

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

VICTOR ZACARIAS DE SOUZA

**A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E OS ASPECTOS INERENTES À PROFISSÃO QUE CORROBORAM PARA A DISPENSA
POR INEXIGIBILIDADE**

Salvador - Ba

2019

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

**CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

VICTOR ZACARIAS DE SOUZA

**A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E OS ASPECTOS INERENTES À PROFISSÃO QUE CORROBORAM PARA A DISPENSA
POR INEXIGIBILIDADE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos da Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial para a conclusão do Curso.

Salvador - Ba

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela família que tenho, pela parceira de todos os dias, minha mulher. Agradeço também a todos os professores, por todos os conselhos e ajuda durante os meus estudos e elaboração do meu TCC. Agradeço, por fim, a todos os meus colegas de turma que contribuíram imensamente para o aprendizado dentro e fora de sala de aula.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda a questão da contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, o objetivo principal deste estudo é demonstrar que a contratação de escritório de advocacia só poderá ser realizada, mediante a contratação direta (sem licitação), com base no permissivo legal insculpido no artigo 25 da Lei 8666/93 e nas regras que regem a profissão do advogado. A monografia encontra-se dividida em quatro partes. A primeira tece breves considerações sobre o procedimento licitatório. A segunda parte do trabalho explora as modalidades e os tipos de licitação. A terceira parte do trabalho aponta as consequências da dispensa imotivada em razão do dever de licitar. Por fim, a quarta parte do trabalho contém uma análise sobre os aspectos legais da contratação direta e sua viabilidade em relação a serviços advocatícios apontando as especificidades legais e inerentes a profissão de advogado. Em síntese, este estudo aborda o processo de contratação do ente público, que exige licitação prévia para a celebração dos contratos. Avalia a contratação direta como exceção à regra geral do procedimento licitatório e os principais pontos que diferenciam a licitação dispensável da licitação inexigível. Aborda ainda, os casos de inexigibilidade de licitação. Por fim, é realizado um levantamento jurisprudencial com o propósito de evidenciar o posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da temática.

Palavras-chave: Licitação. Administração Pública. Serviços Advocatícios. Inexigibilidade de Licitação.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course addresses the question of contracting of services of advocacy by the Public Administration, the main objective of this study is to demonstrate that the hiring of office of lawyers can only be carried out by direct contracting (without a bid), by reason of the legal permissive inscribed in article 25 of Law 8666/93 and the rules governing the profession of lawyer. The monograph is divided into four parts. The monograph is divided into four parts. The first one makes brief considerations about the bidding procedure. The second part of the paper explores the modalities and types of bidding. The third part of the paper points out the consequences of the unmotivated dispensation due to the duty to bid. Finally, the fourth part of the paper contains an analysis of the legal aspects of direct contracting and its feasibility in relation to legal services, pointing out the specific and loyal characteristics inherent to the legal profession¹. In summary, this study deals with the contracting process of the public entity, which requires a pre-tender for the conclusion of the contracts. It evaluates the direct contracting as an exception to the general rule of the bidding process and the main points that differentiate the dispensable tender from the unbearable bidding. It also addresses cases of unenforceable bidding. Finally, a case-law with the purpose of evidencing the position of the Brazilian courts regarding the subject matter.

Keywords: Tender. Public Administration. Advocacy Services. Lack of Tenderability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO.....	12
2.1 Origem histórica da licitação.....	12
2.2 Conceito de licitação.....	14
2.3 Princípios do procedimento licitatório.....	15
2.4 O procedimento licitatório.....	18
2.5 O dever de licitar.....	19
2.6 Objetos e objetivos da licitação.....	21
2.7 Sujeitos a licitar.....	23
2.8 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: Distinções.....	25
3 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO.....	28
3.1 Aspectos gerais.....	28
3.2 Concorrência.....	29
3.3 Tomada de Preço.....	30
3.4 Convite.....	31
3.5 Concurso.....	32
3.6 Leilão.....	33
3.7 Pregão.....	33
4 OUTROS ASPECTOS SOBRE A CONTRATAÇÃO DIRETA.....	35
4.1 Contratação direta: exceção à regra.....	35
4.2 Procedimentos para a contratação direta.....	35
4.3 Responsabilização da dispensa indevida- ato ímprobo.....	36
5 ASPECTOS LEGAIS DA CONTRATAÇÃO DIRETA E SUA POSSIBILIDADE EM SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS.....	45
5.1 Constituição Federal.....	45
5.2 Competência legislativa do Distrito Federal e dos municípios.....	47
5.3 A contratação direta e a legislação não federal.....	48
5.4 Da previsão legal da contratação por inexigibilidade de serviços técnicos.....	49
5.5 Da confiança na inexigibilidade de licitação dos profissionais advogados.....	51

5.6 Da resistência dos órgãos de controle e do Ministério público e os aspectos particulares da profissão de advogado que impõem a contratação direta de serviços advocatícios	53
5.7 Princípios vetores da profissão do advogado devem ser considerados para a contratação dos serviços sem a obrigatoriedade do processo licitatório.....	57
5.8 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.....	62
5.7 Julgamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.....	63
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública constitui assunto envolto de controvérsias e interpretações extremadas, seja por parte dos órgãos de controle, seja por parte dos juristas. Sendo assim, o tema é responsável por considerável número de demandas judiciais movidas pelo Ministério Público e de processos de tomada de contas especial na esfera dos Tribunais de Contas. Os debates são voltados especialmente para a possibilidade de contratação direta dos serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação, com fundamento no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93 (MOTTA, 2016).

A Constituição Federal define o Estado brasileiro como: “Estado democrático de direito” e adota mecanismos e princípios que permitem a participação da população na formação do Estado e no processo de tomada de decisões. Além disso, institui garantias fundamentais aos cidadãos, e os declara como sujeitos iguais, não sendo permitidas distinções de qualquer natureza, exceto as previstas por lei. Imbuído nessa tarefa de assegurar a igualdade de todos, o legislador traça princípios norteadores da Administração Pública, dentre eles o da impessoalidade, da acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas a todos os cidadãos que atendam os requisitos da lei, da investidura em cargo ou emprego público somente mediante concurso e a contratação de serviços por meio da licitação (CARVALHO NETO, 2016).

Nesse cenário é que surge a questão central deste estudo, a delicada situação da contratação sem licitação de serviços advocatícios pelo Poder Público, prática que tem sido corriqueira no Brasil. A jurisprudência e doutrina pátria ainda não entraram em consonância plena a respeito da temática, sendo assim, é possível nos deparar com posicionamentos em ambos os sentidos.

Ademais, tramita ainda no Supremo Tribunal Federal o RE 656.558/SP, que tem como objeto a controvérsia jurídica sobre a possibilidade de configuração de improbidade administrativa pela contratação direta de serviços de advocacia por entes públicos, na modalidade de inexigibilidade de licitação. Com repercussão geral conhecida, o Ministro Relator Dias Toffoli já proferiu seu voto. A Corte acordou, no entanto, pela suspensão da demanda até o julgamento da supracitada ADC 45. Portanto, resta claro a relevância da matéria, assim como a necessidade de maior

estudo para definição dos seus critérios e conceitos, com o fito de por fim a insegurança jurídica atinente à questão.

Em síntese, a ideia central do presente trabalho é demonstrar a inviabilidade de se aferir, por intermédio do processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, visto que se trata de prestação de serviços singular e *intuito personae*, o que inviabiliza competições. Associada a esta ideia, surge ainda aspectos de ordem legal inerente a atividade advocatícia e seu regramento ético que apontam para a impossibilidade de contratação pelo poder público do profissional advogado o fazendo passar por competição pública. A singularidade dos serviços prestados por estes profissionais consiste em seus conhecimentos individuais, estando atrelado à sua capacitação profissional, restando, assim, impossível escolher o melhor profissional, através de licitação, para prestar serviço de cunho intelectual, visto que tal mensuração não se baseia em critérios objetivos, como, por exemplo, o menor preço.

O Código de Ética da profissão de advogado estabelece regramentos que devem ser cumpridos nos termos da Lei nº 8.906 de 1994, sobretudo no que se refere a vedação à mercantilização dos serviços e o aviltamento dos valores inerentes ao serviço dos profissionais.

Não obstante, serão analisadas decisões judiciais que evidenciam o posicionamento jurisprudencial nacional sobre o inquietante assunto, de maneira a corroborar e consolidar os termos que serão expostos no decorrer deste estudo.

A pesquisa em tela justifica-se na medida em que pretende dar visibilidade a problemática que envolve o tema, assim é que se faz necessário um estudo mais aprofundado do tema, a fim de responder a seguinte indagação: Do ponto de vista jurídico, é adequada a contratação direta de advogados pela Administração Pública para prestar serviços advocatícios fundamentada na inexigibilidade de licitação?

Através do questionamento levantado, objetiva-se com o presente estudo defender que os serviços advocatícios, devem sempre ser contratados pela Administração Pública sempre pela via direta, em decorrência da natureza personalíssima desta atividade e com base na confiança, reconhecendo que a regra constitucional da realização de licitação foi excepcionada.

Deste modo, pretendemos como objetivo geral abordar o dever constitucional de licitar, bem como os princípios que lhes são correspondentes, para então entrar na análise direta do assunto, demonstrando ser adequada a contratação direta (sem licitação) de advogado pelo Poder Público.

Já como objetivos específicos, o que se busca é verificar a posição da Administração Pública diante da necessidade de contratação de serviços advocatícios; avaliar o dever de licitar frente ao Código de Ética do Advogado; abordar a contratação direta como exceção à regra; e analisar acórdãos e julgados que sintetizam o posicionamento jurisprudencial pátrio sobre o inquieto assunto.

A escolha do tema é resultado do interesse do acadêmico em explorar uma das possíveis exceções ao princípio da licitação e o princípio da igualdade. Isto porque, dispensar ou inexigir a licitação, em hipóteses que seria admissível a competição entre possíveis licitantes é, a priori, desrespeitar a princípios jurídicos basilares, e, após o advento da Lei 8.666/93, constitui crime. Desta forma, a justificativa do presente trabalho é demonstrar que a contratação de serviços advocatícios, pela Administração Pública, deve ser sempre realizada sem licitação, em razão da natureza destes serviços.

Para fundamentar o presente trabalho, de acordo com ensinamentos de Campos (2015) serão utilizadas coletas de dados, por meio de documentação indireta, isto é, pesquisas documentais (fonte primária) e pesquisas bibliográficas (fonte secundária). O material a ser consultado para o desenvolvimento da pesquisa está disponível em artigos científicos, livros, revistas, teses e dissertações referente à matéria.

Segundo Gil (1999), o método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, já que parte de uma análise geral para um particular. E o tipo de procedimento, ou seja, o meio ao qual a investigação será realizada se dará pelo método histórico que objetiva investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para compreender os reflexos na atual sociedade.

Inicialmente, no capítulo II, será abordado as breves considerações sobre a licitação, analisando sua origem histórica; conceito; princípios; seu procedimento; o dever de licitar; objetos e objetivos; sujeitos a licitar e a distinção entre dispensa e inexigibilidade.

No capítulo III, analisar-se-à as modalidades e tipos de licitação, explorando seus aspectos gerais.

No capítulo IV, será evidenciado mais detalhadamente outros aspectos sobre a contratação direta, abordando esta como exceção à regra geral; os procedimentos e a responsabilização pela dispensa indevida.

Por fim, no capítulo V, serão explorados os aspectos legais da contratação direta e sua possibilidade em serviços advocatícios, analisando a Constituição Federal sobre o tema, a competência legislativa do Distrito Federal e dos municípios; a contratação direta e a legislação não federal; a possibilidade da contratação direta de serviços advocatícios, a confiança na inexigibilidade de licitação dos profissionais advogados, resistência dos órgãos de controle e do Ministério público e os aspectos particulares da profissão de advogado que impõem a contratação direta de serviços advocatícios, os princípios vetores da profissão do advogado devem ser considerados para a contratação dos serviços sem a obrigatoriedade do processo licitatório; o entendimento do Superior Tribunal de Justiça; e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Dentro do contexto apresentado, cumpre asseverar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim tocar em aspectos importantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre a temática, sem o intuito de produzir uma fórmula mágica para resolver a questão.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO

2.1 Origem histórica da licitação

Os etimologistas registram que o vocábulo licitação tem origem do latim *licitatio*, a "venda por lances". Representa a atividade desenvolvida na formulação de lances. É o ato de licitar, na arrematação, hasta pública, objetivado a adjudicação. A licitação foi implementada no direito público nacional há mais de um século, por meio do Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que disciplinava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após o advento de várias outras legislações que trataram, de maneira singela, da questão, o procedimento licitatório veio, finalmente, a ser consolidado, na esfera federal, por meio do Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, organizando o Código de Contabilidade da União.

Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório veio progredindo, com o intuito de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, ao final, sistematizado pelo Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que determinou a reforma administrativa federal, e foi estendido, com a edição da Lei nº 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Municípios e Estados.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987, pelos Decretos-lei 2.348 e 2.360, pela primeira vez, instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo regras gerais e especiais atinentes à matéria. A Constituição Federal de 1988 apresentou um notável progresso no processo de institucionalização e democratização da Administração Pública. Apesar das Constituições Federais anteriores contemplarem previsões relacionadas ao acesso à função pública e ao regime do funcionalismo estatal, a verdadeira constitucionalização da Administração Pública apenas foi levada a efeito pelo texto constitucional de 1988.

À partir de então a licitação passou a ter status de princípio constitucional, devendo ter observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Desta forma, ao apreciar o artigo. 37, XXI da Constituição Federal, pode-se notar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, somente sendo inexigida ou dispensada nas hipóteses taxativamente previstas em Lei. O princípio de

licitar está intimamente vinculado aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade que são princípios que norteiam a atividade estatal.

O fato de ter sido alçado ao status de princípio constitucional é de extrema relevância para a análise do procedimento licitatório dentro do arcabouço jurídico.

Conforme observa REGO (2003, p. 63):

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 artigo 37, XXI da Constituição Federal foi disciplinado pela Lei 8.666, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), atualmente em vigor, que regula as licitações e contratos da Administração Pública. Tal legislação prevê cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso. Estas modalidades estão definidas no art. 22 da Lei Federal nº 8.666/93.

Neste diapasão Luiz Felipe Hadlich Miguel assevera que:

A legislação em análise (Lei nº 8.666/93) é fruto da junção daquilo que diversos outros diplomas (Código de Contabilidade Pública – Decreto nº 4.536/22, Decreto-Lei nº 200/67, Decreto-Lei nº 2.300/86, entre outros) tinham, cada um, de melhor, com uma diferença: foi editada num momento político/econômico difícil para um país que ainda aprendia a viver sob a égide de um regime democrático, aprendendo a lidar com a corrupção, que nesse instante era deveras elevada e sem controle. Assim, a tônica da legislação foi a de cercear, ao máximo, atuações discricionárias do administrador público. Passados quase 20 (vinte) anos, podemos afirmar que o objetivo almejado pela lei, qual seja, o de impossibilitar a depravação, a imoralidade, a deterioração do instituto não foi alcançado. Hoje a Lei nº 8.666/93, apesar de ainda em vigor, conta com uma série de alterações — todas elas implementadas com o intuito de torná-la mais adequada aos fins para os quais se presta, em busca da moralidade e da eficiência (esta última alçada à categoria de princípio constitucional expresso pela EC nº 19/1998), coerente com as práticas de mercado. Neste sentido as Leis: nº 8.883/1994, nº 9.032/1995, nº 9.648/1998, nº 9.854/1999, nº 10.520/2002, nº 10.973/2004, nº 11.079/ 2004, nº 11.101/2005, nº 11.107/2005, nº 11.196/2005, nº 11.445/2007, nº 11.481/2007, nº 11.484/2007, nº 11.763/2008, nº 11.783/2008, nº 11.952/2009, nº 12.188/ 2010, nº 12.349/2010, nº 12.440/2011 e nº 12.715/2012 (MIGUEL, 2015, p. 42).

Tal infinidade de legislações veio, paulatinamente modificando a feição da Lei nº 8.666/1993. Algumas promoveram alterações insignificantes, no entanto, outras trouxeram disposições muito importantes, capazes de proporcionar uma maior aproximação das contratações públicas à sistemática privada (mas, ainda assim, incapazes de torná-las tão eficientes quanto almejado).

2.2 Conceito de licitação

A licitação pública foi planejada como procedimento prévio à celebração dos contratos pela Administração, em decorrência de dois princípios fundamentais: a indisponibilidade do interesse público, que impõe ao administrador público a buscar sempre, de modo impessoal, a contratação mais benéfica para a Administração, e igualdade dos administrados, que obriga que o administrador ofereça oportunidades iguais aos concorrentes (concretos ou potenciais) de virem a ser contratados com a Administração.

Para Lacombe (2009, p. 379) a licitação é:

Procedimento para verificar, entre os vários concorrentes, quem oferece melhores condições para a organização licitante realizar obras, prestar serviços ou fornecer produtos. Uma licitação bem feita deve proporcionar igualdade entre os licitantes em termos de divulgação e avaliação das condições oferecidas.

Para GASPARINI (2001, p. 286):

Licitação é o procedimento administrativo vinculado, através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Segundo Meirelles (2016, p. 237):

A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro desde o seu incipiente tratamento no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Dec.-lei 200/67, Lei .456/68, Lei 6.946/81 e Dec.-lei 2.300/86, ora revogados e substituídos pela Lei 8.666, de 21.6.93 (alterada pela Lei 8.883, de 8.6.94), que, embora diga que regulamenta o art. 37, XXI, da CF, na verdade estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos previstas no art. 22, XXVII, da mesma CF, aplicáveis à Administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. Por normas gerais devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios,

Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Como já vimos precedentemente, continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como o fizeram na vigência do Dec.-lei 200/67, da Lei 5.456/68 e do Dec.-lei 2.300/86, em tudo que não contrariar as normas gerais (71), notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Apesar da doutrina, não nos fornecer uma uniforme conceituação sobre esse procedimento administrativo, esta é unânime aos delinear seus traços fundamentais e seus objetivos, quais sejam: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele.

As exigências previstas em lei devem ser consideradas como uma salvaguarda para o servidor público e para o gestor e não como empecilho ao funcionamento da Administração. A organização, o planejamento, o exercício das atividades de gestão e o controle é que propiciarão a eficiência e a agilidade da Administração, sem desrespeito a lei.

2.3 Princípios do procedimento licitatório

Na busca pela proposta mais benéfica, a lei 8.666 aponta determinados princípios a serem observados pelo administrador no curso do procedimento licitatório. Em seu artigo 3º a lei determina que devem ser respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O particular, quando participando do procedimento licitatório, somente é obrigado a um comportamento determinado pela Administração se esta determinação estiver amparada na lei. Por outro lado, o administrador não pode fazer nada além do previsto pela lei. O princípio da legalidade proíbe, por exemplo, que o administrador crie uma nova categoria de licitação totalmente diferente das já pré-existentes, uma vez que estaria claramente procedendo de maneira ilegal, pois a Lei nº 8.666/93 em seu artigo 22, §8º expressamente proíbe a criação de outras modalidades, e até mesmo a combinação das que já existem. Portanto, a um só tempo, restringe a atividade do administrador e tutela o administrado (JUSTEN FILHO, 2014).

O princípio da impessoalidade, intimamente atrelado ao princípio da igualdade, representa o dever de a Administração não prejudicar ou beneficiar atividades de indivíduos determinados, mas sim manter o foco nos interesses públicos. Características pessoais dos participantes não podem servir para definir o vencedor, salvo aquelas estabelecidas explicitamente no edital. Em outro sentido, apontado por José Afonso da Silva, significa que:

os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Esse é um mero agente da Administração Pública, de sorte que ele é o autorinstitucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal" (AFONSO DA SILVA, 2011, p. 668).

Além da ação do administrador público ser fundamentada na Lei, os princípios da moralidade e da probidade obrigam que esta deva estar consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, isto é, exige uma atitude proba. Ademais, tais princípios também se destinam ao particular que participa da licitação, de maneira a impedir, por exemplo, que este entre em conluio com o administrador para fraudar a licitação, ainda que, em princípio seus atos pareçam estar em conformidade com a lei.

A respeito deste princípio, Maria Sylvania Zanella, assevera que:

A Lei 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo [...]" (DI PIETRO, 2002, p.305).

A igualdade diz respeito aos participantes do procedimento licitatório. Todos devem ser tratados de forma igual de modo a ser garantida as mesmas oportunidades de competição. Não se pode promover nenhuma vantagem a nenhum dos participantes, podendo o edital prever somente exigências técnicas justificadas pela busca da melhor proposta. Verifica-se que a busca pela isonomia e pela competição não é um fim em si mesmo. A Administração Pública não obriga que o procedimento licitatório seja isonômico em relação a todos os participantes somente como medida de justiça, mas sim justamente para que possa contratar a proposta mais benéfica, pois é este o objetivo precípua do procedimento licitatório (MOTTA, 2008).

Neste sentido:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.” (DI PIETRO, 2002, p.302).

A publicidade da licitação visa “garantir a transparência da atuação estatal e a plena participação da sociedade na produção dos atos administrativos” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 89). A publicidade deve ser assegurada não somente na divulgação do procedimento, mas também de todos os atos no curso dele. Ainda, ela tem diversos graus, sendo ampla na modalidade de concorrência e reduzida na modalidade de convite.

A vinculação ao instrumento convocatório é um aspecto do princípio da legalidade. O edital, após a divulgação, considera-se a “lei da licitação”. O administrador fica a ele obrigado, não podendo contratar serviço distinto do estabelecido, alterar a modalidade do procedimento ou impor critério de julgamento de proposta diverso do previsto, sob pena de culminar na nulidade do procedimento. Sua inobservância também pode acarretar a ofensa a outros princípios, a exemplo do administrador que escolhe proposta que não segue os ditames do edital, o que viola o princípio da igualdade, visto que prejudica outros participantes do procedimento. Ademais, a Lei 8.666/93 determina em seu artigo 41 que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (BRASIL, 1993).

Assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é de extrema relevância e objetiva garantir a segurança jurídica da licitação, impedindo que o licitante seja surpreendido com infundadas exigências. No sentir de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2002, p. 299):

Trata-se de principio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão

considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).

Finalmente, impôs o legislador a observância do princípio do julgamento objetivo. Estabelecido no artigo 45 da lei de licitações, *in verbis*:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitações ou responsável pelo convite realiza-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (BRASIL, 1993).

Esse princípio também decorre do princípio da legalidade, representando o dever do administrador fazer o julgamento das propostas em conformidade com os critérios fixados no edital. Pretende-se, pois, retirar do administrador a possibilidade de julgar com base em critérios subjetivos, pessoais, não esclarecidos.

2.4 O procedimento licitatório

O procedimento licitatório tem início pela fase interna, após a constatação da necessidade de aquisição de produtos, de contratação de prestação de serviços ou de execução de obras. Abre-se um processo administrativo, devidamente protocolado, autuado e numerado, contendo a autorização respectiva, a sucinta indicação de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, de acordo com o artigo 38 da Lei 8.666/93.

Nesta fase observa-se a necessidade e a conveniência da contratação, a presença dos pressupostos legais para contratação e existência dos recursos econômicos, assim como se define o objeto do contrato e a modalidade de licitação a ser escolhida, elaborando-se o edital (JUSTEN FILHO, 2014).

Em momento posterior, inicia-se a fase externa, com a publicação do edital (ou da carta-convite, no caso da modalidade de convite), que é o instrumento de natureza normativa e divulgatória do procedimento, tornando pública a existência da licitação, estabelecendo suas regras essenciais, disciplinando as regras procedimentais que serão implementadas e as exigências impostas aos interessados. Salienta-se que, uma vez publicado, nem mesmo a Administração pode descumprir o edital, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Após isto, ocorre a fase de habilitação, em que os licitantes apresentam os documentos elencados no artigo 27 e seguintes da lei e posteriormente se avalia a documentação e os requisitos pessoais dos licitantes, afastando-se aqueles que não cumprirem o estipulado no edital objetivando assegurar que o licitante tenha condições financeiras, técnicas e idoneidade para adimplir o contrato caso seja vencedor da licitação.

Posteriormente, ocorrerá o julgamento das propostas. Esta fase é composta por duas subfases. Inicialmente, assim como na habilitação, verificam-se cada uma das propostas visando desclassificar aquelas incompatíveis ou desconformes com os requisitos previstos no edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços. Na segunda subfase ocorre o julgamento propriamente dito, sobrevivendo o exame e a classificação das propostas em conformidade com os critérios de avaliação constantes do edital. Ditos critérios de avaliação são os tipos de licitação: melhor técnica, menor preço, maior lance ou oferta (MOTTA, 2008).

Especificamente quanto ao julgamento, a Lei nº 8.666/93 determina que:

Art. 44 –No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos em lei. §1º É vedada a utilização de quaisquer elementos, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. [...] (BRASIL, 1993).

Por fim, ocorre a remessa do processo à autoridade competente, que desempenha um controle de legalidade do procedimento licitatório na etapa de homologação e atribui ao vencedor o objeto da licitação na etapa de adjudicação, etapa final do processo de licitação.

2.5 O dever de licitar

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a realização do procedimento licitatório previamente à celebração de contrato entre o particular e a Administração, como regra, com o intuito de garantir os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, isonomia publicidade e moralidade. O dispositivo constitucional do artigo 37, XXI, é disciplinado, no âmbito federal, pela Lei 8.666, de 21 de junho de

1993, substituidora do Decreto-lei nº 2.300/86, e modificada por diversos textos posteriores. Essa é a lei de regência para licitações e contratos administrativos, veiculadora de regras gerais obrigatórias em todo o território nacional, conforme previsto no artigo 22, XXVII do Texto Fundamental.

Estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, as entidades jurídicas que se subordinam ao regime jurídico-legal por ela instituído, quais sejam: os três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a inclusão dos órgãos da Administração Indireta, como os fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que modificou o artigo 22, inciso XXVII da Constituição, surgiu dúvida em relação à subordinação das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica à Lei de Licitações e Contratos, uma vez que o referido dispositivo constitucional determina que a lei estabelecerá o Estatuto Jurídico que regulamentará as Pessoas Jurídicas supracitadas, dispondo sobre diversos aspectos, inclusive sobre contratação e licitação.

Conforme o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2016, p. 252-253):

A expressão obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta.

Não obstante, sublinha Celso Antônio Bandeira de Mello que, apesar do artigo 173, §1º, II, do texto constitucional ter declarado as empresas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica como sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, vários outros dispositivos constitucionais impõem a quaisquer entidades da administração Indireta regime distinto do aplicável às empresas privadas, sem discriminar se são ou não exploradoras de atividade econômica. Desta forma, não há por que pretender que o artigo 37, XXI, esbarre no artigo 173, §1º, II.

Sendo assim, as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica estão sujeitas ao procedimento licitatório, por imposição constitucional, contudo, esse regime possui um procedimento mais simplificado do que o disposto na Lei 8.666/93, e deve estar previsto no estatuto

jurídico da entidade. Ademais, enquanto tais entidades não preverem em seus estatutos jurídicos esse regime licitatório simplificado, deverão ser submetidas ao regime da Lei 8.666/93.

Não obstante, Bandeira de Mello (2012) assevera que haverá situações em que a licitação será inviável ou incompatível com o desempenho das atividades específicas para as quais essas entidades foram constituídas, tornando-se, assim, inexigível o processo de licitação.

Já quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, inexistem dúvidas quanto ao fato de as mesmas estarem subordinadas ao Estatuto da Licitação.

2.6 Objetos e objetivos da licitação

O objeto da licitação merece respaldo quando se cumpre todos os pressupostos imprescindíveis para haver tal procedimento. É fundamental que o objeto seja: lícito, adequando-se aos ditames da lei; possível, já que a sua impossibilidade acarreta a nulidade do ato; e determinável ou determinado.

A licitação é inviável quando houver um objeto singular ou quando há somente um ofertante, levando em consideração que além dos requisitos típicos de qualquer negócio jurídico, é fundamental que haja o caráter de competição intrínseco ao objeto para que se suceda o procedimento licitatório. Nota-se que ao se mencionar a relevância dos objetos da licitação, deve-se corroborá-los a uma perspectiva de possibilidade de licitação. Isto é, a licitação deve ocorrer quando os objetos forem homogêneos, inviabilizando tal procedimento licitatório se os bens forem desiguais (MELLO, 2012).

Seguindo este raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que podem ser objeto de licitação aqueles que possam ser fornecidos por mais de um indivíduo, visto que a licitação pressupõe concorrência e disputa, ao menos em potencial, entre os ofertantes (MELLO, 2012).

Os objetos da licitação estão previstos no artigo 2º da lei 8666/93 e suas respectivas definições estão no artigo 6º da lei 8.666/1993. Percebe-se que os objetos são essencialmente: obras (conceito amplo podendo ser desde fabricação, construção, ampliação contando que exista execução direta ou indireta); serviços (atividade que possua proveito para o Estado, distinguindo-se da obra à medida que

não há nenhum tipo de transformação) (Garcia, 2010, p. 07), incluindo a publicidade; compras (aquisições remuneradas); alienações (transferências de propriedades); concessões (anuência de determinado ato); permissões (aquiescência); locações (transferir um bem por um tempo determinado) (MEDAUAR, 2005).

Hely Lopes Meirelles (2016) avulta que a licitação é nula quando não houver a caracterização de seu objeto, pois inviabiliza a apresentação das propostas além de comprometer a lisura do julgamento e a execução do contrato que suceder. Afirma ainda que o objeto da licitação se confunde com o do contrato, que pode ser um serviço, uma compra, uma obra, uma alienação, uma concessão e etc.

A presente definição elaborada pelo aludido autor pode ser analisada sob a ótica do Estatuto:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I -objeto da licitação, em descrição sucinta e clara (BRASIL, 1993).

No tocante aos objetivos da licitação, podem-se destacar três principais, quais sejam: o respeito ao princípio da isonomia; a vantajosidade, em que deve ser selecionada a proposta mais benéfica para a Administração Pública; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável de acordo com o disposto no artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993).

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 252-253) aduz que: “O objeto imediato é a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração.” e “... o objeto mediato, que consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal”. Verifica-se que a

licitação constitui um mecanismo para a Administração alcançar seus objetivos perante terceiros de modo impessoal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 534-535) ensina que diante dos objetivos constantes na lei de licitação, há três exigências públicas. Senão vejamos:

Proteção aos interesses públicos e recursos governamentais-ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) –peça abertura de disputa do certame; e finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna Brasileira.

Nesse contexto, o regime jurídico dos contratos administrativos visa escolher a proposta mais vantajosa, respaldando todos os princípios relacionados ao tema para que seja um objeto perdurável e primoroso no procedimento licitatório.

2.7 Sujeitos a licitar

O presente tópico examina os envolvidos no procedimento licitatório. Inicialmente, cabe abordar o artigo 1º da lei 8666/93 que define os sujeitos, são eles: os órgãos da administração direta; os entes da administração indireta (autarquias; fundações públicas; empresas públicas; sociedades de economia mista); o consórcio público previsto na lei 11.107, vale a ressalva que quando constituídos podem ter personalidade privada ou pública; associação cuja natureza é de autarquia; agência reguladora; as fundações públicas como o IBGE; a FUNAI e a FIOCRUZ.

Ainda estão sujeitos a realizar o processo licitatório, os entes de personalidade jurídica das fundações: de direito público e de direito privado como as autarquias que desempenham atividade típica de estado (regime de direito público); as autarquias profissionais como as autarquias corporativas (conselhos). É importante mencionar uma exceção: a OAB é considerada entidade *sui generis* e não se sujeita às regras impostas às demais autarquias.

Outros sujeitos são as sociedades de economia mista e as empresas públicas que exercem duas atividades: econômica e prestação de serviços públicos. Ao se tratar das empresas estatais, notadamente aquelas que exploram atividade econômica, deve-se observar o artigo 173 §1º III CF (SANTOS, 2012) que dispõe sobre a lei específica anteriormente explicada. Já as entidades controladas direta/indiretamente pela União, Estados, DF e Municípios do terceiro setor (são as

entidades paraestatais) que não compõem a administração pública como a OS, OSCIP, Sistema S (SENAI, SENAC) não estando sujeitas ao dever de licitar. Deve ocorrer um procedimento semelhante que respeite os princípios da licitação.

Em síntese os principais sujeitos a licitar são: os entes da administração direta e indireta e as demais controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público, englobando entidades que recebam dinheiro público para custeio com o pessoal, terceiro setor. Matheus Carvalho (2015) afirma que o fundo não é sujeito, mas sim objeto de direito, o que demonstra um erro do legislativo, visto que os referidos fundos normalmente representam simples destinação de verbas. Em casos excepcionais, os referidos fundos poderão ser regulados por lei como órgãos componentes da Administração Direta ou Fundações de direito público, o que já os enquadrariam nas anteriores hipóteses.

Deste modo, a depender da destinação dos fundos eles são sujeitos a licitar ou não. Neste contexto, Souto (1998) assevera que, em regra, não se reconhece nos fundos especiais personalidade jurídica, sendo, desta forma, inaptos para conquistarem direitos e deveres. Suas contratações e demais despesas são realizadas pela Administração Pública que o criou, embora a controle de tais recursos possa ser transferido de um órgão da própria Administração Pública para uma pessoa jurídica, em razão do poder descentralizador do ente estatal, podendo a descentralização operar-se tanto para entidade da Administração, como para particular.

Diante das questões analisadas, o fundo quando considerados “sujeitos” e não “objetos” devem estar dispensados de licitar diante de seu caráter contábil e natureza financeira instituídos pela legislação. A sua gestão passa a ser de órgãos já existentes na organização de serviços públicos.

2.8 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: Distinções

Como já mencionado, o processo licitatório representa a regra, definida pelo legislador constituinte, devendo ser respeitada pela Administração ao contratar obras, serviços, realizar alienações e compras. Por sua vez, a contratação direta representa uma exceção à regra constitucional, e apenas se justifica nos casos considerados como de inexigibilidade ou dispensa de licitação, devidamente previstos em lei.

A contratação direta é permitida com embasamento nos seguintes dispositivos da Lei 8.666/93: artigo 17, I e II (licitação dispensada), artigo 24 (licitação dispensável) e artigo 25 (licitação inexigível). Tais dispositivos autorizam o administrador público a contratar diretamente com base em outros princípios constitucionais, sendo assim, permissivos. Deste modo, não impõem nem proíbem condutas ao administrador.

Este deve justificar sua escolha, seguindo as exigências previstas no artigo 26, e demonstrar que a casuística se amolda nos requisitos que fundamentam a inexigibilidade ou dispensa, e que não está violando princípios fundamentais que norteiam os atos administrativos, entre eles, o da isonomia, moralidade e obrigatoriedade de licitar.

Segundo a melhor doutrina, a distinção entre dispensa e inexigibilidade de licitação não é “questão irrelevante ou meramente retórica”. São “alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 345). A inexigibilidade de licitação se insere numa realidade extranormativa, na qual se verifica a inviabilidade de competição, portanto, a impossibilidade de instauração do processo licitatório.

A licitação até poderia ser instituída, entretanto, em razão da ausência “de pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios” (MELLO, 2002, p. 542), o processo se mostraria prejudicado, visto que ou não se obteria nenhuma proposta ou se selecionaria uma proposta inapropriada. Já na dispensa de licitação, observamos ser viável a competição, todavia, diante de determinadas circunstâncias, o legislador vislumbrou a necessidade de dispensar a licitação, pois reputou que a licitação poderia acarretar à seleção de solução que não seria a melhor, levando-se em consideração a peculiaridade da circunstância.

De acordo com ensinamentos dos juristas Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, é caso de dispensa de licitação “quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era, em princípio, imprescindível”. Apesar do certame licitatório ser factível, circunstância relevante, legalmente admitida, desobriga a Administração de utilizá-lo, abrindo a possibilidade de se proceder com a contratação direta.

No entanto, o administrador não está proibido de realizar o processo licitatório, desde que atenda aptamente ao interesse público. No artigo 24 da Lei n. 8.666/93, com redação modificada pela Lei n. 8.883/94, foram fixadas vinte hipóteses que ensejam a dispensa da licitação. Leis posteriores acrescentaram mais nove casos à

relação. O rol contemplado pelo citado dispositivo é exaustivo, ao contrário das hipóteses esculpidas no artigo 25, que tratam da inexigibilidade de licitação, que, segundo entendimento doutrinário, são meramente exemplificativas.

Neste diapasão, Odete Medauar proferiu a seguinte opinião: “a dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do artigo 24 é considerado taxativo”. Portanto, o administrador não pode criar hipóteses além das já previstas no dispositivo em comento. O caso concreto, para ser dispensado do processo licitatório, deve se adequar ao preceito legal.

O supracitado artigo 25, da Lei de Licitação, disciplina o instituto da inexigibilidade, sobre o qual Alexandrino trata da inexigibilidade de licitação como um instituto da lei de licitações que excepciona a regra geral de dever, por impossibilidade fático-jurídica de competição, tecendo as seguintes considerações: “há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impossível. A impossibilidade jurídica de licitar decorre da impossibilidade de competição, em razão da inexistência de pluralidade de potenciais proponentes” (ALEXANDRINO, 2014, p. 669).

Desta forma, assevera Carvalho Filho (2016, p. 273) que:

Aplica-se aos casos de inexigibilidade, na forma do art. 26 do Estatuto, a mesma exigência fixada para os casos de dispensa: deve a hipótese ser cumpridamente justificada e comunicada em três dias à autoridade superior, a esta cabendo ratificar e publicar a justificativa no prazo de cinco dias, a fim de que o ato tenha eficácia.

Deste modo, diversamente dos casos de dispensa de licitação, onde o certame é viável materialmente, entretanto inconveniente; nos casos de inexigibilidade é inviável a própria competição, impedindo a realização do processo.

Segundo o entendimento da doutrina, as hipóteses elencadas no artigo 25 são exemplificativas, não abarcando todas as situações de inexigibilidade, logicamente por ser impossível ao legislador prever todas as circunstâncias materiais em que se observa a inviabilidade de competição.

Assim sendo, novos rótulos podem ser acrescentados ao elenco federal, contudo, averbam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, “[...] não podem ultrapassar os conteúdos legalmente traçados e não podem comportar hipóteses infratoras aos princípios norteadores do instituto, refletidos nos casos expressamente agasalhados em direito positivo” (FIGUEIREDO; FERRAZ, 1994, p. 33).

Portanto, conclui-se que a caracterização da inexigibilidade faz-se em fase anterior ao momento do reconhecimento da dispensa. Primeiro analisa-se se a competição tem viabilidade. Em caso negativo, caracteriza-se a inexigibilidade. Possível a competição, verifica-se a existência ou não de alguma situação de dispensa.

Por oportuno, vale salientar que sendo a dispensa e a inexigibilidade de licitação hipóteses que excepcionam à regra constitucional, a excludente licitatória apenas tem legitimidade mediante motivação expressa e instrumentada, consolidada pela autoridade administrativa competente, apta à comprovação dos fatos que lhe deram causa, tudo de sorte a que nada escape do controle judicial ou administrativo. Tal exigência está prenunciada no artigo 26 do Estatuto, donde se nota que as exigências objetivam restringir a atuação do administrador que deve se pautar por critérios objetivos na avaliação da melhor alternativa de atendimento ao interesse público, cuja supremacia é inafastável.

Logo, o administrador deve ter cautela quando decidir pela contratação direta, visto que a Lei de licitações considera ilícito penal inexigir ou dispensar licitação, fora das situações previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades atinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sob pena de detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa, o que será melhor analisado no decorrer deste trabalho.

3 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO

3.1 Aspectos gerais

Após análise dos conceitos e definições gerais acerca do procedimento licitatório e uma abordagem sobre os seus princípios, faz-se imperioso compreender, suas modalidades, as quais, segundo Justen Filho (2014), representam os diversos modos de regular o processo de seleção das propostas, ou ainda, o conjunto de regras que devem ser respeitadas no decorrer de uma licitação e, deste modo, conhecer sobre os seus tipos existentes, que basicamente são os critérios empregados para o julgamento das propostas.

Vale salientar que, inexistente a pretensão de esgotar os referidos temas, os quais comportam muitas particularidades, mas sim, deixar o presente estudo mais completo, contribuindo para a compreensão dos itens a serem explorados nos capítulos seguintes, quais sejam, as exceções às regras da licitação, que possuem algumas normas embasadas e particularidades que aqui serão explanadas.

A Lei nº 8.666/93, aponta, em seu artigo 22, cinco modalidades licitatórias que são: a concorrência, o convite, a tomada de preços, o concurso e o leilão (BRASIL, 1993), havendo ainda uma sexta modalidade, que é o pregão disciplinado pela Lei nº 10.520/2002 e, em seu artigo 23, os limites, levando-se em consideração o valor estimado da contratação (BRASIL, 2002).

O doutrinador Marçal Justen Filho (2014) fraciona estas cinco modalidades em dois grupos: as comuns, abarcando a concorrência, a tomada de preços e o convite, as quais podem ser empregadas para qualquer tipo de contratação, salvo quando se tratar de objeto das modalidades especiais, o concurso e o leilão, que são voltados para finalidades específicas, com procedimentos licitatórios estruturados conforme suas especificidades. Como regra geral, a escolha das modalidades decorre em razão do valor da contratação ou do objeto a ser contratado.

Ademais o procedimento licitatório não é sempre igual, obedecendo em razão de determinadas exigências a regimes jurídicos distintos que consubstanciam as suas modalidades ou espécies. As modalidades são as diversas espécies de licitação de acordo com os respectivos regimes jurídicos. As modalidades de licitação variam, em quantidade e formalidades.

3.2 Concorrência

Segundo Niebuhr (2008, p. 103), concorrência “é a modalidade padrão de licitação pública”, destinada aos contratos mais complexos e importantes, preservando, com maiores rigores, o interesse público. Ou ainda “é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto” (CARVALHO FILHO 2016, p.171).

Conforme o artigo 23 da Lei nº 8.666/93, obrigatoriamente deve-se adotar a modalidade de concorrência para obras e serviços de engenharia, com valores que ultrapassem o importe de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), e os demais contratos que ultrapassem o valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), em alienações e compras de bens imóveis- nesta última para as quais não se tenha adotado a modalidade leilão, imóveis cujas aquisições foram provenientes de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento – em licitações internacionais – salvo exceções do § 3º, artigo 23 ou se o objeto da licitação for considerado como bem ou serviço comum – e em licitações para as concessões de direito real de uso do serviço público.

De acordo com Leonardo Campos Marinho (2014, p. 360):

Além desses casos específicos previstos, versa o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos que a concorrência é obrigatória, via de regra, quando, em havendo parcelamento, o valor das licitações das parcelas, em conjunto, correspondam a montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência.

Vale lembrar que o Decreto Federal nº 9.412/2018 atualizou os valores constantes na Lei 8.666/93, de modo que a concorrência passou a ter como referência para obras e serviços de engenharia, valores que ultrapassem o importe de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), e os demais contratos que ultrapassem o valor de R\$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos e trinta mil reais).

Esta modalidade de licitação apresenta maior rigorismo formal, por veicular recursos financeiros mais elevados, impondo uma fase inicial de habilitação preliminar, seguida de análise e julgamento das propostas por comissão especial, exigindo ainda a mais ampla divulgação para ampla participação no pleito.

Assim, comporta ampla publicidade, com prazos mais longos, em que o mínimo entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes é de 45 dias nas situações envolvendo regime de empreitada integral ou se o tipo de licitação for o de melhor

técnica ou técnica e preço, apresentando o prazo de 30 dias para as demais hipóteses. Outra característica desta modalidade é a da universalidade, que permite a participação de quaisquer interessados na concorrência, sem a obrigatoriedade de registro cadastral. É importante frisar que, de acordo com o artigo 39 da Lei n. 8.666/93, as concorrências que extrapolarem o valor definidos na Lei, obrigam o agente público a realizar uma audiência pública para debater o processo com a sociedade, com uma antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital e com divulgação prévia mínima de 10 dias.

3.3 Tomada de Preço

A tomada de preços é uma modalidade de licitação expressamente definida no artigo 22, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, que preceitua o seguinte:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (BRASIL, 1993).

A aludida modalidade destina-se para valores medianos, inferiores aos exigidos pela modalidade de concorrência. No sentir de Niebuhr (2008), a tomada de preço poderá ser utilizada para as obras e os serviços de engenharia com valores de contratação inferiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), e para os demais contratos que não superem a quantia de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e para as licitações internacionais, nos casos em que o órgão licitante possui cadastro internacional de fornecedores.

Com base no Decreto Federal nº 9.412/2018, a tomada de preço passou a ter como referência para obras e serviços de engenharia, valores que não ultrapassem o importe de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), e os demais contratos que estiverem limitados ao montante de R\$ 1.430.000,00 (um milhão e quatrocentos e trinta mil reais).

A tomada de preço comporta menos formalidades do que a modalidade anteriormente analisada, contando com prazos menores, sendo que o mínimo entre a publicação do edital e a abertura dos envelopes é de 30 dias para as licitações de tipo melhor técnica ou técnica e preço, apresentando o prazo de 15 dias para as demais situações.

Possui as características da universalidade, ampla publicidade, garantida pela publicação do aviso do edital, por no mínimo uma vez, habilitação preliminar, julgamento por comissão, averiguando os requisitos pessoais dos interessados, sob o aspecto da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da qualificação técnica e da idoneidade econômico – financeira e a habilitação prévia, sobrevivendo no momento do cadastro de registros, podendo possuir a habilitação comum, na hipótese de proposta de licitantes de fora do cadastro de registros ou se forem exigidos outras documentações.

3.4 Convite

O convite é a modalidade de licitação que se acha definida por expressa disposição estabelecida no artigo 22, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, que determina o seguinte:

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993).

De acordo com Carvalho Filho (2016), a aludida modalidade possui menos formalidades, sendo desnecessário edital, cujo instrumento convocatório é a carta convite, a qual contém, de modo sucinto, as regras do pleito, e é enviada a, no mínimo, três interessados do ramo a quem pertence o objeto do contrato, escolhidos livremente pelo administrador público, entre empresas cadastradas ou não.

Cumprido ressaltar que o instrumento convocatório não necessita ser oficialmente publicado, necessitando apenas ser afixado em local adequado, geralmente no mural de avisos do órgão licitante. Niebuhr (2008, p. 48) aduz que: “o prazo mínimo entre a pretensa publicidade da carta-convite e o recebimento dos envelopes é de cinco dias úteis”, sendo estes prazos dobrados, nas situações de consórcios públicos, do mesmo modo que ocorre para as modalidades tomada de preço e concorrência.

Assim, fica evidente que a modalidade de convite é a que dispõe de menos formalismos, em razão de ser destinada a contratações de menor valores econômicos.

Tal modalidade pode ser aplicada nos procedimentos licitatórios que envolvem serviços e obras de engenharia, cujos valores não ultrapassem R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e nos demais contratos com valores de até R\$ 80.000,00 e, por fim, nas licitações internacionais, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no Brasil.

O Decreto Federal nº 9.412/2018 também modificou os valores referenciais para a modalidade convite, a qual passou a ter como referência para obras e serviços de engenharia, valores que não ultrapassem o importe de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), e os demais contratos que estiverem limitados ao montante de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

3.5 Concurso

O concurso constitui a primeira das modalidades especiais, conforme classificação já abordada aqui, e tem a sua definição apresentada, por meio do artigo 22, § 3º da Lei das Licitações, brilhantemente condensado do seguinte modo:

[...] define o concurso como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com a antecedência mínima de quarenta e cinco dias (ALEXANDRINO 2011, p.615).

Como se pode observar, o concurso tem características marcantes e diferenciadas, dispensando determinadas formalidades, não sendo aplicados os tipos de licitação para o seu julgamento. Neste ínterim e com fundamento no § 5º do art. 51 da Lei 8.666/93, é constituída uma comissão especial de julgadores, integrada por servidores públicos ou não, de reputação ilibada e com notório conhecimento da matéria.

Neste sentido, o que define a escolha desta modalidade é a natureza de seu objeto e não o seu valor, a qual exige um regulamento próprio conforme dispõe o artigo 52 da Lei das Licitações, a ser obtido pelos interessados em local indicado no edital, havendo necessidade de cláusulas de autorização de uso, do vencedor para a Administração Pública, além de envolver assuntos de direito autoral. A publicidade do edital deve ser realizada com a antecedência mínima de 45 dias para o recebimento dos trabalhos. Aqui se deve atentar para a preferência do emprego de concurso para

os contratos de prestação de serviços técnicos, conforme estabelece os incisos do artigo 13 e seu § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Segundo Meirelles (2016, p. 336), o “concurso exaure-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios, não conferindo qualquer direito a contrato com Administração.” No caso de concurso para projetos, a execução deste “será objeto de nova licitação [...] para a realização da obra ou execução do serviço”.

3.6 Leilão

O leilão representa outra modalidade especial de licitação, marcado pela característica da ampla divulgação, com a rígida observância do princípio da publicidade, nos termos do artigo 22, § 5º da Lei das Licitações.

Na modalidade de leilão, a Administração pode ter três objetivos: 1) vender bens móveis inservíveis; 2) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e 3) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou através de dação em pagamento, como o permite o art. 19 do Estatuto. (CARVALHO FILHO 2016, p. 174).

Além dos referidos objetivos ainda existe a possibilidade de alienação de bens móveis cujo valor não ultrapasse R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). O leiloeiro é o responsável por esta modalidade em que a regra geral afirma que o candidato que propuser o maior lance, sendo este igual ou superior à avaliação do item, tem direito à aquisição do bem, com os valores sendo quitados à vista.

3.7 Pregão

O pregão trata-se de nova modalidade, trazido pela Lei n. 10. 520/2002, pensado com o intuito de agilizar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em circunstâncias específicas e determinadas.

Neste sentido:

O pregão é o aperfeiçoamento do regime de licitações para a Administração Pública Federal. Esta nova modalidade possibilita o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, contribuindo para o esforço de redução de despesas de acordo com as metas de ajuste fiscal. O pregão garante economias imediatas nas aquisições de bens e serviços, em especial aquelas compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa federal. Essa modalidade

permite ainda maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação (FERNANDES, 2000, p. 4)

Em princípio, tal modalidade foi criada pela lei nº 9.472/92, para ser aplicada apenas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, no entanto, esta foi aberta para toda a Administração pública, podendo ser usada para a contratação de bens e serviços comuns, conforme definidos em sua própria lei, independentemente do valor do contrato, na forma eletrônica ou presencial- a distância, por meio da utilização de sistema informatizado, com comunicação via internet.

De acordo com lições de Niebuhr (2008), tal modalidade é marcada pela celeridade, mediante prazos mais curtos, oito dias úteis desde a publicação do edital e a apresentação das propostas e da inversão do momento da habilitação, que, desse modo, ocorre após o julgamento, e somente para o melhor classificado e da aceitação dos recursos unicamente ao fim do certame, no decorrer da própria sessão.

4 OUTROS ASPECTOS SOBRE A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

4.1 Contratação direta: exceção à regra

A Carta Constitucional de 1988 dispõe sobre a necessidade de licitação na realização de despesa pública, como “instrumento de moralidade administrativa, no processo de escolha da proposta que se revele mais vantajosa e conveniente para o Poder Público, ao mesmo tempo em que garante aos administrados-licitantes a possibilidade de, em condições e tratamento isonômicos, disputarem entre si a participação nas obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios que os órgãos e entidades da Administração Pública pretendam efetuar” (FERNANDES, 1997, p. 105).

De acordo com Jessé Torres Pereira Júnior (1997, p. 166):

há situações em que a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta (hipóteses do art. 17, I e II); há outras em que a Administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço (art. 24); hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo (art. 25); e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei. Estes quatro grupos de situações constituem exceções ao dever geral constitucional de licitar (art. 7º, § 5º).

Seguindo esta linha de raciocínio, a atual Constituição Federal admitiu em seu artigo 37, inciso XXI, que, em determinadas hipóteses previstas em lei, o dever de licitar poderá ser coordenado com outros princípios do mundo jurídico, como o da economicidade, por exemplo, daí acarretando exceção à regra geral: a contratação direta.

Apesar de previstas constitucionalmente, as exceções ao princípio da licitação devem ser acolhidas com cautela e parcimônia pelo administrador, haja vista que também são tidas como exceções ao princípio constitucional da isonomia. Desta forma, dispensar ou inexigir a licitação em situações que seria admissível a competição entre possíveis licitantes é contrariar princípios jurídicos fundamentais, e também constitui crime, nos termos da Lei 8.666/93.

4.2 Procedimentos para a contratação direta

A Lei de Licitações e Contratos prevê que configura ato ilícito deixar de respeitar as formalidades atinentes à inexigibilidade e à dispensa de licitação. Diante disso, a lei colocou em igualdade de tutela a responsabilidade de licitar e o dever de a Administração Pública seguir, rigorosamente, os procedimentos fixados para promover a contratação direta.

Para alguns, tal preceito mostra-se rigoroso demais, já para outros o referido dispositivo representa um grande avanço. Indubitavelmente o artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 está situado na linha evolutiva de aperfeiçoamento da Administração Pública, visto que, não eram raras as vezes em que as justificativas de contratações diretas eram efetivadas posteriormente à celebração ou à execução do contrato e, muitas vezes, só após a ação dos órgãos de controle (MELLO, 2012).

Na realidade, com o surgimento do aludido diploma legal, passou a existir maior preocupação com os procedimentos que devem ser observados para que a contratação direta seja considerada legítima. Diversas denúncias fundamentadas nesse artigo 89 foram ajuizadas pelo Ministério Público. A exemplo, cita-se o caso de autorização para utilização de área pública para estacionamento, garagem e oficina, sem licitação e sem atendimento a qualquer das formalidades exigidas pelo artigo 26 da Lei de Licitações. A partir do rigorismo instituído pelo artigo 89, é perfeitamente possível se notar que, a médio prazo, essa cautela será revertida em prol do próprio agente público, que, justificando antecipadamente os atos de dispensa e inexigibilidade, não será posteriormente surpreendido, por vezes, até decorridos alguns anos da exoneração ou aposentadoria, ao ser citado para esclarecer alguma contratação direta (MOTTA, 2008).

Contudo, eventualmente a falta do atendimento ao princípio da licitação é suportada pela prevalência do princípio da economicidade. Nessa esteira, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento ao agravo impetrado pelo Estado do Maranhão em face de pleito do Ministério Público Federal que demandava a anulação de contratação de rede hospitalar privada, no âmbito do Sistema Único de Saúde, sem a realização de processo licitatório, sob a justificativa de que a falta do procedimento licitatório teria ocasionado, em tese, lesão ao patrimônio público.

4.3 Responsabilização da dispensa indevida- ato ímprobo

Na perspectiva de promover maior segurança na condução do aparato estatal, a Carta Constitucional de 1988 determina que a atividade administrativa só deverá ser exercida nos exatos termos da lei, postulado este que se traduz em diversos princípios de ordem fundamental e regras que se prestam à regulamentação da atividade administrativa. Assim, a Constituição Federal, em seus artigos 15, V e 37, §4º, adota a expressão “improbidade administrativa” como modo de legitimar a reprovabilidade do ato administrativo ímprobo (PAZZAGLINI FILHO, 2005).

Inicialmente, e antes de abordar especificamente a noção de improbidade administrativa, é importante um breve esclarecimento no que se refere à distinção entre ato imoral e ato ímprobo, visto que o próprio texto constitucional contemplou essa diferenciação ao utilizar terminologias diversas para se referir a esse tipo de prática. De um lado, o conceito de “moralidade administrativa” diz respeito ao regramento da boa administração e se direciona a guiar as condutas do ente estatal sob o prisma da retidão do administrador, no cumprimento das finalidades estabelecidas pelo constituinte. Por outro lado, o vocábulo improbidade representa especificamente o antônimo da palavra probidade e se equipara ao conceito de desonestidade, mal comportamento, conduta reprovável e falta de caráter (CAVALCANTI, 2012).

Sabe-se que a origem da palavra improbidade advém do termo latino *improbitate*, que significa desonestidade, expressando a noção de que só será considerado ímprobo a conduta desenvolvida com desonestidade no exercício da atividade administrativa do Estado. Dessa forma, significa dizer que a moralidade administrativa é a ideia mais ampla, gênero em que se inclui a probidade, visto que nem todo ato imoral será também considerado ímprobo.

Sendo assim, o ato ímprobo necessariamente implica em uma ação ou omissão que infrinja o dever de honestidade. Logo, para a configuração de ato de improbidade não basta a simples atuação administrativa imoral ou em desencontro com os ditames legais, sendo imprescindível, ao invés, real violação aos preceitos administrativos proveniente de desonestidade ou inidoneidade no exercício das atividades funcionais (BITENCOURT NETO, 2005).

Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “o dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimação dos seus atos” (MEIRELLES, 2016, p. 104). Deste modo, o conceito que se adota na abordagem do presente estudo é aquele que reconhece a

improbidade administrativa como sinônimo jurídico de desonestidade ou corrupção e expressa o exercício da função pública em descompasso com os princípios constitucionais que servem de diretrizes para a Administração Pública (PAZZAGLINI FILHO, 2005).

Para além do texto constitucional, que inseriu pela primeira vez a expressão “improbidade administrativa” no arcabouço jurídico nacional, importa salientar também o surgimento da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) como marco histórico na prescrição de condutas e sanções inerentes ao ato de improbidade. Decorrente de um ambiente de ambiguidades e excessos, a Lei de Improbidade Administrativa popularmente ficou conhecida como uma espécie de “Lei Anticorrupção”, quando, em verdade, dentre seus objetivos constava não somente a repressão de atos desonestos, como também de condutas não emolduradas sociologicamente como “corruptas”, provenientes de ilícitos culposos (comportamentos oriundos da ineficiência administrativa) (BITENCOURT NETO, 2005).

Essa primeira crítica ao dispositivo tem sido alvo de diversos debates quanto à constitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa. A origem do impasse parte da possibilidade de que condutas culposas sejam penalizadas como se atos ímprobos fossem, haja vista que a própria Constituição trouxe o termo “improbidade” como sinônimo de desonestidade –em interpretação restritiva da presença de dolo.

É abundante a doutrina que se posiciona no sentido da inconstitucionalidade da norma. No entender de Cássio Scarpinella Bueno, o elemento diferenciador entre ilegalidade e improbidade propriamente dita reside na conduta dolosa do autor da conduta, à medida que as ofensas à improbidade administrativa apenas poderiam significar desonestidade (BUENO, 2001). Não obstante, Eurico Bitencourt aduz que a Lei de Improbidade, exatamente por prever sanções de ordem tão rigorosa como punição ao ato ímprobo, não poderia abarcar condutas culposas (atuação administrativa com negligência, imprudência ou imperícia) (BITENCOURT NETO, 2005). Marcelo Harger também pondera que a Lei de Improbidade Administrativa foi além dos limites instituídos constitucionalmente como razoáveis por elencar em seu rol de definições as condutas provenientes de condutas culposas –e não apenas aquelas consideradas como desonestas (com intenção direta do agente) (HARGER, 2015).

Contudo, o debate a respeito da inconstitucionalidade da referida lei não se limitou somente ao âmbito doutrinário, acarretando o ajuizamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF. A primeira delas, a ADI de nº 2.182/DF, que questionou incisivamente a existência de vício na tramitação da Lei e foi julgada improcedente pela análise dos aspectos formais concernentes ao processo legislativo no Congresso Nacional (BRASIL, 2010).

Já na ADI de nº 4.295/DF, ainda pendente de julgamento pelo STF (relatoria do Ministro Marco Aurélio), por outro lado, busca-se a declaração de inconstitucionalidade de pelo menos 13 dispositivos da referida norma (BRASIL, 2017). Entre os argumentos levantados na peça inaugural da ADI, ressalta-se a amplitude/abrangência excessiva dos dispositivos postos em cheque, assim como a veemente crítica à inclusão de condutas culposas no rol dos atos ímprobos.

Ademais, em que pesem os diversos questionamentos que poderiam ser levantados em face da referida legislação, importante se faz uma sucinta elucidação das condutas tipificadas como violadoras da probidade administrativa. A Lei nº 8.429/92 divide e categoriza os atos ímprobos em três níveis distintos, elencados nos artigos 9º, 10 e 11. Tratam-se dos atos que resultam enriquecimento ilícito; os que ocasionam prejuízo aos cofres públicos; e ainda aqueles que violam os princípios da Administração Pública, assim como o rol trazido nos incisos do artigo 11 (BRASIL, 1992).

Em síntese, vale reproduzir as definições de cada categoria: os atos que resultam enriquecimento ilícito, por definição, são aqueles que tragam vantagens patrimoniais indevidas, nos exatos moldes do exercício da função pública; por conseguinte, os atos atentatórios aos princípios da administração pública, são definidos pela conduta dolosa de seu autor em desrespeito aos deveres fundamentais, chegando a iniquidade ou desonestidade a ponto de acarretarem dano ao patrimônio moral do Poder Público.

No tocante a esta última categoria (dos atos que resultam dano ao patrimônio público), ressalta-se que a Lei de Improbidade Administrativa delimita essa hipótese enquanto conduta ilegal (dolosa ou culposa) do agente público, no exercício de sua função (emprego, atividade, cargo ou mandato) que ocasiona prejuízo ao erário público. De acordo com definição da própria Lei de Improbidade Administrativa, todos os incisos constantes no artigo 10 (atos administrativos que desencadeiam lesão ao

erário) de algum modo, importam prejuízo ao serviço público (BITENCOURT NETO, 2005).

Justamente na hipótese prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa é que se vislumbra uma das maiores críticas à Lei de Improbidade Administrativa. Explica-se: o caput do aludido dispositivo define o ato de improbidade como “ação ou omissão, dolosa ou culposa”, compreendendo a ideia de improbidade para além dos limites fixados pela noção de desonestidade e introduzindo o conceito de incompetência ou ineficiência na caracterização do ato ímprobo. Nessa esteira, a lei afastou a noção de que o ato de improbidade deve ser doloso (imbuído de má-fé, desonesto), em sentido muito mais abrangente do que se depreende do literal significado do termo.

Desta forma, a conduta tipificada serve de ensejo para censura moral do agente, seja pela desqualificação (desonestidade) ou pela incompetência deste no desempenho das atividades administrativas. Seguindo esta lógica, seria no mínimo adequada (para não dizer obrigatória) a exigência de dolo para caracterização da improbidade administrativa, sobretudo em leitura realizada à luz do princípio da proporcionalidade. Apesar de grande parte da doutrina adotar a ideia de que seja inadmissível a caracterização de ato de improbidade decorrente de conduta culposa, fato é que a disposição legal já possui aplicação (nos moldes em que se encontra) em boa parte da jurisprudência brasileira (PAZZAGLINI FILHO, 2005).

A culpa elencada na Lei de Improbidade Administrativa manifesta a ausência de cuidado objetivo, ou seja, inobservância da necessária diligência no exercício da atividade administrativa. Nesse aspecto, a omissão representa uma atitude negativa, um não fazer, quando o agente público deixa de aplicar o que a legislação objetivamente ordena. Nesse contexto, vale a lição:

A ação não é simples série de causas e efeitos. Quando a realiza, o homem pensa em um fim, escolhe os meios necessários para atingi-lo e põe em função esses meios. Prevê as consequências do seu comportamento e dirige a vontade de acordo com essa previsão. Nesse diapasão, domina o fato pelo saber das causas e transforma-o em uma ação dirigida a um fim. (HARGER, 2015, p. 104).

Para tanto, a conduta funcional do agente, ainda que culposa, deve conduzir a finalidade diversa daquele respaldada pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o agir ou não agir deverá transgredir o direito, seja por excesso ou abuso de poder,

seja por desvio de finalidade (violação ao conteúdo dos preceitos legais). Não obstante, em vias de por fim a questão, cumpre esclarecer que a tipificação de dano ao patrimônio público se distingue em atos dolosos –comportamentos caracterizados pela consciência da ilicitude da conduta lesiva -e atos culposos -práticas que involuntariamente contrariam o dever funcional do qual decorre a lesão e que deveria ter sido previsto (PAZZAGLINI FILHO, 2005).

No que tange à conduta coibida pelo legislador no artigo 10, VIII, esclarece-se que a proibição legal deriva da noção de que a

dispensa (desobrigação, liberação) da licitação, de consequência, é medida de caráter excepcional e facultativa. Logo, somente pode ser autorizada pelo agente público competente nas hipóteses enumeradas taxativamente no Estatuto da Licitação (art. 24 e seus incisos), constituindo *numerus clausulus* (PAZZAGLINI, 2005, p.95).

Assim, a partir do momento em que o administrador resolve dispensar a etapa da licitação indevidamente (fora da previsão legalmente estipulada), está cometendo ato de improbidade. A ilicitude, pois, da conduta funcional, torna-se *conditio sine qua non* para configuração do ato ímprobo, seja por omissão (inobservância aos pressupostos mínimos de contratação direta) ou desvio de finalidade (ao burlar o conteúdo da norma).

Portanto, a prática de improbidade administrativa por indevida dispensa de licitação pressupõe ilicitude na conduta funcional do agente (que pode ou não objetivar interesse próprio ou de terceiros), que acaba por comprometer a estrutura estatal com a ilegalidade (BITENCOURT NETO, 2005).

O sujeito ativo do ato ímprobo, de acordo com a lei, é, pois, o agente público, que, na concepção ampla trazida pelo ordenamento jurídico:

contempla todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta ou indireta dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 24)

Contudo, tal definição aparece na Lei de Improbidade Administrativa com amplitude muito maior que as frequentemente empregadas em outros institutos de direito público, com o objetivo único de abarcar todos aqueles que praticarem atos ímprobos no exercício de múnus público. Especificamente, para os fins do presente estudo, interessa definir o agente público como o sujeito ativo competente a autorizar a dispensa de licitação nos casos excepcionais previstos no artigo 24 da Lei de Licitações.

Não obstante, não somente o agente público responderá pela autorização de dispensa de licitação indevida, visto que a Lei de Improbidade também delimitou, em seu artigo 3º, o alcance do diploma legal aos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) que, ainda que não inclusos no conceito de agente público, concorram, induzam ou tirem proveito da prática do ato ilegal (HARGER, 2015).

No entanto, vale destacar que o particular contratante não poderá praticar, sozinho, ato de improbidade, sendo imprescindível a presença do agente público para concretização do ilícito. A responsabilização do particular ocorrerá em três circunstâncias distintas. A primeira delas se relaciona ao ato de sugerir, induzir ou incentivar, de alguma forma, o agente público a agir ilicitamente ou omitir-se na realização de sua indulgência legal. Em segundo lugar, o legislador infraconstitucional destaca o concurso, que significa atividade (participação material) como auxílio na execução do ato ilegal. Por fim, auferir benefício significa locupletar-se (de modo direto ou indireto) do ato cometido com ilegalidade, objetivando obter indevida vantagem patrimonial pessoal.

Logo, o particular, visto como terceiro, é classificado como partícipe ou coautor do agente público, que verdadeiramente é detentor dos meios necessários para caracterização do ato ímprobo (negativo ou positivo). É evidente que não se desconsidera a possibilidade de o particular ser o mentor do agente, planejando todo o ato ilícito, como verdadeiro gestor. No entanto, a lei é clara ao colocar o agente público como principal figura da conduta reprovável. Nesta esteira, exercendo o particular, uma certa função de “coadjuvante”, será imperiosa a demonstração da presença do elemento subjetivo do dolo para que seja cabível a responsabilização, não sendo esta possível em sua forma culposa.

Portanto, é imperiosa a intenção do agente em tirar proveito próprio (seja na participação direta ou indireta) do ato ímprobo, não podendo ser presumida a má-fé daquele que não exerce função administrativa. Esclarecidos, nesse ponto, os sujeitos

ativos (assim elencados pela Lei de Improbidade Administrativa) da prática da improbidade administrativa, cabe traçar considerações breves referentes ao sujeito passivo, ou seja, a parte prejudicada pela conduta ímproba. A previsão legal da sujeição passiva se encontra regulada pelo artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, prevista a partir de vasta lista, da qual importa, aqui, no âmbito do direito material, a pessoa jurídica de direito público ou privado afetada diretamente pelas consequências do ação ilícita (SOBRANE, 2010).

Francisco Octávio de Almeida Prado ainda completa o rol de sujeitos passivos trazidos pela legislação com a observação de que “a lei protege fundamentalmente o dinheiro público, onde quer que ele se encontre” (PRADO, 2001, p. 143). Portanto, infere-se que tanto o agente público quanto o particular são passíveis de penalização, quando do cometimento de ato ímprobo, afim de se proteger o sobretudo o erário público. Feitos os necessários esclarecimentos quanto à hipótese prevista no artigo 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, assim como quanto aos sujeitos ativo e passivo do ato de improbidade administrativa, faz-se importante destacar os requisitos impostos pela lei para comprovação do efetivo dano ao patrimônio público (PRADO, 2001).

A limitação determinada pelo ordenamento jurídico é bem clara ao classificar como ato de improbidade toda ação ou omissão que cause prejuízo ao erário. Nesse ponto, a lógica levaria a fazer acreditar que todas as condutas descritas na seção II da Lei de Improbidade Administrativa (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário) teriam como pressuposto objetivo a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Entretanto, a jurisprudência vem sedimentando o entendimento de que, nas condenações por improbidade administrativa oriundas da dispensa de licitação indevida (inciso VIII da referida lei) a demonstração do prejuízo concreto não seria imprescindível, visto que o dano poderia ser classificado como *in re ipsa*.

No caso especial da contratação direta indevida, ainda que não se comprove o dano que o procedimento acarretou ao erário público, a priori, a responsabilização seria presumida. O prejuízo aos cofres públicos, assim, vem sendo reconhecido por culminar na impossibilidade de contratação da melhor proposta por parte da Administração quando da dispensa indevida da licitação. O referido entendimento é, inclusive, consolidado pelo próprio STJ, que milita pela ocorrência da presunção de dano nas situações em que a dispensa indevida representaria perda da possibilidade

do ente estatal de escolher, através de certame licitatório, a contratação economicamente mais vantajosa (CALVALCANTI, 2012).

Desta forma, ainda que a contratação direta tenha cumprido sua finalidade, o dano decorrente da dispensa indevida (ainda que em decorrência de excesso à limitação legal) será presumido, resultando na responsabilização de todos os agentes envolvidos na prática do ato. Nesse sentido, conclui-se que a dispensa indevida do procedimento licitatório, independentemente de comprovação de efetivo prejuízo ao erário, dá ensejo a incidência das penalidades impostas pela Lei de Improbidade.

Por estas razões, cabe demonstrar que a contratação direta por inexigibilidade de licitação para os profissionais advogados é plenamente legal e não acarreta em qualquer infração que demanda eventual demanda por improbidade.

5 ASPECTOS LEGAIS DA CONTRATAÇÃO DIRETA E SUA POSSIBILIDADE EM SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

5.1 Constituição Federal

Ao repartir a competência legislativa, o texto constitucional elencou no artigo 22, aquela que deve ser desempenhada pela União em caráter privativo. No tocante aos temas de Direito Administrativo, delimitou a área de atuação do Congresso Nacional em diversos subtemas, radiofusão, águas, desapropriação, serviço postal, competência da polícia federal e etc. Em dois assuntos do rol desse dispositivo, a Assembleia Nacional Constituinte fez preceder a expressão “normas gerais”:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXI -normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; [...] XXVII -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 (BRASIL, 1988).

Alguns pontos devem ser destacados. Inicialmente, cabe assinalar que a expressão “normas gerais”, empregada no artigo 22, tem significado próprio e muito diverso do mesmo termo utilizado nos quatro parágrafos do artigo 24 da Magna Carta, que versa acerca da competência concorrente.

A ausência desta distinção tem acarretado equívocos por parte de diversos intérpretes que defendem a tese de que a competência da União para editar normas sobre licitação e contratação não afasta a competência dos estados, municípios e Distrito Federal, numa alusão indireta e, em determinados casos, direta ao conteúdo do § 2º do artigo 24 da Carta Constitucional. Outros intérpretes vêm insistindo que as “normas gerais” elencadas no artigo 22 deveriam ser bastante sucintas, tal como dispõe o § 1º do artigo 24. Estes hermeneutas incorrem no erro de interpretar a previsão do artigo 22 em conformidade com os parágrafos do artigo 24, inadmissível no caso. Isto porque, o artigo 22 tem seu próprio regramento sendo substancialmente diverso dos dois dispositivos legais que o sucedem na Constituição (BORGES, 2004).

A competência privativa da União, nos moldes instituídos pelo artigo 22, em regra, inadmite a competência legislativa concorrente de outras esferas de governo. Só por meio de lei complementar da União é que os estados poderão legislar a

respeito de questões específicas. Tal regra é uma condição suspensiva, determinada pelo parágrafo único do artigo 22, e demonstra que a competência do estado-membro para disciplinar os assuntos desse artigo não é regra, mas sim exceção. Contudo, existem dois casos, previsto no supracitado artigo, aos quais a competência privativa da União é desempenhada com a elaboração de “normas gerais”. A localização dos incisos XXI e XXVII no conjunto do artigo 22 evidencia que o constituinte quis dar tratamento distinto as questões relacionadas nos artigos. 23 e 24. Tal aspecto leva ao questionamento dos conceitos jurídicos possíveis de serem atribuídos à expressão “normas gerais”.

Há uma corrente de pensamento que postula que ser “geral” é da própria essência da norma jurídica. Desta forma, se o legislador insiste no pleonismo, o faz para deixar patente sua deliberação no sentido de que essa competência se restrinja, realmente, àquelas normas cujo caráter de generalidade exclua, de toda norma, as minúcias, os pormenores, a abrangência a qualquer aspecto particular (CARVALHO NETO, 2016).

A melhor exegese do inciso XXVII do artigo 22 do texto constitucional é aquela que assegura à expressão “normas gerais”, conteúdo distinto do que é empregado segundo o artigo 24 da CF. Admite-se a competência legislativa dos estados somente para normatizar “questões específicas”, nas situações em que a matéria “privativa” discriminada no artigo 22 seja precedida da expressão “normas gerais” e, ainda assim, só depois da expedição da lei complementar referida no parágrafo único.

No que diz respeito as “questões específicas”, a competência legislativa está contida até a promulgação da referida lei complementar. Até essa fase, as unidades da federação só dispõem de competência supletiva. Não concorrem, nem complementam o texto legal em condições de isonomia com a esfera federal. Diversos estados da federação vêm editando legislações de licitação em observância ao artigo 118 da Lei nº 8.666/1993. Em determinadas situações essas normas têm determinado procedimento diferenciado do que consta na lei federal, restringindo o número de modalidades de licitação, autorizando a inversão das etapas do procedimento, impondo a modalidade do pregão como obrigatória, limitando o uso da contratação direta. É adequada a legislação supletiva; é permitida a edição de normas sobre o procedimento, pois a própria norma geral assim definiu, nos artigos 115, 117, 118 e 119 (REGO, 2003).

Não é apropriada a edição de normas concorrentes, exceto as que disciplinem questões especiais, de ordem regional e ainda assim, nessa última hipótese apenas após a edição da lei complementar a que se refere o parágrafo único do artigo 22 da Magna Carta.

Os limites jurídicos dessa competência devem ser analisados de acordo com cada caso concreto. Para melhor exemplificar a questão: a permissão para legislar acerca do procedimento pode perfeitamente legitimar a que se invertam as etapas de julgamento da habilitação e da proposta; não pode, contudo, retirar do processo essas duas fases, quando a norma geral assim exigir, pois deformaria o instituto da licitação a ausência de qualquer dessas; a lei estadual pode impor uma modalidade como obrigatória e não autorizar a utilização de outra, mas não pode criar nova modalidade ou nova hipótese de dispensa.

5.2 Competência legislativa do Distrito Federal e dos municípios

Tema interessante a ser enfrentado refere-se, ainda, à possibilidade de o Distrito Federal e os municípios editarem legislações a respeito de licitações e contratos administrativos. A priori, o constituinte restringiu a possibilidade de uma adventícia lei complementar autorizar somente os estados federados a legislar acerca de questões específicas, omitindo-se no tocante às demais unidades da federação.

Nesta esteira, descabem quaisquer interpretações ampliativas, construtivas ou analógicas que almejem assegurar competência legislativa a esses entes não citados, visto que o texto constitucional, expressamente, refere-se aos mesmos em várias outras passagens, inclusive bastante próximas, como é o caso dos artigos 23, caput e seu parágrafo único, e 24, dentre outros. Neste caso, a literalidade não pode ser elastecida para alcançar pessoas jurídicas de direito público que não são citadas (CARVALHO NETO, 2016).

Tal entendimento pode até surpreender pessoas leigas afeiçãoadas à legislação local ou regional regulamentadora das licitações e contratos, sem qualquer oposição na ordem jurídica. É que a maioria das legislações foi emitida antes do advento da atual Constituição Federal, em acatamento ao amplo poder de regulamentar estabelecido no Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Desta forma, após o advento da nova Constituição, não cabe qualquer legislação concorrente das unidades federadas, salvo, para os estados, se lei complementar autorizar. No caso

do Distrito Federal, pode este desempenhar a competência legislativa que for reservada aos estados, visto que, de acordo com o § 1º do artigo 32 da CF, esse ente da federação acumula a competência legislativa designada aos estados e municípios (JUSTEN FILHO, 2014).

Portanto, pode legislar supletivamente e, após a lei complementar, referida no parágrafo único, do artigo 22, concorrentemente, também sobre matérias específicas. Vale salientar, entretanto, que a própria Lei nº 8.666/1993, autoriza a edição de normas de natureza supletiva e a adaptação das normas gerais, como expressamente determina o artigo 118.

5.3 A contratação direta e a legislação não federal

Outra questão relevante, refere-se à possibilidade ou não de serem ampliadas as hipóteses de contratação direta, reconhecendo-se novos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Os casos definidos pela Lei nº 8.666/1993 não resistem a uma avaliação rigorosa por parte de estudiosos que visem estabelecer um denominador comum. Antes, constituem-se em três agrupamentos:

a) alienação dos bens e serviços da Administração sem licitação, denominada pela lei de hipóteses de “licitação dispensada”; b) contratação para a Administração, sem licitação, denominada de “licitação dispensável”; c) inviabilidade de competição, também reconhecida como uma hipótese de “inexigibilidade de licitação”, na qual, em tese, se pode fixar um parâmetro comum como citado. Mesmo com boa vontade do hermeneuta (REGO, 2003).

Contudo, a doutrina não deixa de reconhecer, nesse vasto rol de hipóteses disformes no que se refere à natureza jurídica, o caráter de norma geral. Nessa esteira é relevante colacionar os ensinamentos de Jessé Torres, quando aduz que a norma do artigo 24 é: “[...] indubitavelmente geral, visto que excepciona o dever de licitar, em rol que somente lei federal de normas gerais pode fixar, no exercício da competência privativa da União (Constituição Federal/88, art. 22, XXVII)” (BRASIL, 1988).

Sabe-se que as normas gerais de licitação objetivam regular a matéria e delimitar os casos especiais em que a licitação não é necessária. Por uma questão mais lógica do que preponderantemente jurídica, não se conceberia que o legislador disciplinasse o tema deixando ao inteiro arbítrio das demais esferas de governo a

conveniência de estabelecer exceções. Para melhor ilustrar, basta referir que os casos de dispensa de licitação tentados por alguns municípios acabaram por infringir frontalmente importantes princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, quando buscaram conceder privilégios a entidades paraestatais ou favorecimentos, e quando instituíram cadastro para a contratação direta, no qual só poderiam participar entidades com sede na localidade, entre outras infelizes situações (BORGES, 2004).

Como compete privativamente à União disciplinar o tema, por óbvio cabe-lhe definir as hipóteses de inaplicabilidade da norma geral, sobretudo quando essa tem conteúdo de princípio constitucional, como é verificado no dever de licitar. Assim, é pertinente afirmar que: não podem as demais esferas de governo, sejam estados, municípios ou Distrito Federal, tentar ampliar ou criar novas hipóteses de contratação direta, sob pena de serem eivadas de inconstitucionalidade.

Portanto, sob a ótica da atual sistematização procedida pela Lei de Licitações, é correto, concluir que as hipóteses dos artigos 24 e 25 não podem ser, sob qualquer forma, inovadas ou ampliadas, ao contrário do que sucede com o artigo 17.

5.4 Da previsão legal da contratação por inexigibilidade de serviços técnicos

A regra insculpida no artigo 37 da Constituição Federal é clara ao estabelecer que a regra da contratação pelo poder público de obras, serviços, compras e alienações é o procedimento licitatório. Por outro lado, permite com que a legislação infraconstitucional proceda com o efetivo disciplinamento das hipóteses em que a licitação não seria exigida.

A Lei nº 8666/1993 trouxe a disciplina legal e geral do processo licitatório, sendo aplicável a todos os entes da Administração Pública de todas as esferas de Poderes por força do seu art. 1º, parágrafo único, trazendo o mencionado diploma em seus art. 24 e 25 as hipóteses em que não será exigida a realização prévia de licitação para contratar.

Com base no que consignado no artigo 25 da Lei nº 8666/1993, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtos, empresa ou representante comerciais 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; para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; 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 contratação de serviço de assessoria jurídica consultiva e judicial, reclama conhecimento técnico especializado, enquadrando-se no art. 13, incisos III e V, do Estatuto das Licitações e Contratos.

De acordo com a Lei 8.666/93 a inviabilidade da competição ocorrerá na forma do inciso II do artigo 25 se ficar demonstrado o atendimento dos requisitos, que devem ser examinados, na seguinte ordem: que trate de serviço técnico; que apresente objeto singular; seja fornecido por profissionais de notória especialização.

Tanto o enquadramento da natureza técnica do serviço tal qual a notória especialização dos profissionais não remetem a maiores questionamentos por parte da doutrina especializada ou mesmos é alvo de indagações e reflexões na jurisprudência pátria. A natureza técnica dos serviços está prevista na própria Lei 8.666/93, consoante artigo 13, incisos III e V, de sorte que evidente que os trabalhos desenvolvidos pelo advogado se enquadram na previsão legal. A notoriedade e capacitação do profissional é preenchida pela demonstração de experiência profissional, além da titulação acadêmica. No entanto, é o requisito legal da singularidade do objeto que costuma ser alvo de questionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O conceito de singularidade no que se refere a prestação dos serviços jurídicos singularidade já teve conceituação expressa em julgado do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

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 (STJ, 2006, p. 1-2).

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de se manifestar acerca do assunto da singularidade do objeto, notadamente no RE n. 466.705-3/SP e na AP n. 348-5/SC. Nada mais é do que a técnica de relação de confiança, a qual vincula o caráter singular do serviço de Advocacia à relação de confiança que existe entre o Administrador Público e o prestador do serviço de Advocacia. Nestes termos:

“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 deseja 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” (ver 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 (STF, 2014, p. 58).

Tem-se, portanto, que a singularidade do objeto, mormente no que se refere aos serviços de Advocacia, se perfaz na existência de uma relação de confiança entre Administrador Público e Advogado. Esta relação não pode ser determinada por critérios outros que não sejam os de natureza subjetiva. Daí o raciocínio de restar impossibilitada a celebração do procedimento licitatório.

5.5 Da confiança na inexigibilidade de licitação dos profissionais advogados

O elemento confiança é a segurança, o crédito que o advogado ou escritório de advocacia inspira pelo seu talento, probidade, disposição de servir, fidelidade e capacidade de trabalho, para que possa ser devidamente contratado pela Administração Pública.

Esta confiança é que também vem a ser requisito fundamental para que a Administração Pública abandone a licitação na contratação de serviços que requeiram a subjetividade especializada, inviabilizando a competição, e assim levando a prática da inexigibilidade deste certame.

Contudo deve-se analisar se tais profissionais, ao serem contratados, cobram valores compatíveis com os serviços praticados no mercado. Assim, ao proceder com a contratação de um advogado levando-se em consideração o menor preço, a Administração Pública corre o risco de não atingir sua finalidade precípua, por ter selecionado um profissional que poderá vir acarretar prejuízos aos cofres públicos, por não ter defendido uma causa jurídica importante em que a Administração é parte, visto que não existia o fator da confiança.

Nesta esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello, tece as seguintes considerações:

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado –a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria –recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso.(grifo nosso) Há, pois, nisto, também um componente subjetivo ineliminável por parte de quem contrata. Foi, aliás, o que Lúcia Valle Figueiredo, eminente Desembargadora Federal aposentada do TRF da 3ª Região, apontou com propriedade: “Se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos”. Com efeito, o normal, e salvo situações muito raras, é que exista mais de um profissional ou empresa altamente qualificados em dado rumo ou setor de atividade, ensejando, portanto, opção por algum deles. *Direitos dos Licitantes*, 4ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 32 (MELLO, 2012, p. 541).

Deste modo, o referido elemento, que é o fator confiança, se torna indispensável à Administração Pública na persecução de seu objetivo, e origina atos discricionários do administrador, que passa a ter maior flexibilidade de ação, com base nos juízos da conveniência e da oportunidade, a que mais adequadamente atenderá na escolha do profissional em que se busca tal confiança, em conjunto a uma maior segurança.

O ministro Carlos Velloso, em um dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, comenta sobre a questão quando faz um paralelo entre os serviços prestados pelo advogado e a confiança aplicada nele pelo ente público, como acontece na relação de um médico com um paciente, situação que envolve a confiança depositada por este.

Em sentido contrário, o Tribunal de Contas da União editou súmula nº 039 do Tribunal de Contas da União:

A dispensa de licitação para contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea "d" do art. 126, § 2º, do Decreto-lei 200, de 25.02.67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação (TCU, 1973, p. 01).

Malgrado o entendimento consignado pelo TCU, ressalta-se que o termo singular não significa necessariamente único. A singularidade de um serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade ou notabilidade, isto é, que não se trata de algo comum ou corriqueiro.

Logo, é cabível para a Administração Pública contratar diretamente serviço que exige um grau de subjetividade do executor de confiança, insuscetível de ser mensurado pelos critérios objetivos de qualificação atinentes ao processo de licitatório.

O pressuposto da confiança da Administração Pública em quem deseje contratar é puramente subjetivo. Posto isso, a realização de procedimento licitatório para a contratação dos aludidos serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – não é compatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo atribui à Administração Pública para a seleção do trabalho essencial e incontestavelmente mais apropriado à plena satisfação do objeto do contrato. Desta forma, as exigências da Lei 8.666/93 são a notória especialização associada ao fator confiança.

5.6 Da resistência dos órgãos de controle e do Ministério Público e os aspectos particulares da profissão de advogado que impõem a contratação direta de serviços advocatícios

Mesmo diante do vasto rol de posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à contratação direta pela Administração Pública de assessorias jurídicas notoriamente especializadas, com a existência de diversas argumentações embasadas nos artigos 13, V e 25, II da lei de licitações, são diversas as ações de improbidade administrativa que são ajuizadas no poder judiciário com a matéria de ilegalidade nos contratos efetivados com o objeto de serviços advocatícios, por meio de contratação direta, sendo, por diversas vezes, o Ministério Público parte autora da ação. É relevante

ressaltar, que o próprio Tribunal de Contas da União, por intermédio da Súmula 264/2011 (BRASIL, 2011), reconheceu a viabilidade da contratação direta de assessorias jurídicas, pela Administração Pública, desde que os serviços possuam evidente singularidade. Senão vejamos:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2011).

Cabe destacar ainda que o administrador público poderá se valer da sua prerrogativa da discricionariedade no ato da contratação. Neste sentido:

O agente administrativo encontra amplo espaço de liberdade para escolher aquele especialista que reputa o mais adequado à satisfação de 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 (NIEBUHR, 2011, p. 163).

Seguindo esta mesma linha de raciocínio é o entendimento do ex-Ministro do STJ Castro Meira que ao apreciar a Resp 726.175/S teceu as seguintes considerações: “[...] A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei 8.666/93, artigos 25, II e 13, V [...]” (BRASIL, 2016, p. 01).

Salienta-se que o artigo 2º, parágrafo 1º, Lei Federal 8.906/94 evidencia a importância que o advogado tem para a administração da justiça e sua relevante função social na prestação de serviço público. Entretanto, o que se pode observar é que a própria lei vem sendo alvo de inúmeros entendimentos jurisprudenciais em diversas comarcas de todo o país, em alguns casos até condenando os próprios advogados sob a alegação de cometimento de ato de improbidade (BRASIL, 2016).

Não obstante, não há que se falar em ato de improbidade administrativa na contratação direta de advogados, nos casos de cumprimento dos requisitos exigidos pela lei. Questão relevante, é que o próprio estatuto da advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 5º, preceitua que “O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização” (BRASIL, 2016), bem como, prevê o art. 34 quanto a vedação de “captar de causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (BRASIL, 1993).

Deste modo, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, não pode ser confundida com qualquer modo de disputa pecuniária que possa culminar em afrontamento ao ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração que diversas vezes o principal requisito utilizado pela Administração Pública é o menor preço.

Ademais, reforçando a ideia de incompatibilização entre a atividade advocatícia no âmbito da contratação direta e possível forma de disputa mercantil, a Ordem dos Advogados do Brasil sumulou o seguinte entendimento (BRASIL, 2012):

Súmula N. 04/2012. “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.

Frente ao impasses jurisprudenciais, a Ordem dos Advogados do Brasil impetrou no STF Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 45) buscando o reconhecimento de constitucionalidade dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei de Licitações, e, por conseguinte, a possibilidade de contratação direta dos serviços advocatícios notoriamente especializados, em situações que requeiram maior conhecimento técnico, em razão da complexidade do caso concreto (BRASIL, 2016).

Na referida demanda, a OAB assevera que a dispensa de licitação se faz imprescindível para a contratação de assessor jurídico pela Administração Pública, visto que a confiança deve prevalecer no relacionamento entre advogado e cliente. Ainda, caso exista diversos especialistas aptos a prestarem o serviço, deve a Administração Pública se valer da subjetividade, visto que além da especificidade técnica, existem outras características marcadas por experiências de ordem particular (BRASIL, 2016).

Neste contexto:

Ao defender a constitucionalidade dos dispositivos, a OAB sustenta que a previsão de inexigibilidade de procedimento licitatório aplica-se aos serviços advocatícios em virtude de se enquadrarem como serviço técnico especializado, cuja singularidade, tecnicidade e capacidade do profissional tornam inviável a realização de licitação. Conforme a ADC, a inexigibilidade de licitação é o único meio para a contratação de advogados pela administração pública em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente. Além disso, a inexigibilidade pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela administração, já que todos se distinguem por características marcadas pela

subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, diz a entidade, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos variáveis em maior ou menor grau, a administração escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes. Por considerar que a previsão atende ao interesse público, cujo cerne está no benefício da coletividade, a OAB pede o deferimento de medida cautelar e a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Lei 8.666/1993. O caso está sob relatoria do ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2016, p.01).

A proibição da mercantilização da advocacia imposta pelo Conselho Federal e pelo Código de Ética também é mencionada como um fator impeditivo para a exigência de procedimento licitatório. De acordo com a OAB, o advogado ao determinar o menor preço, como geralmente ocorre nas licitações, estaria mercantilizando o serviço, o que daria ensejo a uma punição da OAB.

Por último, a OAB argumenta que os critérios da notória especialização e singularidade do serviço são intrínsecos à atividade jurídica, sendo inviável sua aferição através de competição objetiva entre os candidatos (CONJUR, 2016).

Também se afigura inviável, pelos mesmos motivos, a participação de escritórios de advocacia em licitação do tipo melhor técnica, a qual, nos moldes 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 concernentes à desclassificação das propostas, em decorrência dos preços oferecidos, estabelecida no artigo 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser convidados para diminuir o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias. O próprio problema do preço dos serviços advocatícios é outro fator que oferece certas particularidades (BORGES, 2004).

Em sentido similar, a Advocacia Geral da União, instruiu a ação, com parecer favorável a dispensa de licitação nas hipóteses já referidas, reforçando e corroborando com a tese encampada pela OAB na Ação Declaratória de Constitucionalidade 45, nos seguintes moldes:

São efetivamente constitucionais as disposições contidas nos arts. 13, inciso V, e 25, inciso 11, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Isso, no entanto, não pode implicar, como quer o Conselho Federal requerente, o reconhecimento de que o único meio para a contratação do serviço advocatício pela Administração Pública é a inexigibilidade de licitação; ou, em outros termos, de que todos os serviços advocatícios são, na essência, singulares (BRASIL, 2016, p. 01).

No entanto, constata-se que após o cumprimento dos pressupostos legais e respeitado, no caso concreto, a especialidade técnica do advogado e a complexidade do caso, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado apresenta-se totalmente compatível com os mandamentos legais, visto que está em jogo o próprio interesse público, interesse este que deve direcionar as relações sejam entre entidades privadas ou públicas, sob o prisma dos princípios administrativos constitucionais.

Destarte, cabe destacar a importância do *intuito personae*, no que se refere confiabilidade do administrador público depositado no assessor jurídico, sendo este tão importante quanto os demais preceitos legais.

Sendo assim, infere-se que a contratação direta para serviços advocatícios pela Administração Pública atende não só aos preceitos jurídicos, como também ao melhor interesse público, visto que tal contratação é embasada na singularidade do caso, notória especialização técnica, associada à prerrogativa da discricionariedade, pautada na confiança entre contratante e contratado.

5.7 Princípios vetores da profissão do advogado devem ser considerados para a contratação dos serviços sem a obrigatoriedade do processo licitatório

Em interessante posicionamento, Alice Gonzales Borges (2004), tece relevantes considerações a respeito da desnecessidade do procedimento licitatório para a contratação de serviços profissionais de advocacia, embasado em diversos fundamentos, incluindo o da antinomia entre normas e os conflitos de princípios, mencionado por Canotilho.

A conflitualidade de princípios mencionada resultaria da conjugação da Lei 8.666/93 em confronto com a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil –OAB) e o Código de Ética dos Advogados.

Isto porque, descarta a realização de uma pré-qualificação, seguida de seleção, ou um registro cadastral também seguido de seleção e sorteio, para que incorra na proibição do art. 22, §8º, da Lei 8.666/93, em decorrência da inexigibilidade da licitação de serviços advocatícios por duas causas bem pontuadas na legislação: “ou porque se trate de serviços de notória especialização, ou porque, em muitos outros casos, se configure mesmo, por causas diversas e potencialmente inimagináveis por qualquer legislador, verdadeira inviabilidade de competição (BORGES, 2014).

Nestes termos, o próprio Código de Ética da Advocacia, em seu 41, desaconselha a competição entre seus profissionais, inviabilizando a competição por meio da licitação, por ser recomendado ao causídico não proceder com o aviltamento dos valores cobrados pela classe.

Não obstante, o artigo 34 do Estatuto da OAB, prevê como infração disciplinar: organizar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (Art. 34, IV) (BRASIL, 1994). 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” (BRASIL, 2015).

E para impedir que ocorra a captação direta ou indiretamente de clientes o artigo 7º da lei em questão estabelece que: “é vedado o oferecimento de serviços que impliquem, direta ou indiretamente, vinculação ou captação de clientela” (BRASIL, 2015).

Ademais, de acordo com ensinamentos de Alice Gonzales Borges (2004), enquanto o artigo 30, inciso II, da Lei de Licitações estabelece como um dos requisitos de habilitação técnica a indicação das instalações materiais da empresa licitante, o artigo 31, §1º, do Código de Ética do Advogado proíbe, nos anúncios do advogado, alusões ao tamanho, estrutura e qualidade da sede profissional, por instituírem captação de clientela. Representa requisito de habilitação técnica dos mais relevantes, na Lei 8.666/93, a comprovação, através de atestados idôneos de órgãos privados e públicos, do desempenho anterior do licitante em atividades similares àquela almejada na licitação (artigo 30, §3º). O Código de Ética também proíbe, nos artigos. 29, §4º e 33, IV, a divulgação de listagem de clientes e patrocínio de demandas anteriores, também vislumbrados como forma de captação de clientela.

Corroborando com o entendimento da brilhante doutrinadora, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, por intermédio do seu Tribunal de Ética, se manifestou no sentido de não violar a ética e nem tampouco a Lei 8.666/93, quando presente o pressuposto de notória especialização oriundo de situação pessoal do profissional ou do escritório de advocacia:

Licitação –Inexigibilidade para contratação de advogado –Inexistência de infração –Lei n. 8.666, de 21.06.1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, para prestação de serviços ou defesa de causas judiciais ou

administrativas. Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessitados, de tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência de necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência, na lei mencionada, de criação de hierarquia qualitativa dentro da categoria dos advogados. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública (TOLOSA FILHO, 1998, p. 94-95).

Sendo assim, ao se verificar os comandos legais da Lei 8.666/93 deve ser realizada pelo intérprete uma análise sistemática tanto com o Estatuto do Advogado, como também com o respectivo Código de Ética.

Por conseguinte, compreender determinado preceito legal não é apenas aferir, de maneira mecânica, o sentido imediato e aparente que resulta da conexão verbal, é questionar com profundidade o pensamento do legislador, conjugando um dispositivo isolado com os demais com o propósito de aplicar adequadamente o preceito legal regulador da matéria (MELLO, 2012).

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, ao reconhecer os aspectos intrínsecos da profissão de advogado, pacificou o entendimento em julgamento do Termo de ocorrência processo nº 79438-17, da Prefeitura Municipal de SOBRADINHO, Gestor Responsável: Sr. LUIZ VICENTE BERTI TORRES SANJUAN -Prefeito, de Relatoria do Cons. RAIMUNDO MOREIRA. Vejamos:

Entretanto, a par da singularidade do objeto contratado e da notória especialização da empresa, passou a admitir este tribunal, com base em ensinamentos de diversos e renomados administrativistas, um terceiro componente consubstanciado na confiança do gestor que, de certa forma, minimiza a exigência daquelas qualificações, ganhando ênfase, em consequência, a razoabilidade e economicidade das despesas que no caso em exame têm-se por atendidas, tendo em vista que o valor global da contratação foi de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), ou seja 09 parcelas mensais de R\$10.000,00 (dez mil reais), conforme contrato de prestação de serviço no. 04012017, Fls. 94/98, que afigura-se aceitável para a realização do serviço constante do seu objeto.

Assim, o Gestor têm o poder de escolher, dentre os muitos profissionais devidamente qualificados, aqueles que mais demonstrem confiança, ou seja, aquele que possui maior compatibilidade com os desideratos da Administração Pública.

Sobre o tema, o Ministro Sr. Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, em recente decisão no RE 650.558/SP, relatou que: "Nesse ponto, reside a chamada zona de incerteza, em que já não é possível distinguir com exatidão quem detém e quem não detém notória especialização. Aí vige a competência discricionária atribuída ao agente administrativo, que avalia a experiência dos profissionais com margem de liberdade, pelo que é essencial a confiança depositada no contratado.

(...)

Posto isso, com fundamento no art. 1º, XX, da Lei Complementar estadual no

006/91, com as modificações introduzidas pela de no 014198, de igual hierarquia, combinado com os arts. 22 e 23 da Resolução no TCM no 1225/06, votamos pelo conhecimento do presente Termo de Ocorrência lavrado pela 21ª Inspeção Regional - 9ª IRCE, sediada no município de JUAZEIRO, contra o Sr. LUIZ VICENTE BERTI TORREŞ SANJUAN, na qualidade de Prefeito do Município de Sobradinho e, no mérito, pela sua improcedência quanto à irregularidade apontada na contratação, por inexigibilidade de licitação, tendo em vista o atendimento à razoabilidade e economicidade da respectiva despesa. (TCM-BA, 2018, on-line)

Deste modo, a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, não pode ser confundida com qualquer modo de disputa pecuniária que possa culminar em afrontamento ao ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração que diversas vezes o principal requisito utilizado pela Administração Pública é o menor preço.

Ademais, sobreleva lembrar a ideia de incompatibilização entre a atividade advocatícia no âmbito da contratação direta e possível forma de disputa mercantil, a Ordem dos Advogados do Brasil sumulou o seguinte entendimento:

Súmula N. 04/2012. "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.

Portanto, as colocações feitas por Alice Gonzales Borges, mostram-se pertinentes, onde a mesma demonstra ser inexigível o certame para que ocorra a contratação da prestação de serviços jurídicos, quer pela impossibilidade de se verificar o conhecimento científico de cada profissional, o que poderia levar a um julgamento subjetivo, quer pela singularidade do causídico prestador do serviço e, por fim, quer pelo Estatuto e o Código de Ética do Advogado que reprime a mercantilização dos serviços, aviltamento dos valores a serem cobrados pelo profissional, além de vedar a captação direta ou indireta de clientes, sem prejuízo de outros princípios declinados no presente tópico, que afastam qualquer processo de seleção para a contratação dos serviços advocatícios, uma vez que o fator menor preço não é determinante para a efetivação do serviço (BORGES, 2004).

Por derradeiro, a singularidade da prestação do serviço, justifica a ausência de competição, bem como também da pré-qualificação.

Nesta esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.551):

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Ora, os princípios norteadores da profissão do advogado devem também ser considerados para a contratação dos serviços sem a imposição da fase de licitação, haja vista ser totalmente inviável, nesta situação, a utilização de uma pré-qualificação de causídicos, para posteriormente ser efetuada a escolha pelo menor preço proposto (JUSTEN FILHO, 2014).

A pré-qualificação, elencada no artigo 114 da Lei 8.666/93 anteriormente também figurava no Decreto-lei n. 2.300/86, sendo conceituada por Caio Tácito (1997, p. 1.427-1.428) como: “a faculdade concedida à Administração Pública para a prévia verificação das condições próprias de cada empresa ou consórcio que possam ser admitidos a participar de determinadas e futuras concorrências”.

O descarte da pré-qualificação decorre da própria lei de licitação, competindo a Administração Pública atuar dentro da sua zona livre de agir com base na oportunidade e conveniência, subordinada sempre à legalidade de sua atuação. Tal capacidade de autodeterminação manifesta o poder discricionário do ente estatal que se finda plenamente no setor administrativo, não podendo ser objeto, em regra, de consideração jurisdicional.

Procedendo com a contratação direta do advogado, a Administração não estará incorrendo em ato infracional, e nem se valendo de uma lacuna legislativa, uma vez que a Lei 8.666/93 não proíbe a aludida tomada de posição, devendo a autoridade competente apenas justificar a escolha dentro dos limites da razoabilidade.

Ao atuar de tal modo, não estará havendo uma transgressão da lei licitante, posto que o serviço jurídico a ser fornecido corresponderá a necessidade do tomador do serviço, que não pode ignorar a finalidade legal (CARVALHO NETO, 2016).

Possuindo o advogado qualificação especial, proveniente da sua própria lei, a licitação para a escolha do melhor serviço deverá ser descartada, pois neste caso o processo licitatório não se afigura como o melhor método disponível para atender a finalidade pública, uma vez que não se deve buscar na contratação do advogado o menor preço para a efetivação do serviço, mas sim o melhor resultado de atuação. É

o resultado e a maneira ágil de consegui-lo que caracterizam também a singularidade da prestação do serviço pelo profissional selecionado. Desta forma, não é a legislação que a inexige, e sim a própria natureza do objeto que impõe esta solução, também reservada para os casos em que um único indivíduo consiga atender aos anseios do administrador (MELLO, 2012).

Sob outra perspectiva, o artigo 25 da Lei 8.666/93 ao definir as hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrente da inviolabilidade de competição, exemplificou que: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial...” (BRASIL, 1993). Pela interpretação do supracitado dispositivo legal, é lícito ao administrador atuar movido pela discricionariedade, objetivando exclusivamente o melhor interesse público.

Deste modo, mesmo a regra geral impondo a licitação, a contratação de advogado se amolda nas situações de inexigibilidade, na forma e nas condições já elucidadas.

5.8 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O STJ enfrentou a questão da contratação direta de serviços advocatícios em determinadas ocasiões, desta forma, toma-se como paradigma a ser analisado o Recurso Especial no 1.192.332/RS.44 (STJ, 2006).

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do estado do Rio Grande Sul em face do advogado Élbio de Mendonça Senna, contratado pela Prefeitura Municipal de Chuí (RS). A prestação do serviço tinha como objeto o assessoramento na instalação de um novo município — organizar a estrutura administrativa, formar o arcabouço jurídico, entre outros —, e o advogado contratado havia sido procurador do município-mãe durante sete anos e era especialista em direito municipal. O juízo de primeira instância e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiram julgamento favorável ao Ministério Público, contudo, o STJ reformou a decisão. Vejamos:

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 (STJ, 2006, p. 1-2).

A decisão supracitada do STJ mostra-se acertada, uma vez que não faz ressalvas no tocante à contratação direta no ramo da advocacia. Segundo o mencionado acórdão, é possível chegar a uma conclusão de que qualquer serviço advocatício pode dar ensejo à inexigibilidade de licitação, o que de fato é o melhor entendimento, uma vez que a escolha deste profissional não toma por base critérios objetivos característicos do procedimento licitatório, por tratar-se de prestação de serviços de caráter singular e personalíssimo, envolvendo uma relação de confiança.

5.9 Julgamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema

No mesmo sentido o STF apreciou a questão da inexigibilidade de licitação para serviços advocatícios, tomando-se como exemplos a Ação Penal no 348-5/SC, 47 do Habeas Corpus no 86.198/PR48 e do Inquérito no 3.074.

O julgamento da Ação Penal em comento versou sobre denúncia do Ministério Público do estado de Santa Catarina em desfavor do, então, prefeito do município de Balneário Camboriú, Leonel Arcângelo Pavan, em virtude da contratação, através de dispensa de licitação (situação emergencial) de um escritório de advocacia, cuja justificava foi o caos administrativo proveniente da antiga gestão da aludida Prefeitura (STF, 2014).

O STF não reconheceu que o caso tratava-se de uma situação emergencial como levantado pelo acusado, assim, não considerou ser situação ensejadora de dispensa de licitação, todavia, entendeu tratar-se de hipótese de inexigibilidade, conforme disposto no artigo 25, II, da Lei no 8.666/1993. Seguindo esta linha de raciocínio, o ministro Eros Grau afirmou o seguinte:

“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 deseja 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” (ver 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 (STF, 2014, p. 58).

No mesmo sentido se posicionou a ministra Carmen Lúcia:

No caso de contratação de advogados, tal como justificado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros grau, condições de objetivamente cumprir-se o artigo 3o da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos no artigo 3o , é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação — artigo 25 c/c artigo 13 (STF, 2014, p. 77).

Enquanto o julgado da Ação Penal 348-5/SC ilustra exatamente as diretrizes da doutrina majoritária, justificando a inexigibilidade de licitação em decorrência da impossibilidade do julgamento objetivo, a ministra Carmen Lúcia levanta a dúvida quanto à viabilidade de se realizar qualquer tipo de competição no ramo da advocacia. No segundo processo em exame, o Habeas Corpus 86.198/PR, tratava-se de denúncia do Ministério Público do estado do Paraná em desfavor de dois advogados e do prefeito do município de Matinhos (PR), devido à contratação direta para a venda de terrenos públicos a munícipes interessados. Reconhecida a notória especialização dos advogados, o ministro relator Sepúlveda Pertence teceu as seguintes considerações:

1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7o) (STF, 2007).

Recentemente, o Inquérito 3.074/SC dispôs acerca de denúncia do Ministério Público de Santa Catarina em face do, então, prefeito de Joinville, Marco Antônio Tebaldi, em razão da contratação direta de advogados, através de inexigibilidade de licitação, para a transferência da execução do serviço sanitário da cidade de uma empresa de capital misto estadual para uma semelhante de âmbito municipal. Em

conformidade com a doutrina majoritária, o ministro Roberto Barroso explicou os pressupostos elementares para a possibilidade de contratação direta de serviços advocatícios, a saber:

Assim, na tentativa de aumentar a transparência e a segurança da avaliação a ser conduzida pelo Poder Público, entendo que a inviabilidade de competição deve ser aferida a partir dos seguintes critérios: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço (STF, 2014, p. 13).

No caso em comento, a denúncia acabou sendo rejeitada pelo STF, visto que a administração municipal satisfaz todos os requisitos exigidos, pois se tratava de demanda judicial que envolvia alto grau de complexidade e o escritório contratado possuía notória especialização no ramo, o que restou devidamente comprovado nos autos, tendo a Prefeitura respeitado todos os trâmites administrativos indispensáveis. Portanto, restou sedimentado o entendimento do STF sobre a inclusão de serviços advocatícios entre as possíveis situações de inexigibilidade de licitação.

Vale salientar que nos filiamos ao entendimento do ministro Eros Grau, no sentido que os serviços em comento devem ser sempre contratados pela Administração Pública sem licitação, de acordo com o nível de confiança que esta deposite no profissional a ser contratado. Assim, a realização de licitação para contratação dos referidos serviços, mostra-se completamente incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo atribui à Administração.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, restou claro que é inviável se aferir, por intermédio do processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, visto que se trata de prestação de serviços singular e *intuitu personae*, o que inviabiliza competições. A singularidade dos serviços prestados por estes profissionais consiste em seus conhecimentos individuais, estando atrelado à sua capacitação profissional, restando, deste modo, impossível escolher o melhor profissional, através de licitação, para prestar serviço de cunho intelectual, visto que tal mensuração não se baseia em critérios objetivos, como, por exemplo, o menor preço.

Frente à natureza singular e intelectual dos serviços de assessoria jurídica, pautados, sobretudo, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que pautado no interesse público, se utilizar da discricionariedade, que lhe foi atribuída pelo ordenamento jurídico, para a escolha do melhor profissional.

Os aspectos inerentes aos regramentos da profissão de advogado, estes insculpidos no Estatuto da Advocacia e no Código de Ética são claros ao impedir com que os advogados participem de licitação pública, fato que, nos termos da lei, impõe responsabilização disciplinar.

Cabe ressaltar que também se afigura inviável, pelos mesmos motivos, a participação de escritórios de advocacia em licitação do tipo melhor técnica, a qual, nos moldes 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 concernentes à desclassificação das propostas, em decorrência dos preços oferecidos, estabelecida no artigo 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser convidados para diminuir o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias. O próprio problema do preço dos serviços advocatícios é outro fator que oferece certas particularidades

É importante assinalar que a Administração Pública poderia vir a incorrer em mau uso do dinheiro público, caso viesse a contratar um advogado ou escritório advocatícia que não dominasse de fato a matéria que estivesse em juízo, para ser defendida, ou ainda, que dispusesse das qualidades fundamentais, ou especialização para a defesa da causa em questão.

É dever da Administração Pública observar a eficácia e a eficiência do trabalho a ser realizado pelos profissionais, ao proceder com a contratação de um advogado ou escritório de advocatícia.

Como a Administração Pública gere o erário público, é obrigatório ao administrador verificar se o seu corpo jurídico possui condições de defender os interesses desta, e em caso negativo, tem o dever de realizar a contratação de um profissional que possa desempenhar satisfatoriamente esta função.

De modo geral, os serviços dos advogados exigem que sejam prestados por indivíduos especializados com uma ampla habilidade, prática e perícia, conquistadas com o exercício constante de suas profissões e no ramo em que atuam. Assim sendo, a Administração Pública em real situação de exclusiva complexidade de considerável

importância para a gestão do dinheiro público, e, perante a presente situação envolvendo serviços advocatícios de ordem singular, deverá optar por contratar um advogado ou escritório advocatício de sua confiança com notória especialização, pautado na inexigibilidade de licitação, com fundamento na Lei nº 8.666/93.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 34ª edição, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7 ed. São Paulo: Método, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BORGES, Alice González. **Temas do Direito Administrativo Atual**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

BRASIL. **Despacho do Consultor Geral da União**. Advocacia Geral da União, Brasília/DF, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161004-01.pdf>>. Acesso: 04 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 726175 SP**. Rel. Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 22 de fevereiro de 2011. Brasília/DF: 15 de março de 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18663703/recurso-especial-resp-726175-sp-2005-0025984-8/relatorio-e-voto-18663705>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 45**. Rel. Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5030897>>. Acesso em 04 de jan. de 2019.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB- Resolução n. 02/2015**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em 01 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: 1988.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)- Lei Nº 8.906, DE 4 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em 02 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002.** Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União: Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em: 04 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (art.34).** Congresso Nacional. Brasília: 1993.

BRASIL. **Súmula nº 04, de 23 outubro de 2012.** Ordem dos Advogados do Brasil: 2012.

BRASIL. **Súmula nº 264, de 03 junho de 2011.** Tribunal de Contas da União: 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2010. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 10 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.295.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. Diário de Justiça eletrônico. Brasília, 9 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo **TC nº 625.373/95-2. Decisão nº 233/1996 -1ª Câmara.** Relator: Ministro Homero Santos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, de 29 out. 1996.

CAMPOS. Magna. **Manual Para Elaboração de Monografia e de TCC.** Mariana: Edição do Autor, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª ed. Atlas, 2016.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **Contratação Direta de Advogado Particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 18 n. 115, p. 249-276, Jun./Set. 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª Ed. Juspodivm, 2015.

CAVALCANTI, Fabrício José. **A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência**. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado) -Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

CONJUR. **OAB pede que STF declare constitucional contratação de advogado sem licitação**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/oab-supremo-defender-dispensa-licitacao-advogado>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

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

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Uma Nova Modalidade em Licitação**. Brasília: E-gov edições, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta**. 3ª Edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1997.

FIGUEIREDO, Lucia Valle; FERRAZ, Sergio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3ª Edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

GASPARINI, Diogenes. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HARGER, Marcelo. **Improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.492/92.** In: NOHARA, Irene Patrícia. MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. (Org.). Coleção direito administrativo positivo. v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª edição, 2014.

LACOMB E, Francisco José Masset. **Dicionário de Negócios.** São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

MARINHO, Leonardo Campos. **Manual Prático de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Scortecci Editora, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 9ª ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42ª ed. Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 29ª ed. Malheiros, 2012.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadllch. **Licitação- Passado, presente e futuro.** Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/04/licitacao-passado-presente-futuro.pdf>>. Acesso em 04 jan. 2019.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos.** Belo Horizonte: Del Rey, 11ª edição, 2008.

MOTTA, Fabrício. **A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação.** Disponível em: <<file:///C:/Users/x/Desktop/Study%20Baay/Contrata%C3%A7%C3%A3o%20Direta%20pelo%20Poder%20P%C3%ABblico%20de%20Servi%C3%A7o%20Advocat%C3%ADcio%20-%20Imposi%C3%A7%C3%A3o%20Legal%20Intr%C3%ADnseco%20a%20Profiss%C3%A3o/contratacao-direita-advogado.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** Curitiba: Zênite, 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de**

responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública.** 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.

REGO, Sílvio Roberto Seixas. **Processo licitatório: contraditória e ampla defesa:doutrina e jurisprudência.** São Paulo: LTr, 2003.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa e coisa julgada.** São Paulo: Atlas, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 436.869/SP.** Segunda Turma. Min. rel. João Otávio de Noronha. Julgado em 6.12.2005. DJ: 1.2.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 86.198/PR.** DJ: 29.6.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inquérito 3.074/SC.** Primeira Turma. Min. Rel. Roberto Barroso. Julgado em: 26/8/2014. DJ: 3/20/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **OAB pede que inexigibilidade de licitação para contratação de advogados seja declarada constitucional. 2016.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323519&caixaBusca=N>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público- Licitação e Pré-Qualificação.** Vol. 2. São Paulo: Renovar, 1997.

TCM. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. **Termo de ocorrência processo nº 79438-17,** da Prefeitura Municipal de Sobradinho, Gestor Responsável: Sr. Luiz Vicente Berti Torres Sanjuan - Prefeito, de Relatoria do Cons. Raimundo Moreira. Julgado em 26-09-2018. Disponível em: <http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/2017/DELIB/79438-17.odt.pdf>. Acesso em 02 jan. 2019.

TCU. **Processo TC-650.148/96-7, sessão de 23-4-98, DOU 08-5-98.** Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/12/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-32934/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2>

520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/false/1>.
Acesso em 02 jan. 2019.

TCU. **Súmula nº 039.** Disponível em:
<file:///C:/Users/x/AppData/Local/Temp/S_mula%20n_%2039-2.pdf>. Acesso em: 02
jan. 2019.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Contratando sem licitação.** São Paulo: Editora
Forense, 1998.