007. Bahia: UFBA, 2007. Disponível em: <http://www.justributario.com.br/arquivos/A%20EVOLUO%20DA%20LICITAO.doc>, p. 2.

¹¹ QUINHO, Lincoln de Souza. **Contratação de advogado por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública**. Monografia de especialização. Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba: UFPB, 2015, p. 11.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

Assim, define o artigo e inciso supra que em regra as contratações serão realizadas mediante processo de licitação, ressalvados os casos específicos na legislação, devendo seguir as orientações da lei específica.

Por todo o exposto, verifica-se que a contratação de serviços e bens por meio do sistema de licitação teve origem na Era Medieval de forma semelhante com o procedimento utilizado atualmente, onde eram convocados interessados para apresentarem propostas no dia e local marcado.

Logicamente, o procedimento da licitação sofreu diversas atualizações, tendo como base os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, dentre outros, os quais serão estudados mais profundamente em tópicos apartados.

2.3 Princípios da licitação

Os princípios atualmente desempenham papel importante no ordenamento jurídico, possuindo hierarquia sobre as normas, principalmente após o advento do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determinou que os princípios devem ser obrigatoriamente observados, principalmente, pelo legislador quando da sua elaboração das leis infraconstitucionais e pelo administrador público nos seus atos diários. Diante disso, o administrador público será norteado por princípios e normas.

Assim, a Constituição Federal delimitou no *caput* do artigo 37 os princípios basilares e norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹³.

A licitação por ser um procedimento da Administração Pública precisa seguir os ditames dos princípios basilares já mencionados, além dos princípios previstos na Lei de Licitação e Contratos (Lei n. 8.666/93), quais sejam: probidade administrativa,

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e dos que lhe forem correlatos.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.¹⁴

Além dos princípios elencados acima, mister se faz mencionar o princípio da licitação.

Nas palavras do doutrinador Silva:

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.¹⁵

O princípio da licitação é fundamental, pois é o que dá “vida” ao processo licitatório, ou seja é a partir desse princípio que a Administração Pública irá selecionar a proposta mais vantajosa juntamente com o princípio da moralidade administrativa e do tratamento isonômico aos interessados.

Sobre o princípio da licitação, argumenta Oliveira:

O princípio da licitação se consagra, dessa forma, em observância a um complexo de princípios e postulados que regem a Administração Pública, como os princípios basilares da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, os princípios

¹⁴ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer jurídico, constante nos autos do processo ADC 45, 2016.** Brasília, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.sf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em: 10 agosto 2018.

constitucionais devem ser aplicados de forma conjunta, como integrantes de um sistema axiológico e harmônico, que deve se irradiar por todo o ordenamento jurídico.¹⁶

Em resumo, o princípio da licitação traz consigo um complexo de princípios e regras da licitação que regem a contratação pela Administração Pública que devem ser aplicados de forma harmônica e conjunta.

Desta forma, será tratado de forma apartada nos próximos tópicos sobre os princípios fundamentais da licitação: isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

2.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, relaciona-se com o imperativo respeito máximo à Lei, vez que toda a conduta do agente público, tudo que ele realizará em nome do Poder Público para realizar um fim igualmente público, deverá estar, anteriormente à sua prática, necessariamente prescrita a lei.

Meirelles¹⁷ arremata:

A legalidade, como princípios de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A lei é algo que deve ser cumprida e toda medida deve seguir conforme o que a lei determina, os agentes públicos devem ter a consciência de que o limite da ordem jurídica deve ser obedecido, evitando o descumprimento das leis, caso contrário atos inflacionários derrubarão tais finalidades administrativas.

¹⁶ OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 20.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 82.

Nesse sentido, o princípio da legalidade está intimamente ligado aos ditames da lei e as exigências do interesse público, não podendo o agente público desviar ou afastar-se do que determina a lei.

2.3.2 Princípio da impessoalidade

O segundo princípio a ser estudado é o da impessoalidade, o qual traduz-se no agir de forma objetiva do agente público priorizando sempre o interesse público em prol da sua vontade subjetiva.

Define Pazzaglini Filho¹⁸ “o princípio constitucional da impessoalidade caracteriza-se pela objetividade e neutralidade da atuação da Administração Pública, que tem por único propósito legal o atendimento do interesse público”.

Além disso, o princípio da impessoalidade traz outro desdobramento no seu conceito.

Define Alexandrino & Paulo¹⁹:

A impessoalidade, por sua vez, é princípio constitucional que indica a necessidade que o Poder Público tem de agir na busca pela realização do interesse público, sendo vedado qualquer comportamento que induza à promoção pessoal de seus agentes ou de qualquer pessoa, sendo inadmitidas conveniências pessoais na lida com o dinheiro e o aparato públicos.

Nesse sentido, além da proibição do agente público de utilizar-se do Poder Público para agir em seu próprio interesse, também há vedação da promoção pessoal pelo agente público ou qualquer pessoa sobre os serviços prestados.

¹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas** – 6 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado** - 20 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 196.

2.3.3 Princípio da moralidade

O terceiro princípio a ser comentado é o da moralidade e trata-se de um princípio subjetivo, ético, moral do agente público. Nos disseres da doutrinadora Di Pietro²⁰:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Inicialmente, tratando-se da conceituação da moralidade, a discussão deve ser remetida à dualidade que se verifica entre a moral comum e a moral administrativa, sendo a primeira conceituada como aquilo que se espera do homem em sua conduta externa, as preocupações éticas, com o mundo, e, a segunda, é imposta aos agentes públicos de forma interna, na persecução dos fins públicos de suas atividades.

Em que pese tal divergência de conceituação, é imprescindível ressaltar que a moral administrativa deriva da moral comum, que foi, pouco a pouco, sendo institucionalizada pelo direito, sobretudo na esfera privada, até atingir o ápice do direito público.

Portanto, o agente público na prestação da atividade administrativa deve agir em consonância com a lei, mas também de acordo com a ética, a moral e os bons costumes.

2.3.4 Princípio da publicidade

O quarto princípio a ser estudado é o da publicidade. Conforme dispõe Mascarenhas²¹:

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

²¹ MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito Comentado** – 3d. rev. amp. atual. São Paulo: RCN, 2003, p. 20.

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante partes e terceiros.

A publicidade é ato universal da Administração Pública, isto porque, todos os atos, leis, contratos administrativos precisam ser publicados para produzirem os seus respectivos efeitos, salvo disposição em contrário na lei.

2.3.5 Princípio da eficiência

Por conseguinte, o princípio da eficiência foi inserido depois pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998 e traduz-se na aptidão que uma norma ou um ato possuem de produzir efeitos jurídicos.

De modo mais aprofundado, Di Pietro²² aborda a questão da eficiência com uma duplicidade de sentidos, sendo um com relação à atuação do agente público, esperando-se do referido uma atuação sempre melhor e, doutra banda, no que se refere à Administração Pública, que se obriga, como o todo que é, a ter, cada vez mais, melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

De toda sorte, malgrados entendimentos diversos, Bulos²³ traz à tona a questão fundamental, no que diz respeito à eficiência que é a possibilidade de qualquer um de exigi-la, vez que é princípio constitucional que obriga e condiciona a atuação dos agentes públicos e dos serviços públicos, de um modo geral, ou seja, de todo o aparato administrativo, em contrapartida à obrigação de todos estes, agentes e Poder Público, garanti-la da melhor forma possível, sob pena de incidir nas penas da lei. O referido autor conclui:

[...] dever de eficiência independer de disciplina infraconstitucional e sua exigência pelos cidadãos e instituições poder ser feita desde já quando se defrontarem com a malversação dos recursos públicos ou com a burocracia desnecessária tão presente no país. Assim a diretriz da eficiência – aqui entendida como verdadeira norma da espécie

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 14 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Administrativo** – 2 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 646.

princípio e não mera política ou conselho – permite que se exija judicialmente a adequada prestação de serviços públicos – em sentido amplo, incluídos aqui os direitos sociais e difusos –, bem como amplia o manancial normativo do qual deve valer-se o Judiciário para efetivar os direitos fundamentais.²⁴

Por isso dizer que a eficiência é também um dos pilares da Administração Pública, apta a ensejar a responsabilidade de quem não a pratica com atenção e respeito necessários ao interesse público que move o sistema administrativo.

2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é demonstrado pela Lei de Licitação em seu art. 41, onde determina que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Nesse sentido, o processo licitatório fica vinculado as condições estabelecidas no edital convocatório, não podendo modifica-lo, se afastar do que está determinado.

Desta forma, afirma Novaes:

As regras do certame, durante todo o procedimento são inalteráveis A Administração deverá invalidá-lo e reabri-lo em novos moldes, caso verifique, sua inviabilidade no decorrer da Licitação. De outra banda, revelando-se, falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo, através de aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração, afete a elaboração das propostas.²⁵

Assim, seguir os ditames estabelecidos pelo edital convocatório é ato vinculado do administrador público, podendo ser invalidado os atos que forem contrários aos moldes pré-estabelecidos.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Administrativo** – 2 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 646.

²⁵ NOVAES, Ana Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n. 8.666/93**. Boletim Jurídico. Publicado em: 11 de agosto de 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/752/principios-licitacao-acordo-com-lei-n-8-6693>. Acesso em: 10 de agosto de 2018, p. 3.

2.3.7 Princípio do julgamento objetivo

De acordo com o princípio do julgamento objetivo o administrador público deverá escolher a proposta mais vantajosa de acordo com o melhor preço ou melhor preço ou técnica ou melhor técnica, não podendo estar presentes em sua decisão elementos subjetivos.

Determina a Lei 8.666/93 em seu art. 45, caput, sobre o julgamento objetivo das propostas, *in verbis*:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.²⁶

Por conseguinte, afirma Novaes que:

Deve-se reconhecer que objetividade absoluta, só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entra em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro dependem de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.²⁷

²⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

²⁷ NOVAES, Ana Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n. 8.666/93.** Boletim Jurídico. Publicado em: 11 de agosto de 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/752/principios-licitacao-acordo-com-lei-n-8-6693>. Acesso em: 10 de agosto de 2018, p. 3.

Nesse sentido, refuta a estudiosa supramencionada sobre o julgamento objetivo da proposta ser absoluto, visto que só se pode garantir a objetividade do julgamento apenas quando a modalidade for de menor preço. Isto porque, como o nome já traz “menor preço” não há que se olhar a qualidade do produto/bem/serviço a ser adquirido e sim o valor auferido por ele.

No entanto, quando trata-se da modalidade técnica ou técnica e preço, o julgador poderá valer-se da subjetividade, mas sempre priorizando o melhor para a Administração Pública e dentro dos parâmetros já pré-estabelecidos em edital convocatório.

2.3.8 Princípio da isonomia

Por último, o princípio da isonomia ou igualdade trata-se da igualdade que devem existir na forma de tratamento dos licitantes, ou seja, sem privilégios e discriminações.

Ressalta-se que como qualquer outro princípio o da isonomia não é absoluto e comporta exceções para que pessoas e empresas menos “conhecidas” ou de pequeno porte possam concorrer de forma igualitária com os outros interessados.

Isto posto, o parágrafo 2º do art. 3º da Lei de n. 8.666/93 dispõe de formas de igualar os correntes quando houver empates nas propostas.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com

deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.²⁸

Portanto, quando houver empate entre os licitantes interessados os critérios utilizados pela Administração Pública, em ordem fornecida pela lei será: dos que forem produzidos pelo país; dos produzidos ou prestados por empresas brasileiras; dos produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento da tecnologia no País e os produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos a pessoa com deficiência ou em reabilitação pela Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na lei.

Os critérios de desempate definidos na Lei de Licitação prezam principalmente pelo desenvolvimento econômico e financeiro do país, pois incentivam as empresas brasileiras a participarem da licitação.

Nos disseres de Novaes:

Este princípio prevê o dever de se dar oportunidade de disputar o certame, quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido artigo 37, XXI do texto constitucional. Não obstante o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8.666/93 proíbe que o ato do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras ou de quaisquer outras circunstâncias impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato.²⁹

Assim sendo, o princípio da isonomia é uma condições essencial para garantir a igualdade entre os licitantes em todas as fases do processo licitatório. O princípio da igualdade possui duas vertentes: a primeira que a administração deve proceder

²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

²⁹ NOVAES, Ana Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n. 8.666/93.** Boletim Jurídico. Publicado em: 11 de agosto de 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/752/principios-licitacao-acordo-com-lei-n-8-6693>. Acesso em: 10 de agosto de 2018, p. 4.

com o tratamento isonômico com todos os licitantes. O segundo que a igualdade deve garantir que a concorrência seja viável a todos os participantes.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA ENQUANTO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO

Neste capítulo será abordado sobre as formas de contratação direta, enquanto exceção ao princípio da licitação na modalidade de inexigibilidade de licitação, as formas de aplicação desta modalidade e como a doutrina se posiciona na questão da inviabilidade de competição nesses casos.

3.1 Possibilidades de contratação direta, de acordo com a Lei n. 8.666/93

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso XXI, conforme já estudado em capítulo anterior, determina a obrigatoriedade da licitação para contrato de particulares com a Administração Pública, no entanto, também traz ressalvas para casos especificados na lei de ocasiões em que a licitação tornar-se-á dispensada, dispensável ou inexigível

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.³⁰

Os casos ressalvados encontram-se tipificados na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) e possuem duas modalidades, qual sejam: dispensa e inexigibilidade.

Destaca Cruz que:

Licitação é o procedimento por meio do qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa ao interesse público. Esse certame tem como objeto um contrato para a aquisição de produtos ou a prestação de serviços e deve respeitar os princípios constitucionais e legais básicos. Todo o procedimento licitatório está descrito na Lei

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2018.

8.666/93, conhecida como Lei das Licitações. A regra geral é a obrigatoriedade de sua ocorrência, mas, em casos específicos, ela pode deixar de ser aplicada.³¹

Desta forma, mostra-se já pela Carta Magna que o princípio da licitação não é absoluto e comporta duas formas de exceções para a contratação direta do particular com a Administração Pública.

Afirma Oliveira sobre a exceção ao princípio da licitação:

A mitigação do princípio da licitação é necessária em determinados casos, porque a realização do procedimento nestes poderia representar grave violação aos princípios que fundamentam a sua razão de ser³²

Para Alexandrino & Paulo:

A regra geral em nosso ordenamento, determinada pela própria CF/88, é a obrigatoriedade de licitação previamente à celebração de contrato administrativo que vise à realização de obra, à prestação de serviço, a compras, alienações, a concessões e as permissões. Existem, entretanto, determinadas hipóteses em que, legitimamente, celebram-se tais contratos sem a realização de licitação. Essencialmente, há duas situações distintas em que tal se verifica: impossibilidade de licitação ou a sua dispensa.³³

Além disso, Carvalho Filho, ressalta que:

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração.³⁴

³¹ CRUZ, Carlos Henrique. **Inexigibilidade de licitação: quando ocorre?**. Artigo Jurídico. Publicado em: 13 de junho de 2018. Disponível em: <http://chcadvocacia.adv.br/blog/inexigibilidade-de-licitacao/>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

³² OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 30.

³³ ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado** - 20 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 413.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 251.

Frisa o doutrinador Carvalho Filho que a contratação direta deve ser vistas apenas no caso de exceção ao princípio da licitação e não de forma obrigatória e descontrolada em todos os seus contratos. Além disso, ressalta que muitos administradores utilizam-se das possibilidades de contratação direta para não utilizar-se do procedimento obrigatório da licitação.

Segundo afirma Silva:

A dispensa e a inexigibilidade de licitação são duas formas de contratação direta, as quais o gestor público poderá utilizar-se destas exceções para realizar a aquisição de produtos e serviços para o ente público, desde que atenda as normas descritas na Lei 8.666/93 e não contrarie os princípios constitucionais.³⁵

Nesse sentido, conforme já tratado exhaustivamente, as formas de exceção ao princípio da licitação são: dispensa e inexigibilidade. Importante ressaltar que alguns doutrinadores consideram ainda mais uma classificação, qual seja: licitação dispensada, dispensável e inexigível.

A Lei n. 8.666/93 o legislador reservou os artigos 17, 24 e 25 para tratar das formas de dispensa, da licitação dispensável e da inexigível.

Rezende em seu estudo monográfico, faz uma crítica a forma como está disposto na lei as formas de dispensa e de inexigibilidade:

Doutrinariamente, seria correto a legislação tratar primeiro dos casos de inexigibilidade, tendo em vista se faz necessário preliminarmente analisar se o objeto possui exigibilidade de ser licitado. Todavia, a legislação específica trata primeiramente dos casos de dispensa e, posteriormente, dos casos de inexigibilidade.³⁶

Apesar do permissivo legal de exceção ao princípio da licitação, a contratação direta seja por dispensa ou inexigibilidade deve atender aos princípios que regulam a Administração Pública, conforme assegura Oliveira que:

³⁵ SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório**. Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013, p. 24.

³⁶ REZENDE, Caio Vinicius. **Contratação direta sem licitação: dispensa e inexigibilidade**. Monografia. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2010, p. 27.

Eventuais exceções ao princípio da licitação, culminarão em contratação direta. Esta, por sua vez, deve ser realizada em observância aos princípios da isonomia, legalidade, eficiência, impessoalidade, moralidade, publicidade, assim como os demais comandos que regem a Administração Pública. Todo processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação deve ser feito, portanto, com base nestes postulados para ter assegurada validade.³⁷

Assim, por mais que a legislação permita a contratação direta é importante que sejam atendidos os princípios basilares que permeiam a Administração Pública para que a contratação tenha a validade devida.

Sobre a possibilidade de dispensa da licitação, afirma Silva que:

A dispensa de licitação é uma possibilidade de contratação direta, sem prévia licitação, mas para que esta seja aplicado ao caso concreto necessário se faz que se enquadre no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos expressos na Lei nº 8.666/93, todas as possibilidades de dispensa de licitação está *numerus clausus*, isto é, são apenas aquelas hipóteses expressamente enumeradas nas cláusulas da Lei de Licitações.³⁸

Assim, as possibilidades para a ocorrência da contratação direta na modalidade dispensa necessitam cumprir requisitos que encontram-se determinados na Lei de Licitações.

Ressalta Silva que:

Assim há a necessidade de se verificar os custos e benefícios da utilização ou não do processo licitatório, ou seja, verificar se este processo traz vantagem ou não a administração, neste ínterim nasce a dispensa de licitação, a qual decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela poderiam advir.³⁹

³⁷ OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 31.

³⁸ SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório**. Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013, p. 25.

³⁹ SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório**. Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013, p. 25.

Nesse sentido, verifica-se que preenchido os requisitos da lei existem vários benefícios para a Administração Pública são trazidos na contratação direta, mediante a dispensa de licitação.

Afirma Braz que “a dispensa ocorre quando se verificam situações onde a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em presença do interesse público”⁴⁰

Para Justen Filho *apud* Silva a dispensa de licitação é aplicada quando “embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteados da atividade administrativa”.⁴¹

De acordo com a Lei de Licitações, as possibilidades de dispensa da licitação são as seguintes:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação

⁴⁰ BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo** - São Paulo, Editora de Direito, 1999, p. 255.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**.

15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, *apud* SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório**. Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013, p. 26.

dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei no 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada está nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Verifica-se, a partir dos supramencionados incisos da legislação que a contratação direta na modalidade de dispensa de licitação ocorre na alienação de bens móveis ou imóveis, onde foram dispostas diversas formas de admissão da licitação dispensada.

Nos casos de alienação de bens imóveis, a legislação abre a contratação direta nos seguintes casos: dação em pagamento, doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos, investidura, venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública, alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com

área de até 250 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra.

Já os casos de alienação de bens móveis, a legislação permite nos casos de: doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; venda de títulos, na forma da legislação pertinente; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Ademais, a licitação dispensável encontra-se prevista no art. 24 da Lei n. 8.666/93 e ocorre quando não existe uma obrigação do processo licitatório, se for conveniente para o interesse público.

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a

Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23;

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada

pela Lei nº 11.445, de 2007). (Vigência)

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3o, 4o, 5o e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica;

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.⁴²

Percebe-se, pois, que a legislação dispôs de diversas formas de dispensar a licitação, conforme visto nos incisos acima, mas, ressalta-se que esse rol é exemplificativo, podendo ser criadas novas formas de dispensa, de acordo com a necessidade da Administração Pública.

⁴² BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

3.2 Inexigibilidade de licitação

No tópico anterior foi abordado sobre as possibilidades de licitação dispensável e dispensada. Agora será tratado sobre a contratação direta na forma da inexigibilidade.

Para o advogado especialista Cruz a inexigibilidade da licitação ocorre quando:

É a impossibilidade jurídica de promover a livre competição entre os candidatos. Essa situação pode ocorrer em razão da inexistência de pluralidade de potenciais participantes — ou seja, quando um dos concorrentes tem características e habilidades que o tornam exclusivo e único, o que automaticamente inibe os demais candidatos.⁴³

Trata-se de uma impossibilidade, prevista no ordenamento jurídica, de promoção da competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública. Segundo o supramencionado especialista a inexigibilidade pode ocorrer em razão da inexistência de potenciais participantes ou então em relação um concorrente possuir características e habilidades que o tornam exclusivo e único.

Desta forma, importante ressaltar que há diferenças entre a contratação direta na forma de dispensa e de inexigibilidade. A principal delas é que a primeira (dispensa) existe a possibilidade de competitividade, no entanto, por conveniência da administração pública, a lei autoriza a contratação direta. A segunda (inexigibilidade), acontece exatamente o inverso, não há possibilidade de competição.

Conceitua Gasparini a inexigibilidade da licitação como:

Inexigível é o que não pode ser exigido, asseguram os dicionaristas. Inexigibilidade, a seu turno, é a qualidade do que não pode ser exigido. Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a previa licitação.⁴⁴

⁴³ CRUZ, Carlos Henrique. **Inexigibilidade de licitação: quando ocorre?**. Artigo Jurídico. Publicado em: 13 de junho de 2018. Disponível em: <http://chcadvocacia.adv.br/blog/inexigibilidade-de-licitacao/>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

⁴⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 542.

Silva, em sua monografia, conceitua a inexigibilidade como:

Inexigibilidade é outra possibilidade de contratação direta pela administração pública, através da mesma o gestor poderá comprar diretamente, desde que seja caracterizada a inviabilidade de licitação, seja pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos pretendidos pela administração, ou até mesmo pela singularidade do objeto almejado.⁴⁵

Já que com a inexigibilidade da licitação verifica-se que não há possibilidade de competição, afirma Boselli & Leonetti que:

A impossibilidade de se adotar critérios objetivos para a contratação de um determinado objeto impede a consecução do princípio do julgamento objetivo e, conseqüentemente, inviabiliza a própria realização de uma competição via processo licitatório. Não existe licitação com critérios subjetivos, o processo licitatório depende, intimamente, de um sistema absolutamente objetivo que permita comparar propostas a serem apresentadas de forma totalmente técnica e imparcial, garantindo o princípio constitucional da isonomia, objetivo primário da realização do certame público.⁴⁶

Ademais, Justen Filho, também afirma que:

Pode ser entendida, dessa forma, como logicamente anterior à dispensa de licitação, vez que esta é uma criação legal, enquanto aquela é decorrência de circunstâncias fáticas – de uma realidade extra normativa. Assim, primeiro identifica-se a hipótese de inexigibilidade, para após se dá o reconhecimento de dispensa⁴⁷

Nesse sentido, verifica-se que a inexigibilidade compromete também alguns princípios basilares da licitação, primeiramente o princípio da licitação, mas também o princípio do julgamento objetivo, visto que a falta de concorrência prejudica que haja um julgamento objetivo de propostas de interessados.

⁴⁵ SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório.** Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013, p. 30.

⁴⁶ BOSELLI, Felipe Cesar Lapa; LEONETTI, Carlos Araujo. **Uma análise crítica da dispensa e inexigibilidade de licitação: em busca de uma teoria que possibilite a aplicação a casos concretos.** Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Brasília, v. 2, n. 1, p. 148-165, jan./jun. 2016. p. 153-154.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 468

Mais uma vez confirma-se que nenhum princípio no ordenamento jurídico é absoluto, mas nem por isso deve-se desrespeitá-los. Não é porque a administração pública poderá contratar diretamente que os demais princípios e as regras não devam ser seguidas.

3.2.1 Do fornecedor exclusivo

Desta forma, prevê a Lei de Licitação as seguintes formas de cabimento da contratação direta na forma de inexigibilidade:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;⁴⁸

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Frisa-se que as possibilidades descritas na supramencionada lei são meramente exemplificativas, podendo ser criados novos casos de inexigibilidade quando a Administração pública verificar a impossibilidade de competição fora dos casos previstos em lei.

Nesse sentido, Justen Filho, afirma que:

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser determinada através de regras legais. As causas de inviabilidade

⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.⁴⁹

Assim, a primeira forma de inexigibilidade refere-se a aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Segundo Justen Filho *apud* Oliveira:

Em casos de fornecedor exclusivo - inciso I do dispositivo supra- não há possibilidade de realização de licitação por inviabilidade de competição, por ausência de alternativas a serem selecionadas. Ocorre quando existe apenas um produto no mercado a satisfazer as exigências da necessidade da Administração Pública. Realizar licitação seria um desperdício de tempo, conseqüentemente, representaria uma violação ao princípio da eficiência.⁵⁰

A inexigibilidade da licitação na sua primeira hipótese está atrelada ao fornecedor, produtor, empresa ou representante comercial que seja exclusivo do produto de interesse da Administração Pública.

No entanto, o próprio legislador em atenção aos princípios basilares, determinou que somente se poderá realizar a contratação direta nesta modalidade, desde que comprovada a exclusividade através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizar a licitação.

Outra ressalva importante é no quesito da vedação de preferência da marca, isto porque o legislador prevendo fraudes na contratação direta pela inexigibilidade

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 406.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 *apud* OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 35.

cuidou previamente de vedar a preferência por determinada marca que não seja de fornecedor exclusivo.

Desta forma, frisa Oliveira:

A contratação direta, nesse caso, deve ser feita apenas após se realizar averiguações necessárias. A análise deve ser feita de forma objetiva, sendo vedada, por exemplo, quando se der por fundamento apenas em preferência por marca. Se a Administração quer escolher determinada marca para a escolha do produto, deve proceder a motivação técnica-científica.

Ademais, prevê a Súmula no 255/2010 do TCU sobre a inexigibilidade:

Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.⁵¹

O Tribunal de Contas da União preservando a integridade dos princípios norteadores da Administração Pública elaborou uma súmula para ratificar as medidas necessárias que o administrador tem que ter para confirmar a veracidade de toda a documentação comprobatória da condição de exclusividade.

3.2.2 Dos serviços técnicos

A segunda possibilidade de exceção ao princípio da licitação por meio da inexigibilidade para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula n. 255. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controlado-interno/sumulas/18313-sumula-255-tcu>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

Neste caso de inexigibilidade destaca-se a contratação de serviços técnicos de natureza singular, ou seja, apesar de haver outros que façam o mesmo serviço, a natureza singular daquele prestador de serviço é o diferencial para a sua contratação.

Os serviços técnicos e profissionais que poderão ser contratados são: de planejamentos e projetos básicos ou executivos, pareceres, perícias e avaliação em geral, assessoriais ou consultorias técnicas e auditoria financeiras ou tributárias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal e na restauração de obras de arte e bens de valor histórico,

A lei determina que os serviços técnicos e profissionais especializados que podem ser contratados na forma de inexigibilidade estão dispostos no art. 14 da Lei de Licitação e são os seguintes:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.⁵²

Ademais, verifica-se no inciso II do art. 25 da Lei n. 8.666/93 que os serviços contratados precisam ter notória especialização. Nesse sentido, a própria Lei em seu parágrafo 1º determina o conceito de notória especialização, *in verbis*:

§ 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.

⁵² BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

Vê-se, pois, que a notória especialização diz respeito a uma especialidade que decorre de um desempenho anterior, seja por meio de estudos, experiências, publicações, organizações, aparelhamento, equipe técnica, entre outros requisitos, que permitam inferir que o seu trabalho é indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado.

Afirma Oliveira que: “assim, o dispositivo reduziu a margem de interpretações para o conceito de notória especialização, na medida em que estabeleceu que o trabalho deve ser eminentemente o mais adequado ao objeto do contrato”⁵³.

3.2.3 Serviços artísticos

A última hipótese de inexigibilidade é em relação a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Oliveira faz uma ressalva em relação a esta hipótese:

Destarte, não é permitida a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de qualquer artista. O profissional a ser contratado deve ser indiscutivelmente singular pela opinião pública ou crítica especializada, não sendo suficientes as preferências pessoais do agente público.⁵⁴

Para Rezende:

No que concerne à contratação de artista, ressalta-se que a inviabilidade não faz com que qualquer um possa ser contratado pela inexigibilidade, mas sim aquele que reunir as condições necessárias para satisfazer o desejo da Administração, o qual pela legislação deverá ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.⁵⁵

⁵³ OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 37.

⁵⁴ OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017, p. 37.

⁵⁵ REZENDE, Caio Vinicius. **Contratação direta sem licitação: dispensa e inexigibilidade**. Monografia. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2010, p. 47.

Nessa esteira, não é permitido a Administração Pública contratar qualquer profissional do setor artístico diretamente ou por seu empresário na forma de inexigibilidade, somente se este artista for consagrado pela crítica especializada.

Para Justen Filho:

Como regra não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. O desenvolvimento de atividades dessa natureza compete à iniciativa privada, ainda que ao Estado incumba fomentar as diversas manifestações nesse campo. No entanto, há hipóteses em que o Estado assume o encargo direto de promover eventos artísticos, casos em que deverá realizar a contratação dos profissionais correspondentes.⁵⁶

Apesar de não ser um contrato típico da Administração Pública com profissionais do setor artístico, existem hipóteses em que o Estado pode promover eventos artísticos, sendo nesses casos que a contratação pode ser direta, através da inexigibilidade da licitação.

Portanto, foram listadas as três formas de inexigibilidade previstas na Lei de Licitações, ressaltando-se que há possibilidade de serem criadas outras novas, caso a Administração Pública ache necessário para contratação direta.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 608.

4 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Como é sabido a contratação dos serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação é tema que envolve controvérsia, dês que há diversas linhas de interpretações por órgãos de controle, por advogados e pelo Ministério Público.

As discussões estão direcionadas mormente quanto à possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios com esteio no art.25, II da Lei 8.666/93.

No que tange a Administração Pública no âmbito Municipal o tema possui maior interesse devido ao grande número de contratações de serviços de assessoria jurídica, consultoria e advocacia contenciosa.

Neste sentido, é o que visa tratar o presente capítulo, uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, a fim de que não parem dúvidas acerca da possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços advocatícios, desde que preenchidos os requisitos legais.

4.1 Natureza dos Serviços Advocatícios e possível incompatibilidade com o processo licitatório

De pronto convém ressaltar, por importante, que a profissão de advogado possui status constitucional, na medida em que é indispensável a administração da justiça por prestar serviços públicos e exercer função social, daí porque há de se reconhecer a possível incompatibilidade entre o regramento que regula as licitações e as normas do Estatuto da OAB e do seu Código de Ética.

Pois bem, a competição nos moldes do procedimento licitatório afronta os artigos 2º,5º,36º e 41º Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil veja-se:

Art. 2º - O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Art. 5º - O exercício da Advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.⁵⁷

A interpretação literal dos dispositivos acima transcritos nos revela que a atividade advocatícia é inconciliável a qualquer procedimento de mercantilização, na medida em que exerce uma função indispensável a administração da justiça.

De mais a mais, os honorários não podem ser fixados em valores inferiores ao mínimo permitido pela tabela de honorários, razão pela qual seria difícil aliar o serviço advocatício a modalidade de licitação menor preço, por exemplo.

Como se não bastasse, a publicidade do rol de clientes bem como o patrocínio de demandas já realizadas configuraria captação de clientela, vedada pelo Código de Ética, seria conflitante com a habilitação técnica prevista na Lei 8.666/93.

Nesta toada, ante a vedação da mercantilização o advogado que participasse de um certame licitatório poderia sofrer responsabilização na OAB.

A Ordem dos Advogados do Brasil, se manifestou, ao editar súmula acerca da matéria, leia-se:

CONSELHO PLENO SÚMULA N. 04/2012/COP (DOU, Seção 1, 23.10.2012, p. 119) O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: "ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização

⁵⁷ BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.”⁵⁸

Portanto, a própria natureza dos serviços advocatícios não é compatível com o procedimento licitatório, de modo que deverá haver uma relação de confiança entre o profissional e o cliente.

Vale ressaltar, por importante, que ainda que o contrato seja firmado com sociedade de advogados (escritórios), este não tem o condão de afastar o fato de que o objeto contratual é intrínseco a pessoa do advogado.

Noutro giro verbal, não são quaisquer serviços que podem ser contratados diretamente, mas sim os serviços técnicos e especializados, de natureza singular, executados por profissionais de notória especialização em atenção ao quanto disposto no art. 25, II, da Lei 8.666/93.

Neste ponto merece destaque o fato de que o artigo acima mencionado faz remissão ao artigo 13 do mesmo diploma legal, que dispõe:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
 I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
 II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
 III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.
 V - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.⁵⁹

Dessa forma, o serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica na sua aplicação prática, demandando desempenho pessoal do prestador.

Segundo Justen Filho:

Os serviços ditos “técnicos” caracterizam-se por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do

⁵⁸ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **Conselho do Pleno Súmula n. 04/2012/COP**. Relator Jardson Saraiva Cruz. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>

⁵⁹ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. Por meio do serviço técnico obtém-se a alteração do universo circundante e se atinge um resultado preordenado que se colimava.⁶⁰

Há, ainda, de se invocar a importante observação doutrinária, que servirá para iluminar este ponto de forma didática, assim resumida:

Os serviços de natureza jurídica são prestados por profissionais técnicos especializados, já que requerem o bacharelado em Direito e a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, não são serviços prestados por qualquer profissional, mas só por aqueles especialmente qualificados, em vista do que a contratação deles pode fundar-se no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.666/93.⁶¹

Indubitável, dessa forma, que os serviços jurídicos são prestados por profissionais técnicos especializados, dêis que exigem o bacharelado em Direito, além da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesta esteira, estabelecida essa premissa de que os serviços advocatícios são técnicos especializados, passa-se a analisar os demais requisitos que lastreiam a contratação direta com base no art. 25, II da Lei 8.666/93.

A natureza singular (do serviço técnico especializado) possui um aspecto subjetivo e um aspecto objetivo que andam de mãos dadas, de modo que a confiança (elemento subjetivo) no prestador do serviço pelo contratante demanda notória especialização (aspecto objetivo) do contratado.

Em outras palavras, serviço de natureza singular é aquele que exige características diferenciadas inerentes à pessoa do prestador.

É digna de acolhida a tese compartilhada por Niebuhr que sustenta:

“(...) a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, cuja aferição é deveras complexa, dado que nela pode haver pluralidade de pessoas capazes de prestarem o serviço visado pela Administração, porém, noutro delta, faltam critérios objetivos para cotejá-las, pressupondo grau de subjetividade que faz cair por terra a competitividade.”⁶²

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 283.

⁶¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pág. 176.

⁶² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4 ed. Ver e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. P. 162.

Na mesma vertente:

Singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização.⁶³

Neste eito, a natureza singular do serviço técnico especializado deve ser encarada de forma particular, vez que a singularidade do serviço não decorre da escassez de profissionais capacitados para executá-los, mas sim da impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento, notadamente porque a confiança é elemento que não tem como ser mensurado.

Não se pode olvidar que a relação travada entre o cliente e o advogado é pautada pela confiança, elemento subjetivo substancial para o reconhecimento do serviço como singular.

No que concerne a notória especialização, para fins de contratação direta, devem os profissionais revestirem-se de reconhecimento no campo de sua atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos entre eles, o desempenho anterior, experiências, publicações.

O legislador, com propriedade e cautela, achou por bem definir o que seria a notória especialização em seu art. 25, § 1º da Lei nº 8666/93, *ipsis litteris*:

§ 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.⁶⁴

Nas palavras do inolvidável Mestre Meirelles:

⁶³ EROS Roberto Grau. **Inexigibilidade de Licitação-serviço técnico- profissionais especializados-notória especialização**, RDP, 99, P.70 ss.

⁶⁴ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

Segundo a doutrina corrente (a notória especialização traz em seu bojo uma singularidade subjetiva) e os dispositivos legais pertinentes, é forçoso concluir que serviço técnico profissional especializado de natureza singular é um dos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666, de 1993, que, por suas características individualizadoras, permita inferir seja o mais adequado à plena satisfação do objeto pretendido pela Administração.⁶⁵

José dos Santos Carvalho Filho, averba, de seu turno:

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade.⁶⁶

Note-se que a notória especialização confere confiabilidade na contratação por definir critérios objetivos, dentre eles o desempenho anterior, que se caracteriza com a vasta e incontestável experiência do escritório ou do profissional a ser contratado, especialmente a existência de trabalhos similares.

É digno de acolhida o seguinte ensinamento doutrinário:

[A] expressão notória especialização costuma ser interpretada de molde a exigir alguém bastante conhecido em seu meio, afamado, que goze, como o próprio nome indica, de notoriedade. Ressalva-se, contudo, ser equivocado apurar a notória especialização pela notoriedade da pessoa. O sujeito pode ser em tudo conhecido, mas não necessariamente por seus méritos profissionais. A notoriedade é da especialização do profissional e não do profissional em si. Outrossim, a notória especialização deve ser apreciada no meio que atua o profissional. De um jeito ou de outro, o termo notoriedade induz conceito indeterminado, isto é, variável em grau maior ou menor, em decorrência do que se afere discricionariedade em sua apreciação. A determinação do grau mínimo de notoriedade necessária para dar suporte à inexigibilidade não é precisa.⁶⁷

No mais, é necessário deixar claro que as características subjetivas que norteiam os serviços elencados no inciso II, do art. 25, Lei 8.666/93, notadamente a

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 115.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 269.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

notória especialização e a confiança na pessoa contratada, afasta a objetividade, o que justifica a falta de licitação pública.

Isto porque, no exercício da advocacia o profissional desempenha um trabalho singular, de modo que a sua criação intelectual retira do administrador público a necessidade de promover o certame licitatório, para, através do menor preço, escolher a melhor opção para ser contratado pela administração pública.

Frente aos argumentos acima expostos, constata-se que a natureza dos de serviços jurídicos são incompatíveis com o processo licitatório, de modo que afronta o Código de Ética da OAB e dado aos critérios subjetivos que afastam a competitividade.

4.2 Condições de validade do processo de contratação direta de serviços advocatícios

A matéria atinente a inexigibilidade de licitação foi amplamente debatida até o momento, de modo que restou indubitável que a própria natureza do serviço é incompatível com a instauração do processo licitatório para a contratação de advogado ou de escritório de advocacia.

Em que pese a licitação ser inexigível é patente que deverá ser instaurado procedimento administrativo e este deverá ser devidamente instruído em observância aos princípios norteadores da administração pública.

Destarte, trataremos a seguir das condições que legitimam a contratação direta aliado aos requisitos que deverão ser observados.

4.2.1 Processualização

Ab initio, convém registrar que a contratação direta não afasta a instauração de procedimento administrativo formal com vistas a coibir fraudes, na medida em que a exceção legal ao dever de licitar não pode ser feita de forma banal, com favorecimento pessoal, apadrinhamentos e diversas outras situações que afrontem os princípios basilares da administração pública.

Dáí porque, a inexigibilidade de licitação somente se legitima mediante motivação expressa e instrumentada, firmada por autoridade administrativa competente, onde reste evidenciado que o processo caminhou na obtenção dos melhores resultados.

Quanto a exigência do processo administrativo a Lei 8.666/93 não foi silente, veja-se:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.⁶⁸

Nota-se que o legislador expressamente estabeleceu que os processos de dispensa, inexigibilidade ou de retardamento devem ser precedidos do devido processo administrativo, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais da atividade administrativa, sendo imprescindível a observância de etapas e formalidades legais.

Sobre a matéria elencada se manifestou Justen Filho:

Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.⁶⁹

E mais adiante, arremata o referido Autor:

⁶⁸ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 467

Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto dizer que a contratação direta exclui um “procedimento licitatório”. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contraente mais adequado. “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar as formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, etc.) Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.⁷⁰

Nota-se que a obrigatoriedade em deflagrar procedimento administrativo afasta arbitrariedades e informalidades bem como homenageia o princípio da impessoalidade, legalidade, transparência e moralidade administrativa.

A etapa inicial do processo administrativo de contratação direta é similar à contratação precedida de licitação, de modo que deve ser iniciado com a manifestação de um órgão/setor no sentido de promover a contratação, com a descrição clara e sucinta do objeto, com a estimativa de preço e a declaração do setor financeiro acerca da disponibilidade de recursos orçamentários.

A contratação direta deverá observar o procedimento administrativo em que se verifica uma necessidade a ser atendida, define-se o objeto a ser contratado e as peculiaridades que forem relevantes para a sua execução, sobre o processo administrativo, é digna de acolhida a lição de Pestana, para quem:

A partir da identificação do motivo, forma-se um processo administrativo, para onde serão carreadas todas as manifestações escritas que, direta ou indiretamente, sejam relevantes e pertinentes ao exame e eventual satisfação do motivo determinado. Poderá ocorrer que o processo administrativo seja formado, mas não resulte numa contratação, seja direta seja através da instalação de um certame licitatório.⁷¹

Após a fase inicial ser documentada no processo administrativo, a etapa seguinte do processo de contratação direta diverge do processo licitatório.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p 617

⁷¹ PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 497.

O processo de contratação direta tomará rumo distinto do procedimento licitatório comum, em etapa superveniente, na fase de delimitação e escolha do meio para contratação. Neste momento, o administrador vai demonstrar a inaplicabilidade das normas que regem a licitação. Não vai elaborar um edital e tomar medidas comuns à fase externa do processo licitatório, mas sim adotar medidas para a realização da contratação direta.⁷²

É dizer a administração deverá explicitar as razões para a contratação direta, demonstrando a incidência de todos, vez que são cumulativos, os requisitos legais para enquadrar na exceção do dever de licitar, além de evidenciar os motivos da escolha bem como justificar o preço contratado.

Segundo Justen Filho:

Em termos práticos, esse procedimento prévio destina-se a dois objetivos principais. Por um lado, trata-se de apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos para a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade). Por outro, busca-se selecionar a melhor proposta possível, com observância (na medida do possível) princípio da isonomia. Se a administração pode escolher o particular, isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Deverá evidenciar que, nas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Logo, deverão existir dados concretos acerca das condições de mercado, capacitação do particular escolhido etc.⁷³

Ademais, as exigências formais são essenciais para a regularidade e legitimidade de uma contratação direta com destaque no ordenamento jurídico brasileiro também na esfera do direito penal, de modo que o comando inserto no art. 89 da Lei 8.666/93 prevê os crimes e as penas quando do não cumprimento das normas do referido diploma legal, veja-se:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade,

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 619.

beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.⁷⁴

Destarte, o agente público que deixar de observar a processualização na contratação direta poderá incorrer no crime previsto na lei de licitações. Daí porque, constata-se que o legislador atribuiu um valor significativo as formalidades legais.

4.2.2 Motivação

Em geral, os atos administrativos devem ser motivados a fim de garantir que as decisões administrativas prezem pelos direitos e garantias individuais, o pleno exercício do direito de acesso a informações. A motivação dos atos administrativo anda de mãos dadas com o princípio da moralidade administrativa, de modo que será identificada a atuação ética do administrador exposta pela indicação dos motivos bem como permite o controle do ato praticado pelo mesmo.

Convém esclarecer, por oportuno, que motivo se distingue de motivação, de modo que aquele antecede a prática do ato ao passo que a última corresponde às circunstâncias que levaram o administrador a praticar o ato.

Sobre este ponto ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Que motivo e o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.”⁷⁵

. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação de vontade.⁷⁶

A Lei 8.666/93 no art. 38 condiciona a instrumentalização de um processo administrativo para a abertura de um procedimento licitatório, o que conseqüentemente é subordina o referido procedimento a Lei 9.784/99 que regula o

⁷⁴ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

⁷⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 212

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 31 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pág. 118.

processo administrativo e prevê expressamente a motivação dos atos administrativos no comando inserto no art.50.

A amplitude e o alcance desse artigo não deixam margem a dúvidas de que a regra geral é a motivação dos atos administrativos.

Diógenes Gasparini leciona que:

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.⁷⁷

Não se pode olvidar que o mesmo Diploma Legal em seu art. 2º traz à baila alguns princípios que deverão ser obedecidos pela administração pública, leia-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.⁷⁸

Nota-se que o legislador elevou a motivação a posição de princípio. Segundo Mello:

(...)que o Princípio da Motivação impõe a administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.⁷⁹

Nesta toada, o dever de motivar é pressuposto para a administração pública, vez que é o elemento inspirador da vontade do administrador como dito alhures. Ademais, administrado, entre outros direitos, tem direito a uma decisão fundada, motivada, com explicação dos motivos.

⁷⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 15. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.

Deste modo, a ausência de motivação pode ensejar o desvio ou abuso de poder, tendo em conta que é pela motivação que é possível aferir a intenção do administrador público.

A contratação direta não abre margens a inobservância aos princípios norteadores da administração pública, uma vez a motivação encontra-se consolidada no art. 26 da Lei de licitações.

A exegese do sobredito dispositivo releva que dos motivos devem integrar a justificativa, que evidencie todos os requisitos necessários à configuração da exceção legal ao dever de licitar.

O art. 50 da Lei 9.784/99 estabelece expressamente o dever de motivação nos casos de contratação direta, *ipsi literis*

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.⁸⁰

Observa-se que o dispositivo acima transcrito estabelece que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, portanto, o administrador deverá firmar sua convicção de maneira clara e precisa.

Deste modo, não é lícito o administrador adotar fundamentos genéricos e indefinidos, vez que o ato fugiria do controle de legalidade pela administração ou pela via judicial.

Na visão de Justen Filho:

Há necessidade de motivação do ato decisório da Administração no tocante à presença dos pressupostos da contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, a atribuição de competência discricionária não se confunde com a liberação de motivação, nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária

⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado.⁸¹

Nesta esteira, é nítido que a motivação deve ser observada na contratação direta, de sorte que o ato destituído de motivação se mostra insubsistente.

4.2.3 Vedação ao superfaturamento

Em que pese a contratação direta constituir uma exceção legal ao dever de licitar a sua validade e legitimidade está estritamente condicionada a obediência aos princípios norteadores da administração pública com a finalidade de preservar o interesse dos administrados.

Por tal razão é que a contratação de serviços advocatícios deve atender os preços praticados no mercado em consonância com a razoabilidade e proporcionalidade. O administrador público que agir em sentido diverso malferirá o interesse público e será responsabilizado.

Neste ponto, o §2º do art. 25 Lei de Licitações não ficou inerte, estabelecendo a responsabilidade solidária entre o agente responsável pela contratação e a pessoa física ou jurídica contratada, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) § 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.⁸²

Convém colacionar brilhante entendimento doutrinário em derredor da matéria:

Para reforço da regra que impõe a observância de processo administrativo formal e de fundamentação adequada, ainda existe o disposto no art. 25, § 2º, no sentido de que nas hipóteses de inexigibilidade e também em qualquer dos casos de dispensa, “se

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 625.

⁸² BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

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.⁸³

O superfaturamento ocorre quando o valor contratado é superior ao praticado no mercado em procedimento doloso no sentido de lesar o erário público em dissonância com os princípios da economicidade, razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a atuação administrativa.

Justen Filho leciona:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.⁸⁴

Quanto a justificativa de preços na contratação direta a Corte Superior de contas se manifestou no seguinte sentido:

Quanto ao preço, destacou que, “mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93”, ressaltando ainda que “o Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (...). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme ...o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas”. Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5, Relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015.⁸⁵

⁸³ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014. p. 113.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 629.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5**, Relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

Logo, a justificativa de preço deverá caminhar lado a lado com o valor praticado em contratações similares nos casos de contratação direta com amparo no inciso. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, que impõe a instrução do processo administrativo de contratação direta com a justificativa de preço.

Destaca-se a orientação Normativa nº 17 da AGU:

A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. (Alterada pela Portaria AGU nº 572/2011, publicada no DOU I 14.12.2011.)⁸⁶

Entende-se que a justificativa do preço nas contratações por inexigibilidade de licitação requer a demonstração de equivalência do valor a ser cobrado da Administração com os valores praticados pela contratada em outros ajustes que contemplem o mesmo objeto ou objeto similar.⁸⁷

Isto posto, é indubitável que a justificativa de preço na contratação direta deve atender a razoabilidade em atenção ao interesse público, sob pena do agente público responsável responder solidariamente com o prestador de serviços.

4.3 Jurisprudências sobre o tema

A jurisprudência não diverge da doutrina quando admite a possibilidade de contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação, desde que atendidos os requisitos legais.

Na visão do TCU, três seriam os requisitos para configuração de hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme verbete da Súmula nº. 252, *in verbis*:

⁸⁶ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação normativa nº 17 AGU**. Publicado em: 01/04/2009. Brasília, AGU, 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189178>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

⁸⁷ REDAÇÃO. **Como justificar o preço nas contratações por inexigibilidade de licitação segundo a AGU?** Blog Zenite. Publicado em: 12/10/2015. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/como-justificar-o-preco-nas-contratacoes-por-inexigibilidade-de-licitacao-segundo-a-agu/>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei Licitações, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.⁸⁸

O segundo pressuposto apontado pelo TCU diz respeito à natureza singular do serviço.

Neste aspecto, chama-se atenção para o teor da Súmula nº 264 do TCU:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.⁸⁹

Confira-se excerto do acórdão nº. 7840/2013, de Relatoria do Ministro Benjamim Zymler:

8. Verifico, entretanto, que o requisito da singularidade de que trata o inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93 não se confunde com a ideia de unicidade. Ou seja, o fato de haver mais de uma empresa atuando em determinado segmento de mercado não é incompatível com a ideia de singularidade do objeto a ser contratado.

9. Até porque, caso o efeito de singularidade significasse um único sujeito possível de ser contratado, estar-se ia diante de inviabilidade de competição subsumível diretamente ao caput do art. 25 da Lei 8.666/93. Não teriam, pois, qualquer aplicabilidade as disposições do inciso II desse artigo, que exigem o atributo da singularidade para as contratações diretas de serviços especializados com profissionais e empresas de notória especialização.⁹⁰

O Superior Tribunal de Justiça também já destacou que:

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 252 do TCU**. Brasília, TCU, 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/S%25C3%25BAmula%2520264/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 264 do TCU**. Brasília, TCU, 2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/S%25C3%25BAmula%2520264/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

⁹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 7840/2013** 1ª Câmara. Relator: Ministro Benjamim Zymler. Publicado em: 05/11/2013. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.1:acordao:2013-11-05;7840>>ACÓRDÃO TCU 7840/2013. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

Assim, embora possam existir vários profissionais dotados de notória especialização em determinada área de conhecimento, a circunstância que inviabiliza a competição são suas características individuais que despertam a confiança do administrador, analisadas sob o enfoque do objeto do contrato a ser executado, bem como do interesse público que deve ser buscado em toda atuação da administração.⁹¹

De mais a mais, é imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a contratação de serviços jurídicos por inexigibilidade de licitação, ressaltando a confiança a ser depositada nos advogados contratados.

Veja-se o acórdão de relatoria do Ministro Carlos Velloso⁹²:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível em uma sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender os interesses do Estado, que tem por missão a defesa pública.

A corroborar o entendimento assentado na doutrina sobre a notória especialização, confirmam-se os mais recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal, que vem registrando:

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

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 228.759**, 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 24.04.2012. Publicado em: 03.05.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668474/habeas-corpus-hc-228759-sc-2011-0304958-7-stj/relatorio-e-voto-21668476?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 72830** 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 20.10.95. Publicado em Diário Oficial em:16.02.96, p. 2.999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo161.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.⁹³

Na mesma vertente:

Há, contudo, determinados serviços que demandam primor técnico diferenciado, detido por pequena ou individualizada parcela de pessoas, as quais imprimem neles características diferenciadas e pessoais. Trata-se de serviço cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado 'toque do especialista', distinto de um para outro, e que o qualifica como singular, tendo em vista a inviabilidade de comparar com objetividade a técnica pessoal, a subjetividade, a particular experiência de cada qual dos ditos especialistas, falecendo a possibilidade de competição.

Destaque-se, mais uma vez, que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, nesta hipótese os serviços enunciados no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 podem ser prestados por vários especialistas; no entanto, todos eles os realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

(...)

A inexigibilidade pode, como já referi, se manifestar mesmo que existam vários especialistas aptos a prestar o serviço pretendido pela Administração, já que todos eles se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Exatamente por isso a Administração deverá escolher um dos especialistas em detrimento de todos os demais eventualmente existentes. Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com estimativa subjetiva.

(...)

A confiabilidade, conquanto determinada subjetivamente, depende de certos requisitos objetivos, entre os quais sobressaem a experiência do especialista, a sua boa reputação, o grau de satisfação obtido em outros contratos, entre outros. Dentre os especialistas que contemplem esses requisitos objetivos, agente administrativo escolherá aquele em que deposita maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público do que outros, valendo aí os seus traços pessoais, que devem se identificar com o que pretende a Administração."⁹⁴

⁹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 348 SC**. Rel. Ministro Eros Grau. Julgado em 15/12/2006. DJE 03/08/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

⁹⁴BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Inquérito 3.077 AL. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 29/03/2012. DJE: 25/09/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869959/inquerito-inq-3077-al-stf>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

À vista dos entendimentos colacionados resta cabalmente comprovado que a corte superior de contas bem como o Superior Tribunal admitem a contratação direta de serviços advocatícios, desde que a situação concreta preencha os requisitos legais amplamente debatidos no presente trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa atuação administrativa está condicionada a observância dos princípios previstos expressamente na Constituição Federal, a saber: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, os Preditos princípios são sustentáculos basilares para o devido processo licitatório. Ou seja, o procedimento licitatório deverá obedecer a estes pressupostos.

Isto porque, a finalidade da licitação deve ser sempre atender o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa, homenagear a igualdade de condições bem como os demais princípios resguardados pela constituição.

Os princípios licitatórios foram debatidos no presente trabalho, de modo a demonstrar que os mesmos norteiam a licitação em todas as suas fases, desde o recebimento da proposta até o seu julgamento.

A Constituição Federal ao passo que exige licitação para as contratações por parte da administração pública prevê também ressalvas, nos casos especificados na legislação.

Desse modo, o princípio e a regra do deve de licitar comportam exceções definidas pelo legislador infraconstitucional a depender do preenchimento de alguns requisitos legais.

Nestas situações, surge a contratação direta, enquanto exceção ao princípio da licitação em duas modalidades- dispensa e inexigibilidade de licitação. A primeira ocorre por determinação legal, enquanto a segunda por inviabilidade de competição a ser aferida no plano fático.

Foi demonstrado que a lei ordinária fixa com espeque na Carta Magna hipóteses de exceções à regra de licitar, que é exatamente o que se observa nas disposições dos artigos 24 e 25 da Lei nº. 8.666/93, que tratam, respectivamente, sobre os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação em algumas situações fáticas.

O foco do presente trabalho foi o inciso II do art. 25 da lei de licitações, que dispõe acerca da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados, mormente sobre a contratação direta de serviços jurídicos.

Há de se reconhecer a possível incompatibilidade da natureza dos serviços advocatícios com o procedimento licitatório, de sorte que este último impõe regras de competitividade, julgamento objetivo que contradiz o liame lógico da prestação dos referidos serviços.

Isto porque, como bem explanado, o serviço prestado por um advogado ou escritório de advocacia é inerente a uma relação de confiança, além de aspectos subjetivos ligados ao profissional, de modo a inviabilizar a aferição por meio de um julgamento objetivo.

Portanto, as características subjetivas que norteiam os serviços advocatícios, notadamente a notória especialização e a confiança na pessoa contratada, afasta a objetividade, o que justifica a falta de licitação pública.

Além disso, a Ordem dos Advogados do Brasil contém disposições incompatíveis com as regras de um procedimento licitatório, ante a função social exercida pelo advogado.

Destaca-se ainda que a contratação direta de advogados surgirá a partir de uma necessidade pública a demandar a prestação de serviço de um especialista, frente a disposição constitucional de que os serviços advocatícios devem ser desempenhados pelo quadro de procuradores.

Para tanto, o serviço advocatício deve possuir natureza singular a ser desempenhado exclusivamente pela banca contratada (a revelar a confiança *intuitu personae* nela depositada), que goza de notória especialização.

O advogado contratado deve possuir notória especialização aferida por critérios objetivos, como vasta e incontestável experiência, especialização, reconhecimento por trabalhos similares etc.

Ante a necessidade de preencher os requisitos debatidos no presente trabalho, outra conclusão não se chega senão a de que a contratação direta não é feita de forma banal, arbitrária.

Desse modo, além da obediência aos princípios que norteiam a atuação administrativa (constitucionais e os previstos no art. 3º da Lei 8.666/93), há condições de validade a serem observados no processo de contratação direta como a processualização, motivação e vedação ao superfaturamento.

Nesse sentido, a instauração de um procedimento formal garante a regularidade bem como o controle pelos órgãos de controle, judicial e até mesmo pelos administrados, salvaguardando o interesse público.

De mais a mais, os atos administrativos, em geral, devem ser expressamente motivados em atenção ao quanto disposto no art. 50 da Lei 9.784/99.

No mais, também é condição de validade a moderação do preço a ser contratado, de sorte que os recursos públicos serão conduzidos da melhor forma, em atenção a vedação ao superfaturamento.

6 REFERENCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado** - 20 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 196.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, 2017, p. 37.

BOSELLI, Felipe Cesar Lapa; LEONETTI, Carlos Araújo. **Uma análise crítica da dispensa e inexigibilidade de licitação: em busca de uma teoria que possibilite a aplicação a casos concretos**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Brasília, v. 2, n. 1, p. 148-165, jan./jun. 2016. p. 153-154.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Orientação normativa nº 17 AGU**. Publicado em: 01/04/2009. Brasília, AGU, 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189178>. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de agosto de 2018.

BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 348 SC**. Rel. Ministro Eros Grau. Julgado em 15/12/2006. DJE 03/08/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer jurídico, constante nos autos do processo ADC 45**, 2016. Brasília, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.sf?seqobjetoincidente=5030897>. Acesso em: 10 agosto 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 72830 2ª Turma**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 20.10.95. Publicado em Diário

Oficial em:16.02.96, p. 2.999. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo161.htm>. Acesso em:
10 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3.077 AL**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 29/03/2102. DJE: 25/09/2012. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869959/inquerito-inq-3077-al-stf>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 228.759**, 5ª Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 24.04.2012. Publicado em: 03.05.2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21668474/habeas-corpus-hc-228759-sc-2011-0304958-7-stj/relatorio-e-voto-21668476?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 7840/2013** 1ª Câmara. Relator: Ministro Benjamim Zymler. Publicado em: 05/11/2013. Disponível em: a href="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.1:acordao:2013-11-05;7840">ACÓRDÃO TCU 7840/2013</a. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5**, Relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 252 do TCU**. Brasília, TCU, 2011. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/S%25C3%25BAmula%2520264/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula n. 255 do TCU**. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controlado-interno/sumulas/18313-sumula-255-tcu>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 264 do TCU**. Brasília, TCU, 2011. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/13/S%25C3%25BAmula%2520264/%2520DTRELEVANCIA%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo** - São Paulo, Editora de Direito, 1999, p. 255.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Administrativo** – 2 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 646

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir. **Conselho do Pleno Súmula n. 04/2012/COP**. Relator Jardson Saraiva Cruz. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>>

CRUZ, Carlos Henrique. **Inexigibilidade de licitação: quando ocorre?**. Artigo Jurídico. Publicado em: 13 de junho de 2018. Disponível em: <http://chcadvocacia.adv.br/blog/inexigibilidade-de-licitacao/>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

EROS Roberto Grau. **Inexigibilidade de Licitação-serviço técnico- profissionais especializados-notória especialização**, RDP, 99, P.70 ss.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MASCARENHAS, Paulo. **Improbidade Administrativa e Crime de Responsabilidade de Prefeito Comentado** – 3d. rev. amp. atual. São Paulo: RCN, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 15. ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3 ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOVAES, Ana Carolina. **Princípios da Licitação de acordo com a Lei n. 8.666/93**. Boletim Jurídico. Publicado em: 11 de agosto de 2005. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/752/principios-licitacao-acordo-com-lei-n-8-6693>. Acesso em: 10 de agosto de 2018.

OLIVEIRA, Thais Tarquínio. **A Inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios**. Monografia. Brasília: Universidade de Brasília, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas** – 6 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

QUINHO, Lincoln de Souza. **Contratação de advogado por inexigibilidade de licitação pela Administração Pública**. Monografia de especialização. Universidade Estadual da Paraíba. Paraíba: UFPB, 2015.

REDAÇÃO. **Como justificar o preço nas contratações por inexigibilidade de licitação segundo a AGU?**. Blog Zenite. Publicado em: 12/10/2015. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/como-justificar-o-preco-nas-contratacoes-por-inexigibilidade-de-licitacao-segundo-a-agu/>. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Vieira. **A Evolução da Licitação**. Artigo. Publicado em 21 de agosto de 2007. Bahia: UFBA, 2007. Disponível em: <http://www.justificatorio.com.br/arquivos/A%20EVOLUO%20DA%20LICITAO.doc>. Acesso em: 01 de setembro de 2018.

SILVA, Mônica de Góis. **Dispensa e inexigibilidade de licitação, formas previstas na Lei n. 8.666/93 de compras públicas que exclui o certame licitatório**. Monografia de especialização. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco: UTFPR, 2013.

SOBRINHO, Jorge Hage. **Licitações e Contratos Administrativos Perguntas e Respostas**. Cartilha da Controladoria-Geral da União. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2011.