



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
FACULDADE DE DIREITO - FD

THAÍS TARQUINIO OLIVEIRA

**A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**

BRASÍLIA
2017

THAÍS TARQUINIO OLIVEIRA

**A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Tarcísio Vieira de Carvalho Neto

BRASÍLIA

2017

THAÍS TARQUINIO OLIVEIRA

**A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
ADVOCATÍCIOS**

Monografia apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Aprovada em 27 de junho de 2017, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO

JORGE GALVÃO OCTÁVIO LAVOCAT

LUCAS ROCHA FURTADO

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha família que sempre apoiou minhas decisões, bem como não mediu esforços e meios para possibilitar a conclusão da minha graduação. São eles: Miriam Junqueira Tarquínio, Yeda Cunha Junqueira, Tenisson Moreira Oliveira, Gabriela Lucas Queiroz. Tiago Tarquínio, Felipe Tarquínio, Matheus Queiroz, Pedro Queiroz e Isabella Queiroz Oliveira e Carmélia Oliveira. Devo toda a minha gratidão e amor a cada um deles, uma vez que são a razão da minha vida.

Meus sinceros votos de gratidão ao meu namorado Maurício Vargas e queridas amigas Raphaella Fiorillo, Danielle Vitorino, Jessyca Passos, Mariana Cardoso, que se mostraram sempre tão presentes nas horas mais difíceis, me dando todo apoio necessário, bem como me proporcionando muita felicidade.

Um especial agradecimento à Lara Scapetti, que ingressou comigo na Universidade de Brasília (Unb), no segundo semestre do ano de 2012. Durante todos estes anos de curso, foi minha leal amiga e companheira de estudos.

À Marcillene Araújo que preparou a minha comida sempre com muito carinho, me rendendo horas de estudo, além de ter se mostrado uma grande amiga.

À Marla Borges, minha antiga chefe de estágio jurídico exercido na Defensoria Pública da União (DPU), que foi para mim um exemplo de líder e profissional, além de ter me ensinado a aplicação do direito na prática, sempre com muita paciência e solicitude.

Aos meus colegas de curso que contribuíram muito na minha formação jurídica, além de tornarem os meus dias mais alegres na Faculdade de Direito. São eles: Luisa Mello, Luiza Miranda, Antônio Leda, Bernardo Carrara e Manuella Amaral.

Por fim, gostaria de agradecer ao meu orientador Tarcísio Vieira de Carvalho Neto que me forneceu todo o auxílio necessário para a conclusão do presente trabalho, com dedicação e paciência ímpar. Aproveito para agradecer também a oportunidade de ter sido aluna dos excelentes professores, profissionais e operadores do direito, Lucas Rocha Furtado e Jorge Galvão que aceitaram ainda fazer parte da minha banca.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios. O tema foi escolhido diante da ampla controvérsia doutrinária e jurisprudencial, na medida em que pode culminar em processos judiciais em face de agentes públicos e advogados, que ficam à mercê da insegurança jurídica. O objetivo central é analisar a possibilidade jurídica desta modalidade de contratação direta, bem como os seus limites e condições de validade. Para tanto foi utilizada a revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial. Ao final, se conclui pela viabilidade da contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, quando houver demonstração motivada, em processo administrativo regular, do preenchimento dos seguintes requisitos: a) necessidade de serviço técnico profissional; b) demonstração da natureza singular; c) notória especialização do advogado, observadas ainda as condições de validade.

PALAVRAS-CHAVE: inexigibilidade de licitação; contratação direta; serviços advocatícios; Notória especialização; Singularidade; princípio administrativos.

ABSTRACT

This study deals with the non-requirement for holding a bidding process in the hiring of legal services. The theme was chosen in the face of the broad doctrinal and jurisprudential controversy, as it can lead to legal proceedings against public officials and lawyers, which are exposed to legal uncertainty. The main goal is to analyse the legal possibility of this kind of direct hiring, as well as its limits and approval conditions. Therefore, this work is based in bibliographical review and jurisprudential research. At the end, one can conclude by the viability of the direct hiring of legal services, with the non-requirement of a bidding process, when there is justified demonstration, in a regular administrative process, of the fulfilling of the following requirements: a) necessity of professional technical service; b) demonstration of unique nature; c) notorious expertise of the lawyer.

KEY-WORDS: unenforceability of bidding; direct contracting; advocatícios services; notorious specialization; singularity; administrative principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 - LICITAÇÃO E PRINCÍPIOS	18
1.1 Princípios e Administração pública	18
1.2 Princípio da Licitação.....	19
1.3 Princípio da Legalidade	22
1.4 Princípio da Moralidade	24
1.5 Princípio da Publicidade	25
1.6 Princípio da Eficiência	26
1.7 Princípio da Impessoalidade.....	27
CAPÍTULO 2 - CONTRATAÇÃO DIRETA ENQUANTO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO	29
2.1 Exceção ao Princípio da Licitação: Dispensa e Inexigibilidade.....	30
2.2 Inexigibilidade de licitação	33
2.2.1 Inciso I – Fornecedor Exclusivo	35
2.2.2 Inciso II – Serviços Técnicos.....	36
2.2.3 Inciso III – Serviços Artísticos	37
2.3 Discricionariedade do Administrador	38
CAPÍTULO 3- INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS	40
3.1 Natureza dos Serviços Advocatícios e Possível Incompatibilidade com o Processo Licitatório.	45
3.2 Inexigibilidade enquanto Inviabilidade de Competição	49
3.2.1 Serviço Técnico.....	52
3.2.2 Natureza singular	54
3.2.3 Notória Especialização.....	57
3.3 Condições de Validade do Processo de Contratação Direta de Serviços Advocatícios	60
3.3.1 Processualização	60
3.3.2 Motivação.....	63
3.3.3 Vedação ao Superfaturamento.	66
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação revela grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Esse cenário de insegurança jurídica tem como desdobramento, por vezes, processos administrativos perante o Tribunal de Contas, ações de improbidade administrativa ou até mesmo processos criminais em face dos envolvidos.

A contratação direta de serviços advocatícios por essa modalidade encontra fundamento nos arts. 13, inc. V e 25, inc. II, da Lei n. 8.666/93, tendo por base o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Porém, a imprevisibilidade dos posicionamentos dos órgãos de controle, bem como dos órgãos judiciais acerca da matéria se mostra tão considerável que o Conselho Federal da Ordem Dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 45/2016), tendo por objeto tais dispositivos.

Tramita ainda na Suprema Corte o RE 656.558/SP, que tem como causa o debate jurídico 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, a suspensão da demanda até o julgamento da supracitada ADC 45.

Resta evidente, portanto, a relevância da matéria, bem como a necessidade de maior estudo para definição dos seus conceitos e critérios, a fim de sanar a insegurança jurídica que a circunda.

Nesse aspecto, busca-se, na presente investigação científica, responder os seguintes questionamentos jurídicos: Do ponto de vista jurídico, a contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação se mostra possível? Em caso afirmativo, quais são os limites e abrangência dessa possibilidade legal? Quais são os seus requisitos ou elementos autorizadores? De que forma deve ser feito o seu o processo de contratação? Quais são as suas condições de validade?

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro e o segundo capítulo abordam matérias e conceitos afetos à questão central que se pretende adentrar. O cerne do trabalho será desenvolvido no terceiro capítulo.

Inicialmente, no primeiro capítulo, serão abordados os princípios que se mostram relevantes para o deslinde da questão que se pretende examinar. Assim, os

postulados principiológicos serão estudados com enfoque no processo licitatório. Pretende-se demonstrar que a aplicação destes deve ocorrer de forma conjunta, como instrumentos reciprocamente considerados. Será também analisada a licitação, enquanto princípio constitucional.

Nesta senda, será explicitada a existência de uma íntima relação entre a Administração Pública e os princípios que a regem, contextualizando a matéria, brevemente, com o cenário pós-positivista. Será dado destaque para os princípios basilares que se apresentam como fundamento do princípio da licitação. Em ordem, serão estudados: a) princípio da licitação; b) princípio da legalidade; c) princípio da moralidade; d) princípio da eficiência; e) princípio da publicidade; f) princípio da impessoalidade.

No segundo capítulo, será exposta a contratação direta enquanto exceção ao princípio constitucional da licitação, bem como serão resumidas suas categorias. Assim, será explicitada a modalidade de dispensa de licitação, ressaltando a sua diferença com a modalidade de licitação dispensável e inexigibilidade de licitação. O foco central será esta última espécie de contratação direta, vez que guarda relação direta com o objeto principal do presente trabalho.

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que as hipóteses de contratação direta encontram fundamento jurídico nos princípios básicos da Administração Pública, expostos no primeiro capítulo. Por outro lado, o procedimento de realização destas contratações deve ser realizado em estrita observância a tais princípios basilares.

Serão abordados os incisos do art. 25 da Lei 8.666/93- fundamento da inexigibilidade de licitação. No último tópico, será trabalhada a discricionariedade que o referido dispositivo confere ao administrador, a ser exercitada com zelo e responsabilidade.

No terceiro capítulo, pretende-se desenvolver a especificidade do tema, isto é, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios, enquanto inviabilidade de competição.

Será tratada a possível incompatibilidade da natureza dos serviços advocatícios com o regramento e termos de concorrência comum ao procedimento licitatório.

Pretende-se adentrar nos requisitos autorizadores da inexigibilidade de licitação para a contratação destes serviços. A caracterização de serviço: a) técnico profissional; b) natureza singular; c) notória especialização do profissional.

Por fim, as condições de validade do processo de decisão e desenvolvimento da contratação direta destes serviços também serão explanadas, principalmente: a) processualização; b) motivação; c) vedação ao superfaturamento.

Deste modo, a conclusão a que se pretende chegar é consubstanciada na possibilidade de contratação direta dos serviços advocatícios, quando os requisitos autorizadores restarem preenchidos. Almeja-se ainda demonstrar que a validade da contratação depende da observância de determinadas condições, principalmente: a) processualização; b) motivação; c) vedação ao superfaturamento.

CAPÍTULO 1 - LICITAÇÃO E PRINCÍPIOS

1.1 Princípios e Administração pública

No atual cenário pós-positivista, bem como com o advento do neoconstitucionalismo, os princípios ganham grande importância, apresentando força normativa própria.

Sobre o pós-positivismo, leciona Luís Roberto Barroso: “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição da relação entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”. Ensina ainda que: “os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”.¹

Para Tarcísio Vieira de Carvalho Neto: “No pós-positivismo, valores (advindos de textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas) condensam-se em princípios. E os princípios agasalhados pelo texto constitucional explícita ou implicitamente, revestem-se de *normatividade*.”²

Leciona Marçal Justen Filho que “[...] o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas.”³

Nesse sentido, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto também considera que:

[...] E a constitucionalização do Direito administrativo implica não mais poder-se atribuir aos princípios papel secundário. Trata-se de compreender o fenômeno da irradiação dos efeitos dos valores constitucionais nos comportamentos administrativos, para conhecer suas consequências e conceber estruturas jurídicas hábeis a assegurar os resultados desejados.⁴

A nova função principiológica ultrapassa o caráter meramente acessório às regras jurídicas que os princípios assumiam, revelando normatividade autônoma. Essa nova carga normativa dos princípios vai influir diretamente no modo de atuação

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 114.

² CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O Princípio da Impessoalidade nas Decisões**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015. p. 8.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009. p. 59

⁴ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014. p. 11.

da Administração Pública, vez que deve observar todos os postulados principiológicos expressos até mesmo no texto constitucional.

A Constituição Federal estabeleceu princípios que devem ser estritamente observados pelos administradores e legisladores infraconstitucionais. A atividade administrativa é, portanto, norteadada por regras e princípios.

Assim, em seu art. 37, a Carta Magna prevê expressamente os princípios fundamentais da Administração Pública- legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. São postulados e sustentáculos basilares que devem se irradiar por todo o ordenamento jurídico.

Estes postulados, bem como todos os princípios deles decorrentes são de suma importância para o Direito Administrativo, considerando sua sistematização recente, bem como falta de codificação própria. Assim, se mostram imprescindíveis para a acepção dos institutos do direito administrativo, bem como para a definição de seus contornos e desdobramentos. Auxiliam ainda na resolução das inúmeras questões que surgem na complexa realidade fática no âmbito da Administração.⁵

1.2 Princípio da Licitação

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a licitação pode ser definida como procedimento administrativo, realizado por entes da administração, com escopo de selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração de um contrato administrativo, no qual se estabelece condições pelo instrumento convocatório, para todos os interessados concorrerem em igualdade.⁶

O procedimento visa então escolher a melhor proposta apta a suprir a necessidade pública envolvida. Nesse sentido, leciona Lucas Rocha Furtado acerca da finalidade da licitação:

O ponto de partida do estudo de licitação reside no fato de que, **diante da possibilidade de haver no mercado diversos interessados em firmar contrato com a Administração Pública, o procedimento licitatório objetiva indicar a proposta mais vantajosa**, aquela que servirá de parâmetro para a celebração do contrato. Além da busca

⁵ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O Princípio da Impessoalidade nas Decisões**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 373

pela proposta mais vantajosa, a licitação deve realizar o princípio da isonomia.⁷ (grifo nosso).

O art. 37, XXI da Constituição Federal estabelece o dever de licitar sempre que a administração pública for realizar obras, serviços e alienações. Esse mandamento constitucional se mostra tão essencial para o funcionamento da máquina pública que foi elevado à categoria de princípio constitucional da administração pública.

O Princípio da licitação se apresenta como princípio setorial, tendo escopo de cumprimento dos princípios basilares previstos no caput do art. 37 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Segundo José Afonso da Silva em um parecer jurídico:

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. **Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.**⁸ (grifo nosso).

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

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

Há que se observar, no entanto, que o próprio dispositivo constitucional prevê a possibilidade casos de exceção ao comando principiológico da licitação. Tais hipóteses também devem ter por base a mencionada cadeia de princípios.

Nesse sentido, leciona Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:

Os princípios constitucionais regedores da atividade administrativa **não merecem aplicação isolada**. Na maioria esmagadora dos casos, as soluções engendradas para os impasses administrativos, sobretudo em relação aos mais complexos e desafiadores, passam pela aplicação casada de todos os princípios constitucionais em maior

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 324.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer jurídico, constante nos autos do processo ADC 45, 2016.** Brasília, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.sf?seqobjetoincidente=5030897>>. Acesso em: 15 maio 2017.

ou menor escala individual. Os problemas licitatórios são assim. **E os casos de dispensa e inexigibilidade mais ainda.**⁹ (grifo nosso)

Odete Medauar denomina essa utilização em bloco de “instrumentalização recíproca” dos princípios, na medida em que seus núcleos basilares e aplicações estão intimamente interligados.¹⁰

Assim, as exceções ao princípio da licitação também surgem da aplicação de princípios enquanto parte de um plexo, em instrumentalização recíproca. Devem, portanto, ter fundamento nos próprios princípios e postulados da Administração Pública.

Cumprido frisar que o procedimento licitatório, enquanto procedimento administrativo realizado por entes públicos, também deve observar tais princípios e comandos constitucionais. Assim, a lei 8.666/93, que rege a as licitações, em geral, dispõe em seu art. 3º:

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.¹¹

Sobre o dispositivo leciona Marçal Justen Filho:

O art. 3º sintetiza o espírito da Lei, no âmbito da licitação. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o interprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3. Se existir mais de uma solução compatível com os ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário.¹²

⁹ 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. p. 254.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹¹ BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 6 julho 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009. p. 59

Dessa forma, não há dúvidas de que a administração pública guarda princípios e valores constitucionais e legais que devem guiar o seu funcionamento, não sendo diferente na realização do procedimento licitatório. Insta desenvolver, brevemente, o conteúdo dos princípios basilares que fundamentam o princípio da licitação e se mostram imprescindíveis ao mérito que se pretende adentrar.

1.3 Princípio da Legalidade

O postulado revela o comando à Administração Pública de agir conforme a lei. Segundo Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, este princípio: “Compõe-se da primazia da lei e da reserva da lei. A primazia expressa a vinculação da administração às leis existentes. A reserva legal, por sua vez, obriga a que todo ato administrativo tenha fundamento e autorização legal”.¹³

O princípio da legalidade deve observar o fenômeno da constitucionalização do Direito de modo que os atos administrativos devem observar não apenas a lei em sentido formal, mas todos os comandos principiológicos e valores axiológicos estabelecidos na Constituição Federal.

Leciona, nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

A situação normativa-hierárquica privilegiada da lei como fonte única do direito e da justiça, fruto do pensamento racional-iluminista, não pode resistir ao advento das leis constitucionais contemporâneas como normas superiores repletas de princípios e valores condicionantes de toda a produção e interpretação/ aplicação da lei. Rebaixada de sua proeminência normativa inicial, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), submetida à possibilidade constante de ter sua validade contestada, e de ser, portanto, anulada, perante um Tribunal ou órgão judicial especificamente encarregado da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores.¹⁴

O fenômeno da constitucionalização do direito se mostra ainda imprescindível diante do cenário que alguns doutrinadores chamam de “crise da lei”. Com a complexidade da sociedade e realidade fática atual, há o surgimento de uma multiplicidade de atos normativos setoriais, infralegais, que nem sempre estão ao alcance do legislador. Assim, para observância do princípio da legalidade, esses

¹³ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014. p. 12.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 839.

postulados normativos concretos e setorizados devem também observar os comandos e princípios constitucionais, enquanto integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵

Desse modo, a exegese do princípio da legalidade deve ser norteadada pela ideia de lei, do ponto de vista estrutural, não se limitando a uma forma específica, mas englobando todo o ordenamento jurídico. A “lei”, na aplicação deste postulado, deve ser compreendida, portanto, em seu sentido amplo, enquanto norma jurídica, englobando, por consequência, todas as normas constitucionais. Assim, os supracitados atos normativos setoriais, por exemplo, também devem observar os princípios constitucionais, em respeito ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade assume grande relevo para o bom cumprimento do princípio da licitação, uma vez que o procedimento licitatório é composto por atos administrativos vinculados que devem ser realizados nos exatos termos legais.

O art. 4º da Lei 8.666/99 estabelece que

“todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.”¹⁶

A estrita observância ao regramento que norteia o procedimento licitatório é, portanto, direito subjetivo de todos os licitantes. Além de direito subjetivo, também foi elevado a interesse coletivo ou difuso, de forma que a lei estabelece a participação popular na fiscalização do seu cumprimento em diversos dispositivos, como os arts. 4º, 41º, §1º, 101º e 113º, §1 da Lei 8.666/99.¹⁷

O interesse difuso do cumprimento legal da licitação é consubstanciado ainda na tipificação penal de várias condutas contrárias ao regramento licitatório, bem como de atos de improbidade, o que envolve a fiscalização e proteção do Ministério Público – responsável pela tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.¹⁸

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 6 julho 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 384.

O princípio da licitação se encontra consubstanciado no art. 37, XXI da Constituição. A sua realização, portanto, também é decorrência lógica do princípio da legalidade.

1.4 Princípio da Moralidade

Informa que o administrador não pode ofender a moralidade administrativa, devendo agir conforme valores éticos, padrões e bons costumes da sociedade. Assim, não pode o administrador promover tratamento de modo a favorecer ou prejudicar qualquer licitante¹⁹.

Para se conferir maior densidade normativa ao princípio da moralidade, parte-se do pressuposto de que a Administração Pública tem princípios e valores a serem observados, de modo que estes devem nortear a distinção entre um comportamento probo ou ímprobo, justo ou injusto, moral ou imoral. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

o reconhecimento da moralidade como princípio jurídico apenas significa a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética. Em nome deste princípio jurídico, a correção de determinada forma jurídica pode ser questionada em razão de sua desconformidade com determinado critério de correção. [...] O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle do ato administrativo, deve vir aliado aos princípios fundamentais como diretriz para a atuação da Administração Pública.²⁰

A moralidade deve ser observada pelos administradores, bem como pelos licitantes. Este comando veda condutas fraudulentas como conluio, nepotismo, favoritismos pessoais.

Carlos Pinto Coelho Motta destaca que a moralidade, no procedimento licitatório, revela ainda o comando de boa aplicação honesta dos recursos públicos.²¹

Ainda que determinada conduta não esteja expressamente vedada em lei, não será considerada válida se for contrária à moralidade administrativa, isto é, afrontar valores éticos e sociais que se espera no âmbito da administração pública.

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum 2013.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 847.

²¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 107.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho: “Na licitação, a conduta moralmente reprovável praticada pelo agente estatal acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. Existindo imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ato convocatório.”²²

Ainda segundo o administrativista, o princípio da moralidade também deve ser observado entre os licitantes do processo, que devem manter a disputa dentro dos parâmetros de probidade e honestidade.

O princípio da moralidade deve, portanto, permear todo o procedimento licitatório, sendo observado pela Administração e pelos licitantes, sob pena de invalidar o certame. A validade da licitação também está condicionada ao cumprimento deste postulado.

1.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade é de suma importância para a Administração Pública, na medida em que possibilita a visibilidade dos seus atos, permitindo o controle destes por parte da sociedade e dos interessados.

A validade do procedimento licitatório está condicionada ao amplo acesso dos interessados ao certame, de modo a garantir seu caráter competitivo. Por outro lado, é essencial para permitir o controle e fiscalização do processo. Constitui, nesse ínterim, estímulo aos administradores a realizar o certame nos exatos termos legais, pois estarão cientes que seus atos se tornarão públicos e, conseqüente, haverá a ampliação da fiscalização.²³

Este postulado está consubstanciado na Lei Geral de licitações 8.666/99, no art. 3º, § 3º, que dispõe: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.”²⁴

Assevera Lucas Rocha Furtado:

²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

²⁴ BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 6 julho 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

É a publicidade princípio do próprio Estado de Direito. A administração deve manter plena transparência de seus atos. A divulgação do que ocorre no âmbito da Administração é condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. Ademais, a eficácia dos atos administrativos fica condicionada a que eles se dê publicidade.²⁵

Extrai-se da lição a importância do princípio da publicidade para o Estado de Direito, bem como sua relação com outros princípios basilares da Administração Pública, remetendo a aplicação intrincada entre si que estes princípios apresentam.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, considera:

outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade, que diz respeito não apenas a divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados como também aos atos da Administração praticados nas diversas fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade.²⁶

O princípio licitatório, portanto, tem como fundamento o princípio da publicidade.

1.6 Princípio da Eficiência

O princípio da Eficiência revela o comando de otimização da atuação do administrador público, devendo exercer sua competência do modo mais proveitoso possível. Assim, a atuação da Administração Pública deve ser desenvolvida de modo a se obter os maiores ganhos possíveis, com o uso dos meios mais adequados.

No procedimento licitatório, o postulado deve ser regularmente observado. A seleção da proposta mais vantajosa deve observar parâmetros de eficiência. Os recursos públicos utilizados no processo devem ser geridos da melhor forma possível.

A própria eficácia do procedimento licitatório requer a avaliação dos resultados que o ato administrativo ou atuação do agente público produziu e quais foram os ganhos reais para a sociedade ou mesmo para a máquina pública.

Deve ser verificada se a necessidade pública que deu ensejo ao procedimento licitatório foi sanada com o objeto a ser contratado, isto é, se a seleção da proposta mais vantajosa pelo ente público correspondeu à real necessidade da Administração. Essa análise é a verificação da eficiência da licitação realizada.

²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 333.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 385.

Marçal Justen Filho assevera que:

[...] exige-se que o certame seja modelado de modo a efetivamente promover o atingimento dos fins de cunho social ou econômico previstos. Não basta por isso, estabelecer que a licitação não será orientada a obter maior vantagem econômica se, concomitantemente, não forem adotadas providências aptas a assegurar a realização de outros fins autorizados legislativamente.²⁷

Nesta senda, a observância à formalidade não é suficiente, devendo a licitação se mostrar também eficiente.

1.7 Princípio da Impessoalidade

Previsto no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade veda ao Administrador fazer distinções subjetivas entre os administrados, pautadas em seu próprio interesse. Segundo o postulado, a atuação da Administração Pública deve ser sempre norteada na busca da realização do interesse público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este princípio tem dois sentidos normativos. Pode assumir a faceta de finalidade pública, trazendo comando de realização do interesse público, de modo a vedar atuação administrativa que vise beneficiar ou prejudicar determinada pessoa. O segundo sentido estaria relacionado com a atribuição do ato administrativo ao órgão ou entidade que o praticou e não ao agente em si considerado. Na prática do ato, o agente público é o “autor institucional do ato.”²⁸

O princípio da impessoalidade é uma das razões e fundamentos da existência do procedimento licitatório, enquanto óbice ao desvio de finalidade, como subjetivismos ou eventuais escolhas de administrador fundadas em preferências pessoais. Constitui ainda garantia aos licitantes de serem tratados de forma isonômica.²⁹

Odete Medauar ensina que:

Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca,

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 105.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

²⁹ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O Princípio da Impessoalidade nas Decisões**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais.³⁰

O princípio da impessoalidade é, dessa forma, um dos fundamentos basilares da licitação, devendo guiar sua realização e trâmite. Mostra-se imprescindível para que as contratações realizadas pelos entes públicos e alienações sejam norteadas por critérios objetivos, sem envolver juízos subjetivos ou parâmetros parciais.³¹

Sobre esse postulado, assevera Lucas Rocha Furtado:

A impessoalidade que, alguns autores entendem ser sinônimo de isonomia, não deve ser aplicada de forma a ferir o próprio interesse público. Há situações, no entanto, em que circunstâncias ou fatores pessoais específicos devem ser considerados. Exemplo: a legislação admite que se contrate determinado técnico ou empresa em decorrência de sua notória especialização – o que justifica a inexigibilidade da licitação.³²

Como todo e qualquer princípio, deve ser interpretado a luz do caso concreto. Há situações fáticas que inviabilizam o tratamento isonômico dos indivíduos ou obstam o caráter competitivo do procedimento licitatório. Devem ser consideradas, portanto, as particularidades do caso concreto, assim como o objeto e a natureza do contrato a que se pretende realizar.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 144.

³¹ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014.

³² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 331.

CAPÍTULO 2 - CONTRATAÇÃO DIRETA ENQUANTO EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO

Os princípios que regem a licitação devem ser aplicados como parte de um sistema harmônico. Marçal Justen Filho ensina que:

Não cabe isolar algum princípio específico e determinado para promover a sua aplicação como critério único de solução jurídica. Promover a concretização de princípios jurídicos é uma atividade de ponderação e avaliação dos diversos aspectos e interesses envolvidos. A análise distinta dos diferentes princípios, realizada adiante, não significa reconhecer a possibilidade de sua aplicação isolada e dissociada.³³

Com a coexistência de diversos princípios a serem observados pelo administrador, inevitavelmente ocorrerá a convivência destes. Assim, em um caso concreto, dois ou mais princípios podem se encontrar aparentemente em conflito, exigindo uma ponderação entre eles.

Como os princípios traduzem e revelam valores, não podem ser interpretados de modo absoluto, vez que não é razoável priorizar apenas um valor no caso em comento. Deve ocorrer uma conjugação de modo a maximizar a realização de todos os valores, sem que se sacrifique totalmente qualquer deles.³⁴

Segundo ainda o referido administrativista, a proporcionalidade e a razoabilidade são instrumentos na solução de eventual impasse entre princípios. No sentido genérico, a proporcionalidade poderia representar uma atribuição de valor a cada princípio em face do caso concreto. Essa ponderação deve ser feita de modo a compatibilizá-los, sem que haja mitigação integral de um deles, podendo ser admitido, no entanto, um possível abrandamento.

No procedimento licitatório, o princípio da proporcionalidade deve ser satisfeito na análise do escopo deste procedimento. A busca pela seleção da proposta mais vantajosa deve ser observada em concomitância com os princípios da isonomia, eficiência, impessoalidade, explanados no primeiro capítulo.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho assevera:

em matéria de licitações, o princípio da proporcionalidade se traduz antes de tudo, na necessidade de equilíbrio dos fins buscados pelo Estado. A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absolutos em si mesmo. A pretexto de dar tratamento equivalente a todos os integrantes da comunidade, não é possível sacrificar a seleção da proposta mais vantajosa. A recíproca também é verdadeira.³⁵

Deste modo, no âmbito da licitação, os princípios devem ser ponderados à luz do caso concreto.

2.1 Exceção ao Princípio da Licitação: Dispensa e Inexigibilidade

O princípio da licitação não é absoluto. Porém, deve ser entendido como regra, sendo a contratação direta uma exceção.

O art. 37 da Constituição Federal, ao estabelecer o princípio licitatório, prevê a possibilidade da existência de hipóteses de exceção, por meio da expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”. Assim, atribui-se ao legislador infraconstitucional a competência para instituir exceções.

A mitigação do princípio da licitação é necessária em determinados casos, porque a realização do procedimento nestes poderia representar grave violação aos princípios que fundamentam a sua razão de ser. Nas palavras de Marçal Justen Filho: “O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa”.³⁶

Nestes casos, não estão presentes requisitos mínimos para a realização de um procedimento licitatório. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello à ausência de certos pressupostos, torna o certame completamente inócuo, “um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido”. Deste modo, estabelece três pressupostos: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; c) pressuposto fático.

Nesse aspecto de divisão, o doutrinador conceitua:

19. É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, como o tema do chamado “objeto singular” e com o tema identificado como caso de “ofertante único ou exclusivo”, a serem ao diante tratados.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009. p. 62.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p. 466.

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

21. É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputa-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realiza-la. Seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter o parecer de um jurista famoso, os serviços de um consagrado advogado para uma sustentação oral, ou uma cirurgia a ser efetuada por renomado especialista. Nenhum deles prestar-se-ia a isto.³⁷

Deste modo, há situações em que os pressupostos básicos para a realização do princípio da licitação não restam preenchidos. A realização do certame, nessas circunstâncias não cumpriria os princípios básicos que justificam o princípio licitatório, constituindo ainda grave frustração ao princípio da eficiência.

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

Marçal Justen Filho é cristalino ao ressaltar que:

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário para todos os possíveis contratantes.³⁸

Ademais, para instituir determinada exceção ao princípio da licitação, necessário se faz demonstrar o fundamento, tomando como base esses mesmos princípios e regramentos. O dever de motivação está expresso no art. 50 da Lei 9.784/99: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório. ”

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editora, 26. ed. rev. e atual. São Paulo, 2008. p. 533.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 467.

A contratação direta feita de forma irregular ou equivocada pode ensejar a incidência de improbidade administrativa. De outro lado, a violação ao comando de licitação é considerada conduta tão grave que foi tipificada também como crime no art. 89 da Lei 8.666/93:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.³⁹

Pela exegese do tipo penal, é possível concluir a excepcionalidade da contratação direta.

A contratação direta, portanto, quando realizada fora das hipóteses legais configura ilícito civil, administrativo e pode caracterizar ainda o crime supracitado.

José Afonso da Silva acentua que:

Há ainda a considerar outro ponto relevante, qual seja o da relação entre princípio e exceção, em face da norma constitucional. O que se quer destacar é que tanto o modelo do princípio como o modelo das exceções são disposições constitucionais com o mesmo valor jurídico. Se o princípio tem predominância por caracterizar-se como uma opção política fundamental, as exceções não se diminuem de relevância porque se revelam igualmente como uma opção política destacada, precisamente porque, ao retirar ou permitir que se retire da órbita do Princípio uma parcela da realidade normada, o constituinte acabou por dar a essa parcela, ou casos excepcionados ou passíveis de serem excepcionados, um valor especialmente destacado.⁴⁰

Conclui-se que as exceções encontram fundamento constitucional. A legislação infraconstitucional, por sua vez, diante dessa possibilidade prevista na magna carta, estabeleceu hipóteses de contratação direta, enquanto, situações em que o princípio da licitação é excepcionado.

Foram concebidas duas modalidades de contratação direta: a) hipóteses de dispensa de licitação; b) inexigibilidade de licitação. A dispensa de licitação, por sua vez, se subdivide em: a) licitação dispensada; b) licitação dispensável.

³⁹ O ministro Jorge Mussi, relator do julgamento do Habeas Corpus Nº 228.759 – SC (2011/0304958-7), destacou sobre este art. 89: “...depreende-se que se trata de uma lei penal em branco, já que para a correta subsunção do fato concreto à conduta típica exige-se o recurso à outra norma inserida no ordenamento jurídico, no caso, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, descritas nos artigos 24 e 25 da Lei n. 8.666/93. O juízo de tipicidade da conduta, portanto, passa pela análise da regularidade da utilização dos aludidos institutos que permitem ao administrador público a contratação direta do bem ou serviço almejado sem o prévio certame licitatório.”

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer jurídico, constante nos autos do processo ADC 45, 2016.** Brasília. p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.sf?seqobjetoincidente=5030897>>. Acesso em: 15 maio 2017.

A licitação dispensada é permitida em hipóteses taxativas previstas na Lei. São situações em que a realização de licitação se mostra plenamente viável, porém excepciona-se a obrigatoriedade desta, em razão de conveniência estabelecida pelo legislador. Assim, a lista é exaustiva, prevista no art. 17 da Lei de licitações. São exemplos de hipóteses de dispensa: dação em pagamento, doação permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, investidura, dentre outras.

A licitação dispensável abarca hipóteses em que fica a critério do administrador a realização do procedimento licitatório (art. 24, Lei 8.666/93). Ocorre em: obras de pequeno valor; situações emergenciais; casos de guerra ou perturbação à ordem; licitação deserta, licitação fracassada, dentre outras.

Deste modo, enquanto a licitação dispensada surge nas hipóteses previstas pelo legislador, a licitação dispensável fica a cargo do administrador.

A inexigibilidade se justifica quando as necessidades do ente público, não tornam possível a viabilidade de competição. Como a hipótese ganha maior relevância para o objeto principal do presente trabalho, cumpre melhor explicar.

2.2 Inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação ocorre quando não é possível, pelo contexto fático, a realização de licitação, por inviabilidade de competição.⁴¹ Tal situação ocorreria, por exemplo, quando a administração necessite adquirir produto ou serviço fornecido por um único prestador ou fornecedor. Pela ausência de caráter competitivo, o procedimento licitatório perde o seu escopo e fundamento.⁴²

Pode ser entendida, dessa forma, como logicamente anterior à dispensa de licitação, vez que esta é uma criação legal, enquanto aquela é decorrência de circunstâncias fáticas – de uma realidade extranormativa. Assim, primeiro identifica-se a hipótese de inexigibilidade, para após se dá o reconhecimento de dispensa.⁴³ Nesse sentido, asseveram Felipe César Lapa Boselli e Carlos Araújo Leonetti:

⁴¹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 338.

⁴² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 363.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 468.

A impossibilidade de se adotar critérios objetivos para a contratação de um determinado objeto impede a consecução do princípio do julgamento objetivo e, conseqüentemente, inviabiliza a própria realização de uma competição via processo licitatório. Não existe licitação com critérios subjetivos, o processo licitatório depende, intimamente, de um sistema absolutamente objetivo que permita comparar propostas a serem apresentadas de forma totalmente técnica e imparcial, garantindo o princípio constitucional da isonomia, objetivo primário da realização do certame público.⁴⁴

Como não é possível prever todas as hipóteses de inviabilidade de competição, o art. 25 da Lei 8.666/93 estabelece um rol exemplificativo:

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

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

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

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

A lista trazida pelos incisos do artigo 25 é, desta forma, meramente exemplificativa. O caput possui função normativa própria, de modo que casos de inexigibilidade podem, portanto, se fundar exclusivamente nele.⁴⁵

A inexigibilidade de licitação pressupõe a inviabilidade de competição. Esta pode ser compreendida como uma consequência que pode ser ocasionada por diversos motivos. Os incisos supracitados são três hipóteses de causas da “inviabilidade de competição”.⁴⁶

⁴⁴ BOSELLI, Felipe Cesar Lapa; LEONETTI, Carlos Araujo. Uma análise crítica da dispensa e inexigibilidade de licitação: em busca de uma teoria que possibilite a aplicação a casos concretos. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 148-165, jan./jun. 2016. p. 153-154.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 575.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p 571.

2.2.1 Inciso I – Fornecedor Exclusivo

Os incisos, por sua vez, tem função enunciativa, enquanto norteadores da interpretação, na aplicação a novos casos de inexigibilidade que não estejam previstos. Possuem também função restritiva, pois estabelecem condições a cada situação prevista. Ou seja, se a hipótese de inexigibilidade se enquadrar em um dos incisos previstos no dispositivo que aqui se trata, deverá observar todos os critérios previstos para legitimar a contratação direta.⁴⁷

A título de exemplo, se a hipótese fática se tratar de “representante comercial exclusivo” previsto no inciso I, somente será inexigível a licitação, se for apresentado o atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local, isto é, se for preenchido o requisito estabelecido. O inciso restringe, nesse aspecto, a possibilidade de contratação direta naquela hipótese de incidência.

Em casos de fornecedor exclusivo - inciso I do dispositivo supra- não há possibilidade de realização de licitação por inviabilidade de competição, por ausência de alternativas a serem selecionadas. Ocorre quando existe apenas um produto no mercado a satisfazer as exigências da necessidade da Administração Pública. Realizar licitação seria um desperdício de tempo, conseqüentemente, representaria uma violação ao princípio da eficiência.⁴⁸

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

Assim, segundo Marçal Justen Filho “a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, mas se admite a indicação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.”⁴⁹

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

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 577.

Nesse sentido, foi proferida a seguinte decisão do TCU: “A indicação de marca na licitação deve ser precedida de apresentação de justificativas técnicas que demonstrem de forma clara e inafastável,

Quanto à esta hipótese, a Súmula nº 255/10 do TCU estabelece que:

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

2.2.2 Inciso II – Serviços Técnicos

A hipótese de inexigibilidade do inciso II do dispositivo supra é relativa a contratação de serviços técnicos previstos no rol art. 13, a serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização. Nesta senda, é referente a contratos de prestação de serviços, devendo estar enquadrado ainda dentro da definição de “natureza singular”.⁵⁰

Não pode ser confundida com o inciso I, vez que este se refere à “fornecedor exclusivo”, se configurando ante a ausência de alternativas no mercado. Está mais relacionado com produtos ou obras. O inciso II, por sua vez, trata de serviços, guardando relação intrínseca com a natureza destes.

Segundo Marçal Justen Filho, as obras e produtos cingem um objeto material, palpável, de modo que a aferição da exclusividade destes se dá com maior facilidade, ante a objetividade da constatação. O serviço, por vezes, envolve uma necessidade pública imaterial. Assim, considera o administrativista:

É que a avaliação da contratação mais vantajosa é muito mais simples quando o objeto resultante apresentar existência física. Haverá possibilidade de comparar de modo objetivo as qualidades das coisas oferecidas. A avaliação dos custos, em face os benefícios, será muito mais simples. Quando a Administração necessitar de prestações consistentes no esforço humano, em manifestação da criatividade e em atividades que não se materializa em objetos, será de grande complexidade a contratação e a comparação. Como visto acima, isso deriva de duas circunstâncias fundamentais. Por um lado, prestações de maior sofisticação no âmbito dos serviços não produzem o nascimento de um mercado em sentido próprio. Por outro, não há possibilidade de julgamento objetivo acerca da vantajosidade de cada proposta.⁵¹

que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende as necessidades da Administração. (Acórdão nº 63/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo);

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 408.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 586.

O conceito de “notória especialização” vem definido pelo art. 25, § 1, da Lei 8.666/93:

Art. 25. § 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Assim, o dispositivo reduziu a margem de interpretações para o conceito de notória especialização, na medida em que estabeleceu que o trabalho deve ser eminentemente o mais adequado ao objeto do contrato. Dispõe sobre “os critérios de essencialidade e indiscutibilidade do trabalho, como o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.⁵² Não são admitidas dúvidas, portanto, quanto a esses requisitos. Os critérios citados devem ser incontestáveis para o serviço se enquadrar na hipótese de inexigibilidade.

Além da notória especialização, o serviço deve ser de natureza singular. Não se mostra suficiente o enquadramento no rol do art. 13. Imperiosa se faz a demonstração da complexidade, sofisticação, de modo que os interesses públicos envolvidos evidenciem que o serviço a ser contratado é realmente singular. Deve ser comprovado que a necessidade pública justifica a contratação de profissional notoriamente especializado.⁵³

Eventual serviço ordinário, por conseguinte, jamais poderá ser enquadrado nesse inciso. Ainda que o serviço esteja previsto no art. 13 do referido diploma legal, como “perícias, pareceres e projetos”, não está apto a justificar automaticamente a inexigibilidade de licitação. Imperiosa se faz a evidência da peculiaridade do serviço.

2.2.3 *Inciso III – Serviços Artísticos*

O inciso III envolve a contratação de serviços artísticos, desde que “consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública”. Destarte, não é permitida a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de qualquer artista. O profissional a ser contratado deve ser indiscutivelmente singular pela opinião pública

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 409.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ou crítica especialidade, não sendo suficientes as preferências pessoais do agente público.

Ademais, a contratação de serviços artísticos deve ser excepcional.

Segundo Marçal Justen Filho:

Como regra não compete ao Estado contratar profissionais do setor artístico. O desenvolvimento de atividades dessa natureza compete à iniciativa privada, ainda que ao Estado incumba fomentar as diversas manifestações nesse campo. No entanto, há hipóteses em que o Estado assume o encargo direto de promover eventos artísticos, casos em que deverá realizar a contratação dos profissionais correspondentes.⁵⁴

Excepcionalmente, se alguma necessidade pública ensejar a contratação de um serviço artístico deve ser, em regra, observado o procedimento de concurso previsto na legislação que rege as licitações.

Há necessidades públicas, no entanto, que vão se relacionar com a prestação de um serviço singular, por determinado artista, se mostrando inviável a competição, bem como, a procedência de um julgamento objetivo.

2.3 Discricionariedade do Administrador

Há quem defenda não ser possível a contratação direta de serviço quando há uma pluralidade de opções do objeto a ser contratado no mercado. Porém, tais interpretações esvaziam totalmente o conteúdo de norma expressa. Se o art. 25 da Lei de Licitações traz a possibilidade de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, em casos diversos, não cabe ao aplicador do direito, afastar o dispositivo com base em sua mera discordância.⁵⁵

O referido dispositivo legal possibilita verdadeira linha de discricionariedade ao administrador público. A liberdade conferida ao gestor público é importante para evitar o engessamento da atividade administrativa.

Não obstante, essa autonomia não deve ensejar arbitrariedades. Não são permitidas contratações baseadas em escolhas subjetivas do administrador público ou fundadas em interesses pessoais. A Lei traz parâmetros e critérios que constituem delimitações à margem de discricionariedade.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 608.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Por isso, a atribuição de autonomia para a escolha do particular a ser contratado não pode traduzir-se em ato imotivado ou derivar de escolhas arbitrárias. Ou seja, discricionariedade não autoriza atos de prepotência. Ao contrário, significa uma margem de autonomia de vontade que se identifica com o exercício de *função*. A autonomia de vontade a que se alude não se confunde com o fenômeno, no âmbito do direito privado, pela mesma denominação. Não é a vontade do príncipe, do proprietário privado, do *dominus*. É a vontade do exercente da função pública, encarregado de realizar o bem comum.⁵⁶

Desse modo, a decisão de realizar contratação direta, enquanto exceção ao princípio da licitação, deve ter todos os seus fundamentos explicitados, sendo estes pautados no próprio interesse público. Deve ser demonstrado que a seleção da proposta mais vantajosa não seria possível através do procedimento licitatório. Por outro lado, deve-se proceder um juízo de adequação da solução adotada e a necessidade pública a ensejou.⁵⁷

Sobre a discricionariedade conferida a ao gestor público na contratação de um profissional de notória especialização, aduz o Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal:

Nesse processo discricionário, o gestor público encontra certa liberdade na escolha do especialista que reputar o mais adequado à satisfação da utilidade pretendida com a contratação, pressupondo-se, pois, a avaliação de conceitos de valor, variáveis em grau maior ou menor, de acordo com a estimativa subjetiva. A liberdade de escolha, reconheço, não é absoluta, mas limitada.⁵⁸

Deve-se partir do pressuposto que a discricionariedade se justifica com fins de oportunizar ao administrador liberdade para escolher a melhor alternativa ou solução a determinado caso concreto, no desiderato de consagrar o interesse público. Se com base nesta margem de liberdade, o Administrador faz uma contratação direta irregular ou mesmo não observa os princípios administrativos, o ato será inválido, por não se adequar aos fins almejados.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 612.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁸ Voto proferido no Recurso Extraordinário 656.558/SP, p. 26.

CAPÍTULO 3- INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

O tema se mostra extremamente controverso na doutrina jurídica e jurisprudência brasileira, merecendo adequada apreciação. Encontra fundamento no artigo 25, inciso II c/c art. 13, V, que prevê a possibilidade de contratação direta dos serviços constantes no rol do art. 13, desde que seja de notória especialização e tenham caráter singular.

Sobre a constitucionalidade dos supracitados artigos que fundamentam a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios tramita Ação Direta de Constitucionalidade (ADC 45), no Supremo Tribunal Federal (STF), de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. A demanda foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, em razão da profunda divergência jurisprudencial sobre o tema.

A uniformização jurisprudencial se faz imprescindível, vez que a contratação direta irregular é passível de responsabilização administrativa, civil e criminal. Há muitos processos criminais tramitando em face de advogados, bem como ações por improbidade administrativa. Estes profissionais ficam desamparados, à mercê da imprevisibilidade, diante da patente falta de segurança jurídica.

Sobre a possível configuração de improbidade administrativa diante de contratação direta de serviços advocatícios, tramita também, no STF, o RE nº 656.558/SP, apensado ao RE nº 610.523/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral conhecida. Recentemente, o ministro proferiu o seu voto com o entendimento de que a condenação por improbidade administrativa pressupõe a demonstração do elemento subjetivo- dolo ou culpa. Por conseguinte, a responsabilidade objetiva não se mostra possível.⁵⁹

⁵⁹ O recurso tem sua origem em ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo, em face Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda., Adilson Franco Penteado, Celso Aparecido Carboni e Prefeitura Municipal de Itatiba/SP, por suposta contratação irregular de advogados para prestar acompanhamento e patrocínio jurídico junto ao Tribunal de Contas de São Paulo. O relator delimitou as questões tratadas da seguinte forma: “a) o simples vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito configura a improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal?; b) é constitucional a regra inserta no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, que estabelece a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 dessa lei, os quais devem ter natureza singular e serem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, em especial no que tange à execução de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, a despeito do que prevê o art. 37, inciso

A mera constatação de que a contratação direta de advogado, por inexigibilidade de licitação, foi feita sem o preenchimento de determinado requisito autorizador não enseja, automaticamente, a configuração de improbidade administrativa. Necessário se faz aferir o elemento subjetivo dos agentes envolvidos, para se constatar a má-fé. Nesse sentido, assevera o ministro: “É evidente que o dolo, a intenção a que se está referindo é a vontade inequívoca de praticar o ato ímprobo, desonesto, de má-fé”.

Ao final do seu voto, propôs a aprovação das teses a seguir com repercussão geral:

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

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

Após o voto do Relator, dando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso, retornando à apreciação do Plenário, preferencialmente, após a inclusão em pauta da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45.

Inequívoca, dessa forma, a relevância da matéria.

Eventualmente, a administração pública necessitará de serviços advocatícios, seja para dar pareceres, assessoria jurídica, seja para postulação ou defesa em juízo. O patrocínio jurídico será imprescindível ainda em causas específicas, a demandar *experts*, à margem das capacidades habituais dos órgãos jurídicos integrantes da estrutura da Administração.

O art. 131 da Constituição Federal, estabelece que a Advocacia Geral da União (AGU) representa a União, judicial e extrajudicialmente, bem como presta atividades de assessoramento jurídico e consultoria. O art. 132, por sua vez, dispõe

XXI, da Constituição Federal?; c) no caso concreto, o contrato firmado entre as partes importou em ilicitude e na prática de ato de improbidade administrativa?”

que o ingresso dos Procuradores de Estado e do Distrito Federal será precedido de concurso público de provas e títulos, bem como que estes prestarão serviços advocatícios nas entidades em que estejam vinculados.

Conclui-se, por simples leitura dos dispositivos constitucionais aludidos, que a União e os Estados devem manter quadro próprio de procuradores para assessoria jurídica. Observa-se ainda que os municípios não estão incluídos neste comando.

Porém, deve ser aplicado o princípio da simetria, desdobramento do pacto federativo, que informa o dever de cumprir certa homogeneidade entre os entes federativos, principalmente no que se refere às regras de estrutura e organização do Estado. Nesse aspecto, os Estados-membros e municípios devem organizar-se de maneira similar à União, bem como devem elaborar suas constituições e leis orgânicas respectivas de maneira a espelhar à Constituição Federal.⁶⁰

Os municípios devem, portanto, em geral, por interpretação lógica, bem como em observância ao princípio da simetria, seguir o modelo de manutenção de um quadro de procuradores para assessoria jurídica. Não obstante, devem ser consideradas as particularidades, estruturas, finanças, extensão territorial e populacional do município em questão ao aplicar este comando.

Há municípios, dessa forma, que não possuem quadro fixo de procuradorias, por não possuir estrutura, recursos e necessidade para tanto. Imprescindível se mostra a contratação de advogados em eventuais casos. Sobre o tema, expôs Adilson Abreu Dallari:

De pronto já se percebe que o dispositivo não menciona os Municípios, e esse é um eloqüente silêncio, ditado pelo simples bom senso, pois existem Municípios de todos os portes, que comportam ou não a instituição de uma procuradoria. Da mesma forma, não está abrangida a administração descentralizada ou indireta, especialmente as empresas estatais, dotadas de personalidade jurídica de direito privado e de patrimônio distinto daquele das unidades federadas a que se vinculem. Mais importante que isso, porém, é lembrar um postulado elementar de hermenêutica, no sentido de que uma simples disposição isolada (de cunho nitidamente corporativo, diga-se de passagem) não pode derrubar um princípio fundamental da organização nacional, qual seja, o princípio federativo, que tem como componente essencial a autonomia administrativa dos entes federados. No caso dos Municípios, a Constituição deixou aberta a

⁶⁰ FONTELES, Samuel Sales. O princípio da simetria no federalismo brasileiro e a sua conformação constitucional. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 119-140, jul./dez., 2015.

possibilidade de que cada um, no exercício de sua autonomia, ao disciplinar sua própria estrutura administrativa, de acordo com suas peculiaridades, decida sobre a criação ou não de uma procuradoria ou de cargos de procuradores.⁶¹

Fabrício Motta, por sua vez, assevera:

No que se refere à Administração Municipal, o tema possui particular interesse em razão da imensa gama de contratações de serviços de assessoria jurídica, pareceres (consultoria) e advocacia contenciosa, com maior incidência e largueza de objeto nos municípios despidos de procuradoria própria, composta por procuradores ocupantes de cargos públicos, como também nos Municípios que possuem procuradorias ainda incipientes e dependentes de fomento técnico e aparelhamento.⁶²

Assim, o assunto merece até maior atenção para a situação de tais municípios, considerando suas respectivas particularidades.⁶³

Não obstante, mesmo em entes federativos com quadros próprios de procuradores, haverá ainda, eventualmente, necessidades públicas peculiares que ensejam serviços advocatícios extremamente complexos. Casos em que serão demandados advogados altamente especializados no objeto do litígio ou consultoria a ser prestada.

Fabrício Motta ensina ainda que:

Por outro lado, não se vê impeditivo à contratação direta, mesmo que o município possua quadro próprio de procuradores, quando se estiver diante, entre outras, de situações: (a) que requeiram conhecimentos específicos e diferenciados (considerando-se a estrutura administrativa própria e as capacidades técnicas existentes); (b) que envolvam teses inovadoras e importantes, com a potencialidade de trazer benefícios financeiros e/ou administrativos para o município; (c) que necessitem de conhecimentos altamente especializados (STF, Inquérito 3.077), inclusive para dirimir controvérsias internas ou para conferir maior segurança à decisão administrativa diante de

⁶¹ DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35 n. 140 out./dez. 1998. p. 49.

⁶² MOTTA, Fabrício. **Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/interessepublico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao>>. Acesso em: 13 maio 2017.

⁶³ Nesse sentido, ementa de julgado recente do STF, envolvendo município de Joinville: IMPUTAÇÃO DE CRIME DE INEXIGÊNCIA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa". (Inq 3074-SC, julgado pela Primeira Turma em 26/08/14).

divergências doutrinárias e jurisprudenciais; (d) que possam periclitar administrativa ou financeiramente a Administração Municipal, restando a situação devidamente comprovada; ou (e) que haja conflito de interesses relativamente aos próprios procuradores.⁶⁴

Grandes empresas privadas costumam ter quadro jurídico permanente. Porém, necessitam, por vezes, contratar advogados particulares especialistas para resolução de determinada demanda. A mesma lógica deve ser aplicada à Administração Pública, vez que também precisará, eventualmente, de advogados terceirizados especialistas, em situações complexas e peculiares.⁶⁵

Assim, os serviços ordinários, comuns e rotineiros devem ser, em geral, executados pelo quadro de funcionários públicos de carreira, em observância a Constituição Federal.⁶⁶

Marçal Justen Filho ensina que deve ser observada a “opção preferencial” da Administração, isto é, em regra, a melhor alternativa é a utilização do quadro permanente de advogados, composto mediante concurso público- seja vínculo estatutário ou celetista. Não obstante, o doutrinador assevera a possibilidade da exceção:

Existem algumas atividades cujo exercício pressupõe a integração do sujeito na estrutura estatal. São casos em que a lei reserva o desempenho da função para um sujeito titular de cargo público. Em tais hipóteses, a terceirização dos serviços advocatícios não é admissível. Fora deles, no entanto, a decisão sobre a terceirização pode ser adotada, mediante a observância dos requisitos próprios.⁶⁷

O patrocínio de causas judiciais, a elaboração de pareceres jurídicos, bem como desempenho de outros serviços advocatícios serão exercidos pelo quadro permanente de procuradores do respectivo ente federativo, aprovados mediante concurso público. Esta é a regra constitucional a ser seguida. Trabalharemos a

⁶⁴ MOTTA, Fabrício. **Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/interessepublico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao>>. Acesso em: 13 maio 2017.

⁶⁵ DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35 n. 140 out./dez. 1998.

⁶⁶ Nesse sentido, cumpre colacionar trecho de julgado do TCU: “[...] a terceirização de atividades finalísticas e/ou funções contempladas nos planos de cargos configura ato ilegítimo e não encontra amparo no art. 25, §1º da Lei 8.987/95, cuja interpretação deve se amoldar à disciplina do art. 37, inciso II, da Constituição Federal; segundo a jurisprudência deste Tribunal (v.g. Acórdãos 1.443/2007, 3.840/2008, 852/2010, 3.070/2011 e 3.071/2011, do Plenário), a terceirização de serviços desta natureza jurídica somente é admitida para atender a situações específicas devidamente justificadas de natureza não continuada, quando não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro do órgão ou entidade;” (Acórdão 1.278/2014, 2ª Câmara, rel. Min. José Jorge).

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 596.

possibilidade, viabilidade e limites da exceção, isto é, da contratação direta, sem concurso ou licitação prévia.

3.1 Natureza dos Serviços Advocatícios e Possível Incompatibilidade com o Processo Licitatório.

Há que se considerar a possível incompatibilidade entre o regramento que rege as licitações, em geral, e as normas do Estatuto da OAB e do seu Código de Ética.

Se a competição, nos moldes das normas que regem o procedimento licitatório, for realizada entre advogados, haverá inevitável conflito com o exercício ético e sóbrio da advocacia. O Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece, em seus arts. 28 e 27, comandos de moderação, discrição e sobriedade a serem observados.⁶⁸

Dispõem os artigos 2º, 5º, 36º e 41º do mesmo diploma legal que:

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

Art. 5º - O exercício da Advocacia **é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.** (Grifo nosso)

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

Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, **não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários**, salvo motivo plenamente justificável.⁶⁹(Grifo nosso).

Conclui-se, pelos dispositivos supra, que o advogado presta serviço público e exerce função social, sendo esta inconciliável com qualquer procedimento de mercantilização. Exerce um *múnus* público indispensável para administração da justiça e realização da democracia.

Os honorários, por sua vez, não podem ser fixados em valores inferiores ao mínimo previsto na Tabela de Honorários. Difícil seria, portanto, harmonizar o serviço com a modalidade de licitação menor preço, por exemplo.

⁶⁸ BORGES, Alice Gonzalez. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 135-141, out. /dez. 1996. p. 138.

⁶⁹ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1995.

Ademais, a natureza dos serviços advocatícios não se mostra coadunável com um dos procedimentos mais importantes de habilitação técnica da Lei 8.666/93, isto é, “a comprovação, por meio de atestados idôneos de órgãos públicos e privados, do desempenho anterior do licitante em atividades semelhantes àquela objetivada na licitação” (art. 30, § 32). O Código de Ética proíbe expressamente, nos arts. 29, § 42, e 33, IV, a publicidade do rol de clientes e patrocínio de demandas já feitas, vez que restaria configurada a vedada captação de clientela.⁷⁰

Se há expressa vedação da mercantilização, o advogado que participar de um processo licitatório, em concorrência com os licitantes, nestes termos, poderia sofrer, em tese, responsabilização perante a OAB.⁷¹

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) já editou Súmula sobre a matéria:

CONSELHO PLENO SÚMULA N. 04/2012/COP (DOU, Seção 1, 23.10.2012, p. 119) O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula n. 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. **Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.**”⁷² (Grifo nosso).

A relação de confiança e a pessoalidade entre o advogado e seu cliente é característica inerente à profissão. Nesta senda, pela própria natureza do serviço, há dificuldades do seu enquadramento em um processo licitatório. Ainda que o contrato a ser feito pela Administração seja realizado com escritórios de advocacia, o objeto contratual é intrínseco ao advogado em si considerado, pelo qual se pretende representação.⁷³

⁷⁰ BORGES, Alice Gonzalez. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 135-141, out. /dez. 1996. p. 138.

⁷¹ Nesse sentido, a exordial feita pela OAB na ADC 45. Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso.

⁷² Presidente Ophir Cavalcante Junior. Relator Jardson Saraiva Cruz. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-04-2012-COP.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2016.

⁷³ Sobre o elemento confiança, o Ministro Eros grau asseverou, no acórdão proferido na AP 348, que: “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

Sobre o elemento da confiança presente na relação entre o advogado e o seu cliente, decorrente da natureza do serviço prestado, expõe José Afonso da Silva, em parecer jurídico proferido na ADC 45/2016, proposta pela OAB Federal, em trâmite no STF:

O que diferencia os objetos jurídicos de outros objetos profissionais é que os segundos, como os objetos da medicina, da biologia, da engenharia etc., são regidos e conhecidos por ciências exatas, enquanto os primeiros são regidos e conhecidos por uma ciência cultural, valorativa, ciência interpretativa; por isso, são dialéticos, conflitivos, pois em torno de um objeto jurídico há sempre dois ou mais advogados em peleja: um põe, o outro contrapõe e o juiz compõe, de sorte que os profissionais que a exerce, os advogados, tem uma dimensão para além do compromisso de desempenhar bem e corretamente sua profissão, porque cumpre uma função social e um *munus público*.⁷⁴

Outra questão interessante levantada, no referido parecer jurídico, foi o curto tempo disponível para a prestação de um serviço advocatício em determinadas ocasiões. O período hábil para interposição de um recurso ou defesa, por exemplo, é reduzido. A agilidade para grande parte dos casos referente à resposta ou solução a ser dada por um advogado, dessa forma, se mostra também incompatível com o procedimento licitatório.

Nesse ínterim, oportuno colacionar o julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Eros grau, *in verbis*:

contratação emergencial de advogados face ao caos administrativo herdado da administração municipal sucedida. (...) A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. ‘Serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria. Administração, deposite na especialização desse contratado. **Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo.** Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento

ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (cf. O §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança”.

⁷⁴ Parecer jurídico proferido nos autos ADC 45/2016 do STF. José Afonso da Silva, 2016. pg. 5.

objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do 'trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato' (cf o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/1993). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.⁷⁵ (grifo nosso).

A Advocacia Geral da União (AGU) se manifestou também, nos autos da supracitada ADC 45, por meio do parecer jurídico proferido pelo Advogado da União Ricardo Cravo Midlej Silva. Foi apontado pelo jurista o elemento da pessoalidade em uma relação entre advogado e cliente.

O *expert* destacou o Art. 15, §3º da Lei 8.906/94, que prevê que as procurações devem ser outorgadas pessoalmente e individualmente aos advogados, ainda que a contratação seja com uma sociedade de advogados. O dispositivo se justifica justamente pelo caráter personalíssimo que ronda a prestação de um serviço advocatício.

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), enquanto *amicus curiae* da ADC 45, expressou que:

A advocacia é função indispensável para o funcionamento da justiça na medida em que o advogado exerce notável função social, facilitando tanto a obra do juiz e a aplicação da justiça, como a obtenção e a proteção de direitos em juízo conforme o legítimo interesse de pessoas físicas ou jurídicas. A profissão, portanto, está intrinsecamente ligada à organização judicial, intermediando a relação entre o Juiz (Estado) e a parte, na busca de uma prestação jurisdicional que seja justa para aqueles envolvidos no caso concreto, o que a põe em papel estratégico na promoção da cidadania. Ademais, observando-se as hipóteses previstas para o julgamento das propostas em um procedimento licitatório, constantes no artigo 45, da Lei nº. 8.666/93, verifica-se a absoluta incompatibilidade da licitação tipo melhor preço para a contratação de serviços de advocacia, pois infringe todas as normas reguladoras e éticas do exercício da advocacia. Os tipos técnica e técnica e preço, por sua vez, além de também serem incompatíveis com o exercício da profissão, tornam inadequadas a contratação ao colocar em risco os requisitos do sigilo profissional e da discrição para o anúncio dos serviços prestados; (ii) os serviços de advocacia possuem natureza intelectual, personalíssima e singular. Essas características são de cunho absolutamente subjetivo, que acabam por impossibilitar a fixação de critérios objetivos para a escolha do entre dois ou mais profissionais

⁷⁵ AP 348, rei. min. Eros Grau, julgamento em 15-12-2006, Plenário, DJ de 3-8-2007.

do ramo, inviabilizando, novamente, a devida análise das propostas pela administração pública. (iii) para a prestação de serviço de advocacia o requisito subjetivo da confiança (intui personae) deve ser somado à notória especialização do profissional, sendo, assim, 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 contrato” (art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93).

Conclui-se, portanto, que a natureza do serviço advocatício, muitas vezes, torna difícil a compatibilização com o processo de licitação.⁷⁶

3.2 Inexigibilidade enquanto Inviabilidade de Competição

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios encontra fundamento legal no artigo 25, inciso II, c/c art. 13, inciso V, ambos da Lei 8.666/93. Tem como pressuposto a inviabilidade de competição.

Como já explanado, ao longo desse estudo, a licitação tem como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa dentre as feitas por particulares para celebração de contrato administrativo. Desse modo, pressupõe uma diversidade de alternativas aptas a cumprir o objeto a ser pactuado. Possui também o escopo de viabilizar competição entre os possíveis interessados, em observância ao princípio da isonomia.

A inviabilidade de competição é situação anômala em que os escopos e razão de ser do procedimento licitatório são obstados, por uma realidade extranormativa. Em situações nas quais não há uma pluralidade de opções a serem selecionadas, por exemplo, não há possibilidade fática de realização do procedimento licitatório.

A inviabilidade de competição tem, no entanto, uma série de facetas, podendo ser entendida como gênero que possui diversas modalidades. Em verdade, pode ser aceita como uma decorrência de fatores com diversas causas.

⁷⁶ O Supremo Tribunal Federal já concedeu um Habeas Corpus em que foi reconhecida a complexidade em se exigir processo licitatório para contratação de serviços advocatícios. O HC 86.198/PR, julgado pela Primeira Turma sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence consta: “EMENTA: (...) III. Habeas Corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 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 da profissão (L. 8.890/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º)**”. (grifo nosso).

Marçal Justen Filho leciona:

A licitação não cumpre a função a ela reservada (seleção da proposta mais vantajosa), porque sua estrutura não é adequada para tanto. Por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade frustraria o interesse sob tutela estatal. A administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer o dito interesse.⁷⁷

Por ser decorrência da realidade fática e suas infinitas possibilidades, dificultosa se torna a previsão legal de todos os casos de inviabilidade de competição, de modo que o rol trazido pelo supracitado artigo 25 é meramente exemplificativo. Essa conclusão pode ser aferida pela expressão “em especial” utilizada pelo legislador no caput deste dispositivo, que faz presumir ter outras hipóteses além das expressas em seus incisos.

Os incisos previstos podem ser partes integrantes de dois grandes grupos: a) inviabilidade de competição em razão do sujeito; b) inviabilidade de competição em razão do objeto.⁷⁸

No primeiro grupo, são enquadrados casos de inviabilidade de competição por exclusividade do fornecedor, isto é, por falta de pluralidade de alternativas a serem selecionadas.

A inviabilidade de competição em razão do objeto se justifica por peculiaridades deste, não guardando qualquer relação com a quantidade de prestadores do serviço. Neste caso, é possível existir uma variabilidade de sujeitos que desempenham o serviço. Entretanto, a natureza do objeto do contrato impede uma real competitividade.⁷⁹

Nesse sentido, ensina o doutrinador Marçal Justen Filho:

A hipótese passa usualmente no setor de serviços e, em especial, com aqueles de natureza personalíssima. São situações em que a prestação que satisfaz o interesse sob tutela estatal é produzida através de atuação predominantemente intelectual e retrata uma manifestação da criatividade humana, não se materializando em objetos físicos disponíveis para aquisição imediata.⁸⁰

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009. p. 334.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009.

Em tais casos, o caráter personalíssimo do serviço, bem como sua natureza intelectual constitui óbice à aferição de critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa. O julgamento das propostas não se esquivaria de grande subjetividade, vez que a prestação dos serviços tem natureza artística, intelectual, pessoal. A própria razão do procedimento licitatório fica, portanto, comprometida.

Os serviços advocatícios ensejam a inexigibilidade de licitação em razão do objeto, desde que observem certas circunstâncias e critérios como a natureza singular e a notória especialização do advogado a ser contratado.⁸¹

Quando o objeto a ser contratado não pode ser exatamente definido na fase licitatória, mas tão somente o será no decorrer da execução, também se torna inviável a competição, em razão da natureza do serviço.

A defesa em um processo judicial de grande relevo. Não há como exigir do advogado a certeza da vitória na demanda, vez que o objeto a ser contratado consiste em obrigação de meio, na qual não se garante o êxito, mas sim o emprego dos melhores meios possíveis para obtê-lo. Impossível se definir ainda o número necessário de páginas em cada petição ou mesmo quantas petições serão necessárias, se terá ou não execução. Não há como saber quais serão os rumos que o processo tomará, diante da gama de possibilidades.

O administrador público, através de procedimento administrativo, deve realizar a análise da possibilidade de contratação de eventual serviço advocatício no caso concreto, a fim de verificar se as peculiaridades de uma contratação direta estão presentes.

Na exordial da já mencionada ADC 45, foi exposto que o afastamento da aplicação dos art. 13, V e 25, inciso II- fundamentos legais da contratação dos serviços advocatícios- é ocasionado, muitas vezes, pelo alto grau de abstração dos critérios que se depreendem destes dispositivos, como a “notória especialização” e “singularidade do serviço”.

⁸¹ Destaca-se recente julgado do STF, acerca do tema: contratação direta de empresa especializada em assessoria e consultoria técnica na área de gestão cadastral e tributária, visando, dentre outros serviços, à implantação de cadastro técnico multifinalitário. Singularidade do serviço e notória especialização da contratada configuradas. Impossibilidade jurídica de haver competição entre eventuais interessados, o que não é um *plus* que se agrega às hipóteses dos incisos do art. 25 que já havia sido prestado outros serviços da mesma natureza, mas de menor complexidade, à Prefeitura contratante e a outro município de grande porte da região. Empresa que gozava de confiança dos administradores. Juízo de adequação típica negativo” (AP 560/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 2ª. T..j. em 25.08.2015, Dje de 10.09.2015).

Sobre o tema ensina Lucas Rocha Furtado:

A razão pela qual a hipótese de licitação inexigível tem suscitado ampla controvérsia decorre do fato de que o citado dispositivo exige que se reúnam, simultaneamente, três requisitos diferentes para que dada situação nele possa ser enquadrada. Primeiro, exige-se que se trate de contratação de um dos tipos de serviços técnicos especializados relacionados no art. 13 da Lei n 8.666/93, segundo, que o serviço seja de natureza singular e, terceiro, que o contrato se faça com profissional ou empresa de notória especialização.⁸²

A ausência de parâmetros densos e maior delimitação destes para essa modalidade de contratação gera grande prejuízo à segurança jurídica, prejudicando o interesse público e aos particulares envolvidos. Há que ser dada grande importância à matéria, visto que pode ocasionar até mesmo a responsabilidade criminal do agente público envolvido e os próprios contratados. Por outro lado, a falta de critério pode possibilitar contratações de forma irregular e prejudicial à Administração pública⁸³.

O Ministro Luis Roberto Barroso, relator do julgamento do Inquérito 3074/SC, explanou em seu voto alguns critérios, *in verbis*:

[...] 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) **verificação da prática de preço de mercado para o serviço**. (grifo nosso).

Diante da ampla controvérsia dos conceitos, se mostra imprescindível maior estudo dos requisitos para inexigibilidade de contratação de serviços advocatícios.

3.2.1 Serviço Técnico

O serviço é considerado técnico, quando se utiliza o conhecimento teórico e científico na sua aplicação prática, de modo a produzir alterações fáticas. Caracteriza-se por necessitar da aplicação metodológica de um conhecimento teórico para gerar na realidade prática um benefício ou efeitos concretos positivos.

⁸² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 369.

⁸³ O voto do Senhor Ministro Roberto Barroso, destacou essa necessidade de ponderar os critérios, em observância à segurança jurídica, no julgamento do Inquérito 3.074 Santa Catarina.

Segundo Marçal Justen Filho:

Os serviços ditos “técnicos” caracterizam-se por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. Por meio do serviço técnico obtém-se a alteração do universo circundante e se atinge um resultado preordenado que se colimava.⁸⁴

São serviços que podem até necessitar da utilização de máquinas ou outros meios materiais para seu desempenho, porém impossível se mostra sua efetivação sem a capacidade humana intelectual. Demanda, dessa forma, desempenho pessoal do prestador, que realizará intermediação entre o conhecimento no plano teórico e respectivas ações práticas.

Ainda segundo Marçal “Cada prestador do serviço desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade- criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca”.⁸⁵

O caráter profissional de um serviço, por sua vez, se revela quando representar o objeto de uma profissão. Segundo o administrativista:

Há profissionalidade quando o serviço adquire uma identidade própria que o torna distinto perante outras espécies de atuação humana, exigindo uma habilitação específica para a sua prestação. Tanto pode tratar-se de profissões regulamentadas como não.⁸⁶

Desse modo, nem todo serviço técnico é também profissional.

Para o enquadramento legal do dispositivo supra o serviço deve ser técnico, profissional e ainda especializado. A especialização pressupõe a peculiaridade do serviço, de maneira que não pode ser prestado por qualquer pessoa da área, exigindo uma qualificação extra, um conhecimento e habilidade acima do comum.⁸⁷

O art. 13, no inciso V, da Lei 8.666/93 prevê como serviço técnico profissional especializado o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 283.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 587.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 284.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

3.2.2 Natureza singular

Ab initio, cumpre asseverar que serviço singular não deve ser confundido com serviço exclusivo. Se fossem da mesma natureza, a contratação direta de advogados não se justificaria, vez que todos possuem a mesma habilitação legal para realizar todos os serviços inerentes à profissão.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Átila Alves da Silva expõe em seu voto que:

Note-se que o adjetivo singular não significa necessariamente único. O dicionário registra inúmeras acepções como: invulgar, especial, raro, extraordinário, diferente, distinto, notável. A meu ver, quando a lei fala de serviço singular não se refere a único e sim 'invulgar, especial, notável'. Escudo essa dedução lembrando que **na lei não existem disposições inúteis**. Se 'singular' significasse 'único', seria o mesmo que 'exclusivo', e, portanto, o dispositivo seria inútil, pois estaria redundante o inciso I imediatamente anterior.⁸⁸ (grifo nosso)

Serviços singulares são aqueles que, apesar de poderem ser realizados por diversos profissionais, terão claras diferenças na forma de prestação do ofício. As peculiaridades surgem porque estes são trabalhos de natureza pessoal, isto é, o resultado do serviço revelará traços individuais do prestador.

Sobre o requisito de singularidade do serviço, foi editada a Súmula 39/TCU:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, **capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993**".⁸⁹ (Grifo nosso).

No serviço desempenhado por advogado, há marcas pessoais e particulares deste. Cada profissional vai desenvolver sua atuação de determinada maneira, variando de acordo com a qualificação, experiência de vida, modo de pensar e conhecimento.

Segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

[..] 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

⁸⁸ TCU, TC 01578/95-1, DOU de 28/22/95; Decisão 565/95, mesmo DOU; e BLC n.3, 1996, p. 122.

reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.⁹⁰

Os serviços advocatícios são prestados de modo diverso, de acordo com juízo de valor, sensibilidade, técnica, atributos e conhecimento jurídico de cada profissional. Envolve uma criação intelectual, ostentando natureza singular. Leciona Mauro Roberto Gomes de Mattos:

A singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da Advocacia, impendido, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...) vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada a sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o serviço pelo preço ofertado.⁹¹

Porém, como a Administração Pública possui um corpo de juristas a seu dispor, nem todo serviço advocatício poderá ser considerado singular para fins de inexigibilidade de licitação. Não serão considerados como singulares serviços comuns que podem ser realizados por qualquer advogado. Deve ser demonstrada a necessidade pública de um serviço complexo.

Não há fundamento lógico ou jurídico apto a excepcionar o princípio constitucional da licitação, em situações de contratação de serviços advocatícios, que podem ser facilmente desempenhados pelo corpo de profissionais integrante do ente público respectivo. Muito menos se justificariam os custos com o profissional a ser contratado.

Nenhum advogado, no entanto, pode realizar com maestria e profundidade trabalhos em todas as áreas e assuntos jurídicos. Assim, a contratação direta de advogados especializados não significa o menosprezo dos advogados públicos. Ocorre que há causas de alta complexidade que ostentam natureza singular, merecendo alto nível de especialização e até mesmo de dedicação que nem sempre podem ser dispendidas pelos advogados do ente público.⁹²

Segundo Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:

A singularidade do objeto pode ser verificada, então, em situações não usuais, ligadas à excessiva complexidade da matéria, ao eventual

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editora, 26. ed. rev. e atual. São Paulo, 2008. p. 545.

⁹¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contratação Direta dos Serviços Advocatícios, in O contrato Administrativo**, 2 ed. [S.l.]: Ed. América Jurídica, 2002.

⁹² NIEBHUR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 177.

impedimento do corpo técnico, às fragilidades administrativas estruturais provisórias e outras tantas que, justamente por desafiarem o poder de imaginação do legislador, não são arroladas de antemão na lei, mas sim confiadas ao administrador, em termos de caracterização, mercê da (boa) discricionariedade administrativa.⁹³

No julgamento do Recurso Especial Nº 1.377.703 – GO, em que se apurava a configuração ou não de improbidade administrativa por agentes públicos do Goiás que contrataram escritórios de advocacia, sem prévio procedimento licitatório, o Ministro relator Herman Benjamin destacou em seu voto que:

Friso que não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica. Com efeito, inclino-me a pontuar que é pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida.⁹⁴

Nesta senda, imperiosa se faz a demonstração da natureza singular do serviço a ser prestado. Não podem ser entendidas como hipótese de inexigibilidade de licitação as causas ordinárias ou corriqueiras, que podem ser prestadas por qualquer advogado.

A necessidade pública que ocasiona a contratação do serviço singular também deve ter caráter ímpar. Nesse sentido, destaca Marçal Justen Filho:

Como visto, a inviabilidade de competição é consequência derivada de características existentes da realidade extranormativa, que tornam a licitação inútil ou contraproducente. É necessário destacar, no entanto, a inter-relação entre essa realidade extranormativa e o interesse estatal a ser atendido. **De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias.** Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma prestação padrão desvestida de alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.⁹⁵ (grifo nosso).

Conclui-se que para ser considerado singular o serviço a ser contratado deve corresponder à uma necessidade pública que apresente peculiaridades que escapam os padrões da normalidade.

⁹³ 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. p. 267.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 574.

Destaca-se que todos os critérios devem ser aferidos conforme o caso concreto. Assim, na definição de serviço singular importa saber de qual ente público e territorialidade estamos tratando.

Há que se considerar a situação de diversos municípios brasileiros que não possuem procuradoria própria em seu aparato, nem comportando estrutura e necessidade para tanto, sendo imprescindível, por diversas vezes, a contratação de advogados. Assim, um serviço pode ser singular no âmbito territorial de um pequeno município e não o ser em extensões territoriais maiores. Nesse sentido, assevera Marçal Justen Filho:

Portanto, o conceito de “natureza singular” é relativo. Varia de acordo com as circunstâncias históricas e geográficas. Sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como tendo natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras. A maior dificuldade para entender o conceito reside na tentativa de transformá-lo em absoluto, reconduzindo-o a padrões numéricos ou a modelos predeterminados.⁹⁶

3.2.3 *Notória Especialização*

Para ser inexigível, de modo a justificar a contratação direta, o serviço advocatício, além de ter caráter singular, deve ser prestado por advogado que possua notória especialização. Tratam-se de requisitos cumulativos.

O conceito de notória especialização está presente em profissionais que sejam reconhecidos em seu ofício especializado, possuindo histórico de prática e experiência na área. O reconhecimento será derivado da estrutura de prestação do serviço, quadro pessoal, trabalhos anteriores, exposições, dentre outros critérios de aferições de realização no seu campo profissional.⁹⁷

A própria legislação, quando prevê o conceito de notória especialização no § 1º, do art. 25, da Lei no 8.666/93, informa que deve ser levados em consideração “o desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com sua atividade”.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 588.

⁹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Dessa forma, pode estar associada à quantidade e qualidade de títulos e certificados acadêmicos e científicos- *attainment*- em face das experiências práticas no campo de atuação da especialidade, ou realizações concretas --*achievement*. Segundo Carlos Motta Coelho Pinto, até mesmo para observância do princípio da motivação, mais facilmente aferível o critério *attainment*, pois é muito mais palpável e suscetível de comparação objetiva.⁹⁸

O Ministro Luis Roberto Barroso, no Inquérito 3074/74, destaca em seu voto, que a notória especialização deve ser incontroversa, não sendo suficiente a confiança do ente público no advogado a ser contratado. A competência e adequação do profissional para o objeto a ser contratado deve ser aferida por elementos objetivos, admitidos e notáveis pelo mercado. O Ministro utiliza como exemplo: “É o caso, e.g., da formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, da autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, da experiência em atuações pretéritas semelhantes.”⁹⁹

Devem ainda ser observados os critérios de essencialidade e indiscutibilidade da adequação do serviço, expressos no supracitado dispositivo legal. Não se mostra justificável a contratação de um exímio advogado, indiscutivelmente especializado, para realizar um serviço ordinário, pois não restaria preenchido o requisito da essencialidade. Os próprios custos na contratação de um profissional desse nível de qualificação não se mostram adequados para realização de um serviço comum.¹⁰⁰

⁹⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Destaca-se julgado do STF: “Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização do procedimento licitatório para contratação de tais serviços- procedimento regido, entre outros, pelo princípio de julgamento objetivo- é incompatível, com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança” (AP 348/SC, Plenário, rel. Min. Eros grau, j. em 15.12.2006, *DJ* de 03.08.2007).

⁹⁹ Inquérito 3074/74, Supremo Tribunal Federal, voto Ministro Luís Roberto Barroso, p. 5.

¹⁰⁰ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Sobre a insuficiência de notória especialização, quando o serviço não se mostra singular, o julgamento do Processo TC-013.263/93-5 que concluiu mesmo a contratação de profissionais de altamente especializados, como o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, foi considerada

Segundo Marçal Justen Filho trata-se de conceito complexo, na medida em que exige a especialização e a notoriedade desta, com escopo de evitar a contratação de um profissional inabilitado para realizar um serviço singular. Nesse sentido, assevera:

A especialização consiste na titularidade objetiva dos requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito da pós-graduação, a participação em organismos voltados a atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante.¹⁰¹

O doutrinador entende ainda que os serviços previstos no inciso II, do art. 25 como serviços não avaliáveis objetivamente, de modo que sua natureza impossibilite a seleção com base em critérios objetivos. Segundo o administrativista: “A natureza da prestação produzida nos serviços técnicos profissionais especializados reflete a habilidade subjetiva de produzir a transformação de conhecimento teórico em solução prática”.¹⁰²

Conclui-se que o dispositivo abrange serviços que revelam atuação pessoal do prestador, com teor de “transformação do conhecimento teórico geral ou da inventividade em solução prática concreta.”

Assim, surgirão necessidades complexas da Administração pública que vão requerer essa aplicação da capacidade humana de transformar a realidade prática, com base no conhecimento teórico e científico.

Impossível, no entanto, a previsão de todas as hipóteses concretas em que tais demandas públicas vão surgir na atuação administrativa. Diante da infinita pluralidade da realidade fática, há que ser dada adequada discricionariedade ao administrador público.

Desse modo entende Lucas Rocha Furtado:

irregular, uma vez que os serviços contratados não eram, a rigor, de natureza singular a ponto de justificar a inviabilidade da competição.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 592.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 587.

A fim de aferir a legitimidade da decisão adotada pelo administrador, no que diz respeito a escolha da empresa ou profissional a ser contratado sem licitação, deve ser considerada a margem de poder discricionário que a lei expressamente confere ao administrador. A não ser diante de casos em que fique flagrantemente caracterizada interpretação abusiva do art. 25 da Lei de Licitações, a escolha do contratado pelo administrador, desde que demonstrados os requisitos objetivos necessários ao enquadramento no permissivo legal, deve ser considerada legítima.¹⁰³

3.3 Condições de Validade do Processo de Contratação Direta de Serviços Advocatícios

Até o momento, foram explanados os requisitos elementares para enquadramento do serviço advocatício como inexigível. Nesse ínterim, foram tratados os fatores e circunstâncias fáticas que autorizam a contratação direta de advogados, em razão de inexigibilidade de licitação.

Imprescindível se faz também considerar que o processo de contratação direta destes serviços deve ser realizado em estrita observância aos postulados e princípios da Administração pública. Assim, trataremos adiante das condições que legitimam este processo, bem como requisitos adicionais que este deve observar.

3.3.1 Processualização

A contratação direta de serviços advocatícios, enquanto hipótese de inexigibilidade de licitação, enseja a instauração de procedimento administrativo formal.¹⁰⁴

¹⁰³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013. p. 369.

¹⁰⁴ “[...] A contratação embasada na inexigibilidade de licitação por notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitação) requer: **formalização de processo para demonstrar a singularidade do serviço técnico a ser executado**; e, ainda, que o trabalho do contratado **seja essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato**. [...] 5. **A conduta dos recorridos — de contratar serviços técnicos sem prévio procedimento licitatório e de não formalizar processo para justificar a inexigibilidade da licitação — fere o art. 26 da Lei de Licitação** e atenta contra o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade 7. Verificada a prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 (Resp. 1038736/MG, **Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN**, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 28/04/2011). Também tratou de condições de validade do procedimento da contratação direta o REsp 942.412/SP, 2ª T.rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28/10/2008, DJe 09.03.2009.

Trata-se de decisão administrativa que excepciona o princípio constitucional da licitação. Se feita de forma leviana, pode propiciar fraudes, apadrinhamentos, preferências pessoais, conluíus e diversas situações contrárias ao interesse público. Diante de determinação administrativa tão relevante, imprescindível se revela a instauração de processo administrativo.¹⁰⁵

Assim, entende Marçal Justen Filho:

Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. **O primeiro é a existência de um procedimento administrativo.** O segundo é a **vinculação estatal à realização de suas funções.**¹⁰⁶ (Grifo nosso)

Sobre a necessidade de procedimento administrativo, a Lei 8666/90 dispõe que:

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

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

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

Observa-se que o dispositivo se refere a “processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento”. Há, portanto, previsão expressa acerca da necessidade de instauração de um processo administrativo, com a respectiva fundamentação a justificar a contratação direta, motivação da escolha do contratante, justificativa do preço. Sobre a necessidade de um procedimento específico, assevera Marçal Justen Filho:

Tal como afirmado inúmeras vezes, é incorreto dizer que a contratação direta exclui um “procedimento licitatório”. Os casos de dispensa e

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 467

inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contraente mais adequado. **“Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar as formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, etc.)** Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.¹⁰⁷ (grifo nosso).

Nesta senda, não há espaços para arbitrariedades ou informalidades no procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação. Anteriormente à contratação direta, o processo administrativo prévio se faz obrigatório até mesmo para propiciar efetivo controle e fiscalização dos administrados, devendo ser dada a devida publicidade.

Na fase inicial, a atuação administrativa será similar à realizada em qualquer contratação precedida de licitação. Serão analisados, dessa forma, a necessidade pública envolvida, os meios e instrumentos adequados a supri-la. O objeto a ser contratado será devidamente delimitado. Serão adotadas todas as providências voltadas à pesquisa de mercado, análise de projetos e elaboração de orçamentos. Toda essa atuação administrativa prévia será documentada e motivada no processo administrativo.¹⁰⁸

O processo de contratação direta tomará rumo distinto do procedimento licitatório comum, em etapa superveniente, na fase de delimitação e escolha do meio para contratação. Neste momento, o administrador vai demonstrar a inaplicabilidade das normas que regem a licitação. Não vai elaborar um edital e tomar medidas comuns à fase externa do processo licitatório, mas sim adotar medidas para a realização da contratação direta.¹⁰⁹

Essas medidas devem ser feitas em estrita formalidade no procedimento administrativo, em observância a todos os postulados principiológicos da administração pública, na busca da melhor solução possível.

Assevera ainda Marçal Justen Filho:

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p 617.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Em termos práticos, esse procedimento prévio destina-se a dois objetivos principais. **Por um lado, trata-se de apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos para a contratação direta (dispensa ou inexigibilidade).** Por outro, **busca-se selecionar a melhor proposta possível, com observância (na medida do possível) princípio da isonomia.** Se a administração pode escolher o particular, isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas. Deverá evidenciar que, nas circunstâncias, a contratação foi a melhor possível. Logo, deverão existir dados concretos acerca das condições de mercado, capacitação do particular escolhido etc. ¹¹⁰ (grifo nosso)

Destaca-se que a observância da “processualização”, enquanto condição de validade de uma contratação direta, bem como o cumprimento de todas as suas particularidades ganha extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de ser tutelada pelo direito penal.

Nesse sentido, o tipo penal previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 prevê três núcleos elementares, quais sejam: “dispensar”, “inexigir” e “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. Praticando qualquer das condutas, o agente pode incorrer neste crime, desde que presentes outros requisitos exigidos pelo Direito Penal- mérito que não se pretende adentrar.

Dessa forma, a inobservância do dever de processualização ou de formalidades exigidas pode ser enquadrada nas condutas deste tipo penal¹¹¹. Conclui-se, dessa forma, o valor que o legislador atribuiu ao cumprimento dos trâmites e requisitos legais nas hipóteses de contratação direta.

3.3.2 *Motivação*

Os atos administrativos, em geral, têm que ser devidamente motivados, podendo sua ausência ou inadequação ocasionar a nulidade destes. Alguns doutrinadores identificam a motivação como princípio constitucional implícito, sendo inerente ao Estado Democrático de Direito. A motivação do ato permite o controle da

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 619.

¹¹¹ A possibilidade de enquadramento ao tipo penal mencionado se refere apenas à subsunção da hipotética ocorrência fática de inobservância das formalidades no processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação ao núcleo do tipo “deixar de observar”. Não se pretende ignorar que devem ser avaliados os elementos constitutivos do crime, quais sejam, ocorrência de fato típico, ilícito e culpável, para configuração deste.

validade do mesmo, bem como a verificação de observância às regras e princípios da Administração Pública.¹¹²

A motivação se mostra fundamental, vez que o administrado tem o direito de saber o fundamento do ato administrativo, sendo o único meio de se aferir ainda a razoabilidade da decisão administrativa¹¹³.

A lei 8.666/93 estabelece em seu art. 38 que o procedimento licitatório deve ser instrumentalizado em um processo administrativo. Por conseguinte, deve ser aplicada a Lei 9.784/99, vez que é o diploma legal regulamentador do Processo Administrativo. Este último, por sua vez, dispõe que os atos que compõe o procedimento licitatório devem ser devidamente motivados (art. 50). Deve ser explicitado qual o fundamento para realização da licitação, com a delimitação do objeto a ser licitado, as exigências técnicas, etc.

O dever de motivação é pressuposto de qualquer Administração Pública que integre uma democracia, vez que através da exteriorização das razões do ato praticado, o cidadão tem acesso aos elementos deste. No processo licitatório, bem como em sua dispensa ou inexigibilidade, enquanto procedimentos administrativos que influem diretamente nos recursos públicos, deve ser estritamente observado o princípio da motivação.

A contratação direta não possibilita uma atuação administrativa que não siga de forma estrita os princípios basilares que regem a Administração e, mais especificamente, os princípios setoriais da lei 8.666/93.

Segundo Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, o princípio da motivação, no processo de dispensa ou inexigibilidade de contratação, se mostra consubstanciado no parágrafo único do supracitado art. 26. O dispositivo revela o dever inequívoco de fundamentar a contratação direta com a demonstração devida dos elementos que a justificam e que a compõe. Complementando o postulado, o administrativista leciona que:

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

¹¹² DELGADO, José Augusto. Princípios jurídicos aplicados à licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 609-623, out. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/16562>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

¹¹³ Nesse sentido, a necessidade de motivação para controle fica explícita no **Acórdão do TCU 3053/2016 Plenário**, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.¹¹⁴

Extrai-se do dispositivo mencionado a necessidade de fundamentação e motivação suficiente, somente sendo legítimas as hipóteses de contratação direta se observado esse mandamento de motivação em um processo formal. Conclui-se, portanto, que a dispensa e a inexigibilidade de licitação devem ser precedidas da exteriorização dos respectivos motivos que autorizam a contratação direta.¹¹⁵

Sobre a matéria, Marçal Justen Filho assevera que:

Há necessidade de motivação do ato decisório da Administração no tocante à presença dos pressupostos da contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, a atribuição de competência discricionária não se confunde com a liberação de motivação, nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado.¹¹⁶

O art. 50 da Lei 9.784/99 é cristalino ao estabelecer o dever de motivação nos casos de contratação direta, *in verbis*:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (grifo nosso).

O dispositivo estabelece ainda, em seu parágrafo primeiro que: “A motivação deve ser explícita, clara e congruente [...]”.

O dever de motivação constitui balizas para atuação do administrador, de modo a evitar arbitrariedades e viabilizar o controle do ato.

Não restam dúvidas, portanto, que a motivação da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios é condição inequívoca de validade do processo.

¹¹⁴ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014. p. 113.

¹¹⁵ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. São Paulo: USP, 2014

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 625;.

3.3.3 *Vedação ao Superfaturamento.*

A contratação direta constitui exceção ao princípio da licitação, porém como já exaustivamente exposto, deve observar todo o plexo de princípios que regem a administração pública. Todo o processo de dispensa deve ser norteado pelo interesse público, comando e sustentáculo basilar do Direito Administrativo.

Certamente contrário ao interesse público, a contratação de serviços advocatícios em valores extraordinários ou arbitrários. Ao estabelecer o preço da contratação, deve ser levado em conta o princípio da indisponibilidade do interesse público, bem como parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

O Doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta entende que se comprovado o superfaturamento, podendo ser denominado como “sobrepço” serão responsabilizados o prestador de serviços advocatícios contratado, bem como o ordenador da despesa, de forma solidária.¹¹⁷ O art. 82 da Lei de Licitações estabelece a responsabilidade civil e criminal para “os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação”.

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

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

O superfaturamento pode ser entendido como o aumento arbitrário no preço do serviço a ser contratado, de modo que exorbite o parâmetro médio do mercado. Segundo Marçal Justen Filho:

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.¹¹⁸

¹¹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficiência nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. rd. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 629.

Nesta senda, para a configuração do “superfaturamento”, necessário se faz avaliar as circunstâncias do caso concreto, considerando os preços usualmente cobrados pelo particular a ser contratado, bem como as cotações do mercado.

Destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU):

Quanto ao preço é certo que, mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93. Ressalta-se que este Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (Informativo TCU 188/2014). E, **nos casos de inviabilidade de competição** este Plenário se manifestou, conforme subitem 9.1.3 do Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, **poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas**” (Acórdão 1.565/2015, Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo). (grifos nosso).

O Ministro Eros Roberto Grau, no julgamento do IQ 3074/SC, destacou a contratação pelo preço de mercado como requisito de validade da contratação direta de serviço advocatício com fundamento na inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, asseverou:

[...] e) Contratação pelo preço de mercado
19. Por fim, deve ser verificada a adequação do preço a ser pago pelo serviço, nos termos do art. 48, da Lei nº 8.666/93. Como é natural, a opção por profissionais de referência tende a vir associada à cobrança de honorários em patamar compatível. O fato de a contratação direta envolver atuações de maior complexidade e/ou responsabilidade pode agravar essa circunstância, contribuindo para a elevação dos valores. **Ainda assim, é necessário que a Administração demonstre que os honorários ajustados encontram-se dentro de uma faixa de razoabilidade segundo os padrões do mercado**, observadas as características próprias do serviço singular e o grau de especialização profissional.¹¹⁹ (Grifo nosso)

A justificativa do preço deve ser expressa, conforme art. 26, inciso III da Lei 8.666/93. Segundo Carlos Pinto Coelho Motta, deve ser observado ainda o parágrafo único ressaltando que a justificativa “deve discriminar os custos unitários de materiais e serviços desenvolvidos no objeto contratual.”¹²⁰

¹²⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 316.

Dessa forma, o preço do serviço na contratação direta deve ser razoável e compatível com o exercício regular do mercado. Deve ainda ser justificado e fundamentado no processo administrativo da dispensa, de modo a comprovar a sua razoabilidade. Se caracterizado o superfaturamento, serão solidariamente responsáveis o contratante e o agente público envolvido.

CONCLUSÃO

Em um cenário pós-positivista e de significativa constitucionalização do direito administrativo, a atuação da Administração Pública, bem como a atividade concreta realizada por seus agentes deve ser norteadas por regras e princípios constantes na Constituição Federal.

Nesse contexto, foram expressos no texto constitucional princípios gerais da Administração Pública, isto é, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Estes postulados foram explanados, no presente trabalho, para observar que são fundamentos e sustentáculos basilares do princípio da licitação. Assim, o procedimento licitatório deve ser realizado para cumprir estes postulados.

O princípio da licitação visa a contratação pela seleção da proposta mais vantajosa, bem como assegura maior controle na gestão dos recursos públicos a serem utilizados em observância ao princípio da eficiência.

Possibilita ainda, através do seu processo administrativo formal, o cumprimento do princípio da publicidade, na medida em que se deve garantir a maior divulgação possível, para assegurar a participação de diversos interessados, bem como facilitar o controle por parte da sociedade.

O cumprimento do princípio da licitação tem função ainda de atender ao princípio da impessoalidade nas contratações, na medida em que garante uma atuação imparcial, sem favoritismos, pautadas em critérios de competitividades isonômicos e julgamento objetivo das propostas.

O certame licitatório prévio feito de forma regular às contratações satisfaz ainda o postulado da legalidade, vez que concretiza a previsão expressa do dever constitucional de licitar, bem como observa todo o regramento previsto na Lei Geral de Licitações (8.666/93) ou no respectivo diploma específico.

Por fim, concretiza-se o princípio da moralidade, na medida em que o certame licitatório e todos os seus meios, procedimento formal, publicidade garantida permite atuação mais proba tanto por parte dos agentes públicos, como por parte dos interessados.

Importante ressaltar ainda que todos estes princípios devem ser aplicados em bloco, como instrumentos reciprocamente considerados, vez que íntima é a sua relação. A boa aplicação de um destes princípios, muitas vezes, está condicionada à realização e observância de outro.

A licitação deve ser seguida pela Administração Pública, em todos os seus âmbitos, para o cumprimento dos seus princípios basilares fundantes- legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não obstante, foi demonstrado que, em determinadas situações fáticas, a realização do procedimento licitatório não cumpre tais princípios fundamentais, que são a própria razão de sua existência. A plena realização do princípio da licitação, nesses casos, poderia até mesmo violar os princípios da eficiência, da legalidade, da seleção da proposta mais vantajosa, bem como demais postulados.

Deste modo, o princípio da licitação não é absoluto, podendo ser mitigado a depender das circunstâncias fáticas. Nestas hipóteses, surge a contratação direta, enquanto exceção ao princípio da licitação e suas modalidades- dispensa e inexigibilidade de licitação. A primeira ocorre por determinação legal, enquanto a segunda por inviabilidade de competição a ser aferida no plano fático.

A possibilidade da contratação direta de serviços advocatícios encontra fundamento na Constituição Federal, sendo ainda regulamentada por diploma infraconstitucional.

Há que se reconhecer, previamente, a possível incompatibilidade da natureza dos serviços advocatícios com o procedimento licitatório que impõe regras de competitividade, bem como julgamento objetivo, opostos à lógica de prestação de tais serviços. Isto porque, o serviço prestado por um advogado é inerente à uma relação de confiança, além de possuir marcas subjetivas ligadas ao perfil de cada profissional, sendo de difícil aferição em um procedimento licitatório objetivo. Ademais, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contém disposições incompatíveis com as regras de um certame licitatório, considerando a função social exercida pelos advogados, o que veda, por exemplo, a captação de clientes.

Destaca-se ainda que os serviços advocatícios ordinários, em geral, devem ser desempenhados pelo quadro de procuradores que cada ente federativo deve manter, por força de disposição constitucional. Ocorre que, eventualmente, surgirão necessidades públicas a demandar contratação de um serviço extraordinário a ser desempenhado por um especialista no assunto. Nestes casos, pode ser configurada a situação fática de inexigibilidade de licitação, desde que se observe requisitos cumulativos.

Para tanto, o serviço advocatício a ser contratado deve ostentar natureza singular. Este requisito guarda maior relação com a especialidade da necessidade pública a ensejar a contratação. Eventual serviço ordinário, que pode ser desempenhado por qualquer advogado, não está apto a justificar a inexigibilidade de licitação.

O advogado a ser contratado deve possuir ainda notória especialização, a ser aferida através de elementos objetivos. Deve possuir habilidade, especialização ou conhecimento técnico acima da média dos profissionais da área, sendo consagrado por seu ofício e *expertise*.

A contratação direta por inexigibilidade de licitação não pode ser feita de forma arbitrária, devendo observar todos os princípios aplicados à administração pública, em especial os tratados no primeiro capítulo.

Assim, há condições de validade a serem observadas no procedimento de contratação direta como a processualização, motivação e vedação ao superfaturamento. Imprescindível, dessa forma, a instauração de um procedimento administrativo formal, para garantir a regularidade e até mesmo controle por parte dos órgãos de fiscalização e sociedade.

Os atos administrativos que compõem este processo devem ser expressamente motivados, em observância ao art. 50 da Lei 9.784/99. Por fim, é condição de validade a modicidade do preço do serviço a ser contratado. Nesse aspecto, os recursos públicos empregados devem ser geridos da melhor forma possível, em atenção à vedação ao superfaturamento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 114.

BORGES, Alice Gonzalez. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 135-141, out. /dez. 1996. p. 138.

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

BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 6 julho 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer jurídico, constante nos autos do processo ADC 45, 2016**. Brasília, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.sf?seqobjetoincidente=5030897>>. Acesso em: 15 maio 2017.

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

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **O Princípio da Impessoalidade nas Decisões administrativas**. – 1. ed. -Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

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.

DALLARI, Adilson Abreu. Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35 n. 140 out./dez. 1998.

DELGADO, José Augusto. Princípios jurídicos aplicados à licitação. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, n. 10, p. 609-623, out. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/16562>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FONTELES, Samuel Sales. O princípio da simetria no federalismo brasileiro e a sua conformação constitucional. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 119-140, jul./dez., 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Fórum 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. rev. São Paulo: Dialética, 2009.

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

JUSTEN, Marçal Filho, **Curso de Direito Administrativo**. Fórum, Belo horizonte, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Contratação Direta dos Serviços Advocatícios**, in **O contrato Administrativo**, 2 ed. [S.l.]: Ed. América Jurídica, 2002.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editora, 26. ed. rev. e atual. São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MOTTA, Fabrício. **Contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/interessepublico-contratacao-servicos-advocacia-inexigibilidade-licitacao>>. Acesso em: 13 maio 2017.

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

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.