



# **FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**

**LICITAÇÕES E CONTRATOS**

**MARLA MAIARA OLIVEIRA DE JESUS**

## **DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA MEDIANTE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Salvador  
2018

**MARLA MAIARA OLIVEIRA DE JESUS**

**DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA MEDIANTE  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Licitação e Contratos.

Salvador  
2018

**MARLA MAIARA OLIVEIRA DE JESUS**

**DA CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA MEDIANTE  
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Licitações e Contratos, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

Àqueles que sempre acreditaram em mim, especialmente à Deus.

## **AGRADECIMENTOS**

Eu nunca conseguiria reunir num papel a minha gratidão, mas tentarei, utilizando das palavras de Clarice Lispector que com majestade conseguiu reunir em duas frases algo que transcendem o sentido do que eu tentei escrever: “ Liberdade é pouco, o que eu desejo ainda não tem nome” e “ Suponho que me entender não é uma questão de inteligência e sim de sentir, de entrar em contato”

Dessa forma agradeço: À Deus, por ter me banhado de sua luz, e por ter me concedido o dom de poder leva-la onde eu for. Por me proteger dentro de sua fortaleza e fazer que eu nunca desista dos meus objetivos e sonhos. Agradeço por ter a minha melhor família, aos meus sócios e colegas de trabalho Railson Pinho, Poliana Nunes, Rita Barreto e Fabiano Carneiro, aos colegas maravilhoso da turma, e por ter encontrado no meu caminho acadêmico e profissional uma pessoa excepcional como o Professor e nosso Coordenador Ronny Charles, profissional e ser humano com características singulares e encantadoras, obrigada por ter sido o melhor profissional e amigo que a nossa turma poderia ter.

*Liberdade é pouco o que eu desejo  
ainda não tem nome.*

*Clarice Lispector*

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo trazer à lume as nuances de algumas das hipóteses de contratação direta, mediante Inexigibilidade de licitação, bem a evolução jurisprudencial sobre o tema. Em razão do caráter abstrato que se baseia a inviabilidade de competição como motivação para inexigibilidade de licitação, verificou-se ao longo desse estudo, que o tema, está rodeado de incursões doutrinárias e jurisprudenciais, que tentam afastar o elemento subjetivo para melhor aplicação do comando normativo estabelecido no art. 25 da Lei 8.666/93. Tentou-se, com dificuldade, de trazer à lume pressupostos objetivos para escolha isonômica da contratação mais adequada para Administração, uma vez que algumas contratações de natureza personalíssima obstaculizam a possibilidade de alternativas para escolha.

**Palavras chaves:** Contratação; Inviabilidade de competição; Pressupostos objetivos e subjetivos.

## **LISTA DE ABREVIATURA**

CF/88 – Constituição Federal de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCM/BA – Tribunal de Contas do Municípios do Estado da Bahia



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	08
<b>2 LICITAÇÃO</b>	13
2.1 Histórico da Licitação no Brasil	13
2.2 Considerações Gerais da Licitação	15
2.3 Princípios Norteadores da Licitação	18
2.3.1 Princípio da Legalidade	18
2.3.2 Princípio da moralidade e da probidade administrativa	19
2.3.3 Princípio da impessoalidade	21
2.3.4 Princípio da Publicidade	22
2.3.5 Princípio da Eficiência	23
2.3.6 Princípio da Igualdade ou Isonomia	25
2.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	27
2.3.8 Princípio do Julgamento Objetivo	28
<b>3 HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE PREVISTA NA LEI 8.666/93</b>	29
3.1 CONTRATAÇÃO POR EXCLUSIVIDADE DO FORNECEDOR/PRODUTOR - (ART. 25, INCISO I DA LEI 8.666/93)	33
3.2 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS	37
3.2.1 Inviabilidade de competição (art. 25, caput da Lei 8.666/93)	39
3.2.2 Serviços Técnicos de Natureza Singular (art. 25, inciso II da Lei 8.666/93)	42
3.2.3 Notória Especialização	46
3.3 CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS	47
3.4 CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTISTICO	50
<b>4 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE INGEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO</b>	

<b>PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO</b>	58
<b>5 CONCLUSÃO</b>	67
<b>REFERÊNCIAS</b>	68

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo trazer à lume as nuances de algumas das hipóteses de contratação direta, mediante Inexigibilidade de licitação, bem a evolução jurisprudencial sobre o tema.

Neste passo, abordaremos especialmente sobre a contratação de advogados/sociedades advocatícias e contratação de profissional do setor artístico pela Administração Pública, o cenário de oposição pelos Órgãos de Controle, Tribunais de Contas e Ministério Público.

Pretende-se ainda, neste trabalho, relativizar ou refutar argumentos que se apresentam como óbices às referidas contratações, como forma de garantir o cumprimento da Lei 8.666/93.

O propósito maior do presente trabalho é contribuir para a racionalização deste tema, com apresentação de razões que justifiquem e legitimem a utilização do instituto da Inexigibilidade, contrapondo a inclinação dos órgãos de controle que vem tendenciando a opinarem que a maioria das contratações realizadas sob o fundamento de Inexigibilidade de licitação, configure fuga à licitação, impondo aos Municípios multas e até mesmo rejeição de contas.

A realização de um certame licitatório ocorre quando a Administração Pública pretende contratar obras, serviços, ou mesmo realizar compra ou alienação de bens móveis e imóveis.

O diploma legal que regulamenta a licitação e os contratos administrativos no ordenamento jurídico pátrio é a Lei Federal n.º 8.666/93. Esta dispõe de maneira específica sobre as regras da contratação com o Poder Público, bem como, com a formalização e execução dos contratos administrativos.

É cediço, que o ato de licitar deve sempre respeitar os princípios intrínsecos da Administração Pública. Logo, a inobservância de qualquer um deles, pode acarretar em nulidade absoluta do certame.

São princípios norteadores da licitação: princípio da legalidade; princípio da moralidade e da probidade administrativa; princípio da impessoalidade; princípio da igualdade ou isonomia; princípio da publicidade; princípio da vinculação ao instrumento convocatório; princípio do julgamento objetivo; princípio da eficiência administrativa.

A Lei n.º 8.666/93 também tratou de estabelecer modalidades licitatórias para serem utilizadas de acordo com o valor ou com o objeto a ser contratado. Desse modo, elencou em seu art. 22 como modalidades: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão.

Em 2000, com a edição da Lei n.º 9.986/00, foi acrescida mais uma modalidade de licitação, conhecida como, consulta. Porém esta modalidade tem sua utilização reservada apenas para as Agências Reguladoras.

Todavia, em 2002 foi acrescentada mais uma modalidade de licitação ao rol pré-existente. Denominado como pregão, esta é a última das modalidades, e é regida pela Lei n.º 10.520/02.

Ademais, a Administração Pública, quando preenchidos os requisitos legais, poderá contratar diretamente sem a necessidade de realização de um certame licitatório. Isso ocorrerá por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A diferença entre a dispensa e a inexigibilidade é que, no primeiro caso, o legislador, ao confrontar os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e o princípio da

licitação, estabeleceu um rol taxativo de hipóteses, previsto no bojo do art. 24, da Lei n.º 8.666/93, em que a Administração Pública poderá contratar diretamente por meio de dispensa de licitação.

Já no segundo caso, a inexigibilidade tratou do reconhecimento da inviabilidade de competição entre os ofertantes. Porém, neste caso, o legislador normatizou, por meio do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, um rol exemplificativo de hipóteses, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta.

Nunca é demais trazer a colação a regra geral insculpida no art. 37, XXI, da Carta Federal, que estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, fixado no caput do seu artigo quinto.

Daí, a Lei das Licitações trazer, logo no seu início, após fixar no art. 1º o âmbito do seu alcance (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no art. 2º a delimitação precisa da norma geral: “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.**” (grifos nossos).

A par destas duas observações, quer nos parece que as "regras do jogo" foram fixadas de modo muito transparente: licita-se como regra e dispensa-se como exceção.

O artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, estabelece a obrigatoriedade das contratações de obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública direta e indireta serem precedidas de licitação. No entanto, o referido dispositivo submete à legislação infraconstitucional a tarefa de excepcionar a regra geral.

No âmbito da competência constitucional privativa para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas, conferida pelo inciso XXVII do artigo 22 da Carta Política de 1988, a União editou a Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Neste compasso, é de se considerar que o direito é um amplo espectro de normas essencialmente harmônicas, razão porque, em todos os casos previamente estabelecidos na Lei nº 8.666/93 em que a regra geral de licitar foi excepcionada, o foi sob a justificativa de que o princípio da licitação encontrava-se em confronto com outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido o primeiro subjugado por um desses.

As exceções mais comuns à regra da obrigatoriedade de licitar encontram previsão expressa nos artigos 24 e 25 do Estatuto Licitatório, que autorizam a contratação direta por intermédio de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Trazidas as considerações iniciais, esclarecemos que este trabalho será desenvolvido em 4 seções, na primeira supra apresentada foram expostos os objetivos centrais, a problemática que envolve o tema, metodologia e justificativa de estudo. Nesse contexto tem-se delimitado o que se propõe pesquisar, definindo as etapas da pesquisa, o caminho metodológico a ser seguido, a fim de alcançar a resposta para o problema.

A segunda seção disporá sobre uma breve explanação sobre hipóteses de Inexigibilidade exemplificadas na Lei 8.666/93, apresentando três recortes, um sobre a contratação de produtor/fornecedor exclusivo; outro sobre contratação de profissional do setor artístico e outro sobre a contratação de advogados/sociedades advocatícias.

E por fim a última seção que concluirá este trabalho, fará as considerações finais do tema aduzido, apresentando a síntese da correta aplicação da Lei 8.666/93, as distorções das avaliações dos Órgãos de controle, bem como a atual jurisprudência sobre o tema.

Durante a elaboração da pesquisa, foram coletados dados bibliográficos, que foram utilizados para a metodologia, correspondendo à pesquisa bibliografia, que para, Gilberto de Andrade Martins (2000, p.44) “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos (...) utilizando das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto”. A pesquisa bibliográfica tem como vantagem cobrir uma maior gama de fenômenos do que aquela que poderia pesquisar diretamente.

O método da pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo que conforme leciona MARTINS (2000, p.132) “não se limita à generalização empírica das observações realizadas, podendo-se, através dele, chegar à construção de teorias e leis”. Desta maneira, o método traduz a ordem que se deve impor aos diferentes processos necessários para atingir um fim dado ou um resultado. Nas ciências, entende-se por método o conjunto de processos que o espírito humano deve empregar na investigação da verdade. Esta afirmação apresenta método como uma escolha sistematizada de procedimentos no desenvolvimento e apresentação dos resultados da pesquisa. (LAKATOS/MARCONI 2003, p.35).

Como técnica de pesquisa, definida por Maria Margarida Andrade (2005, p.135) como conjuntos de normas visadas especificamente em cada área das ciências, é a instrumentação específica da coleta de dados, foram utilizadas as seguintes:

A pesquisa bibliográfica que procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos; e a pesquisa eletrônica, que possibilita a ampliação da discussão sobre o assunto, utilizando o recurso da Internet para obtenção de material bibliográfico, através de sites específicos sobre o tema objeto da pesquisa.

## **2. LICITAÇÃO**

### **2.1 Histórico da Licitação no Brasil**

A licitação apresentou seus primeiros aspectos no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, por meio do Decreto n.º 2.926, de 14 de Maio de 1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Com a aparição de diversas outras leis que tratam, de forma simplória, do assunto, o procedimento licitatório veio a ser consolidado, no âmbito federal, com o advento do Decreto n.º 4.536, de 28 de Janeiro de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União.

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, o procedimento licitatório veio galgando para a evolução, com o intuito de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto Lei n.º 200, de 25 de Fevereiro de 1967, que constituiu a



reforma administrativa federal, sendo logo após estendido com a edição da Lei n.º 5.456, de 20 de Junho de 1968, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto Lei n.º 2.300, de 21 de Novembro de 1986, atualizado em 1987, pelos Decretos Lei n.º 2.348 e 2.360, consolidou, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

A Constituição Federal de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública. Apesar dos textos constitucionais anteriores contemplarem dispositivos relacionados ao acesso à função pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública somente foi levada a efeito pela Carta Magna de 1988.

Todavia, a partir de 1988 a licitação recebeu o status de princípio constitucional, de observância obrigatória pela Administração Pública Direta e Indireta.

Assim, ao analisar o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei.

O princípio de licitar está intimamente ligado aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público que são princípios norteadores da atividade estatal. O fato de ter sido alçado ao patamar de princípio constitucional é de extrema importância para a análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme observa Sílvio Roberto Seixas Rego:

“a magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observação de um

princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria lei aplicada. Segundo o festejado constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação à não observância de um princípio, eis que este último traduz-se na própria estrutura informadora da norma. Ao contrário da norma que somente possui eficácia nas situações por ela disciplinadas, os princípios, em razão de sua abstratabilidade sem conteúdo concreto, açambarcam, ao contrário da lei, um número indeterminado de situações fornecendo critérios para a formação das leis. Aspecto relevante da aplicabilidade dos princípios diz respeito aos critérios que estes fornecem para uma sólida, justa, lógica e legal interpretação da lei.”

O art. 37, XXI da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei n.º 8.666/93, atualmente em vigor, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Esta Lei, no seu art. 22, estabelece cinco modalidades licitatórias, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Já o pregão, criado posteriormente, é regulamentado pela Lei n.º 10.520/02.

## **2.2 Considerações Gerais da Licitação**

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666/93) dispõe, de maneira generalista, sobre licitações e contratos administrativos pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os contratos deverão ser realizados entre pessoas físicas ou jurídicas e a Administração Pública, assegurando sempre a igualdade entre as partes concorrentes do certame, de modo que, será vencedor do ato o participante que apresentar a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração Pública.

O objetivo desta Lei é regulamentar todo o procedimento licitatório, assim como estabelecer as condições necessárias para que seja realizado o contrato de prestação de serviços, ou do fornecimento de bens e mercadorias.

Deste modo, quase todas as pessoas físicas ou jurídicas que tenham a intenção de contratar com Poder Público estarão sujeitas à submissão de um procedimento licitatório cujo objeto pressupõe uma competição pública.

Mister se faz ressaltar a cautela na utilização do termo “quase todas” usado no parágrafo anterior, pois a Lei elenca as regras específicas pelas quais a Administração Pública poderá contratar diretamente com o fornecedor do produto ou do serviço, uma vez que a licitação poderia não ser realizada a critério da Administração.

Em tempo, a Lei n.º 8.666/93 foi editada em consonância com o que segue disposto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, onde preceitua que “compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Todavia, estabelece o art. 37, XXI, da Carta Magna, que:

**Art. 37. (...)**

**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.

Partindo de tal premissa basilar, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi originada com o intuito de suplantar, pormenorizadamente, o que já é apreciado de maneira simplificada no art. 37, XXI, da Constituição Federal. nos ensina que a deflagração do procedimento licitatório está diretamente ligado à verificação de certos pressupostos, que se agrupam em 3 categorias, sendo elas: 1ª) pressuposto lógico; 2ª) pressuposto jurídico; 3ª) pressuposto fático.

### 2.1.1 Pressuposto Lógico

Para a realização de um certame licitatório, necessita-se da existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Com efeito, a abertura de uma licitação que tivesse como objetivo a contratação de um serviço disponível por apenas uma empresa, iria diretamente de encontro com o princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, previstos no *caput* do art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

### 2.1.2 Pressuposto Jurídico

A licitação tem como garantia a observância do interesse público. Entretanto, há situações em que a realização do procedimento seletivo revela-se inapto à conquista do seu objetivo fim, sendo muitas vezes contrário ao interesse público. Nestes casos específicos, o ordenamento jurídico pátrio trata das possibilidades de contratação direta por dispensa e inexigibilidade do certame licitatório.

Ensina-nos melhor, o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2008: 533) sobre o assunto:

É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover.

Na visão do citado doutrinador, a licitação é um meio útil para chegar a um dado resultado, sendo este, o estabelecimento de uma relação jurídica.

Neste sentido, quando não se pode alcançar esta função, é descabida a realização de uma licitação.

### 2.1.3 Pressuposto Fático

Este último pressuposto, é referente a existência de pessoas com interesse em disputar um certame licitatório.

Isso significa que, a abertura e posterior realização de um processo de licitação deve ser precedida de concorrentes, pois no caso de não haver interessados na disputa, não há o que se falar em licitação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008: 533) faz a seguinte conceituação acerca do pressuposto fático:

É pressuposto *fático* da licitação a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la. Seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter um parecer de um jurista famoso, os serviços de um consagrado advogado para uma

sustentação oral, ou uma cirurgia a ser efetuada por renomado especialista. Nenhum deles prestar-se-ia a isto.

Isto posto, quando não houver interessados em disputar um certame licitatório, não fará sentido a realização de uma licitação, devido ao fato de não haver concorrentes.

## **2.3 Princípios Norteadores da Licitação**

Os princípios do procedimento licitatório estão diretamente ligados com o real objetivo a que se destina a licitação no âmbito da Administração Pública e seus demais entes. Eles fazem parte do conjunto fundamental que estabelece a obrigatoriedade, ressalvadas as exceções, de que deve haver um processo administrativo regulamentador para a contratação com o Poder Público.

Nesse sentido, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, estabelece os principais princípios norteadores (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), entretanto, este rol não é adstrito somente ao que dispõe a Carta Magna. Outros princípios são elencados no art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, os quais o gestor deverá considerá-los para o ato de licitar, tendo em vista a validação da contratação.

### **2.3.1 Princípio da Legalidade**

Por ser o meio utilizado para a contratação com a Administração Pública, a licitação é o procedimento que, após sua finalização, legaliza o uso do dinheiro público para os fins a que se destinaram o ato licitatório. Logo, o trâmite não deve ser fundado em critérios subjetivos, mas deve estar vinculado ao diploma legal que rege tal ato administrativo.

Previsto nos artigos 5º, inciso II, e *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, bem como, no *caput* do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, o princípio da legalidade engessa a Administração nos seus atos, de modo que o Gestor Público deve, obrigatoriamente, observar e realizar somente aquilo que manda a lei. Diferentemente do que ocorre na esfera privada, já que nesta senda o princípio da legalidade institui que aquilo que não é juridicamente proibido, é legalmente permitido.

Ainda sobre o assunto, mesmo nos casos em que a própria legislação autoriza a discricionariedade do Administrador Público, este, no uso do mérito administrativo, ainda deverá obedecer termos, condições e limites legais. Afinal, discricionariedade não significa arbitrariedade.

Nesse diapasão, o conceito de legalidade para a Administração Pública define-se em tudo aquilo que a Lei determina ou autoriza como sendo um procedimento/ato legal. Deste modo, na hipótese de não haver previsão legislativa, igualmente não haverá a possibilidade de atuação administrativa.

Em uma eventual atuação da Administração que venha a fugir da legalidade, os atos praticados serão considerados como inválidos/nulos, podendo ser declarados de ofício pela própria Administração Pública que os produziu (princípio da autotutela), ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Em suma, tendo em vista os dispositivos legais que aqui foram abordados, é notório que a atuação da Administração Pública para fins de licitar, deverá ter seus atos vinculados às diretrizes legais, de modo que toda e qualquer manifestação de sua parte, deve ser compatível e ratificada pela legislação vigente sobre a decisão tomada pelo Gestor.

### **2.3.2 Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa**

A Carta Magna, ao apontar os princípios que o administrador público deve observar no exercício de suas funções, destacou o princípio da moralidade administrativa.

Por tal princípio, entende-se que os atos administrativos praticados por qualquer agente público devem atender aos padrões de uma conduta ética, honesta, proba e de boa-fé. Ou seja, de atos que assegurem uma boa e regular administração.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgados, acerca do princípio da moralidade administrativa:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzales Perez *“el hecho de su consagracion em uma norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter”* (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. P. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a



figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César. (STF – 2ª T. Recurso Extraordinário nº 160.381 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030)

Este princípio, é de fundamental importância para a percepção da boa-fé dos atos da Administração.

Deste modo, apesar de ser um princípio considerado essencial em todos os atos, não só da Administração Pública, mas também de todos os cidadãos, o legislador, mesmo assim, entendeu ser necessária a sua regulamentação, visando à indispensabilidade, transparência e boa conduta da gestão pública.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho, traz à baila seus dizeres sobre o tema em enfoque:

Ademais, é obrigatório o respeito à probidade administrativa e à moralidade. Em nenhuma hipótese a conduta adotada pela administração ou pelo particular poderá ofender os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Sob esse enfoque é que se interpretam os princípios da moralidade e da probidade. A ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida. (Justen Filho, 2012 p. 75 e 76).

Assim como no princípio da legalidade, o princípio da moralidade e da probidade administrativa vem normatizado no art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993. Com isso, na execução de um certame licitatório, caso ocorram atos que sejam moralmente reprováveis, poderá acarretar a nulidade completa do procedimento administrativo.

Os atos de imoralidade e improbidade são considerados censuráveis, que maculam o processo, sendo contrários às características e peculiaridades do cumprimento da lei, ou mesmo do edital, que rege as normas do procedimento licitatório.

Logo, além de agir em conformidade com a norma geral e com o ato convocatório, os licitantes, e a Administração, devem observar a moralidade, para que assim sejam válidos todos os atos praticados.

### **2.3.3 Princípio da Impessoalidade**

Com o intuito de vetar a prática de qualquer favorecimento pessoal e de vincular a Administração Pública, a Constituição Federal abriga em seu escopo normativo o princípio da impessoalidade, garantindo assim, a despersonalização da atividade administrativa, visando o interesse coletivo.

O ilustre doutrinador, Celso Antônio Bandeira Mello, assim se manifesta sobre o tema em apreço:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (MELLO, 2006, p.102).

Nos dizeres do mencionado jurista, percebe-se que tal princípio se mistura com o princípio da isonomia. Contudo, há autores como Joel de Menezes Niebuhr (2000, p.102) que apontam que, “o princípio da impessoalidade é diretamente derivado e vinculado ao princípio da isonomia”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, explana sobre a aparição do princípio da impessoalidade no ato licitatório, onde o mesmo está intimamente ligado aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo:

Todos os licitantes devem ser tratados igualmente em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais dos licitantes ou as vantagens por ele oferecidas salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório. (PIETRO, 2003, p. 306).

Isto posto, têm-se que no momento da escolha do vencedor do certame, a Administração Pública deve agir de forma objetiva, observando o princípio da impessoalidade, pois circunstâncias alheias ao que é definido no edital de convocação, não deve ser objeto de apreciação pelo Poder Público, alegando este a obtenção da melhor proposta, já que, neste caso, estaria configurado a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

#### **2.3.4 Princípio da Publicidade**

A Constituição Federal assegurou em seu art. 37, o princípio da publicidade, devendo este ser observado pela Administração Pública na execução de seus atos. Trouxe também, no seu art. 5º, determinações pelo uso da transparência.

A Lei n.º 8.666/93, por sua vez, também ratificou o que já foi disposto pela Carta Magna acerca do princípio da publicidade.

Nesse sentido, é essencial ao Estado Democrático de Direito, não só para legitimar os atos do Administrador Público, como também para auxiliar os indivíduos a exercerem a cidadania, que seja sempre verificado a publicização e transparência dos atos administrativos.

Há ainda, no art. 3º, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, a determinação que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Dispõe o art. 4º da mesma Lei, que:

“todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o [art. 1º](#) tem direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.”

E também o § 1º, do art. 43, ainda do mesmo diploma legal, assim destaca:

**Art. 43 (...)**

**§ 1º** “a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.”

Considerando o princípio da publicidade, os atos e termos da licitação, inclusive a motivação da contratação, devem ser expostos ao conhecimento de quaisquer interessados, devendo a Comissão de Licitação realizar as sessões de portas abertas, tendo em vista se tratar de um ato público.

### 2.3.5. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi acrescido no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de Junho de 1998, na qual impôs à Administração Pública e aos seus agentes, na execução de suas competências legais, a atuação de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, primando pela rentabilidade social e buscando o bem comum.

Tal princípio, a partir de então, foi inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, integrando os demais princípios constitucionais da Administração Pública que o citado dispositivo legal já elencava em seu texto.

Também a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 2º, *caput*, fez menção ao princípio da eficiência, senão vejamos:

**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**.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011: 84), em sua obra literária **Direito Administrativo**, nos ensina sobre o assunto:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A partir do raciocínio da mencionada autora, e analisando o princípio da eficiência administrativa, é que concluímos que não é somente a atuação do agente público que deve observar o princípio em estudo, mas também a Administração Pública na sua organização, estruturação e disciplina, deve seguir o mencionado princípio, objetivando os melhores resultados na prestação dos seus serviços.

Para Marçal Justen Filho (2012: 447), nas considerações de sua obra **Curso de Direito Administrativo**, sobre o princípio da eficiência, ou como o próprio autor prefere chamar: “eficácia administrativa”; deve ser observada a eficiência sob o prisma econômico e político:

A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

Segundo o renomado doutrinador, a eficiência administrativa se baseia na obtenção dos melhores resultados econômicos, tanto quantitativo, quanto qualitativo, pela Administração Pública e seus agentes.

Destaca-se, ainda, que a observação de tal princípio nos procedimentos licitatórios garante a obtenção de melhores resultados econômicos, podendo também, juntamente com o princípio da autotutela, a Administração refazer os seus atos quando eivados de vícios, e com isso, se evitar a nulidade de um certame licitatório, desde que, os vícios constantes no procedimento sejam anuláveis.

### 2.3.6 Princípio da Igualdade ou Isonomia

A distinção entre igualdade e isonomia é desnecessária para a visualização e entendimento deste tópico, mas fazemos uma breve diferenciação entre estes dois termos, apenas para fins de acúmulo de conhecimento.

Prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, a igualdade pressupõe um atendimento igualitário e sem distinção, perante a lei, entre os indivíduos. Trata-se da igualdade formal.

No mesmo sentido, veda-se a distinção por peculiaridades particulares. Ou seja, neste caso, estamos diante da igualdade material que, na situação fática, em havendo diferença entre os indivíduos, tratar-se-ão os desiguais na medida de suas desigualdades.

Com isso, chegamos ao seguinte ponto: é proibido a desigualdade perante a lei, entretanto será possível a desigualdade ou discriminação na lei, com o intuito de corrigir diferenças fáticas, efetivando-se, assim, o princípio da isonomia.

Sintetizando, temos a igualdade como sendo o tratamento igualitário perante a lei, e a isonomia como sendo a observância das desigualdades materiais para, com base na lei, promover um equilíbrio.

Ademais, atendo-se a temática deste tópico que é a conceituação do princípio da isonomia, vejamos o que estabelece o artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93:

**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 lhe são correlatos.

Um dos objetivos do procedimento licitatório é proporcionar à Administração Pública uma contratação vantajosa. Porém, para que isso seja realizável, é necessário que o tratamento de todos seja feito de forma isonômica, tendo em vista que a competição desigual torna-se arbitrária.

Ou seja, sem que exista igualdade entre os concorrentes, não há o que se falar em competição igualitária/isonômica.

Nesse sentido, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, proíbe que os agentes públicos incluam ou admitam, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo ou, que estabeleçam preferências ou distinções.

Contudo, existe uma situação específica em que o tratamento diferenciado é permitido. Isso ocorre no caso das microempresas e empresas de pequeno porte.

A Lei Complementar n.º 123/06 define as hipóteses do tratamento diferenciado. Também, a Constituição Federal, em seu art. 170, IX, e art. 179, prevê tal possibilidade, "*litteris*":

**Art. 170. (...)**

**IX** – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

**Art. 179.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei,



tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Deste modo, tendo em vista expressa disposição legal pela Carta Magna, não há que se falar em inconstitucionalidade do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo absolutamente constitucional a Lei Complementar n.º 123/06.

### **2.3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório tem como objetivo vincular os participantes do procedimento licitatório, como também o Administrador Público.

Logo, os participantes e a Administração, devem cumprir o que foi anteriormente discriminado e estabelecido no instrumento convocatório quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato administrativo.

Neste sentido, o art. 41, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

Elias Freire, ilustre doutrinador, entende ser possível a correção de eventuais falhas que venham a ocorrer no edital. Contudo, os licitantes deverão tomar conhecimento da alteração e, por conseguinte, venham a se amoldar às novas alterações.

Também comentando sobre o tema, o mestre Marçal Justen Filho, profere a seguinte explanação:

Na licitação, a vinculação à lei é complementada pela vinculação ao ato convocatório. A administração dispõe de margem de autonomia para configurar o certame. Mas incube à administração determinar todas as condições de disputa antes de seu início e as escolhas realizadas vinculam a autoridade (e aos participantes do certame). (Justen Filho, 2012 p. 73)

Todavia, manifestou-se o STJ sobre o assunto nos seguintes dizeres:

Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria lei, a Administração Pública vincula-se 'estritamente' a ele (REsp nº 421.946/DF, Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julg. 7.2.2006. DJ, 6 mar. 2006).

Logo, fica claro que, quando a Administração Pública divulga o edital que normatiza os deveres dos licitantes, fica ela vinculada ao instrumento convocatório, devendo, a partir de então, prosseguir com julgamento objetivo das propostas dos concorrentes.

### **2.3.8 Princípio do Julgamento Objetivo**

O princípio do julgamento objetivo impede que, na fase do julgamento da licitação, os agentes da Administração decidam o ato utilizando-se de subjetivismo. Em outras palavras, os julgadores devem ser impessoais, isentos e se aterem a questões técnicas estabelecidas na Lei e no instrumento convocatório.

Porém, no entendimento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, a objetividade não é absoluta, senão vejamos:

Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade *absoluta* só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram 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 depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais (2001, p.479).

Finalmente, este princípio tem como real objetivo a não utilização da discricionariedade na escolha das propostas, de maneira que direcione os julgadores a aterem-se aos critérios previstos no ato convocatório.

### **3 HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE PREVISTA NA LEI 8.666/93**

A Lei nº. 8.666/93 prevê as hipóteses excepcionais em que pode ocorrer a contratação direta: os casos de dispensa de licitação que se encontram taxativamente previstos no art. 24, e os de inexigibilidade, exemplificativamente previstos no art. 25 do referido diploma legal.

Enquanto a contratação direta por inexigibilidade de licitação decorre da impossibilidade de instaurar competição para seleção do futuro contratado, a dispensa de licitação, em todas as hipóteses do art. 24 da Lei nº 8.666/93, é um poder-dever outorgado por lei à Administração Pública, a quem cabe com exclusividade avaliar se realiza ou não a licitação segundo seu juízo discricionário, desde que preenchidos os requisitos da Lei e obedecendo, necessariamente, aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, igualdade e probidade administrativa impostos à Administração Pública.

Assim, sempre que houver inviabilidade de competição a hipótese é de inexigibilidade, eis que o elenco de hipóteses de contratação direta por inexigibilidade de licitação, consoante os incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, tem natureza meramente exemplificativa, ou seja, sempre que houver inviabilidade de competição estará a Administração autorizada a contratar diretamente com base no caput do já mencionado artigo 25.

Tais hipóteses decorrem da inviabilidade de se instaurar competição para escolha do futuro contratado, eis que, se fosse realizado o certame, este se apresentaria como um ritual inútil e até mesmo ilógico, porque incapaz de se desenvolver de modo racional e, conseqüentemente, incapaz de atender ao resultado a que toda licitação se propõe, qual seja: selecionar a proposta adequada ao preenchimento da necessidade administrativa a ser atendida.

Marçal Justen Filho (2012, p. 514) ensina que nestes casos:

Torna-se inviável a seleção através de licitação, eis que não haverá critério objetivo de julgamento. Será impossível identificar um ângulo único e determinado para diferenciar as performances artísticas. Dai a caracterização da inviabilidade de competição.

Eis que a atividade artística consiste em emanção direta da personalidade e da criatividade humana e nessa medida é impossível verificar-se a identidade de atuações entre possíveis concorrentes.

Já o rol das hipóteses de dispensa, constante do art. 24 da Lei nº 8.666/93 é taxativo, ou seja, se o caso enfrentado conformar-se com uma das hipóteses deste elenco exaustivo, o administrador pode decidir pelo afastamento do procedimento licitatório ou pela realização de licitação, eis que a competição é plenamente viável.

Sobre a matéria, vale ressaltar trecho da lição proferida pelo professor GASPARINI, (2003, p. 72) a seguir reproduzido:

As hipóteses de dispensa de licitação são situações em que a licitação é possível, viável, mas à Administração Pública por uma circunstância relevante não convém a sua realização, como ensina Adilson Abreu Dallari (Aspectos Jurídicos da Licitação, 3º ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p.32). As hipóteses de inexigibilidade, por sua vez, são situações em que a licitação é inviável, dado que um só interessado pode atender ao pretendido pela Administração Pública.

Assim, para sua configuração deve estar comprovada a impossibilidade de competição, disputa. (grifamos).

De igual forma aponta DI PIETRO (2016, p. 101):

Como toda regra, esta também comporta exceção, ou seja, excepciona-se a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório quando, por definição do texto legal, o ajuste pretendido pela Administração se inserir nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação. A dispensa é figura que isenta a Administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Entretanto, optou o legislador por permitir que, nos casos por ele elencados, e tão-somente nesses casos, a Administração contrate de forma direta com terceiros, sem abrir o campo de competição entre aqueles que, em tese, poderiam fornecer os mesmos bens ou prestar os mesmos serviços.

Há, portanto, uma presunção legal que nas hipóteses elencadas no art. 17, incs. I e II, e § 2º, e no art. 24 da Lei n. 8.666/93, com a redação dada pelas Leis ns. 8.883/94 e 9.648/98, o interesse público restará melhor atendido se não ocorrer a competição entre os particulares aptos a concorrer entre si.

A inexigibilidade, é outra forma que a Administração Pública tem de poder contratar um serviço sem que tenha a necessidade de realizar um procedimento licitatório, assim como no caso da dispensa, vista em momento pretérito.

Desta forma, um escritório de advocacia, por exemplo, tece sua obra científica por meio das petições, recursos e pareceres que por sua vez são veiculados através de processos administrativos e jurisdicionais, sendo que cada trabalho desenvolvido pelo advogado é dotado de intelectualidade e subjetividade, não podendo, estes, serem comparados uns com os outros e, por isso, devem ser considerados infungíveis e de caráter personalíssimo.

Ou seja, nesses aspectos, a licitação torna-se inviável e, legalmente, poderá ser realizada a contratação direta por meio da inexigibilidade de licitação.

Há de se ressaltar ainda que, a inviabilidade de competição não é aferida pelo fato de existir fornecedor exclusivo no sentido de ser o único capaz de executar o serviço demandado pelo Poder Público. A inviabilidade de competição se dá pelo exercício da discricionariedade administrativa do gestor ante as capacidades peculiares que fazem com que os profissionais escolhidos para a execução do serviço sejam únicos para a situação fática que ensejou a demanda (motivação administrativa).

Ademais, a inviabilidade de competição se dá, também, pelo fato dos profissionais terem demonstrado objetivamente, pela sua notória especialização na área de trabalho objeto da contratação, que são profissionais capazes de fornecer segurança jurídica (antevisão do resultado do serviço a ser executado) suficiente ao gestor, possibilitando-o agir com proporcionalidade estrita, no sentido de que a contratação adequa a sua motivação administrativa ao fim pretendido (princípio da finalidade), resultando no alcance da eficiência administrativa, que é princípio norteador da própria atividade administrativa.

Note-se, ainda, o acertado entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no mesmo sentido, onde preconiza que:

Empresa de notória especialização, ainda que não a única capaz de prestar o serviço. O fato de outras empresas prestarem os mesmos serviços não pré-exclui, para efeito de licitação, o requisito legal da singularidade, a qual não se confunde com exclusividade (Embargos Infringentes de nº 230.193-1 – Santos – 2ª Câmara Civil – 25/03/97)

Todavia, Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina sobre o assunto:

(...) Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível *quando inviável* a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida: “em especial (...)”. Em suma: o que os incisos I a III do art. 25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*.

Observa-se a pontuação categórica do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello quando comenta que os termos de inviabilidade de competição enumerados no art. 25 da Lei, não afastam os casos não catalogados no dispositivo, mas que, mesmo assim, são igualmente possíveis.

A Lei estabelece que a inexigibilidade de licitação se dá quando houver inviabilidade de competição. Sendo assim, o art. 25 da Lei n.º 8.666/93, elenca um rol de possibilidades legais meramente exemplificativo pois, comprovada a inviabilidade de competição, a licitação será inexigível, mesmo que não seja uma das hipóteses do dispositivo legal citado.

Mas, tratando-se dos requisitos legais, vejamos o que dispõe o art. 25, I, II e III, da Lei em comento:

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

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

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

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



O inciso I deste artigo visa a aquisição de materiais, equipamentos e gêneros que possuam apenas um produtor, empresa ou representante comercial, tornando assim, inviável a competição.

Em outras palavras, no caso de restar algum indício da existência de produtos no mercado que viabilizem a competição entre indivíduos, não se poderá utilizar a inexigibilidade de licitação para a contratação do objeto ou serviço pretendido.

O inciso II do artigo em comento, por sua vez, trata da hipótese de inexigibilidade de licitação para determinados serviços técnicos, de natureza singular, que sejam realizados com profissionais ou empresas de notória especialização. Configurados esses requisitos, a Administração Pública poderá buscar os profissionais que desejar para realização dos serviços pretendidos, sem ser necessário a formalização e execução de um prévio procedimento licitatório.

Para que seja inexigível a licitação com base no inciso do III, do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, cumpre ressaltar que o artista pretendido pela Administração Pública deve ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública, pois, somente nesse caso, estará apto a cumprir o serviço para o qual foi contratado.

Contudo, por ser este rol de hipóteses legais meramente exemplificativo, quando na situação fática for inviável a competição, estará cumprido o requisito que caracteriza a inexigibilidade, podendo, a partir de então, ser firmado o contrato administrativo sem a necessidade da realização de prévio procedimento licitatório.

### 3.1 CONTRATAÇÃO POR EXCLUSIVIDADE DO FORNECEDOR/PRODUTOR - (ART. 25, INCISO I DA LEI 8.666/93)

A parte mais rígida da doutrina, favorável à restrição da utilização dos mecanismos de dispensa e inexigibilidade de licitação, propõe como parâmetro hermenêutico a noção de exclusividade de dupla face, para caracterizar a prescrição normativa do 25, inciso I da Lei 8.666/93. A outra parte da doutrina, mais flexível em relação à utilização do instituto da inexigibilidade, entende que a exclusividade recai apenas sobre o produto.

Mesmo adotando o parâmetro mais rígido da exclusividade de dupla face (exclusividade sobre o produtor/fornecedor/representante comercial e sobre o produto), ainda assim a contratação é legítima.

Em primeiro plano, há de se diferenciar a posição do produtor em relação ao fornecedor empresa e ao representante comercial. O produtor não é um mero repassador de bens; ao contrário dos fornecedores e representantes comerciais, o produtor é responsável pela transformação de matéria-prima (natural, industrializada ou intelectual) no seu produto.

O regime jurídico da produção, para efeito de aferição do caráter de exclusividade, deve levar em consideração duas dimensões diferentes de produtores: a) o produtor manufatureiro que trabalha sobre a escala de criação industrial; b) produtor autoral que trabalha sobre a escala de criação intelectual.

O produtor industrial está submetido ao regime jurídico da Lei de Propriedade Industrial (Lei Federal 9.279/96), a qual regula o direito patrimonialmente mensurável de utilização de inventos e fórmulas de produção industrial que caracterizam a formação de patentes e de modelos de utilidade. As patentes e modelos de utilidade não impedem que outros produtores se valham

das fórmulas ou das técnicas utilizadas para a criação, que podem ser cedidas via contratos de licença, cuja previsão se encontra no diploma legal supracitado.

Já o produtor intelectual está submetido do regime jurídico da Lei de Propriedade Intelectual e Direitos Autorais (Lei Federal 9.610/98), cuja criação não se dá em escala e os resultados são considerados personalíssimos e de natureza exclusiva, e suas contratações são realizadas pelo critério *intuito personae*, em razão da especialidade intelectual.

Para efeitos de licitação e contratação pelo Poder Público os regimes jurídicos remetem a situações bastante distintas. Enquanto o regime de produção industrial em escala identifica como produtos similares bens que obedecem a padrões isomórficos de criação, consumo e controle de qualidade, podendo ser enquadrados como referenciais para efeito de substituição de oferta em matéria de direito administrativo e direito concorrencial e, portanto, de identificação de diversidade produtiva que justifique a existência de opções do Poder Público no momento da contratação, o mesmo não ocorre em sede de produção autoral.

A produção autoral é única e exclusiva em si mesma. Por mais que 02 obras tratem do mesmo tema, nunca poderão ser consideradas iguais, para efeitos legais. Logo, o pressuposto licitatório sob a ótica pública, ou seja, alinhar os padrões de qualidade e economicidade no momento da contratação; e sob a ótica privada, garantir a prevalência do direito de concorrência, não podem ser aferidos objetivamente por critérios editalícios via licitação, porque os produtos nunca obedecerão aos mesmos padrões técnicos de similaridade, sob pena de existência de uma ilicitude autoral: o plágio.

Ou seja, todos os produtos autorais são exclusivos em si mesmos, não havendo mensuração de concorrência na sua esfera de produção, porque os produtos nunca serão de fato iguais, nem pela ótica da produção [os autores sempre imprimiram algo pessoal na sua obra (caráter personalíssimo da obra)]; nem pela ótica do consumo [a demanda sempre obedecerá a critérios não mensuráveis editaliciamente, sendo inaplicável sobre sua análise a possibilidade de substituição sob o fundamento da similaridade temática (caráter exclusivo da obra)].

Com fito exemplificativo, por mais que uma obra literária de cunho educativo – classificação na qual se enquadra o objeto imediato deste procedimento de inexigibilidade de licitação – possa se assemelhar a uma outra de temática parecida ou igual, não será a isomorfia temática a garantir a similitude do padrão de qualidade aplicável às mesmas, em situações de demandas que podem ser diferenciadas.

Livros didáticos cuja temática envolvam o direito administrativo, por exemplo, podem ser destinados à preparação de um concursando; de um advogado ou mesmo dos estudantes de graduação. Podem ser 03 obras equivalentes em qualidade, mas como se destinam a objetivos distintos e específicos, não podem ser consideradas iguais para efeito de eventual competição/concorrência licitatória ou consumeirista.

Na esfera dos produtos de caráter autoral, para efeitos licitatórios, o critério de escolha do bem a ser adquirido pela Administração Pública não pode estar dissociado da discricionariedade administrativa, porque a escolha eficiente do produto depende da expectativa de consumo (motivação administrativa), cuja aferição só pode ser feita pela autoridade competente.

Para adquirir produtos exclusivos é ilógico a abertura de um edital licitatório, porque geraria uma expectativa de direito em torno da competição entre os concorrentes que, de fato, não existiria, haja vista as características peculiares de cada obra literário-científica que fazem delas distintas e impassíveis de comparação. De duas uma: ou a licitação seria direcionada a um dos concorrentes ou a licitação seria viciada por não-atendimento ao princípio da isonomia, o que, nas duas hipóteses, geraria uma situação de nulidade do ato por desvio de finalidade (art. 2º, alínea “e” da Lei 4.717/65).

Vejamos:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Já em relação aos produtos de escala industrial essa justificativa para não-aplicação do princípio licitatório não é válida, pois estes são submetidos a testes de qualidade parametrizados por critérios objetivos indicados por órgãos do Estado (a exemplo do IMETRO), para que os mesmos sejam colocados à disposição do mercado consumidor, incluindo, neste conceito, a Administração Pública, o que acabam tornando-os similares.

Daí o fato de haver necessidade legal (art. 25, inciso I da Lei 8.666/93) de certificação da exclusividade dos materiais, dos equipamentos e do produtor por órgão de registro do comércio local, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal para que a administração comprove a possibilidade de utilização do procedimento de inexigibilidade de licitação.

Ora, tais certificações só podem ser exigidas nos casos de produtos de caráter industrial, nunca nos casos de produtos de caráter autoral, como é o objeto do presente procedimento de inexigibilidade, conforme o art. 7ª da Lei 9.610/98:

Art. 7º. São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

Na condição de produtos autorais, a aferição de concorrência é impossível, sendo necessário adentrar-se na esfera da conveniência da discricionariedade administrativa, cuja aferição deverá obedecer à finalidade para qual o material se presta.

### 3.2 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS

Especificamente, a contratação em tela submete-se à regulamentação do art. 25, II, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

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

(...)

II) Para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

Já o art. 13 enumera os serviços técnicos especializados passíveis de contratação direta. O inciso III do dispositivo possui a seguinte redação:

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

(...)

III - Assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

Como se vê, a inexigibilidade de licitação tem fundamento geral na impossibilidade de competição entre propostas, afigurando-se sempre que for inviável uma avaliação puramente objetiva da qualidade do contratado, em face da natureza do objeto contratual, que, pela sua singularidade, exige a atuação de profissionais de alto gabarito e experiência, sob pena de não ser atendido o interesse público subjacente à contratação.

A propósito, esclarece o voto do eminente Ministro Eros Grau sobre o tema, de onde se colhe a inaplicabilidade da regra geral de licitar, quando a contratação direta envolve assessoria técnica profissional especializada:

Ação penal pública. Contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. Licitação. Art. 37, XXI da Constituição do Brasil. Dispensa de licitação não configurada. Inexigibilidade de licitação caracterizada pela notória especialização dos profissionais contratados, comprovada nos autos, aliada à confiança da Administração por eles desfrutada. Previsão legal. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 'Serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo — é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (AP 348, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-12-06, DJ de 3-8-07).

Destarte, subsistem 03 (três) requisitos normativos fundamentais para que seja possível a realização de um procedimento de inexigibilidade licitatória para a contratação de serviços especializados: a) inviabilidade de competição; b) natureza singular do serviço e c) notória especialização dos profissionais a serem contratados.

### 3.2.1 Inviabilidade de competição (art. 25, caput da Lei 8.666/93)

A inexigibilidade de certame licitatório abrange 02 hipóteses-gênero, fundamentos das espécies normativas previstas nos 03 incisos do art. 25 da Lei 8.666/93:

a) inexigibilidade por impossibilidade de competição (concorrência) relativa às modalidades melhor preço, ou melhor técnica em razão da exclusividade do fornecedor e do material (art. 25, inciso I);

b) inexigibilidade por necessidade de utilização da discricionariedade administrativa para contratação de serviço em que, embora haja possibilidade de competição pelo fato de o serviço não ser exclusivo, o que, em tese, justificaria a licitação, não há possibilidade deontológica de consubstanciar uma avaliação qualitativa tendo como parâmetro exclusivamente a vinculação do resultado do certame a requisitos licitatórios objetivamente previstos no edital, sob pena de supressão das competências constitucionais da administração pública (art. 25, inciso II e III).

No que concerne especificamente à associação do critério trazido pelo caput do art. 25 à hipótese do inciso III, art. 25 da Lei 8.666/93, há de se levar em consideração que a inviabilidade de competição não tem como pressuposto a ideia de que a Administração Pública contratará por inexigibilidade de licitação somente quando houver um único prestador de serviço qualificado para o exercício de atribuição prevista no art. 13 do mesmo diploma legal.



A utilização de tal argumento só é válida para a hipótese prevista no inciso I do art. 25, o qual prevê expressamente a impossibilidade de fornecimento do material ou serviço por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

Ainda assim, há de se flexibilizar a interpretação do dispositivo, haja vista a existência de diferenças substanciais entre o regime jurídico do produtor em relação ao regime jurídico das empresas fornecedoras ou representantes comerciais.

O produtor não é um mero repassador de bens; ao contrário dos fornecedores e representantes comerciais, o produtor é responsável pela transformação de matéria-prima (natural, industrializada ou intelectual) no seu produto.

Como já dito no tópico anterior o regime jurídico da produção, para efeito de aferição do caráter de exclusividade, deve levar em consideração duas dimensões diferentes de produtores: a) o produtor fabricante que trabalha sobre a escala de criação industrial; b) produtor autoral que trabalha sobre a escala de criação intelectual.

A mensagem de veto do inciso VIII do art. 13 da Lei 8.666/93, o qual trazia a possibilidade de aplicação do procedimento de inexigibilidade à hipótese de contratação de serviços de publicidade e divulgação, inscrita pelo então Presidente da República Itamar Franco, concede uma dimensão exata do significado da expressão inviabilidade de competição, associando-a à produção intelectual *intuitu personae*.

O vetado inciso VIII acrescia ao rol de serviços técnico-profissionais especializados os serviços de publicidade e divulgação, em ordem a viabilizar-se a sua contratação com inexigibilidade de licitação, por notória especialização, mediante aplicação do comando autorizado incerto no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93.

Percebe-se, que o tema discrimina serviços de natureza eminentemente intelectual, em cuja contratação, carece do alto grau de especialização da pessoa a ser contratada, se torna de fato inviável a competição, justificando-se, assim, a inexigibilidade de licitação.

Têm-se, em outras explicações, de contratações realizadas *intuitu personae*, onde o que se releva são as condições personalíssimas do contrato, o que não ocorre, imperioso é convir, com serviços de divulgação, realizados por empresas integrantes de mercado nitidamente competitivo, onde sempre é possível licitar, barateando, desse modo, os custos da administração.

À guisa de exemplo, quando um advogado tece sua obra científica por meio das petições, recursos e pareceres que são veiculados através de processos administrativos e jurisdicionais, sendo que cada trabalho desenvolvido pelo advogado é carregado de intelectualidade e subjetividade, não podendo, estes, serem comparados uns com os outros e, por isso, devem ser considerados infungíveis e de caráter personalíssimo.

Nesse aspecto, o conceito de inviabilidade de competição não pode ser interpretado de forma a se induzir o administrador público a deixar de licitar por inexigibilidade apenas quando houver um único fornecedor de serviços ou produtos.

Tratar-se-ia de uma interpretação equivocada, fundada numa premissa restritiva da aplicabilidade do procedimento de inexigibilidade, tratando-o como uma exceção, quando, em verdade, consiste num método de contratação específico para as situações peculiares trazidas nas hipóteses do art. 25 da Lei 8.666/93, tão importantes e centrais quanto às modalidades de licitação e as hipóteses de dispensa.

Logo, a inviabilidade de competição não é aferida pelo fato de existir fornecedor exclusivo no sentido de ser o único capaz de executar o serviço de demandado pelo Poder Público.

A inviabilidade de competição se dá pelo exercício da discricionariedade administrativa do gestor ante as capacidades peculiares que fazem com que o(s) profissional(is) escolhido(s) para a execução do serviço sejam únicos para a situação fática que ensejou a demanda (motivação administrativa); pelo fato de terem demonstrado objetivamente, pela sua notória especialização na área de trabalho objeto da contratação, que são profissionais capazes de fornecer segurança jurídica (antevisão do resultado do serviço a ser executado) suficiente ao gestor, possibilitando-o agir com proporcionalidade estrita, no sentido de que a contratação adequa a sua motivação administrativa ao fim (princípio da finalidade) resultando no alcance da eficiência administrativa, princípio norteador da própria atividade administrativa.

Como bem esclarecido nos motivos do veto acima transcrito, a inviabilidade de competição só pode ser dimensionada à luz do elevado grau de especialização da pessoa contratada, que, por sua vez, somente pode ser aferido pela apresentação do seu currículo e dos títulos que o compõem, de forma a fazer com que o gestor dimensione o potencial de êxito no trabalho a ser desenvolvido, resguardando, como dito acima, a noção de eficiência administrativa.

Note-se, ainda, que outro não tem sido o entendimento de nossos tribunais no que diz respeito ao tema da inexigibilidade de licitação. Para ilustrar trazemos a baila, o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, diante do que se pode constatar da Ementa dos Embargos Infringentes de nº 230.193-1 – Santos – 2ª Pefeitura Civil – 25/03/97. *In verbis*:

LICITAÇÃO – Dispensa – Admissibilidade – Contratação de serviços técnicos singulares – Empresa de notória especialização, ainda que não a única capaz de prestar o serviço. O fato de outras empresas prestarem os mesmos serviços não pré-exclui, para efeito de licitação, o requisito legal da singularidade, a qual não se confunde com exclusividade.

Some-se ao exposto, a inviabilidade de competição, como um dos pressupostos de natureza legal, que se estabelece, também, pela impossibilidade de licitar valores heterogêneos. Não se pode buscar a prestação do melhor serviço profissional pelo menor preço ofertado. Não se trata

da compra de mercadorias. Não pode o profissional capaz de ofertar o melhor serviço competir com outro sem especialização pelo preço a ser ofertado. Não é esse o interesse público da contratação. Trabalho intelectual não pode ser aferido em termos de menor preço, segundo Pedro Ulysses Buritisa Alves de Souza.

### 3.2.2 Serviços Técnicos de Natureza Singular (art. 25, inciso II da Lei 8.666/93)

Outro requisito necessário à contratação de serviços via inexigibilidade de licitação, na hipótese do art. 25, inciso II, é a singularidade do serviço. Nos termos em que está posta, a “natureza singular” está intimamente ligada ao objeto que se deseja contratar.

Doutrinária e jurisprudencialmente, o termo singularidade expressa a necessidade de o serviço objeto da inexigibilidade não ser de natureza multifária ou genérica.

A singularidade do serviço é o gênero para o qual subsistem 02 espécies: a) serviço único ou raro, no sentido de ser uma demanda nova que surja em virtude de alterações legislativas, da realidade fática ou mesmo em decorrência de novos entendimentos jurisprudenciais das Cortes de Contas, responsáveis pelo controle externo da Administração Pública; b) especial ou extraordinário, que implique transitoriedade da contratação para efeito, em geral, de corrigir ineficiências das atividades administrativas, tornando-as mais adequadas aos princípios norteadores da gestão pública.

Singularidade, todavia, não se confunde com exclusividade, como já esclarecido anteriormente. O profissional, quando presta serviço de lavra intelectual, tal qual consiste o objeto da presente inexigibilidade licitatória, é detentor de natureza singular, pelas características subjetivo-personalíssimas do seu serviço, consoante leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 325):

De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente - por equipe - sempre que o trabalho a ser produzido se defina como marca pessoal (ou coletiva) expressa em características científicas, técnicas ou artística importantes para o preenchimento da necessidade administrativa a ser suprida. Neste quadro, cabem os mais variados serviços: uma monografia escrita por experiente jurista, uma intervenção cirúrgica realizada por qualificado cirurgião... todos estes serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal. Note-se que a singularidade mencionada não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicos.

Seguindo nessa linha de raciocínio, encontramos Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino (2009, p.143):

Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. As duas características andam sempre juntas, o adjetivo “especializados” indica a NATUREZA SINGULAR dos serviços referidos. Não tendo natureza singular, perdem os serviços a característica de especializados (...). Esta é a última e a mais refinada espécie de serviços profissionais existentes; pelo elevado grau de especialização que exige do prestador, e pela inalienável e necessária característica pessoal do resultado, esse serviço tem o que se denomina NATUREZA SINGULAR, quer dizer, aquele particular e inconfundível de cada prestador. (grifos nossos).

O mesmo autor, citado por Marçal Justen Filho, (2012, p. 252), faz a seguinte consideração:

A singularidade do ‘objeto’ consiste, na verdade, na singularidade (peculiaridade) do ‘interesse público a ser ‘satisfeito’. A raiz da inexigibilidade da licitação reside na necessidade a ser atendida e não no objeto do ofertado. Ou seja, não é o objeto que é singular, mas o interesse concreto. A singularidade do objeto contratado é reflexo da especialidade do interesse público.

Adilson Abreu Dallari (2006, p. 51) tece elogios ao trabalho da Professora Lúcia Valle Figueiredo em parceria com o renomado mestre Sérgio Ferraz, dizendo:

(...) já acolhendo a distinção feita pelo legislador entre dispensa e inexigibilidade, os Autores enfocam um aspecto extremamente relevante, qual seja, o fato de que um trabalho técnico profissional especializado pode ser contratado sem licitação mesmo que haja “uma pluralidade de notórios

especializados” exatamente porque o trabalho produzido se torna singular em razão da singularidade subjetiva do Executante.

Continuando, assevera Adilson Abreu Dallari (2006, p. 52): “Essa singularidade resultante das características pessoais do Executante é que torna inviável a comparação ou a competição, tornando inexigível a licitação, conforme dispõe a legislação vigente.”

Então, para a determinação do caráter singular da atividade é imprescindível que seja complexa e especial, de forma que, para ser desempenhada adequadamente, o profissional deva ter alta qualificação, a qual poucos possuam. Neste sentido, é imperioso verificar que a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela foi de fato complexa, só podendo ser reputada como atuação padrão não comum.

A natureza singular, no caso em tela, caracterize-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional. Uma vez que envolve situações concretas que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional.

Ou seja, a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita (já esplanada no parágrafo anterior). O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. Ou seja, envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória.

Ora, não se trata de um serviço comum, e sim singular. Este, por sua vez, é aquele que apresenta característica tal que inviabiliza, ou pelo menos dificulta, a sua comparação com outros profissionais também de notória especialização, mas que, sem ser o único, destaca-se entre os demais da mesma área de atuação

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, recentemente, tem esclarecido que o conceito de singularidade, indicado no inciso II do art. 25 da lei 8666/93, não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade, como no caso em tela. Segundo o Tribunal, “a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidades de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado” (TCU. Acórdão 7840/2013, Min. Benjamin Zymler).

No mesmo sentido, reiterou o Colendo Tribunal:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, II da Lei 8666/93. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.

Neste sentido preceitua Marçal Justen Filho (2012, p. 202/203):

Trata-se da previsão técnico-científica, teórica e antecipatória do desenvolvimento de uma atividade futura. São os serviços que, em diferentes áreas do conhecimento humano, tem por objeto o desenvolvimento preliminar de idéias para verificar a viabilidade, de sua operacionalização, definindo os procedimentos que deverão ser adotados para tanto e prevendo (ou não) os correspondentes custos. Toda obra, serviço ou aquisição deve ser precedida de uma atividade antecipatória. A Administração Pública deve avaliar, de antemão, suas necessidades e determinar os meios que adotará para supri-las. Isso é requisito prévio indispensável para qualquer contratação. Podem existir casos em que a questão apresente maior complexidade. A contratação dependerá da definição prévia de questões técnico – científicas de grande relevo (...) Sempre que a peculiaridade da contratação exigir estudos preliminares cuja complexidade refuja à normalidade e dependa de conhecimentos técnicos especializados, estará caracterizada a hipótese do inciso I do art. 13.

### 3.2.3 Notória Especialização

O parágrafo primeiro do artigo 25 define de maneira inequívoca a notória especialização:

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.

Marçal Justen Filho (2012, p. 422), esclarece que a notória especialização não é uma causa de configuração da inexigibilidade de licitação, mas a forma de seleção do profissional a ser contratado.

A complexidade do objeto a ser executado exige que somente pessoas de alta qualificação sejam escolhidas pela Administração. Para evitar o despropósito de contratação de pessoas não qualificadas para execução de serviços singulares, a lei exigiu o preenchimento de requisitos da notória especialização.

A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalidade existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade.

Ronny Charles (2017, p. 372), por sua vez entende que a notória especialização envolve elemento subjetivo, sendo característica ao particular contratado. Afirma ainda que, o elemento subjetivo não legitima a contratação baseada na relação de confiança, devendo esta ser



lastreada no resultado do procedimento de contratação e não por convicções pessoais do gestor ou governante.

Ainda no entendimento de (CHARLES/2017, p. 373), não há justificativa que legitime a utilização do elemento confiança pessoal como pressuposto autorizativo da contratação direta por inexigibilidade. Nessa esteira, conclui que o bom conceito e boa fama do licitante devem ser avaliados de forma impessoal.

### 3.3 CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS

Primeiramente, cumpre ressaltar que existem divergências existentes entre a Lei n.º 8.666/93, o Estatuto da OAB e o Código de Ética e Disciplina da Advocacia.

Isto porque, quando se trata de serviços jurídicos, existem algumas peculiaridades que impedem a competição de escritórios de advocacia via licitação. Nesse sentido, o próprio Código de Ética da Advocacia, em seus artigos 28 e 29, desestimula a competição entre seus profissionais, inviabilizando o certame licitatório, por ser recomendado ao causídico a moderação, discrição e sobriedade.

Neste diapasão, consagra a Procuradora do Estado da Bahia aposentada e Professora do curso de especialização em Direito Público da UFBA, Alice Gonzales Borges:

**“Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 30 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes do art. 45, I e §2º da Lei 8.666/93? Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitação do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do artigo 46, §1º, descabe, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, §2º, que combina aqueles dois requisitos. Mesmas restrições sobre a aplicação das normas relativas à desclassificação das propostas, em razão dos preços oferecidos, prevista no art. 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser**

**convidados para baixar o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias**.

Por sua vez, o art. 34, do Estatuto da OAB, elenca como infração disciplinar “organizar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (Art. 34, IV). Na mesma esteira, o art. 5º, do Código de Ética, veda qualquer procedimento de mercantilização do advogado no exercício da profissão: “O exercício da advocacia, é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.”

Logo, tendo em vista que um certame licitatório acaba por estimular a concorrência entre os participantes do ato, devido ao seu caráter competitivo expresso no art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, fica claro que os advogados que venham a participar do processo terão que concorrer entre si, apresentando a proposta mais vantajosa ao interesse da Administração Pública, desrespeitando, com isso, a garantia legal do art. 5º do Código de Ética da OAB.

Ademais, de acordo com o art. 1º da Lei n.º 8.906/94, o serviço de consultoria, assessoria e direção jurídica, é privativo dos advogados, senão vejamos:

**Art. 1º.** São atividades privativas de advocacia:

(...)

**II** – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Portanto, resta demonstrado que não é o fato de existirem outros advogados que prestam o mesmo serviço a ensejar a inexigibilidade de licitação, mas sim a elementos de discricionariedade e proporcionalidade estrita (adequação dos meios aos fins almejados) que servem de base para a contratação direta do serviço.

Ademais, quando se trata de serviços jurídicos, existem outras peculiaridades que impedem a competição de escritórios de advocacia via licitação. Nesse sentido, o próprio Código de Ética

da Advocacia, em seus artigos 28 e 29, desestimula a competição entre seus profissionais, inviabilizando o certame licitatório, por ser recomendado ao causídico a moderação, discrição e sobriedade.

Neste sentido, consagra a Procuradora do Estado da Bahia aposentada e Professora do curso de especialização em Direito Pública da UFBA, Alice Gonzales Borges (1996, p. 135):

Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 30 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes do art. 45, I e § 2º da Lei 8.666/93? Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitação do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do artigo 46, §1º, descabe, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, § 2º, que combina aqueles dois requisitos. Mesmas restrições sobre a aplicação das normas relativas à desclassificação das propostas, em razão dos preços oferecidos, prevista no art. 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser convidados para baixar o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias.

Por sua vez, o artigo 34 do Estatuto da OAB, elenca como infração disciplinar “organizar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (Art. 34, IV).

Na mesma esteira, o artigo 5º do Código de Ética veda qualquer procedimento de mercantilização do advogado no exercício da profissão: “O exercício da advocacia, é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.”

Inclusive, o Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a súmula n.º 03, que possui a seguinte redação:

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

Logo, a eventual participação de advogados e escritórios de advocacia em procedimentos licitatórios atentariam contra a “singularidade da atividade”, conforme consignado na aludida súmula da OAB, que, como se sabe, possui poder regulamentar sobre o exercício da advocacia pública e privada, frente aos ditames da Lei n.º 8.906/94 – Estatuto da OAB.

Assim, a instauração de procedimento licitatório levaria ao cometimento de atos contrários ao próprio Código de Ética da Advocacia, dada a mercantilização da profissão, expondo o profissional a sanções de natureza administrativa de razoável gravidade, acarretando, inclusive, eventual suspensão do exercício profissional, principalmente em relação a concorrências cujo resultado pode acarretar aviltamento dos honorários advocatícios, em especial aqueles que têm como critério o menor preço.

Contudo, o entendimento a respeito da matéria ainda é muito divergente, e isso ocorre devido ao fato de que a contratação de serviços técnicos especializados de assessorias ou consultorias jurídicas deve ser para a prestação de serviços de natureza singular, comprovando sempre, a notória especialização do profissional.

Esses requisitos devem ser observados de forma cumulativa, e a simples falta de um deles já descaracteriza a contratação direta por inexigibilidade.

Tal exigência nem sempre era respeitada, sendo esta uma situação corriqueira nos contratos firmados entre o Poder Público e os particulares. Porém, os órgãos responsáveis pela fiscalização da atuação administrativa, como o Tribunal de Contas, vem paulatinamente combatendo essas irregularidades de gestão pública, impedindo que sejam firmados contratos administrativos de prestação de serviços técnicos advocatícios quando eivados de vícios, como exemplo, a inobservância da natureza singular do serviço, bem como a comprovação da notória especialização dos profissionais.

### 3.4 CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTISTICO

Conforme visto alhures, as exceções no tocante a inexigibilidade, são tratadas especificamente no art. 25 da referida lei, na hipótese da contratação de profissional de setor artístico, a Lei exige a ocorrência da excepcionalidade, no seu inciso III, de três requisitos fundamentais e distintos:

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

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.

- a) inviabilidade de competição;
- b) a necessidade do profissional contratado seja do setor artístico diretamente ou através de empresário exclusivo;
- c) que o profissional seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A justificativa da inexigibilidade na situação descrita é a inviabilidade de competição. Com efeito, não há critérios objetivos para aferir a melhor proposta para a Administração Pública, no

sentido de que o motivo que configura a inexigibilidade da licitação é vinculado à impossibilidade de competição que possa mensurar o valor do talento artístico, não havendo, por consequência, supedâneo fático para a realização do procedimento licitatório na hipótese em tela.

Conforme ensina o Professor Jorge Ulisses Jacoby na excelente monografia “Contratação Direta Sem Licitação”, (1997, p. 326):

O estudo da inexigibilidade de licitação repousa numa premissa fundamental: a de que é inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizá-la nos termos pretendidos, seja porque só existe um objeto que satisfaça o interesse da Administração. Daí porque não se compreende que alguns autores e julgados coloquem lado a lado dois conjuntos de idéias antagônicas, quando firmam o entendimento de que há singularidade, que o agente é notório especialista, mas que mesmo existindo mais de um agente capaz de realizá-lo a licitação é inexigível, abandonando exatamente o requisito fundamental do instituto, constante do caput do art. 25, da Lei 8.666/93.

Logo, a contratação de bandas através de empresário exclusivo, por inexigibilidade, visa a prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização do certame.

Quanto ao item “c”, há grande dificuldade em se realizar o devido controle sobre os seus requisitos, pois as expressões legais são termos jurídicos indeterminados.

Sobre a relatividade da análise da consagração do artista, ensina com maestria José dos Santos Carvalho Filho (2018, p.185):

**Entendemos que consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode um artista ser reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos não especializados. Nem por isso deverá ele ser aliado de eventual**

**contratação.** A nosso sentir, quis o legislador prestigiar a figura do artista e de seu talento pessoal, e, sendo assim, a arte a que se dedica acaba por ter prevalência sobre a consagração. (grifos nossos)

De fato, não há um conceito padrão sobre o que seria “consagração pela crítica especializada” ou “consagração pela opinião pública”. Como afirmado alhures, são termos jurídicos indeterminados, que possibilitam certa dose de subjetivismo. Afirmar que o artista conhecido apenas em âmbito local, não possui consagração, uma vez que não está circunscrito ao âmbito nacional – é um argumento injusto.

Nesse ponto, é oportuna a seguinte afirmação: a “crítica especializada” ou a “opinião pública” podem ser locais, regionais ou nacionais. Não há previsão legal para isso.

Diógenes Gasparini (2003, p. 112) sugere a adoção de um critério interessante, a depender do valor da contratação. Se o valor do contrato estiver dentro dos limites da modalidade convite, será local; se estiver dentro dos limites da tomada de preço, será regional; e, nos limites da concorrência, será nacional. São as suas palavras:

Por força do estabelecido no inciso III do art. 25 do Estatuto Federal Licitatório, é inexigível a licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. O dispositivo em apreço não traz grandes dificuldades de interpretação, salvo no que concerne à consagração pela crítica especializada. Qual é essa crítica especializada? A local? A regional? A nacional? Cremos que se pode dizer que é a crítica local, regional (estadual) ou nacional, em razão do valor do contrato. Assim, se o contrato estiver dentro do limite de convite, será local; se estiver dentro do limite da tomada de preços, será regional; se estiver dentro do limite de concorrência, será nacional. O mesmo deve-se afirmar em relação à opinião pública.

Sob esse prisma, entendemos, que há de se considerar a proporcionalidade sugerida, uma vez que o artista consagrado no Oiapoque, muitas das vezes não é consagrado no Chui.

Sobre o tema, na Bahia os Órgãos de controle assim se manifestaram:

A Rede de controle da gestão pública no Estado da Bahia, estrutura que congrega instituições de controle e de fiscalização nos âmbitos federal, estadual e municipal, com objetivo de contribuir para o aprimoramento da gestão da coisa pública orienta que os administradores públicos, ao procederem à contratação de serviços artísticos devem observar:

(i) se abstenham de contratar de forma direta, por inexigibilidade de licitação, empresa que apresente declaração ou carta de exclusividade restrita às datas e às localidades das apresentações artísticas pretendidas, devendo a condição de empresário exclusivo ser comprovada mediante a apresentação de cópia de contrato de exclusividade registrado em cartório, por prazo indeterminado ou com prazo de vigência minimamente razoável para caracterizar a habitualidade na representação ou agenciamento do artista, sem prejuízo da observância dos demais requisitos previstos no art. 25, III, da Lei nº. 8.666/93.

(ii) realizem pesquisa prévia de preço de mercado com objetivo de demonstrar a adequação do valor contratado instruindo o procedimento de inexigibilidade, para efeito de cumprimento da exigência legal de justificativa do preço (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8666/93), com documentação comprobatória do valor cobrado pelo artista pretendido em pelo menos 03 (três) eventos de características semelhantes, promovidos pelo setor público ou privado. Eventual contratação em valor superior aos parâmetros de preço obtidos deverá ser acompanhada de motivação detalhada, especificando-se todas as circunstâncias singulares do caso concreto, devidamente comprovadas, que sejam aptas a justificar a razoabilidade do valor contratado.

INSTRUÇÃO NORMATIVA 002/2015 TCM/BA:

#### CAPÍTULO II Da Contratação Mediante Inexigibilidade e Dispensa de Licitação

Art. 3º. Nos casos de inexigibilidade, o órgão ou entidade responsável pela realização do evento encaminhará ao Gestor exposição de motivos solicitando a contratação de determinada empresa, banda, grupo musical ou profissional



do setor artístico, com fundamento no art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, devidamente autuada, protocolizada e numerada, gerando processo administrativo, instruído com os seguintes dados:

I. nome ou denominação da empresa ou atração a ser contratada;

II. razões e justificativas que motivaram a escolha da empresa, banda, grupo musical ou artista específico, tornando patente tratar-se da atração mais adequada a atender a singularidade do objeto;

III. valor da contratação, discriminando a forma de pagamento, que poderá ser parcialmente antecipado, de acordo com o respectivo contrato;

IV. comprovação de regularidade jurídico-fiscal, inclusive junto ao INSS e FGTS, conforme o caso;

V. documento que justifique a inviabilidade da competição, devendo anexar recortes de matérias jornalísticas e da crítica especializada que indiquem tratar-se de artista consagrado pela opinião pública local, regional ou nacional;

VI. documento, registrado em cartório, que demonstre a exclusividade da representação por empresário de artista a ser contratado, desde que não se restrinja aos dias e localidades correspondentes à apresentação do artista; (alterado pela Instrução TCM nº 01/2017, publicada no DOE TCM de 12/05/2017).

VII. o documento previsto no inciso VI deverá comprovar a não eventualidade ou precariedade da relação entre o artista e o seu representante. (alterado pela Instrução TCM nº 01/2017, publicada no DOE TCM de 12/05/2017).

§ 1º. O Gestor remeterá o processo à Secretaria de Finanças, a fim de que seja informado sobre a existência, ou não, de disponibilidade orçamentária-financeira para a realização da despesa.

§ 2º. Devolvidos os autos devidamente instruídos, e julgando conveniente a contratação, o Gestor endereçará o processo à Procuradoria ou Assessoria Jurídica da Prefeitura para emissão de parecer fundamentado no art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 e elaboração do contrato a ser celebrado.

§ 3º. Concluído o procedimento, os autos deverão ser encaminhados ao Gestor para ratificação e publicação, como condição para eficácia dos atos.

Art. 4º. A inexigibilidade diz respeito, exclusivamente, à contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, nos termos do art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, não se aplicando à contratação de empresa ou profissional fornecedor dos serviços de locação, transporte, instalação e manutenção de palco, iluminação, sonorização, bem como transporte e hospedagem de pessoal e outros inerentes à realização do evento.

Art. 5º. Somente poderá ocorrer Dispensa de Licitação para a contratação de empresa, bandas, grupos musicais ou profissionais do setor artístico nos casos previstos no art. 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93

Tribunal de Contas da União:

Enunciado:

A contratação de *artistas* consagrados por meio de inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93) somente deve ocorrer com a apresentação de contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado. O contrato de exclusividade não pode ser substituído por autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento. (TCU. Acórdão 5209/2015 – Segunda Câmara, Rel. MARCOS BEMQUERER).

Enunciado:

Na contratação direta de artistas consagrados, com base no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada cópia do contrato, registrado em cartório, de exclusividade dos *artistas* com o empresário contratado. O contrato de exclusividade difere da autorização que dá exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e é restrita à localidade do evento, a qual não se presta para fundamentar a inexigibilidade.

“De fato, as irregularidades foram confirmadas. As cartas de exclusividade apresentadas, com especificação de dias e local dos shows, não cumprem a orientação deste Tribunal, expedida diretamente ao Ministério do Turismo, por meio do Acórdão nº 96/2008 - Plenário, no sentido de que "o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento".

[...] este Tribunal já expediu idêntico comando, por meio do Acórdão nº

3826/2013 - 1ª Câmara, para que o Ministério do Turismo "instaure

processo de Tomada de Contas Especial, quando no exame da prestação de contas forem constatadas as mesmas irregularidades aqui referidas, especialmente a seguinte, sujeita a glosa: contratação de bandas de música, por meio de inexigibilidade de licitação, sob o fundamento da exclusividade de representação, com base na apresentação de "cartas" e de "declarações" que supostamente atestariam a dita exclusividade, mas na verdade não se prestam

para tanto, o que só pode ser feito por meio de contrato firmado entre artistas e empresários, devendo ainda constar registro em cartório, além de regular publicação, conforme as disposições contidas no termo de convênio, no item 9.5 do Acórdão nº 96/2008-TCU-Plenário e nos arts. 25, inciso III, e 26, todos da Lei 8.666/93". (Acórdão nº 642/2014 – Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo)

Tribunais Regionais Federais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL E

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS RÉUS:EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS.PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. PEDIDO DERECONSIDERAÇÃO QUE DEFERIU ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL: PREJUDICADO. - O Ministério Público Federal almeja o enquadramento dos agravados em atos de improbidade descritos da Lei nº8.429/1992, especificamente nos do artigo 10, (atos que causam prejuízo ao erário), incisos V (permitir e facilitar a aquisição de serviços por preço superior ao de mercado), VIII (frustrar a licitude de processo licitatório ou não realizar licitação quando exigido por lei) e XII (permitir, facilitar e concorrer para que terceiro se enriqueça ilícitamente), e nos do artigo 11, caput aput (violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições) e inciso I (praticar ato com finalidade proibida em lei ou diversa da prevista), em virtude da utilização indevida do instrumento de inexigibilidade de licitação (artigo 25 da Lei de Licitações) para shows artísticos no Município de Guzolândia/SP. - Objetiva o deferimento de liminar para a decretação de indisponibilidade de bens dos réus, nos termos do artigo 7º da Lei nº 8.429/1992. - No caso, a documentação acostada demonstra que os agravados participaram de contratação realizada sem prévia licitação e em desacordo com as exigências para que fosse reconhecida como inexigível, na medida em que, no que concerne ao convênio nº 912/2007, foi o próprio representante da empresa intermediária que declarou as supostas exclusividades e, no que concerne aos demais, as empresas intermediárias contratadas apenas representavam os artistas nas datas dos shows sob análise e não com exclusividade como exige a lei (artigo 25, inciso III, da Lei nº8.666/1993). Há, portanto, indícios suficientes da prática das condutas ímprobadas indicadas pelo agravante, o que configura o *fumus boni iuris*.- Ademais, o artigo 7º da Lei nº 8.429/1992 revela que a demonstração da existência de indícios do dano ao erário ou de enriquecimento ilícito – *fumus boni iuris* do feito principal - por si só legitima a concessão da aludida liminar, considerado que o *periculum in mora*, requisito geral das medidas cautelares, encontra-se, nessa situação, subentendido no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. - Desse modo, encontram-se presentes os requisitos para o deferimento da medida. - Por fim, à vista do exame exauriente da demanda com o julgamento do agravo de instrumento, resta prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que

deferiu a antecipação da tutela recursal, proferida em sede de cognição sumária. - Agravo de instrumento provido, a fim de determinar que sejam tornados indisponíveis os bens dos agravados, até o limite do valor das contratações indevidas. Antecipação da tutela recursal confirmada.

(TRF-3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO –512748, Data da Publicação: 19/11/2014).

PROCESSUAL CIVIL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PEDIDO DEFERIDO. DEMONSTRAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS.POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. - Não se conhece do agravo regimental de fls. 120/125, uma vez que ausente previsão legal para recorrer da decisão que aprecia os efeitos da tutela em sede recursal, somente sendo passível de reforma no momento do julgamento do agravo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 527 do CPC. – A indisponibilidade de bens é medida prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e prescinde da comprovação do risco de dano (periculum in mora), que se presume, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, desde que evidenciada a relevância da fundamentação (fumus boni iuris). - In casu, a imputação de ato de improbidade administrativa decorre da suposta conduta de indevida celebração de contratos com empresa intermediária para a prestação de serviços artísticos mediante a inexigibilidade de licitação, cuja modalidade é prevista no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93. - Como já se posicionou esta Corte, a incidência do dispositivo legal pressupõe a contratação direta com os artistas ou por meio de empresário exclusivo. – Os documentos constantes dos apensos aludem aos convênios nºs 703283/2009 e 733292/2010, firmados pelo Ministério do Turismo e a Prefeitura Municipal de Indiaporã, para a realização das festas de Peão Boiadeiro de Indiaporã. Da análise do acervo probatório, constata-se que houve contratações de artistas para que se apresentassem em tais eventos, mediante inexigibilidade de licitação, aliás, situação não refutada pelo agravado (fls.115/119). A representação das bandas por empresas apenas em datas específicas (fls. 76/83) não se amolda ao dispositivo legal e constitui fundados indícios da prática das condutas ímprobas consoante narrado na inicial (fls. 17/37). - Agravo regimental não conhecido. Agravo de instrumento provido.

(TRF-3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 510737, Data Publicação: 24/10/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DEIMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECISÃO QUE POSTERGOU A ANÁLISE DA LIMINAR EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA FESTIVAL CULTURAL POR MEIO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25, III, DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A Prefeitura Municipal de Paranapuã firmou o convênio com o

Ministério do Turismo objetivando recursos públicos para realizar o "1º Festival Cultural de Paranapuã". Ocorre que a contratação de artistas junto à empresa "M. Sampaio Promoções Artísticas Ltda" foi celebrado mediante Processo de Inexigibilidade de Licitação. 2. Para configurar a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do art. 25, da Lei de Licitações, a contratação dos artistas deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente. A figura do empresário exclusivo não se confunde com o mero intermediário na medida em que este detém a exclusividade limitada a apenas determinados dias ou eventos. 3. No caso, os atestados firmados pelos representantes legais dos artistas declaravam que a exclusividade se limitava aos shows do dia 03 ou 04 de maio no 1º Festival Cultural de Paranapuã. 4. Assim, não foram preenchidos os requisitos do inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 uma vez que a contratação não foi diretamente com os artistas ou através de empresário exclusivo, mas sim por meio de pessoa interposta. 5. Quanto ao periculum in mora, decorre da simples presença do requisito inaugural (fumus boni iuris), já que a jurisprudência do STJ localiza no § 4º do art. 37 da Constituição a base irretorquível dessa providência, tão logo seja visível a verossimilhança das práticas ímprobas. 6. Agravo de instrumento provido para decretar a indisponibilidade de bens dos agravados.

(TRF-3, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 485377, Data da Publicação:02/08/2013)

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MUNICÍPIO. INSCRIÇÃO NO SIAFI.RESTRIÇÃO DE REPASSES. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS PARA EVENTO CULTURAL POR MEIO DE EMPRESA INTERMEDIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONSAGRAÇÃO ARTÍSTICA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTOS NO ARTIGO 25, III, DA LEI DE LICITAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Apelação interposta pelo Município de Joca Claudino/PB contra sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal da SJ/PB, que julgou improcedente o pedido formulado pelo recorrente, consubstanciado na suspensão da sua inclusão como inadimplente junto ao SIAFI e a suspensão da instauração da Tomada de Contas Especial, considerando a comprovação do efetivo cumprimento do objeto do Convênio nº 00775/2010, referente à contratação de serviços musicais no evento denominado "Arraspé do Antônio João", realizado nos dias 11 e 12 de junho de 2010, em conformidade com as exigências do artigo 25, III, da Lei n. 8.666/93 (inexigibilidade de licitação). 2. A hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de artistas ou grupos artísticos observa a regra do art. 25, III, da Lei nº 8.666/1993, onde, para salvaguardar o interesse público, exige a contratação diretamente ou através de empresário exclusivo, o que não veio a ocorrer no caso concreto, com a intermediação de empresa unicamente autorizada para comercializar o show no evento objeto do convênio firmado entre a municipalidade e o Ministério do Turismo. Precedentes. 3. Tampouco restou cumprido o requisito da consagração pela crítica especializada ou pela opinião pública dos artistas contratados, pois o relatório da Comissão Permanente de Licitação limitou-se a apontar a suposta consagração popular das bandas, sem indicar o modo pelo

qual chegou a essa conclusão, tampouco existindo qualquer justificativa referente ao porquê de terem sido escolhidas a 3 (três) bandas de forró, em meio a tantas outras do mesmo gênero musical. 4. Não cumpridos integralmente os procedimentos necessários à regularidade da inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, III, da Lei nº 8.666/93, mostra-se regular a restrição cadastral e de repasse realizada pela União, resguardado o repasse de verbas destinadas às áreas sociais, nos moldes da Lei n.º 10.522/02.

(TRF-3- AI:25817 SP 0025817-27.2012.4.03.0000.Relator:  
DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SLAVO, Data do  
julgamento:25/02/2013.SECTA TURMA)

#### **4 A JURISPRUDÊNCIA SOBRE INGEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADGOVADO**

Uma vez tecidas as considerações relativas hipóteses exemplificadas no art. 25 da Lei 8.666/93, passa-se apresentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, acerca da contratação de advogados mediante inexigibilidade de licitação.

Tramitam perante o egrégio Supremo Tribunal Federal os Recursos Extraordinários nº 656.558 e nº 610.523, cujo objeto é a contratação de escritório de advocacia – ou advogado particular – pelo Poder Público por inexigibilidade de licitação, sendo que ambos recursos estão sendo julgados em conjunto (MARTINS, 2018).

Na sessão que ocorreu em 14 de junho de 2017, após voto do relator, dando provimento aos recursos supracitados, o julgamento foi suspenso.

Vejamos o que se extrai de trecho do voto do eminente Relator, o então Ministro Dias Toffoli, acerca do tema:

Sabe-se que há serviços de natureza comum cuja prestação exige conhecimento técnico generalizado, o qual, todavia, pode perfeitamente ser comparado objetivamente numa licitação pública. 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 serviços cuja especialização requer aporte subjetivo, o denominado 'toque do especialista', distinto de um para outro, o qual os 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. (STF, 2017, pg. 24).

Convém ressaltar, conforme entendimento do Ministro Dias Toffoli (STF, 2017, RE 656558 / SP), que a existência de outros especialistas não inviabiliza a inexigibilidade, vez que os serviços enunciados no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, podem ser prestados por vários especialistas. Entretanto cada serviço é prestado de forma singular e tendo critérios objetivos, assim impossibilitando submeter à competição, afastando assim o Dever Geral de Licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988.

Oportuno se toma trazer à baila outro trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, (STF, 2017, RE 656558 / SP), salienta que:

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 a estimativa subjetiva. (STF, 2017, p.26)

Não obstante, quanto a contratação especializada de advocacia, o ministro ele afirma que:

Ademais, na minha concepção, respeitando aquela dos que têm entendimento distinto, no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços.

Aliás, dispõe o art. 34, IV, do Estatuto dos Advogados, a Lei nº 8.906/94, que constitui infração disciplinar “angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros”. (STF, 2017, p.30)

Consoante noção cediça, o Código de Ética e Disciplina da OAB, dispõe sobre a vedação de condutas tendentes à captação de clientela, *in verbis*: “Art. 7º. É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela.”

O Ministro Dias Toffoli (STF, 2017, RE 656558 / SP), entendeu que a disputa de preço na advocacia, é incompatível com as limitações éticas e legais. Nesse sentido, vejamos o precedente do Supremo tribunal Federal:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a

Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (Grifo nosso)

(STF - AP: 348 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02283-01 PP-00058 LEXSTF v. 29, n. 344, 2007, p. 305-322)

Sob tal ambulação, cumpre ratificar que o preceito legal inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, disciplina a possibilidade de inexigibilidade de licitação para contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da lei de licitações, que contenha natureza singular e prestado por profissionais de notória especialização uma vez preenchidos os requisitos da lei.

Sobre a contratação de Advogados pela Administração Pública, há decisão no Supremo Tribunal de Justiça – STJ, em sede de Recurso Especial nº 1.192.332-RS, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, da 1ª Turma, julgado em 12/11/13 vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS.

13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012. 3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização. 4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição. 5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço). 6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional. 7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.

(STJ - REsp: 1192332 SC 2010/0080667-3-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 12/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2013)

Depreende-se da decisão o entendimento da possibilidade de contratação de advogados pela Administração pública, por meio de inexigibilidade de licitação, uma vez evidenciado que os serviços possuem natureza singular demonstrando os motivos pelos quais se entende que o profissional possui notória especialização.

E no mesmo sentido deliberou o e. Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.181.806-SP, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, da 1ª Turma, julgado em 7/11/2013:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA PELO MUNICÍPIO DE NHANDEARA/SP (CONTRATO 36/97). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO CAUSÍDICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS EM DECORRÊNCIA DO PACTO 36/97, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO À PRESENTE DECISÃO, PARA EXCLUIR A CONDENAÇÃO DA PREFEITA NO ALEGADO ILÍCITO DE IGUAL NATUREZA (ART. 509 DO CPC). 1. A negativa de vigência ao art. 535 do CPC somente se vislumbra quando o Tribunal de origem incorre em omissão, obscuridade ou contradição sobre matérias elementares para o deslinde da controvérsia. 2. A condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, demanda a comprovação do nexos causal entre a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal, sendo insuficiente, portanto, a mera presunção do prejuízo ao Estado. Precedente: AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 10.12.2012. 3. In casu, restou incontroversa a prestação dos serviços de assessoria jurídica pelo Causídico, nos termos pactuados entre este último e o Ente Municipal no Contrato 36/97, de maneira que o Tribunal de origem impôs ao Advogado e à Prefeita a condenação de ressarcir ao Erário o valor acertado (R\$ 18.600,00) sob o fundamento de não haver justificação para a estipulação da quantia e, ainda, por ter o Causídico elaborado, concretamente, apenas uma petição, interposto Recursos Especiais e impetrado Mandado de Segurança. 4. Contudo, apesar de o desenrolar das ações e dos procedimentos terem requerido, efetivamente, apenas as peças enumeradas pela Sentença, o fato é que o acompanhamento das ações e dos procedimentos foram, de fato e em conformidade com o Contrato 36/97, prestados, não

servindo de parâmetro, para fins de apuração da razoabilidade do valor do Contrato, apenas as petições elaboradas pelo Advogado; e assim é, porque o desenvolvimento das ações e procedimentos elencados no Contrato 36/97 poderiam ter exigido outras atuações do Procurador, mas a sucessão dos fatos ocorridos na realidade demandou, apenas, os trabalhos deflagrados pelo Causídico. 5. Ademais, eventual ausência de justificação do valor estipulado entre o Causídico e o Município de Nhandeara/SP (R\$ 18.600,00), por si só, não configura prejuízo ao Erário; o dano em comento, por ser concreto e auferível empiricamente, deve ser comprovado, não se admitindo presunções, nesse aspecto. 6. Recurso Especial provido, em que pese o parecer Ministerial em sentido contrário, para afastar a condenação ressarcitória imposta ao Causídico. Atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente Decisão (art. 509 do CPC), para excluir a obrigação de devolução de valores ao Município, imposta à Prefeita.

(STJ - REsp: 1181806 SP 2010/0034417-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2013)

Segundo COPOLA, é extremamente comum que os entes públicos, lastreados e plenamente fundamentados na lei nacional de licitações, contratem profissionais altamente especializados e detentores de qualificação pouco comum — sem qualquer demérito aos profissionais permanentes, em geral muito bem qualificados —, não para trabalhos de rotina que se repetem, mas para lhes prestar assessoria e consultoria jurídica, que não se enquadram, pela sua natureza, dentre os trabalhos rotineiramente prestados pelo corpo permanente

Não obstante, quando a contratação serviços advocatícios no âmbito municipal, pertinente é a colocação do voto do Ministro Dias Tofolli (STF, 2017, RE 656558 / SP), de que não vislumbrar na Carta Magna, a obrigatoriedade de que, em todo município, seja criada uma procuradoria municipal para a representação judicial, extrajudicial, ou para a atividade de consultoria jurídica.

Da mesma forma, não vejo impedimento para que determinada municipalidade, vislumbrando a existência de procuradores municipais aptos para o pleno exercício da representação do município, de seus órgãos ou dos entes da administração direta, ou até mesmo indireta, e para o cumprimento, com eficiência, das

atividades de consultoria, possa editar norma a impedir a contratação de advogados privados para o exercício dessas atividades.

Por outro lado, ausente impedimento específico, a simples existência de procuradores municipais concursados não me parece impedimento, por si só, para a contratação de advogados qualificados sob o manto da inexigibilidade de licitação, quando houver real necessidade e preenchidos os requisitos sobre as quais já me referi.

A singularidade da situação pode exigir da municipalidade a contratação de determinado profissional.

Isso porque, realizando-se uma interpretação sistemática do regime jurídico, podemos concluir que existem duas condições cumulativas para se aferir a legalidade de uma contratação de serviços advocatícios – para fins de representação processual ou de consultoria - sem prévia licitação, quais sejam: a) a necessidade e a natureza do serviço, sua singularidade ou complexidade, a evidenciar que esses não podem ser normalmente executados pelos profissionais do próprio quadro e, b) o caráter não continuado do serviço específico e singular. Portanto, para que haja uma melhor definição da tese de repercussão geral, me parece prudente anotar que a contratação, com inexigibilidade de prévia licitação, só terá validade se não houver norma impeditiva – no caso, municipal.(STF, 2017, p.32).

Em virtude dessas considerações, no caso de âmbito municipal, é possível extrair do entendimento do Ministro Dias Toffoli, que a contratação, com inexigibilidade de prévia licitação, só terá validade se não houver norma impeditiva.

Nesse sentido, por derradeiro, necessário se faz mencionar as teses propostas pelo ilustre Ministro Dias Toffoli, Toffoli (STF, 2017, RE 656558 / SP), *in verbis*:

:

a) É constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece ser inexigível a licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, desde que i) preenchidos os requisitos nela estabelecidos, ii) não haja norma impeditiva à contratação nesses termos e iii) eles tenham natureza singular e sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, inclusive no que tange à

execução de serviços de consultoria, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas. b) Para a configuração da improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, faz-se necessária a presença de dolo ou culpa, caracterizados por ação ou omissão do agente, razão pela qual, não havendo prova do elemento subjetivo, não se configura o ato de improbidade administrativa, em qualquer uma das modalidades previstas na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. (STF, 2017, p.36).

Ao ensejo da conclusão desse fiem, deve-se dizer que, enfaticamente, não constitui ato de improbidade administrativa a contratação de advogados por ente público, observando a singularidade do objeto bem como que sejam prestado por profissionais com notória especialização.

Nesse diapasão, fica evidenciado a hermenêutica jurídica do STJ e STF sobre a possibilidade legal da contratação de assessoria jurídica ser realizada por meio de inexigibilidade de licitação.

Podemos citar, ainda, diversas passagens de doutrinadores conceituados na doutrina brasileira, acerca da inviabilidade de licitação. Como, por exemplo, os Ilustres mestres Lúcia Valle Figueiredo e Sergio Ferraz em sua obra **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**, onde afirmam que:

“(...) A gênese da inexigibilidade é a impossibilidade da competição, o que, por si só, afasta a possibilidade de invocação dos princípios da moralidade e da igualdade. E o universo de seus destinatários é complexo, mais amplo, abrangendo pretendentes à contratação, administrados em geral, administradores e controladores da atuação da Administração Pública. Identificada que seja uma das hipóteses legais da inexigibilidade, nenhum desses universos de possíveis interessados está mais titulado ou legitimado a exigir a licitação: ela simplesmente não deverá ser realizada.”

Como se pode perceber, fica claro o conceito de inexigibilidade segundo a visão de Lúcia Valle Figueiredo e Sergio Ferraz. Tratam de uma questão fundamental sobre o presente tema que é

a abrangência de diversas pessoas que formam o universo da inexigibilidade, onde, quando identificado qualquer dos motivos legais, não há que se falar em realização de certame licitatório, mas somente a contratação por via direta.

Ensinam, também, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, na obra literária **Direito Administrativo Descomplicado**, que:

“A Lei 8.666 cuida das hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação em seu art. 25, o qual reúne situações descritas genericamente como de inviabilidade de competição, **exemplificadamente** arroladas em seus três incisos. Sempre que inexistir viabilidade de competição, poderá efetivar-se a contratação direta, ainda que não se configurem situações expressamente constantes do elenco do art. 25. Em tais circunstâncias ocorre o que a Lei denominou inexigibilidade de licitação.”

Segundo estes, as hipóteses de impossibilidade jurídica de licitação permanecem elencadas no corpo do art. 25, da Lei n.º 8.666/93, porém, deixam muito claro que, sempre que observada a inviabilidade de competição, mesmo que não conste no dispositivo legal ora mencionado, poderá efetivar-se a contratação direta.

Petrônio Braz, em sua obra **Tratado de Direito Municipal Vol. II**, conceitua serviços técnicos profissionais especializados como:

“Serviços técnicos profissionais são os que exigem habilitação legalmente definida, de nível médio ou superior. O técnico torna-se especializado quando se aprofunda nos estudos e pesquisas científicas, seja através de cursos ou no próprio exercício da profissão.”

Deste modo, a notória especialização ocorre no debruçar em estudos e pesquisas científicas no próprio exercício da profissão, ou através de cursos.



Não obstante, segundo o pensamento de Marçal Justen Filho em sua obra **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, quanto aos serviços técnicos profissionais especializados, conceitua-se:

“(…) A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática. Isso significa que cada prestação traduzirá um elemento subjetivo, decorrente da função de “intermediação” (entre conhecimento teórico e solução prática) desenvolvida pelo prestador do serviço. Cada prestador do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade – criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca.”

Por fim, muito bem colocado é o comentário acima transcrito do Prof. Marçal Justen Filho, quando este ensina que cada trabalho realizado por um advogado é dotado de subjetividade, sendo peculiar, e inconfundível ato personalíssimo de sua intelectualidade. Características essas, que precisamente é buscado pela Administração Pública em razão de uma necessidade fática.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em razão do caráter abstrato que se baseia a inviabilidade de competição como motivação para inexigibilidade de licitação, verificou-se ao longo desse estudo, que o tema, está rodeado de incursões doutrinárias e jurisprudenciais, que tentam afastar o elemento subjetivo para melhor aplicação do comando normativo estabelecido no art. 25 da Lei 8.666/93.

Tentou-se, com dificuldade, de trazer à lume pressupostos objetivos para escolha isonômica da contratação mais adequada para Administração, uma vez que algumas contratações de natureza personalíssima obstaculizam a possibilidade de alternativas para escolha.

Conforme verificou-se nas jurisprudências colacionadas nos autos, o Judiciário no tocante a contratação de advogados vem sustentando a tese, de que os requisitos para seguem uma ordem de interpretação subjetiva, baseada no grau de confiabilidade, após atestada a notória especialização.

Desse modo, concluímos que o enquadramento mais prudente só é possível, a partir da análise concreta de cada caso, onde haja uma observação minuciosa da necessidade pública, conjugada subsunção das características do contratado, aos requisitos objetivos e ao interesse público.

Diante de todo o exposto no presente trabalho monográfico, compreende-se ser possível a contratação direta de assessoria jurídica pela Administração Pública por inexigibilidade de licitação, tendo em vista a expressa previsão legal do art. 25, II, cumulado com o art. 13, III, da Lei n.º 8.666/93, e com o art. 1º, II, da Lei n.º 8.906/94, bem como, com toda a previsão legal e posicionamento doutrinário e jurisprudencial abordados acerca da matéria em apreço.

Destaca-se, ainda, que apesar de tal possibilidade jurídica ser plenamente cabível, necessário se faz, sempre, a observância das disposições legais do assunto para que a contratação não seja viciada, tornando-se com isso, ilegal o ato administrativo.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*/Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. – 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e Contrato Administrativo : estudos, pareceres e comentários / Antônio Carlos Cintra do Amaral*. 1. ed., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BORGES, Alice Gonzales. *Licitação para Contratação de Serviços Profissionais de Advocacia*, in RDA 206, out/dezembro de 1996.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação Passo a Passo*. Sidney Bittencourt. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BRAZ, Petrônio. *Tratado de Direito Municipal – Volume II / Petrônio Braz – Leme*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

BAHIA. Orientação técnica nº 02. Rede de controle da gestão pública no Estado da Bahia. Disponível em: <[https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/controle\\_interno/OT\\_RCGPBA\\_02\\_2016\\_contratacao\\_direta\\_de\\_artista.pdf](https://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/controle_interno/OT_RCGPBA_02_2016_contratacao_direta_de_artista.pdf)> Acesso em 18 agosto 2018.

\_\_\_\_\_. Instrução nº 02 / 2005. TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA. Disponível em: <[ww.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/Instrucao-02-2005.CONTRATACAO-DE-BANDAS-\\_alterada-pela-Instrucao-TCM-nn-01-2017\\_-public.13.05.pdf](http://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/Instrucao-02-2005.CONTRATACAO-DE-BANDAS-_alterada-pela-Instrucao-TCM-nn-01-2017_-public.13.05.pdf)> Acessado em 15 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 11 jun 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição federal, Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº .883, de 8 de junho de 1994. Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8883.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8883.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9648cons.htm)>. Acesso em: 11 maio 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_.Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. STF. Ação Penal: AP 348 SC. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc>>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo, diante do que se pode constatar da Ementa dos Embargos Infringentes de nº 230.193-1. Disponível em: <<http://jurisprudenciapgesp.blogspot.com/2010/08/embargos-infringentes-resolucao-merito.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_.TCU. Acórdão nº. 7840/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A991%2520ANOACORDAO%253A2009%2520RELATOR%253A%2522MARCOS%2520VINICIOS%2520VILA%25C3%2587A%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em 25 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 656.558 São Paulo. Recorrente: :ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA. Relator:

Ministro Dias Toffoli. São Paulo. 14 de junho de 2018. Pg.24. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE656558DT.pdf>. Acesso: 17 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 656.558 São Paulo. Recorrente: :ANTÔNIO SÉRGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS S/C LTDA. Relator: Ministro Dias Toffoli. São Paulo. 14 de junho de 2018. Pg.32. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE656558DT.pdf>. Acesso: 17 de setembro de 2018

\_\_\_\_\_. AÇÃO PENAL: AP 348 SC. Tribunal Pleno. DJe 072. DJ 03/08/2007. JUSBRASIL. Disponível na Internet: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc> >. Acesso em: 17/09/2018.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial: Resp. 1.192.332/RS 2010/0080667-3. Relator Napoleão Nunes Maia filho. DJ 12/01/2013. JUSBRASIL. Disponível na internet: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/63230695/stj-19-12-2013-pg-837>. Acesso: 18 de setembro de 2018.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial: Resp. 1181806SP 2010/0034417-0. Relator Napoleão Nunes Maia filho. DJ 07/01/2013. JUSBRASIL. Disponível na internet: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24738066/recurso-especial-resp-1181806-sp-2010-0034417-0-stj/inteiro-teor-24738067?ref=juris-tabs>. Acesso: 18 de setembro de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. Ed. Atlas: 2018.

CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. 8. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COPOLA, Gina. FORUM. Contratação de advogado por prefeitura que possui procuradoria jurídica é ato de improbidade?. Disponível na internet: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/contratacao-de-advogado-por-prefeitura-que-possui-procuradoria-juridica-e-ato-de-improbidade>. Acesso em 18 de Setembro de 2018.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo / Paulo Magalhães da Costa Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Adilson De Abreu. *Aspectos Jurídicos Da Licitação*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo - 29ª Ed.* São Paulo: Forense, 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. 3. ed., 2. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8. Ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

JACOBY, Jorge Ulisses. *Contratação Direta Sem Licitação*. 3. Ed. Brasília Jurídica, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Manual de Elaboração de Monografias e Dissertações*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, L.C . LAURO COIBRA MARTINS. *Parecer dispensa licitação - contratação instituição (UNB) para aplicação de concurso público*. Disponível na Internet: <http://lauro->

[coimbra.blogspot.com/2008/10/possibilidade-de-contratao-direta-da.html](http://coimbra.blogspot.com/2008/10/possibilidade-de-contratao-direta-da.html). Acesso em: 18 de setembro de 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. *Curso De Direito Administrativo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

REGO, Sílvio Roberto Seixas. *Processo Licitatório: contraditório e ampla defesa : doutrina e jurisprudência* / Sílvio Roberto Seixas Rego – Bauru, São Paulo – EDIPRO, 2003.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático das Licitações*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Pedro Ulysses Burity Alves de. *Contratação, por inexigibilidade de licitação, de assessoria jurídica pela administração pública municipal*. Disponível em em: <<https://jus.com.br/artigos/50049/contratacao-por-inexigibilidade-de-licitacao-de-assessoria-juridica-pela-administracao-publica-municipal>>. Acesso em 25 de maio de 2018.