

Gustavo Justino de Oliveira
Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS ESPECIALIZADOS POR**

**INEXIGIBILIDADE DE
LICITAÇÃO PÚBLICA**


ZENITE

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS ESPECIALIZADOS
POR INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO PÚBLICA**

Gustavo Justino de Oliveira
Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

**CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS
TÉCNICOS ESPECIALIZADOS
POR INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO PÚBLICA**

Zênite Editora
Curitiba • 2015

Contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação pública / Gustavo Justino de Oliveira; Gustavo Henrique Carvalho Schiefler. Curitiba: Zênite, 2015.

ISBN: 978-85-99369-28-9

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO SÃO RESERVADOS À



Av. Sete de Setembro, 4698 - 3º andar

Batel - 80.240-000 - CURITIBA - PR

Fone/Fax (041) 2109-8666

***Proibida a reprodução total ou parcial desta obra,
por qualquer meio eletrônico, mecânico, inclusive
por processos reprográficos, sem autorização
expressa da Zênite Editora.***

Projeto gráfico, diagramação e finalização

Joelma Staviski Sanchez Gomes

Capa

Lucas Barreto Mainardi

Revisão linguística

Fabia Mariela De Biasi

**Impresso no Brasil
Outubro de 2015**

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
1. INTRODUÇÃO/EXPOSIÇÃO DO OBJETO DA OBRA	15
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	21
3. LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	35
3.1. Instrumentalidade da licitação	40
3.2. Possíveis acepções da licitação	44
3.2.1. A licitação como princípio constitucional	44
3.2.2. A licitação como procedimento	51
3.2.3. A função regulatória da licitação	56
3.3. Contrato administrativo	64
3.4. A contratação direta – Dispensa e inexigibilidade	69
4. SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS	85
4.1. Conteúdo jurídico	85
4.2. Requisitos para sua caracterização	92
4.3. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços e os requisitos do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93	94
4.3.1. Natureza singular	98
4.3.2. A notória especialização	102
4.4. Exemplos práticos de contratação direta de serviços técnicos especializados pela Administração Pública	108
4.5. Comentários a julgados relevantes do Superior Tribunal de Justiça	114
4.5.1. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 436.869	114

4.5.2. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 448.442	117
4.5.3. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 764.956	120
4.5.4. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 942.412	121
4.5.5. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1.377.703	123
4.6. Comentários a julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal.....	127
4.6.1. Supremo Tribunal Federal – Inquérito Penal nº 3.074	127
4.6.2. Supremo Tribunal Federal – Inquérito Penal nº 3.077	132
4.6.3. Supremo Tribunal Federal – Ação Penal nº 348... ..	137
4.6.4. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 86.198	143
4.6.5. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 466.705-3	149
4.6.6. Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 72.830.....	151
5. PROCESSO FORMAL PRÉVIO À CONTRATATAÇÃO	157
5.1. Contratação direta	162
5.1.1. Regime jurídico geral	162
5.1.2. Inexigibilidade de licitação pública	163
5.1.3. Procedimento formal	168
5.1.4. A questão do preço	174
5.2. Breves linhas sobre o concurso.....	179
6. SÍNTESE CONCLUSIVA	187
REFERÊNCIAS	190

PREFÁCIO

Tenho a honra de prefaciar a presente obra intitulada *Contratação de Serviços Técnicos Especializados por Inexigibilidade de Licitação Pública*. Um convite que aceitei com satisfação por vários motivos, os quais buscarei sintetizar a seguir.

Trata-se de um trabalho denso, levado com todo cuidado pelos autores Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Henrique Carvalho Schiefler. Dada a sólida formação acadêmica de ambos, notadamente nos ramos do Direito do Estado, poder-se-ia criar a equivocada expectativa de uma empreitada teórica, que, apesar da importância, não forneceria respostas aos problemas vividos pelos que militam na contratação pública. No entanto, isso não ocorreu, como será visto adiante.

Aqui uma primeira virtude se evidencia no mencionado livro. Na esteira das grandes publicações jurídicas espanholas, um centro importante de reflexão do Direito Administrativo mundial, esta obra alia teoria e prática, fazendo inserir comentários sobre a jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, revelando os conceitos mais relevantes que podem ser extraídos dos precedentes apontados.

Outra qualidade da obra é reconhecer a temática das licitações e dos contratos administrativos como um universo extenso, cujas tentativas de abarcá-la em uma só publicação têm levado a livros gigantescos, não raramente lacunosos. Nesse sentido, os autores escolheram um problema específico – a inexigibilidade de licitação – e, a partir deste, um enfoque certo na contratação de

serviços técnicos especializados, hipótese regradada no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Dito isso, posso afirmar que a importância do assunto não está apenas em contribuir, por meio da elucidação das questões práticas, para não se incidir no tipo penal especial descrito no art. 89 da Lei de Licitações e Contratos, mas também para não se cometerem atos capturáveis pela ampla abrangência da Lei de Improbidade Administrativa, que tem levado a pesadas sanções pecuniárias em função da utilização da teoria do *dano in re ipsa* para casos de dispensa e inexigibilidade de licitação indevidos.

Minha experiência de julgador no Tribunal de Contas da União vem acompanhada da triste constatação de que diversos gestores e servidores públicos são punidos, muitas vezes, por um simples motivo: despreparo técnico para as coisas da Administração Pública.

A essa altura, o leitor pode estar a se perguntar: **qual a dificuldade do tema, uma vez que está disciplinado em dispositivo legal específico?**

Averbo que não são poucos os reveses, mas antes de adentrar em alguns deles, permito-me lembrar de Joseph Raz, considerado o último grande elo de uma corrente denominada Positivismo Jurídico, na qual se inseriram anteriormente Kelsen, Alf Ross e Hart.

Em seu célebre *Practical Reason and Norms*, o renomado jurista preocupou-se com a razão prática, e nesta se insere o problema central do gestor público: ante uma situação concreta, estar-se-ia diante do dever de licitar ou do direito de inexigir? O Estatuto das Compras Públicas determina que as situações de inexigibilidade devem ser

necessariamente justificadas. Dito de outra forma, devem ser explicitados os elementos de subsunção do objeto a adquirir e dos fornecedores à regra legal de não exigir o certame licitatório. Na acepção de Joseph Raz, contra a razão de primeira ordem (licitar), a argumentação jurídica exige que se levantem “razões de segunda ordem válidas” para não se atuar conforme aquelas. São as denominadas “razões excludentes”.

O livro ora prefaciado esclarece pontos fundamentais do problema, apresentando soluções e colocando o “nó górdio” da inexigibilidade em seu devido lugar: o de lenda.

Os autores deduziram da Constituição Federal uma grande percepção: a licitação não é valor em si mesmo, mas instrumental para a realização de valores como a igualdade, a isonomia e a liberdade de empresa. A partir dessa ideia-força, decorrente de um realismo jurídico refinado, tudo mais se constrói. Ao mesmo tempo em que se desconstrói o mal vezo de a colocar em um grande altar mítico, como se fosse a solução para todos os males. Uma tentação que não raramente flerta com o irracionalismo de admitir a morte de todos os princípios em nome da licitação.

Estamos, portanto, diante de uma dificuldade central, bem abordada nesta obra jurídica sob a forma dos conceitos de licitação-princípio e licitação-procedimento.

No direito comparado, a “licitação-aberta” (nas modalidades de concorrência e tomada de preços) assume diversas formas e não se manifesta como regra. O interesse econômico, pautado pelo livre comércio, apenas protegeu esse instituto por razões econômicas e de

concorrência internacional, tal como se pode compreender do Acordo sobre Contratação Pública, negociado no marco da Organização Mundial do Comércio, do qual o Brasil não é subscritor. Nota-se ali que as hipóteses de inexigibilidade são globais por decorrerem do simples uso da razão, mudando-se o *nomen juris*, agora sob a denominação de “licitação-restringida”.

Volto à pergunta por mim formulada seis parágrafos antes e insiro um axioma problematizante: a licitação é a regra, sendo a dispensa e a inexigibilidade suas exceções, em razão disso a interpretação do art. 25 deve ser restrita ou estrita.

Isso é uma falácia lógica! Além da Constituição não autorizar tal compreensão, fosse ela verdade, o próprio art. 25 seria inconstitucional, pois este não **especifica** os casos, apenas os exemplifica. Sendo *numerus apertus*, ergueu-se o constructo jurisprudencial do credenciamento, não se configurando, nesse caso, invasão da denominada reserva de parlamento. Ademais, a própria lei veda a licitação em determinadas circunstâncias (§ 5º do art. 7º). Assim, licitar, inexigir e dispensar são institutos distintos, cuja aplicação é conduzida primordialmente pelo objeto a adquirir em determinados tempo e espaço.

O fato de serem conceitos diversos não diminui a extensão do problema. Como a realidade contextualizada condiciona a interpretação, os desafios se repetem dia a dia. Outro discernimento preciso dos autores.

Não bastasse isso, o inc. II do art. 25 da mencionada Lei de Contratação Pública lança mão de termos jurídicos indeterminados e paradoxais, embora deva-se ressaltar que a regra, lida a partir do princípio da impessoalidade,

estabelece uma ordem rígida para sua aplicação: primeiro o objeto singular, depois o sujeito de notória especialização a este vinculado.

O paradoxo é imanente a uma tese dos autores, que me proporei a refletir no futuro. Ele está no fato de ser inexistente licitar quando houver inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos especializados **enumerados** no art. 13, enquanto no texto é defendido o caráter exemplificativo do referido dispositivo. As indeterminações estão representadas pelos enunciados normativos “natureza singular” e “notória especialização”.

E os autores não fugiram ao desafio. Por exemplo, com afirmações claras e sem ambiguidades, reconstroem o conceito de singularidade e, em função do resultado a que chegam, acabam por reabilitar a discricionariedade administrativa. Modo esse de atuação que passa pelos controles da nossa Jurisdição de Contas sob os critérios de razoabilidade, proporcionalidade, ponderação, eficiência, eficácia e economicidade.

Rememoro aqui o Professor de Direito Administrativo da Universidade de Heidelberg, Eberhard Schmidt-Aßmann, para quem esse ramo da Ciência Jurídica caracteriza-se modernamente pela flexibilidade, pela inovação e pela adaptação da teoria da reserva de lei aos novos modos de intervenção estatal. Hoje, somos forçados a reconhecer que o *Jus Administrativum* clássico, construído para a proteção do Estado contra o cidadão, não dá conta da complexidade dos modos contemporâneos de atuação estatal. Realidade essa que leva a enunciados normativos menos densos, com textura semântica aberta e com aplicação guiada por princípios.

Portanto, não me cabe tão somente elogiar a formação intelectual daqueles que bem souberam produzir o texto que vai ser disponibilizado ao público, nem apenas recomendar sua leitura por todos aqueles que militam no Direito Administrativo e, mais centradamente, nos Tribunais de Contas. Temos aqui um contributo importante para a própria construção da jurisprudência acerca de tão polêmica matéria.

MINISTRO AROLDO CEDRAZ
Presidente do Tribunal de Contas da União

1. INTRODUÇÃO/EXPOSIÇÃO DO OBJETO DA OBRA

“existe uma espécie de desconfiança sobre todas as contratações diretas, como se houvesse uma presunção de que a ausência de licitação corresponde a práticas de corrupção”

“com medo, o agente público acaba optando, muitas vezes, por não agir”

“a complexidade contemporânea não permite que se levantem soluções óbvias e premeditadas às necessidades administrativas. É preciso pensar, ponderar, analisar, pesquisar e decidir a partir de cada caso”

“a Administração Pública não pode correr o risco de contratar serviços especializados cuja qualidade é duvidosa ou de ser assistida por profissionais cuja confiança não compartilha”

1. INTRODUÇÃO/EXPOSIÇÃO DO OBJETO DA OBRA

Esta obra foi elaborada com o propósito de apresentar aspectos teóricos e práticos a respeito das contratações de serviços técnicos especializados pela Administração Pública. Estima-se que a utilidade do estudo está relacionada com a oportunidade de oferecer elementos para atenuar o ambiente de insegurança jurídica que envolve a temática.

Ainda que a legislação brasileira preveja expressamente a possibilidade e a necessidade de que algumas contratações não sejam precedidas de licitação pública, um conhecido histórico de abusos e excessos torna o enfrentamento da matéria uma prática tormentosa.

Esses abusos e excessos são perpetrados tanto pela Administração Pública como pelos órgãos de controle. Não há como negar que a discricionariedade, característica afeita às contratações diretas, é exercida muitas vezes de forma arbitrária pelos agentes públicos. Ou seja, para além da legalidade e impulsionados por motivos escusos, alguns agentes públicos se valem da possibilidade de contratação sem licitação pública para privilegiar seus próprios interesses.

De forma mais direta: a ausência de licitação acaba por representar um atalho para contratações pautadas por critérios pessoais do agente público, que dizem respeito à sua vida privada, e não por critérios afeitos ao interesse público.

Em resposta às práticas patrimonialistas, que se caracterizam por uma promiscuidade entre o que é público e o que é privado, o controle sobre a Administração Pública, especialmente em relação às contratações

diretas, revela-se igualmente excessivo, se não obsessivo. Não raramente, o Ministério Público ou os tribunais de contas, no intuito de combater práticas antirrepublicanas com o vigor e o rigor que merecem, acabam por atuar com excessos e, assim, geram consequências em tudo indesejadas.

Entre essas consequências indesejadas, exemplifica-se a captura da própria discricionariedade administrativa pelos órgãos de controle. Isso ocorre quando o órgão de controle, atuando para além de suas atribuições, substitui o próprio gestor público e passa a ditar, ainda que indiretamente, a forma de condução dos procedimentos e o conteúdo de suas decisões.

Além disso, esses excessos dos órgãos de controle acabam por inverter, na prática, a presunção de legalidade dos atos administrativos, especialmente quando esses atos são dedicados a permitir uma atuação mais discricionária por parte do agente público.

É exatamente o caso das contratações diretas por inexigibilidade de licitação, em que existe uma grande dificuldade para conferir segurança ao processo de contratação. Existe uma espécie de desconfiança sobre todas as contratações diretas, como se houvesse uma presunção de que a ausência de licitação corresponde a práticas de corrupção.

A verdade é que um ambiente de medo impera sobre os agentes públicos responsáveis pelas contratações públicas. Se existe uma série de riscos quando o agente público atua nos processos licitatórios, quando as contratações ocorrem de forma direta, esses riscos se multiplicam.

A questão é que um ambiente de insegurança é algo absolutamente pernicioso para a Administração Pública, sobretudo porque gera ineficiência. Com medo, o agente público acaba optando, muitas vezes, por não agir. Ou, ainda, adota uma postura menos dinâmica ou criativa, mais burocrática, lenta e formal: promove licitação pública quando esta é inútil, custosa e desnecessária; não contrata profissionais técnicos especializados para solucionar problemas singulares e importantes; deixa de fomentar a prestação privada de atividades de interesse público; não responde de maneira eficaz a situações de emergência.

Diante desse contexto, sob o recorte de uma espécie de contratação direta específica, a presente obra busca identificar os caminhos mais seguros para a prática administrativa. O êxito desta obra será atingido caso o leitor encontre maior segurança jurídica para atuar no âmbito das contratações de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação. Assim, espera-se contribuir para que os excessos comentados – o desvirtuamento do instituto por parte da Administração Pública e o controle excessivo e desmedido pelos órgãos de controle – sejam suavizados. É o que se apresenta na sequência.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“a licitação pública não é promovida porque encerra uma finalidade em si própria. Pelo contrário, a licitação pública é promovida porque instrumento, porque meio para o atingimento de fins específicos por parte da Administração Pública”

“para além de realizar uma comparação objetiva entre propostas, a licitação pública tende a apontar a proposta mais vantajosa à Administração”

“as hipóteses de contratação direta existem justamente porque configuram, para aquelas situações, a forma mais eficiente e coerente para que determinada necessidade pública seja satisfeita”

“o rol do art. 13 é exemplificativo e aponta para atividades frutos do intelecto humano, e não há qualquer impeditivo para a contratação de outras atividades técnicas profissionais especializadas por inexigibilidade de licitação, desde que a competição qualifique-se como inviável”

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É passada a época em que o homem se comunicava predominantemente pela forma oral ou escrita à mão, em que a informação era repassada com lentidão. A informação atualmente é eletrônica, de tráfego instantâneo, facilmente replicável e armazenável em quantidade virtualmente infinita. O aumento do fluxo de informações deu origem a um novo modelo de sociedade, em que a variedade de suas necessidades demanda um processo contínuo de inovação e de busca de soluções.

Não é difícil reconhecer que, quando em comparação com outrora, a complexidade das relações contemporâneas causa perplexidade para o observador. Vive-se em um período mais dinâmico, em que o Direito e o Estado clamam por uma reinvenção permanente, a fim de que possam dar cabo dessa inédita pluralidade de interesses e necessidades coletivas.

É de conhecimento notório e geral o impacto que as tecnologias causaram sobre as relações do homem mediante a transformação das formas pelas quais se sucedem as comunicações. Em síntese, houve um encurtamento de espaço e de tempo. Intensificou-se a possibilidade de relacionamentos. Hoje, o cidadão comum tem mais acesso à informação do que ontem; ao conhecimento, conseqüentemente, também. As benesses da comunicação permitiram a disseminação da informação e o maior confronto e alinhamento de interesses entre os indivíduos. Os indivíduos passaram a dialogar mais e de forma mais eficiente, seja com o Estado ou entre si.

Uma vez ciente desse contexto, poderia até parecer uma obviedade sustentar que a Administração Pública brasileira necessita adequar-se à contemporaneidade e adotar condutas mais condizentes com o contexto em que se posta a atual sociedade.

Sabe-se que a demanda é por uma Administração Pública dinâmica, descentralizada, criativa, responsiva, consensual, parceira, flexível, objetiva, coerente e eficiente, que se esforce ao máximo para descobrir o interesse público primário em cada caso concreto. Isso é algo dito e repetido pela ciência da Administração Pública e pelos teóricos do Direito Administrativo.

Contudo, conquanto dito e repetido, há de se reconhecer o longo caminho que ainda deve ser percorrido pela Administração Pública brasileira, que encerra em si uma estrutura que destoia da complexidade contemporânea. A sistemática administrativa encontra-se fundada em alguns dogmas que deveriam ter sido superados. Há um apego desproporcional às formas e fórmulas, em desprestígio da dinamicidade e do apreço ao conteúdo, como se o Direito Administrativo pudesse ser equiparado a uma ciência exata, matemática, com soluções predispostas e universais.

Recentemente, a Administração Pública brasileira assistiu a uma das mais contundentes demonstrações de que existe um descompasso na execução de sua missão de materializar os direitos e deveres fundamentais previstos na Constituição Federal. As manifestações populares levadas a efeito em junho de 2013, na forma de protestos que se espraiaram por grande parte dos municípios brasileiros, com nível de adesão sem precedentes para

o século XXI, revelam e exemplificam, no mínimo, que é grande o reclamo da população brasileira por uma representação mais adequada dos interesses coletivos, ou seja, por práticas mais responsivas e eficientes na gestão da coisa pública.

Quando os resultados apresentados pelo Estado não correspondem às expectativas da sociedade, a legitimidade do modelo de organização política e de gestão pública é colocada em xeque. Daí a importância de uma melhor reflexão a respeito dos caminhos possíveis para a Administração Pública brasileira.

Esse contexto também trouxe mudanças significativas sobre o Estado Democrático de Direito. Há muito tempo, a partir da consolidação teórica do regime democrático e da sujeição do Estado ao Direito, celebra-se a negação do absolutismo e das demais formas de autoritarismo.¹ Sabe-se que essas conquistas são consideradas no gênero das mais significativas já alcançadas pela sociedade contemporânea. É a partir do que deriva o núcleo central do princípio da legalidade, cujas benesses oferecidas à coletividade não são alocadas em dúvida.

A Constituição Federal sujeitou a Administração Pública brasileira ao princípio da legalidade, o que significa que todos os atos administrativos devem encontrar respaldo no ordenamento jurídico. A Administração Pública deve escorar suas condutas nas normas

¹ Como afirma Karl Larenz (1985, p. 151), a configuração do Estado de Direito visa impedir que “aqueles a quem eventualmente é confiado o exercício do poder estatal o utilizem de um modo distinto do sentido que impõe o Direito”.

hierarquicamente superiores do ordenamento, ou seja, no conteúdo normativo da legislação ordinária e da Constituição Federal.

Ocorre que, por um período significativo, muito em virtude da crença na completude democrática das leis e em sua legitimidade absoluta e presumida, costumou-se defender que a Administração Pública deveria se restringir a uma entidade meramente executória das previsões legislativas, que deveria aplicá-las de forma integral, submissa e inquestionada.

Contudo, novas problemáticas surgiram a partir do reconhecimento teórico e empírico de problemas no modelo de democracia representativa, assim como do questionamento sobre a capacidade de efetiva orientação administrativa pelas leis.

Em uma tentativa de reinventar a fórmula de atuação administrativa, mas em medida que afastasse o risco de se retroagir aos característicos do absolutismo, passou-se a se defender a concessão de uma maior – embora ainda restrita – liberdade de atuação para a Administração Pública. Defende-se hoje que a Administração Pública, perante os problemas da realidade, não deve deixar de agir em conformidade com as leis, mas, principalmente, no caso concreto, não pode destoar dos princípios e valores impostos pela Constituição Federal.

Sucedem que as leis não são capazes de descer em minúcias o suficiente para prever a cada caso concreto a solução mais adequada e conforme ao interesse público. Correr-se-ia o sério risco de se engessar a Administração Pública de tal maneira que a complexidade e a dinâmica

das relações contemporâneas jamais seriam alcançadas pelas leis.

Os princípios e os valores, justamente por se qualificarem como pressupostos de atuação, desvelam-se como fundamentos, diretrizes, bases inafastáveis que devem orientar o agente público no desempenho da função administrativa. A Administração Pública não deixou de estar vinculada e sujeita ao princípio da legalidade, o que houve foi o alargamento de seu conceito, já que o Direito nem sempre se apresenta por regras específicas e, justamente por isso, exige do intérprete um esforço maior para aplicá-lo de forma justificada.

Dessa sorte, para conciliar o Direito à realidade contemporânea, entende-se pertinente e adequado a atribuição de uma substancial valoração jurídica aos princípios e valores do Direito, especialmente àqueles registrados de forma expressa pela Constituição Federal, de forma que não fiquem abaixo das leis na escala hermenêutica.

Afinal de contas, se a Constituição Federal é, ao mesmo tempo, norma jurídica e norma condicionadora do que é jurídico, nada poderia ser mais próprio do que fundar a atuação da Administração Pública primariamente na Constituição Federal. A interpretação e a aplicação das leis, portanto, somente têm validade quando e se realizadas em conformidade com a Constituição Federal.

Sucedem que também a Constituição Federal, no mais das vezes, não desce às minúcias; pelo contrário, estabelece quais devem ser as diretrizes básicas, muitas vezes por meio de conceitos indeterminados e princípios jurídicos. A ausência de regra específica para cada caso

concreto pode assustar os mais desavisados ou acostumados com o positivismo estrito. No entanto, o texto constitucional, tal como posto, mais abstrato do que concreto na resolução dos problemas cotidianos da Administração Pública, é a solução encontrada para a diversidade de necessidades e contextos em que se encontra a atuação administrativa.

Dessa feita, o Direito Administrativo torna-se complexo tal como é a realidade contemporânea, a fim de acompanhá-la e conformá-la, sem que se saiba de antemão, sempre, qual a resposta jurídica para cada caso. O Direito Administrativo fica dependente de um verdadeiro intérprete, que analise a realidade e aplique a norma jurídica de forma a legitimá-la, justificando-a a partir da realidade fática.

Daí decorre que a Administração Pública, no século XXI, não encontra na lei a prescrição exata, absoluta e única de todas as condutas que devem ser adotadas. O agente público não poderá se escorar direta e somente na letra da lei para afastar a sua responsabilidade de promover o interesse público com o máximo de presteza e dedicação. Os instrumentos à disposição da Administração Pública são plurais, em maior número do que antigamente.

Junto com essa maior liberdade, como não poderia ser diferente, a responsabilidade daqueles que aplicam diariamente o Direito Administrativo também é aumentada.

Há que se reconhecer que a legitimidade da atuação administrativa não encontra mais seu fundamento exclusivo no atendimento submisso e cego às regras jurídicas e às leis. É preciso mais do que isso. Demanda-se

do agente público uma atuação em verdadeira conformidade também com as demais fontes do Direito e com as próprias expectativas da coletividade, que encontram parcela de seus interesses representados e gerenciados por aqueles que exercem a função administrativa, legitimando todo o aparato estatal.

A Administração Pública contemporânea, inserida no Estado Democrático de Direito do século XXI, tem o dever de adotar as decisões que forem mais consentâneas ao interesse da coletividade, analisando todo e cada caso em sua merecida peculiaridade.

Isso somente será possível a partir de um olhar mais atento ao processo administrativo. Conferindo maior liberdade ao agente público, que pode optar entre os diferentes instrumentos previstos na lei, caberá aos órgãos de controle – e à própria sociedade, que exerce o que é denominado por “controle social” – verificar a legitimidade do processo de tomada de decisões.

A preocupação dos órgãos de controle não deve se restringir ao ato administrativo decisório, mas ao processo administrativo que lhe antecedeu. Reconhecendo-se a discricionariedade do agente público, por exemplo, para determinada contratação direta, o órgão de controle tem a obrigação de verificar se o processo administrativo foi instruído de forma razoável, mas não tem o direito de interferir nessa contratação se considerar que essa não foi melhor solução.

A complexidade contemporânea não permite que se levantem soluções óbvias e premeditadas para as necessidades administrativas. É preciso pensar, ponderar,

analisar, pesquisar e decidir a partir de cada caso. Possivelmente, inclusive, diferentes agentes tenham opiniões distintas sobre a solução que seria mais adequada ao caso concreto.

Daí porque o ordenamento jurídico, e não somente as leis ordinárias, representam o quadro de atuação do agente público, que tem o dever de compreender os instrumentos jurídicos de que dispõe e investigar em detalhes qual será a conduta adequada para a conservação e promoção do interesse público perante o caso concreto.

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados, assunto versado na presente obra, encontra-se exatamente nesse contexto de relacionamentos e necessidades complexas da contemporaneidade. A Administração Pública precisa de que seus serviços sejam prestados por profissionais capacitados, especialistas, confiáveis, eficientes. Ou seja, a Administração Pública não pode correr o risco de contratar serviços especializados cuja qualidade é duvidosa ou de ser assistida por profissionais cuja confiança não compartilha.

Uma das primeiras análises pertinentes a esse tipo de contratação parte da observação de que os particulares não contratam serviços técnicos profissionais especializados da mesma forma que contratam serviços simples ou compram bens comuns. Então, por que teria a Administração Pública de fazê-lo?

Enquanto os particulares, em geral, também fazem cotação de preços entre os fornecedores de determinado produto comum, quando perante serviços especializados, preferem contratar mediante investigação mais detalhada

sobre as experiências passadas do profissional, após a oitiva de eventuais recomendações e uma análise de informações que lhes inspirem confiança, sobretudo quando o objetivo é dirimir alguma questão singular.

A mesma lógica é e deve ser válida para a Administração Pública, que, na função de conservadora dos interesses da coletividade, também procura celebrar contratos eficientes e, portanto, encontrar os serviços técnicos especializados que mais lhe convém.

A questão é que, diferentemente do mundo particular, a Administração Pública não busca somente a eficiência, visto que deve observância a princípios como a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a transparência. Ou seja, conquanto a lógica seja a mesma – a seleção do contratado deve resultar em profissional especializado e de confiança –, a eleição desse sujeito se sucederá de acordo com as regras previstas para tal procedimento.

Entretanto, por evidência, o procedimento para tal contratação não pode impedir o atingimento do objetivo maior de todo o processo. A dificuldade reside, justamente, no equilíbrio entre a discricionariedade, que é natural a qualquer contratação dessa espécie, seja no âmbito privado ou público, e os limites impostos pelo regime de direito público, que demandam do agente público uma atuação em conformidade com a legalidade.

Não há outro caminho senão reconhecer uma parcela de discricionariedade para aquele que seleciona o profissional técnico especializado, uma vez que parâmetros objetivos são incapazes de fornecer elementos seguros sobre a comparação entre esses profissionais.

Para essa tarefa, a despeito dos vícios e patologias que existem na Administração Pública brasileira, há de se reconhecer que os agentes públicos, em sua imensa maioria, são pessoas honestas, bem-intencionadas, competentes, que pretendem e intencionam promover a gestão da coisa pública com eficiência e em respeito à legalidade. Ou seja, é em tudo indevida a presunção de que essas contratações são permeadas por ilicitudes e imoralidades.

Ainda, não se pode negar o fato de que esses agentes públicos, apesar de dedicados a transformar o cenário administrativo para impactar positivamente a realidade da sociedade brasileira, sofrem com uma cultura de desconfianças em relação às atividades colaborativas do Estado. Em outras palavras, existe, de forma substancialmente espalhada, o pensamento de que as relações público-privadas do Estado vinculam-se a imoralidades e ineficiências.

A questão é que a Administração Pública contemporânea efetivamente recebe a colaboração dos particulares interessados em promover o interesse público consonante com seus interesses privados. É a realidade existente, com base constitucional, que precisa ser, em primeiro lugar, observada, interpretada e compreendida.

Como exposto, esta obra apresenta, a partir do próximo capítulo, as bases jurídicas sólidas para amparar uma forma comum de colaboração público-privada: a contratação de serviços técnicos especializados pela Administração Pública. Pretende-se explicitar os caminhos mais seguros para que dessas contratações somente benefícios sejam extraídos.

Assim, a ideia é que o procedimento para tal contratação seja sólido o bastante para afastar eventuais malefícios que decorram desse descompasso entre os propósitos da maioria dos agentes públicos e a percepção de desconfianças que comumente se encontra na sociedade brasileira.

O medo de um controle excessivo e obsessivo não pode reger as atividades dos agentes públicos, pois a eficiência administrativa somente será atingida caso consentida alguma parcela de discricionariedade e confiança. Os agentes públicos devem dispor de meios jurídicos para concretizar o interesse público, entre os quais, a possibilidade de contratar serviços técnicos especializados de forma direta, sem que haja uma presunção de ilegalidade ou imoralidade.

3. LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“a natureza singular, mencionada no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, não se refere a uma característica do sujeito que presta a atividade, tampouco ao número de possíveis prestadores do serviço, mas ao objeto da contratação”

“se singular fosse sinônimo de único, estaríamos repetindo a hipótese do inc. I, conforme asseverou o Ministro Carlos Átila, do Tribunal de Contas da União”

“o que busca a Administração Pública, em verdade, é o mesmo que buscaria um particular em uma eventual contratação de serviços técnicos especializados: um profissional bem conceituado em sua área de atuação, para que haja segurança de que resolverá a contento determinado serviço técnico profissional especializado de natureza singular”

“o grau de confiabilidade será determinante na contratação e, porquanto a subjetividade se mostra intrínseca a esse juízo (de confiabilidade do profissional ou da empresa possivelmente contratada para a realização do serviço técnico profissional especializado), está-se diante de hipótese de inexigibilidade de licitação, cabendo ser feita a escolha pelo administrador no exercício legítimo da discricionariedade administrativa”

3. LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal condiciona as contratações públicas brasileiras à prévia realização de licitação pública. Como regra geral, portanto, a Administração Pública brasileira deve promover licitação pública toda vez que pretender contratar alguém.

Trata-se de uma regra antiquíssima no Direito brasileiro, que, em verdade, encontra-se prevista desde a época em que o território nacional pertencia a Portugal, sob a vigência das ordenações Manuelinas e Filipinas.

Para o que interessa ao presente estudo, no entanto, cumpre observar que o próprio inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal ressalvou a necessidade de realizar licitação pública. Embora a realização da licitação pública seja, a princípio, obrigatória, a própria norma suprema do Direito brasileiro estipulou ressalva e delegou à legislação ordinária a competência para discipliná-la.

Sabe-se que a Constituição Federal repartiu competências legislativas e materiais entre a União, os estados e os municípios, conforme o princípio federativo. Essa repartição levou em consideração, de um lado, a relevância e a pertinência do interesse legislado, e, de outro, o equilíbrio entre a autonomia dos entes federados e a unidade do Estado brasileiro.

Nesse contexto, o inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal estabeleceu que a União é competente para legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as

Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios.

Disso é possível concluir: (i) à União cabe legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública; (ii) essas normas gerais são aplicáveis a todas as esferas da federação; e (iii) a competência dos demais entes federativos é suplementar, a fim de amoldar a legislação conforme as peculiaridades regionais e locais.

A partir dessa divisão de competências, desdobram-se algumas questões importantes. Conquanto esteja claro que apenas à União cumpre legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, fica a dúvida a respeito de qual seria o conteúdo dessas normas.

Marçal Justen Filho (2008, p. 14), sob o critério do âmbito de aplicação, leciona que as normas gerais seriam “aquelas que vinculam a todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas na órbita da União”. Sob o critério material, o autor ensina que as normas gerais seriam voltadas para “assegurar padronização mínima na atuação administrativa de todos os entes federativos” (2008, p. 16). Dessa maneira, as normas gerais não poderiam extrapolar o grau necessário e desejável de padronização, sob o risco de ferimento ao pacto republicano e à autonomia dos entes federados.

Em tese, a existência dessas normas gerais, positivadas pela União, garante a existência de uma unidade normativa básica entre os integrantes da federação, ao

mesmo tempo em que não tolhe dos demais entes federados a liberdade para amoldar o processo administrativo às suas realidades.

A doutrina administrativa aborda o tema por meio de distintos enfoques, sendo possível extrair da expressão “normas gerais” até mesmo um duplo significado. Conforme a lição de Alice Gonzalez Borges, um primeiro significado sugere que a generalidade da norma faz com esta mereça ser observada por todos os entes federados, a fim de que haja uma harmonia e uma coesão entre eles.² O segundo significado, ainda de acordo com a autora, diz respeito a um caráter restritivo à atuação do legislador de âmbito federal, respeitando-se, assim, a competência legislativa dos demais entes federativos. Ou seja, a remissão da competência da União às normas gerais automaticamente exclui a possibilidade de que a legislação federal

² Leia-se: “Gerais, é claro, todas as normas jurídicas o são. É da essência das normas o serem genéricas, abstratas e dotadas de força coercitiva. Perceria, à primeira vista, ser tautológica a expressão, mas não o é. Trata-se, ao invés disso, de noção da maior utilidade e funcionalidade. Quando a Constituição emprega o termo, quer emprestar-lhe um sentido determinado, atendendo-se à específica problemática de um Estado Federativo organizado em tríplice ordem de competências. Resume-o muito bem o Ministro Moreira Alves, em lapidar voto no julgamento da Representação nº 1.150/RS: seriam normas gerais, no sentido constitucional, aquelas preordenadas para disciplinar matéria que o interesse público exige seja unanimemente tratada em todo o País. Assim, segundo entendemos, são normas gerais aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais que têm pertinência. A bem da ordem harmônica que deve manter coesos os entes federados, evitam-se, desse modo, atritos, colidências, discriminações, de possível e fácil ocorrência”. (BORGES, 1991, p. 26.)

substitua eventual legislação regional na determinação das normas específicas para a regulação do tema.³

Isso significa que a norma promulgada pela União deve se restringir a dispor sobre o que se revelar pertinente a todos os entes federativos, sem levar ao esgotamento da matéria e à impossibilidade de haver legislação especial local. A União deve constituir base legislativa nacional para que posteriormente os demais entes federativos a suplementem conforme seus interesses próprios. Esse entendimento encontra respaldo também nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que afirma:

(...) a União tanto legisla *especificamente*, esgotando as hipóteses, quando regula as licitações no âmbito federal, quanto

³ Leia-se: “Por definição, a noção de normas gerais, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, significa uma restrição ao legislador federal, e, não, um salvo-conduto generalizado. Nas estruturas constitucionais brasileiras, o termo sempre foi empregado para limitar a competência legiferante da União, em assuntos que demandariam um enfoque particularizado, adaptável a diversas circunstâncias especiais. Dizer-se, na constituição brasileira, que a União, em matéria determinada, expedirá apenas normas gerais, significa que esse mesmo ordenamento não quer que ela discipline, integralmente, todos os seus aspectos. Quer, isto sim, que alguma coisa seja deixada à competência das outras ordens federadas, apenas lhes traçando parâmetros, balizas, de que não se devem afastar, ou que não devem ultrapassar. Implicitamente, é o reconhecimento de que aquela competência prevalecerá sobre outras competências, também incidentes sobre o mesmo assunto. Quando o constituinte quer que o legislador nacional discipline tudo, exaustivamente, sobre determinado assunto, não se refere a normas gerais. Assim é que a Constituição não diz que compete à União legislar sobre normas gerais de direito penal, ou normas gerais de direito comercial: diz que lhe cabe legislar sobre esses ramos do direito, *tout court*. O fato, mesmo, de aludir o Texto Maior a normas gerais, importa o reconhecimento de que alguém mais pode, também, legislar aquela matéria”. (BORGES, 1991, p. 27.)

legisla *genericamente*, vedada de descer à edição de regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, para não lhes invadir as respectivas reservas de competência constitucional, para regerem as respectivas licitações. (MOREIRA NETO, 2009, p. 203.)

A despeito disso, no entanto, a legislação estabelecida pela União sobre o tema é muito mais analítica do que sintética e representa praticamente toda a base normativa dos entes federados. A Lei nº 8.666/93, promulgada com esboço no referido inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal, traz um cabedal de especificidades aplicáveis a todos os entes federados. Isso ocorre porque, em regra, os entes federados não têm lei própria. Além disso, a lei federal não diferencia o que deve ser considerado como norma geral e o que deveria ser considerado tão somente como norma específica.

Dessa maneira, embora haja uma preocupação constitucional a fim de limitar materialmente o que a União pode legislar nacionalmente em matéria de licitações públicas e contratos administrativos, a realidade é substancialmente distinta, mantendo-se uma histórica tradição de sujeição local e regional às normas expedidas pela União.

De qualquer forma, em relação ao tema versado na presente obra, o entendimento praticamente uníssono é no sentido de que as hipóteses de contratação direta devem ser estipuladas por normas gerais, ou seja, por legislação federal.

É por isso que a interpretação a respeito da possibilidade de contratação direta de serviços técnicos especializados, no que se relaciona à análise normativa, perpassa

quase exclusivamente o texto da Lei nº 8.666/93, como se verá.

3.1. Instrumentalidade da licitação

Em síntese, é por intermédio do processo licitatório que se persegue a celebração de contratos administrativos. Como a Administração Pública está vinculada e submetida ao princípio da legalidade, existem regras bem postas para esse processo de seleção do particular que celebrará tal avença. Em outras palavras, a promoção e a condução do processo licitatório segue regramento procedimental positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

A licitação pública não é promovida porque encerra uma finalidade em si própria. Pelo contrário, a licitação pública é promovida porque instrumento, porque meio para o atingimento de fins específicos por parte da Administração Pública.

A primeira finalidade da licitação pública, conforme exposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, é que seja garantido o princípio constitucional da isonomia quando da seleção do particular que celebrará contrato com a Administração Pública. A observância da isonomia durante o processo licitatório fundamenta-se no direito que todos os particulares percebem em igual medida de colaborar com a Administração Pública. Por corolário, todos aqueles minimamente qualificados para celebrar a avença devem competir em igualdade de condições. A Administração Pública tem o dever de conferir tratamento equivalente aos particulares que se encontram em situação equivalente. A licitação pública, portanto, é instrumento para garantir a isonomia durante a seleção do particular que celebrará contrato com a Administração Pública.

Do mesmo modo, a observância da imparcialidade e da impessoalidade deve ser considerada como corolário do tratamento isonômico. Somente será possível tratar todos com igualdade se todos receberem tratamento impessoal e imparcial.

Como a contratação de particulares pela Administração Pública envolve o relacionamento entre agentes públicos e particulares, tal relacionamento deve ser impessoal, o que significa dizer que nenhuma conduta deverá ser adotada em virtude de intenções particulares do agente público, que sempre agirá em nome e nos interesses da Administração Pública. Além da impessoalidade, o agente público deve ser imparcial, sem tender a privilegiar direta ou indiretamente qualquer particular por razões que não justificadas na estrita observância do interesse público, ou seja, não deve desequilibrar as posições de igualdade em que se encontram os particulares.

Quando a Lei nº 8.666/93 aponta como finalidade da licitação pública a garantia da isonomia, em verdade, reconhece-se ali o principal motivo pelo qual existe o procedimento. A licitação pública é o procedimento administrativo por meio do qual os particulares interessados podem concorrer em igualdade de condições para celebrar com a Administração Pública um contrato administrativo. Essa necessidade de que sejam tratados em igualdade de condições é o que fundamenta a existência da licitação pública. Portanto, não seria um disparate afirmar que a isonomia é a causa da licitação pública, e a garantia da isonomia é, ao mesmo tempo, sua finalidade.⁴

⁴ Em defesa de que o princípio da isonomia é a verdadeira causa da licitação pública, cf. NIEBUHR, 2011, p. 34-35.

A segunda finalidade da licitação pública, também exposta no art. 3º da Lei nº 8.666/93, é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Trata-se de um objetivo vinculado ao princípio da eficiência e ao direito fundamental à boa Administração Pública. A legitimidade da Administração Pública está condicionada a uma gestão eficiente dos recursos públicos, uma vez que é isso o que se espera em resposta ao financiamento de suas atividades pelos particulares.

Por óbvio, se a Administração Pública emprega recursos públicos em suas atividades, deve utilizá-los de maneira econômica e qualitativa. Por isso é que, em licitações públicas, as propostas dos licitantes são avaliadas sob o ponto de vista econômico, visando à obtenção das propostas menos custosas, e sob o ponto de vista técnico, objetivando a boa qualidade na execução do contrato.

Somente com essa confluência entre preço e qualidade é que o administrador público, pela justa qualidade de administrador e curador de interesses de terceiros, poderá engendrar os meios adequados em sua procura pela proposta mais vantajosa, que materializará o interesse público.

A licitação pública, portanto, qualifica-se como instrumento para a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, pois é o processo competitivo por meio do qual se pretende selecionar aquele particular que oferece o melhor negócio em termos econômicos e qualitativos.

A terceira finalidade da licitação pública, inserida no art. 3º da Lei nº 8.666/93 apenas em dezembro de 2010, é a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A inserção dessa finalidade importou no reconhecimento formal e legal de que a licitação pública é instrumento de promoção de políticas públicas.

A noção de “desenvolvimento nacional sustentável”, na qualidade de objetivo do processo licitatório, desvela-se em uma série de práticas administrativas que, em outros tempos, poderiam ser consideradas como atentatórias ao princípio da isonomia ou mesmo ao objetivo de obtenção da proposta mais vantajosa. Ou seja, trata-se de uma finalidade que traz novos elementos para a compreensão do significado de tratamento isonômico e de vantajosidade da proposta, pois adiciona um novo conteúdo político, social, ambiental e, até mesmo, econômico.

Veja-se que, considerado o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, é possível, por exemplo, que a Administração Pública confira margem de preferência para produtos manufaturados e determinados serviços nacionais, resultando na possibilidade de que a proposta selecionada não seja aquela que efetivamente representa a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista exclusivamente financeiro e qualitativo.

Aceita-se, conforme o caso, que a Administração Pública brasileira pague mais caro por um produto ou serviço nacional, ainda que o benefício extraído daquela contratação seja equivalente a um produto ou serviço internacional menos custoso, a fim de que uma política econômica seja promovida. Nesses casos, portanto, a licitação pública é empregada como instrumento para a promoção de políticas públicas por parte do governo brasileiro.

Mais do que um instrumento para a obtenção da proposta mais vantajosa mediante o tratamento isonômico dos interessados, então, a instrumentalidade da licitação pública passa a servir também a políticas governamentais. Essa peculiaridade acentua ainda mais a característica instrumental da licitação pública, que, como antes exposto, não encerra em si, por sua simples realização, uma finalidade; antes, é promovida para que os objetivos da Administração Pública sejam alcançados.

Essa percepção de instrumentalidade é essencial para que se compreendam as razões pelas quais, em alguns momentos, a licitação pública não representará o procedimento adequado para a contratação pública, tendo a lei previsto, por exemplo, para algumas ocasiões, a possibilidade da contratação direta, como se verá mais adiante e ao longo desta obra.

3.2. Possíveis acepções da licitação

3.2.1. A licitação como princípio constitucional

Uma possível acepção para o instituto da licitação pública diz respeito a um conteúdo principiológico que lhe seria inerente e que, portanto, irradiaria efeitos para todo o Direito Administrativo.

Nesse sentido, há quem defenda a existência do “princípio da licitação pública”, que decorreria do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal. O princípio da licitação pública seria o resultado da amplitude da norma constitucional que obriga a Administração Pública a realizá-la, excetuadas as hipóteses legalmente determinadas.

Assim se manifestam, por exemplo, José Afonso da Silva⁵ e José dos Santos Carvalho Filho.⁶ A compreensão da licitação pública como princípio constitucional também encontra registros de acolhida em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos julgamentos das ADIs nºs 1.917⁷ e 1.827.⁸

⁵ Leia-se: “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”. (SILVA, 2006, p. 672.)

⁶ Leia-se: “Além desse mandamento, a Constituição também enunciou o princípio da obrigatoriedade de licitação. No art. 37, XXI, estabelece que, fora dos casos expressos em lei, ‘as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes’. Diante de semelhante princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 219.)

⁷ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI)**. I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. III - **Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública**. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997. (STF, ADI nº 1.917, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 24.08.2007) (Grifamos.)

⁸ EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Resolução nº 61, de 5.3.1998, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). 3. Alegação de contrariedade ao art. 175, da Constituição Federal ao efetuar a delegação de concessão ou permissão de serviços públicos, sem obedecer ao **Princípio da Licitação a que está sujeita a Administração Pública**. 4. Norma impugnada refere-se, especificamente, a uma empresa, não caracterizando-se disposição de caráter geral, abstrato e imperativo. Hipótese

José Afonso da Silva (2006, p. 672) sustenta que o princípio da licitação pública teria um caráter instrumental e se caracterizaria pela “realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”. Em síntese, a justificativa para a existência de um princípio da licitação pública está intrinsecamente vinculada à instrumentalidade do instituto para a efetiva realização de outros princípios constitucionais, como a isonomia, a eficiência, a publicidade e a moralidade.

Em vista desse entendimento, cumpre analisar se, de fato, o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal teria inserido no ordenamento jurídico brasileiro um novo princípio jurídico.

É sabido que os princípios jurídicos têm como propósito determinar o dever de materialização de algum valor. Como ensina Luiz Henrique Urquhart Cademartori (2008, p. 78), os princípios jurídicos, além do caráter axiológico, próprio dos valores jurídicos, têm caráter deontológico (o dever ser). Assim, o dever jurídico de materializar determinado valor qualifica-se como um princípio, razão pela qual o “o gradual atendimento dos valores tem o seu equivalente ao gradual atendimento dos princípios”.

Para os autores da presente obra, a melhor interpretação a respeito da licitação pública é a de que esse instituto não é um valor em si, ou seja, não tem um caráter axiológico, intrínseco, cuja materialização deve ser

não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: ADIN 1811-2-DF. 5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF, ADI nº 1827/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 17.12.1999.) (Grifamos.)

perseguida independentemente do contexto em que se encontra.

A simples realização da licitação pública, por si só, não representa um valor que deve ser sempre perseguido pelo agente público. Ou seja, a licitação pública não configura um dever de otimização, a ser materializado de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, na maior medida cabível, tal como os princípios jurídicos conforme a definição de Robert Alexy (1997, p. 162).

A licitação pública qualifica-se como instrumento da Administração Pública para atingir objetivos predefinidos e, em verdade, sua forma de aplicação pelo operador é muito mais próxima àquela que é típica das regras jurídicas.

Embora exista um dever jurídico que imponha ao agente público, em geral, a obrigatoriedade da licitação pública para a celebração dos contratos administrativos, não parece pertinente considerá-la como princípio jurídico, como algo fundamental e inseparável do Direito Administrativo, o que pressuporia a existência de um conteúdo axiológico inafastável.

A licitação pública é instrumento cujo emprego, ressalvadas as exceções legais, é obrigatório por parte da Administração. Assim, as normas regentes do instituto aproximam-se muito mais de regra do que de princípio jurídico. A licitação pública deve ser aplicada de acordo com as hipóteses fáticas previstas e para o encontro das finalidades bem definidas em lei, que moldam sua incidência e a ênfase com que sua aplicação se sucede.

Ressalte-se, de todo modo, que os parâmetros da própria distinção entre regras e princípios vêm sendo

suavizados pela doutrina especializada brasileira. A comparação entre regras e princípios passou a ser interpretada também a partir das semelhanças existentes entre as duas espécies normativas, relegando-se a visão de que seriam tipos normativos absolutamente diferentes. Leia-se o que escreveu Humberto Ávila:

Assim, a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas “no todo” e os princípios só na “medida máxima”. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente. Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação. (ÁVILA, 2001.)

Interpretando o instituto da licitação pública ao lume do que leciona Humberto Ávila, sua compreensão como regra, e não como princípio, ganha ainda mais força. Isso porque o comando normativo que determina a precedência da licitação pública para a celebração de contratos administrativos é bastante direto, autoexplicativo e autossuficiente. A conduta a ser seguida (promover licitação pública) é determinada pela norma de forma detalhada e objetiva, inclusive mediante a previsão daquelas situações em que não será necessário promovê-la, o que, como dito, não é típico de normas principiológicas.

Na mesma esteira encontra-se o pensamento de Luís Roberto Barroso (2010, p. 206), segundo o qual “o termo é utilizado, um tanto atecnicamente, para realçar a importância de determinadas prescrições que não são

em rigor princípios, como ocorre nas referências a princípio do concurso público e da licitação (ambos decorrências específicas de princípios como os da moralidade, da impessoalidade, da isonomia) ou da irredutibilidade de vencimentos”.

Nesse sentido, sustentar a existência do princípio licitatório, tal como um princípio jurídico, em sua definição tradicional, revela-se como algo questionável e é ora entendido como inadequado.

Elevar a licitação pública à categoria de princípio jurídico fundamental de Direito Administrativo poderia obter coerência nos tempos em que o Estado brasileiro, fortemente apegado a modelos burocráticos e inflexíveis, se pautava em regras e procedimentos como meio de padronizar condutas e comportamentos, visando, ao menos em tese, assegurar a lisura, a igualdade e a moralidade na Administração Pública.

No entanto, na contemporaneidade, a elevação do procedimento licitatório à categoria de princípio jurídico desvela, muitas vezes, uma posição política propensa a compreendê-lo como o único regular e legítimo para as contratações públicas, o que não é verdade, em absoluto. Nesse sentido, a lição de Carlos Ari Sundfeld:

Criou-se certo hábito, sobretudo entre órgãos de controle da Administração Pública, de chamar de “princípio” a própria licitação, isso para legitimar uma interpretação redutora de todas as regras que autorizam a contratação sem licitação. Nesse argumento, “princípio” tem claro sentido de “norma principal”. É um exemplo poderoso do jogo de interesses que pode estar por trás da identificação de princípios. Órgãos de controle tiram seu poder e influência do valor que se dê às exigências que lhes caiba controlar; é compreensível que, para crescerem

institucionalmente, eles procurem ampliar mais esse valor. Pregar o caráter principiológico da licitação é retórica útil a um projeto de poder. Mas é muito difícil sustentar racionalmente a ideia de que licitar é melhor, mais importante ou mais adequado que não licitar; são apenas modos diversos de contratar, necessários ou mais úteis em *situações diferentes* – donde a impertinência de orientar a interpretação por um critério de preferência em favor de um deles. (SUNDFELD, 2012, p. 67.)

Dessa maneira é que a licitação não deve ser assumida como princípio jurídico, pois não detém valor ou características para tanto. É, sim, um instrumento posto à disposição do agente público, de uso obrigatório pela Administração nas hipóteses legalmente determinadas. Para além de realizar uma comparação objetiva entre propostas, a licitação pública tende a apontar a proposta mais vantajosa à Administração, considerando-se a lógica econômica e, atualmente, também, o interesse estatal na regulação e no conseqüente estímulo ao desenvolvimento nacional.

Em síntese, embora haja respeitável doutrina e jurisprudência que classifique a licitação pública como princípio jurídico, o mais apropriado é considerá-la um procedimento administrativo imposto como condição para a celebração de contratos administrativos, qualificado como regra geral aplicável à Administração Pública.

Não se cuida, portanto, de um legítimo princípio jurídico, com conteúdo axiológico, que serve como fundamento para a tomada de decisões, com limites e conteúdo próprios, e sim de uma regra jurídica, obrigatória nos casos especificados pelo ordenamento jurídico, prevista para servir como meio de realização de princípios e valores jurídicos.

De toda sorte, o presente trabalho não se ocupa de tentar desenvolver maiores contornos ou definições do que venha a constituir um princípio jurídico ou uma regra. A doutrina há muito se debruça sobre o tema, sem chegar a conclusões perenes e definitivas. Estabelecem-se critérios de diferenciação, redigem-se propostas de definição, mas, como salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 394), “há um *continuum* entre dois extremos – a generalidade máxima (de alguns princípios) e a generalidade mínima (de algumas regras) –, de modo que, separando o que é notoriamente um princípio do que é visivelmente uma regra, há uma zona cinzenta, onde cabem hesitações”.

3.2.2. A licitação como procedimento

Outra acepção para a licitação pública refere-se à sua abordagem na qualidade de procedimento administrativo, o que é considerado adequado no presente estudo.

Conforme exposto, a licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo, de natureza técnico-legal, que se presta a viabilizar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, observando-se o princípio constitucional da isonomia, para o alcance da máxima eficiência possível na gestão pública e para a promoção do desenvolvimento nacional.

A alienação, aquisição ou locação de bens, a contratação de obras ou serviços, a outorga de concessão ou permissão de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público são negócios jurídicos que dependem da existência de prévia licitação pública ou de justificativa legal para seu afastamento.

Note-se que é por intermédio desse procedimento que se legitima e se perfectibiliza o contrato administrativo. A licitação pública é procedimento administrativo que condiciona a celebração da avença, fazendo com que os elementos do contrato não se distanciem daquilo que foi estabelecido no edital licitatório.

É pelo procedimento licitatório que a Administração Pública promove a disputa entre os interessados, compara as respectivas propostas apresentadas, aponta aquela que considera mais vantajosa e celebra o contrato administrativo. O caráter procedimental da licitação pública permite a fiscalização dos atos administrativos que lhe compõem, uma vez que as razões de fato e de direito que motivaram e fundamentaram a escolha do interessado que celebrará o contrato administrativo ficam formalmente registradas.

Para atingir seus propósitos, o certame deve necessariamente provocar a mais ampla e justa competição entre os interessados, o que significa, também, que as barreiras de entrada na licitação pública devem ser as menores possíveis. Por essa razão, a Constituição Federal, no inc. XXI do art. 37, estabelece que o procedimento licitatório deve conter apenas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A acepção da licitação pública como procedimento administrativo, nesse sentido, é compatível com a ideia de instrumento à disposição e em benefício da Administração Pública. É por meio desse procedimento administrativo que o Poder Público, interpretando determinados pressupostos de ordens fática, lógica e jurídica, alcança

a eficiência em sua gestão e materializa os demais princípios jurídicos típicos da ordem administrativa.

Destaque-se que a realidade contemporânea impõe mudanças na forma de interpretar a sistemática normativa atinente às licitações públicas. Em especial, deve-se notar que a gestão pública vem incorporando condutas voltadas à maior eficiência e qualidade em sua atuação, o que se evidencia, por exemplo, com a inserção do próprio **princípio da eficiência** no art. 37 da Constituição Federal.⁹

É com escopo nesse objetivo de alcançar eficiência e qualidade, portanto, que se reconhece na licitação pública sua devida natureza procedimental, como etapa burocrática necessária para a formalização de uma relação jurídica negocial pelo Estado.

Considerando a licitação pública um procedimento instrumental, cumpre relembrar a lição de Adilson Abreu Dallari (2000, p. 35), segundo o qual “quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência”.

Assim é que, embora o procedimento licitatório siga à risca as regras e princípios do processo administrativo, incluindo o apeço à formalidade, eventuais falhas formais durante sua realização, que não tenham influência sobre os atos decisórios, podem ser corrigidas, superadas ou sobrelevadas.

⁹ A Emenda Constitucional nº 19 conferiu ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal a seguinte redação: “Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

De outro ângulo, é possível que a própria licitação pública seja considerada formalidade burocrática inócua ou até prejudicial. Nesses casos, o procedimento representará um empecilho e, se houver permissivo legal, deverá ser afastado para que a efetiva concretude dos princípios e valores constitucionais possa ser alcançada.

A resposta à necessidade de licitação pública, portanto, será sempre casuística e vinculada à confirmação circunstancial e prévia da presença de seus pressupostos legais. Quando não for preenchido algum dos pressupostos que atraem a incidência da licitação pública, seu lançamento não representará uma conduta necessária. É dizer: na qualidade de procedimento administrativo, de instrumento, sua efetivação deve ocorrer após a correta configuração de um plexo de pressupostos.

Sob a perspectiva material, a licitação pública deve configurar, no caso concreto, instrumento apto ao atingimento das finalidades pretendidas. Sabe-se, por exemplo, que a licitação pública não representa o instrumento adequado para a seleção de interessados em celebrar contratos de baixo valor, visto que a simples promoção do certame oneraria demasiadamente a Administração Pública, tornando a seleção de proposta apresentada em licitação pública menos vantajosa quando considerados os custos do procedimento de seleção. Assim, para contratos de valor pouco significativo, a legislação brasileira permite que a proposta seja obtida de outra forma, diretamente, justamente para evitar a licitação pública, dispensando-se o certame.

Em outro exemplo, lembre-se que não caberá a realização de licitação pública quando a competição se caracterizar como inviável. Como pressuposto licitatório, devem

existir diferentes potenciais executores do objeto a ser contratado e deve ser possível comparar as respectivas propostas por meio de critérios objetivos. Assim, quando a competição restar inviável, a legislação brasileira determina que a licitação pública não será exigida, como se verá mais adiante.

É o que ocorre também quando o bem pretendido pela Administração Pública é único, sem equivalente no mercado. Nesse caso, é evidente que não há qualquer propósito em promover licitação pública, uma vez que não haverá comparação entre diferentes propostas. O mesmo é válido para o caso em que há apenas um único ofertante capaz de prestar determinado serviço ou quando não existe meio de comparação objetiva entre os diferentes interessados.

Para o que interessa à presente obra, destacam-se os casos em que, apesar de existirem diferentes prestadores de serviço aptos a satisfazer a necessidade da Administração Pública, o serviço técnico a ser prestado é singular, ou seja, tem natureza e características especiais, vinculadas a parâmetros subjetivos cuja comparação é inviável. Nesse caso, a licitação pública, considerada a partir de sua aceção procedimental, não será adequada para o atingimento dos objetivos que lhe suportam. Nesse sentido, a lição de Márcio Cammarosano:

Segue-se, portanto, mesmo do ponto de vista lógico, além do jurídico, que quando, por alguma razão adequada, não houver viabilidade, isto é, possibilidade de disputa real, de competição entre eventuais interessados, licitar será inexigível. Mais do que inexigível, será esforço que se sabe de antemão destinado ao fracasso. Pura perda de tempo, que atenta contra os princípios da finalidade de interesse público e da economia. Não é de se estranhar, portanto, que alguns autores

afirmem que os casos de inexigibilidade de licitação constituem casos em que, em rigor, a licitação é, verdadeiramente, proibida. (CAMMAROSANO, 1995, p. 470.)

Portanto, em complemento à opinião exposta no tópico anterior, não há um princípio jurídico que induza invariavelmente à prática da licitação pública; licitar, em verdade, é uma das possíveis formas e, certamente, a principal, para que a Administração Pública identifique a possibilidade de emprego de recursos públicos em um ato de seleção e contratação.

A compreensão da licitação pública como procedimento administrativo é pertinente para a conclusão de que o instituto não deverá ser promovido quando impróprio para o atingimento das finalidades que lhe formatam. Assim, a licitação pública é apenas um dos diversos instrumentos hábeis a identificar a pessoa que irá contratar com a Administração Pública, embora, na prática, represente o principal e, como regra, deva ser empregado.

No entanto, sua instrumentalidade, qualidade típica da natureza dos procedimentos administrativos, exige que seu uso ocorra somente quando compatível com as finalidades pretendidas, de acordo com as características de cada caso concreto.

3.2.3. A função regulatória da licitação

Em uma perspectiva histórica, tanto a doutrina como a jurisprudência e a própria legislação restringiram os objetivos da licitação à efetivação de uma seleção isonômica entre os interessados e à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Ocorre que, recentemente, como visto, uma nova função foi conferida à licitação pública: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Esse desígnio foi incorporado pelo art. 3º da Lei nº 8.666/93 após a promulgação da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

A referida alteração legislativa, que trouxe uma terceira finalidade para o procedimento licitatório, ocorreu a partir da ideia de que o instituto poderia e deveria servir como um instrumento de regulação e intervenção no mercado, o que revela, assim, uma função regulatória por meio da licitação pública. Essa acepção da licitação pública pode ser percebida em outras expressões, cada qual com suas adaptações, a exemplo da “função social da licitação”¹⁰ ou da “licitação sustentável” (BIDERMAN; MACEDO; MONZONI, 2006) que consistem em abordagens similares sobre uma mesma problemática.

Marcos Juruena Villela Souto (2008) situa a regulação como decorrente do princípio da subsidiariedade e assevera que “a regulação representa a disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social”. Perceba-se que não é nesse sentido específico, de disciplina jurídica da atividade econômica privada, que se assenta a função regulatória da licitação pública. Trata-se de uma função regulatória em sentido mais amplo, como uma política pública de intervenção administrativa no mercado para a promoção de valores constitucionalmente assegurados pela Constituição Federal.

Assim, a Administração Pública também se vale da licitação pública para estimular determinados setores do

¹⁰ Assim o faz Daniel Ferreira (2010, p. 49).

mercado brasileiro e, conseqüentemente, refrear as práticas comerciais consideradas como menos adequadas para o atingimento daqueles valores. Ou seja, a licitação pública, em sua função regulatória, de natureza administrativa, é empregada como “um instrumento para promover conscientemente os fins essenciais do Estado”, como define Marçal Justen Filho (2010, p. 652). Em outra passagem, o autor esclarece:

Regulação é um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização dos valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 40.)

A despeito dos diferentes posicionamentos ideológicos sobre o uso da licitação pública para fins de política pública, a questão é que essa prática tem base constitucional. Ainda que não se concorde, sob a perspectiva política, com essa opção, a função regulatória da licitação pública é constitucional e está de acordo com o princípio da legalidade.

Veja-se que o art. 170 da Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais da ordem econômica, entre outros, a redução das desigualdades regionais e sociais, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de suas atividades.

O art. 174 da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica,

na qualidade de agente normativo e regulador. Ao se valer da licitação pública para exercer sua função regulatória, o Estado brasileiro está exercendo as funções de incentivo e de planejamento. Lembre-se que a função regulatória não se restringe à regulamentação normativa, abrangendo também a intervenção direta.

Trata-se, portanto, de uma postura estatal que rompe com a posição inercial, de abstenção, consistindo em ação que se pretende indutora e orientadora, que estimula ou desestimula comportamentos da iniciativa privada, de acordo com o ganho econômico-social potencialmente auferível por intermédio delas.

A passagem do Estado brasileiro prestador, próprio de um período significativo do século XX, para o Estado brasileiro regulador, mais afeito ao século XXI, não afastou completamente a intervenção desempenhada pelo Estado na economia. Embora tenha se compreendido que o Estado deveria deixar de assumir a execução direta de atividades econômicas, o ordenamento jurídico brasileiro reflete a ideia de que seria igualmente insuficiente que o Estado apenas permitisse que os particulares atuassem livremente.

A justificativa que sustenta esse modelo regulatório de Estado é o entendimento de que, ao cessar a realização direta de determinadas tarefas, o ente estatal necessita regular as atividades econômicas desempenhadas diretamente pela sociedade para que se atinja um grau seguro de autonomia e para que se possa efetivamente suprir as necessidades e os anseios sociais.

Atribui-se, portanto, ao Estado, ao menos teoricamente, uma diretriz que demanda uma estrutura enxuta,

mínima, de máxima eficiência, mas que orienta, regula, fomenta e fiscaliza as atividades econômicas, intervindo diretamente quando autorizado e se necessário.

A função regulatória da licitação pública, portanto, apresenta-se e justifica-se como uma postura de governo em prol do desenvolvimento nacional sustentável. Tor-na-se lícito que algumas atividades desenvolvidas pelos particulares sejam estimuladas, enquanto outras, desestimuladas, a depender dos critérios sociais, ambientais ou econômicos considerados essenciais pelo Estado.

Nesse contexto é que critérios e parâmetros inseridos no procedimento licitatório podem se revelar um importante instrumento dessa função regulatória, atribuindo-se, por exemplo, vantagens aos licitantes que apresentem produtos manufaturados e serviços nacionais em detrimento de licitantes que apresentem objetos distintos.

Sob o nome de “função social da licitação pública”, Daniel Ferreira comenta:

E nisso reside a cogitada “função social da licitação pública” apresentar-se, sempre que possível e cumulativamente, como um instrumento para a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como dos demais valores, anseios e direitos nela encartados, sem prejuízo de outros, assim reconhecidos por lei ou até por uma política de governo. (...)

Ou seja, pelo fato de a *promoção do desenvolvimento nacional* ter assumido status de finalidade, *pari passu* com a de *garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa*, a ordem legal vigente passa a exigir dos agentes públicos uma nova postura, pela evidente quebra de paradigma e exigência de fiel cumprimento da lei, não apenas como forma de resguardá-los de uma resposta sancionadora disciplinar por seu eventual descumprimento,

como, em especial, para garantir a própria validade do certame e da consequente contratação. Destarte, o que antes se aludiu como um fim remoto, indireto, mediato da licitação (a promoção do desenvolvimento nacional, (...) “apenas” com lastro na Constituição) não mais assim se revela, passando ele a integrar o “novo” e cada vez “mais complexo” interesse público objetiva e primariamente perseguido pela licitação. (FERREIRA, 2010, p. 49-64.)

Uma maneira frequentemente empregada para fazer referência a essa espécie de licitação pública é a expressão “licitação sustentável”, que remete com bastante ênfase à ideia de que as licitações públicas e os contratos administrativos devem considerar preocupações ambientais. Sobre o tema, leia-se:

A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. A licitação sustentável é também conhecida como “compras públicas sustentáveis”, “ecoaquisição”, “compras verdes”, “compra ambientalmente amigável” e “licitação positiva”. (BIDERMAN; MACEDO; MONZONI, 2006, p. 21.)

É de se notar a similitude do conteúdo das três denominações (função regulatória, função social e licitação sustentável). Todas elas se referem a uma nova orientação ao certame licitatório para **fins mediatos**, além do básico e imediato tratamento isonômico dos concorrentes e da obtenção da proposta mais vantajosa, a que comumente se aponta. A licitação, orientada por valores de sustentabilidade (não só ambiental, mas também social

e econômico), assume um novo norte para a comparação dos objetos e, por consequência, altera o produto obtido por meio da licitação pública.

Atualmente, a função regulatória de que se investe a licitação é bastante evidente, podendo-se apontar alguns marcos legislativos: (i) a Lei Complementar nº 123/06, (ii) a Lei nº 9.648/98, que, entre outras providências, altera a Lei nº 8.666/93 e prevê a formação de Contrato de Gestão com Organizações Sociais mediante dispensa de licitação; e (iii) a Lei nº 12.349/10, que modificou a Lei nº 8.666/93 e, entre outras providências, inseriu o desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação pública e previu margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais.

No primeiro caso, a Lei Complementar nº 123/06 assegura que, em caso de empate na licitação pública, haverá preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, o que representa o interesse estatal em promover o crescimento do número de pessoas jurídicas dessa natureza e também sua representatividade nas atividades econômicas, fazendo com que a Administração dê preferência a elas, em detrimento às grandes corporações, para firmar contratos.

A Lei nº 9.648/98, por sua vez, inseriu o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93,¹¹ dispensando a Administração

¹¹ “Art. 24 É dispensável a licitação: XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Pública do dever de licitar quando da formação de Contratos de Gestão com Organizações Sociais. A justificativa da dispensa vai além da simples ausência de intuito lucrativo e da natureza beneficente da pretensa contratada: a dispensa de licitação consiste em uma importante forma encontrada pelo legislador para estimular a sociedade a se articular e a agir de modo a suprir necessidades públicas, para que passe a complementar, auxiliar ou até substituir o Estado na realização dessas atividades, em conformidade com o princípio da subsidiariedade.¹²⁻¹³

A Lei nº 12.349/10, por sua vez, alterou a Lei nº 8.666/93 e conferiu margem de preferência na contratação de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, o que também revela o mencionado intuito regulatório que busca impulsionar o desenvolvimento nacional em longo prazo, mediante estímulo para o crescimento da tecnologia, da

¹² “O princípio da subsidiariedade ressurgiu como justificativa de um Estado subsidiário – alternativo ao Estado do Bem Estar Social ou Providencial – que restringe o atuar do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada”. (ROCHA, 2006, p. 19.)

¹³ “A subsidiariedade busca sua origem na expressão latina *subsidium*, que expressa ajuda ou socorro, indicando que o papel a ser realizado pelo Estado deve ser compreendido em função dos objetivos individuais de cada pessoa. Nesse passo foi concebida como um mecanismo de defesa da autonomia individual, segundo o qual deveria ser dada ao indivíduo a prioridade para buscar e satisfazer seus próprios interesses e, só depois de verificada a sua impossibilidade de obter satisfação sozinho, outra esfera superior deveria se ocupar de tal intervenção”. (FALCÃO et al., 2011, p. 21.)

produção, do comércio e do emprego de mão de obra nacionais.

Ao ser pautado por critérios dessa natureza, que quebram a ideia cartesiana de igualdade entre os competidores e comparação absolutamente equitativa de suas propostas, a licitação pública se revela como mais um instrumento apto a concretizar a função regulatória do Estado.

3.3. Contrato administrativo

Assim como em relação às licitações públicas, as normas gerais sobre os contratos administrativos estão disciplinadas na Lei nº 8.666/93, mais especificamente em seu Capítulo III.

O contrato administrativo representa a forma mais comum de colaboração público-privada. A Administração Pública, que é responsável por empreender a função administrativa do Estado, contrata com os particulares para obter a satisfação de suas necessidades e finalidades. Esse contrato não equivale a um contrato comum, pois a simples participação da Administração Pública importa na modificação do direito a ele aplicável, pelo que é, então, denominado contrato administrativo.

Em linhas gerais, para que um contrato administrativo exista, a Administração Pública deve ter identificado alguma necessidade afeita ao interesse público e planejado uma solução para satisfazê-la, tendo descoberto que a melhor solução seria harmonizar seus interesses com os particulares mediante contrato. Entende-se que, nas oportunidades em que a Administração Pública perceber que a contratação de um particular é a solução mais

adequada, sob o critério do interesse público, para satisfazer determinada necessidade, ela deve assim proceder (SCHIEFLER, 2014).

Como essa solução envolve a colaboração de algum particular, reclama-se a seleção daquele que irá celebrar o ajuste com a Administração Pública. Assim, em respeito ao direito que todos compartilham, em igual medida, de prestar assistência à Administração Pública na consecução do interesse público, a seleção do futuro contratado deve permitir a participação de todos os interessados qualificados. Deve-se respeitar a isonomia existente entre os particulares. Ninguém deve ser privilegiado pela Administração Pública, pois todos percebem condição de igualdade. É justamente em virtude disso que o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal determina que, regra geral, essa seleção deve ser levada a efeito por licitação pública.

Os contratos administrativos diferenciam-se dos contratos comuns porque se submetem a regime jurídico próprio. Aplicam-se-lhes apenas supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, e seu regramento, então, é repleto de regras de direito público.

Entre as regras de direito público, destacam-se as prerrogativas que são conferidas por lei à Administração Pública. Ao contrário do que se sucede nas negociações privadas, em que todas as competências e obrigações são pactuadas livremente, nos contratos administrativos a Administração Pública sempre carregará algumas prerrogativas, por exigência legal. Entre elas, vale registrar a prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, de rescindi-lo, de fiscalizar sua execução e de aplicar sanções ao contratado em caso de inexecução. Ainda, no

caso de serviços essenciais, a Administração tem a prerrogativa de ocupar os bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, a fim de dar continuidade a esses serviços enquanto apura administrativamente as faltas contratuais cometidas pelo contratado.

Perceba-se que, embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha confiado uma série de prerrogativas à Administração Pública, o contrato administrativo reveste-se de consensualidade, visto que inexistente a obrigatoriedade de celebração do referido contrato. Portanto, o particular deve se interessar no contrato administrativo e, por isso, a sujeição a essas prerrogativas deve ser, de alguma forma, compensada.

Para equilibrar essa variedade de prerrogativas conferidas à Administração Pública, o ordenamento jurídico brasileiro conferiu ao particular o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que se estabelece a partir da apresentação de sua proposta à Administração Pública. O inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal assegurou a manutenção das condições efetivas da proposta, o que significa que, por mais que Administração Pública exerça suas prerrogativas no âmbito dos contratos administrativos, o particular terá direito à revisão contratual, a fim de que, sob o ponto de vista econômico-financeiro, não haja desvantagem.

Para além da questão formal a respeito do que caracterizaria o instituto do contrato administrativo, é relevante destacar o que, em outra oportunidade (OLIVEIRA, 2008), um dos autores da presente obra apresentou como o fenômeno da contratualização administrativa: uma nova postura governamental, expressão da administração consensual, de substituição das relações administrativas

baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca.

As razões dessa transição se encontram principalmente nas atuais características da própria sociedade contemporânea, que apresenta nova configuração e novos padrões de interação em uma lógica difusa e dinâmica: a sociedade em rede.

O Estado, por sua vez, também altera sua arquitetura. Disseminam-se os centros de decisões políticas e administrativas mediante práticas de desconcentração e de descentralização, justamente o que faz surgir o que se denomina Estado em rede. A convergência do Estado em rede com a sociedade em rede leva ao fenômeno do governo global, entendido como a convergência negociada de interesses e políticas dos governos nacionais (OLIVEIRA, 2008, p. 45).

Nesse contexto, exsurtem os métodos de ação negociada, que deram ensejo à nova contratualização administrativa, como aponta Jean-Marie Pontier:

O termo “contratualização” deriva do termo “contrato”, mas é muito mais amplo que esse último, pois não evoca unicamente um ato que é a concretização jurídica de um acordo de vontades, mas sim um conjunto de atividades ou um modo de relações entre as pessoas. A contratualização significa a substituição das relações baseadas na subordinação ou comando por relações fundadas na discussão e na troca. Nesse sentido, a contratualização torna-se uma forma normal ou habitual entre as pessoas. (PONTIER, 1998, p. 17.)

Jacques Chevallier (1999, p. 403) explicita que, “de um modo geral, a contratualização implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por

relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso”. Por isso, para o autor, a contratualização “supõe a aceitação (ao menos tendencialmente) do pluralismo administrativo, do fato que existe no aparelho administrativo atores, individuais e coletivos, dotados de uma capacidade de ação e de decisão autônoma (...), dos quais é necessário obter a cooperação e adesão” (1999, p. 403).

A expansão do **consensualismo** e da **contratualização** requer e enseja que os instrumentos jurídicos assumam novas funções. O contrato administrativo, antes uma espécie de instrumento, limitado e estanque, agora deve ser adequado a atender a necessidades e objetivos bem distintos, passando a ser referido como gênero de possíveis instrumentos.

Com efeito, o reconhecimento cumulativo dos critérios assinalados em técnicas, medidas ou experiências negociais permite a conclusão de que se está perante um modelo que corresponde à nova contratualização da Administração Pública. Assim, não é equivocados defender a existência de um **módulo consensual da Administração Pública**, o qual englobaria todos os ajustes passíveis de emprego pela Administração Pública – e não somente o contrato administrativo – para a consecução de suas atividades.

O fenômeno da contratualização, como gênero, abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, os protocolos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, as parcerias público-privadas, os termos de colaboração, os termos de fomento e os próprios contratos administrativos tradicionais, entre outras figuras de base

consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira.

Essa acepção do termo “contratualização” pode, por algumas vezes, ser substituída pela simples menção a “contrato”, razão pela qual o nome designado à determinada avença não interfere em sua natureza jurídica (OLIVEIRA, 2010, p. 224 e 225).

3.4. A contratação direta – Dispensa e inexigibilidade

Como exposto, o dever de promover a licitação pública foi estabelecido pelo inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.¹⁴ Assim, como regra, as contratações administrativas devem ser precedidas do procedimento licitatório. Ou seja, sempre que for cabível e possível, a Administração Pública deve promover a licitação pública, o que se configura uma condicionante para a celebração do contrato administrativo.

Conquanto a regra prevalecente seja a realização de licitação pública, o ordenamento jurídico brasileiro estipula situações em que o melhor atendimento do interesse público dependerá de uma contratação direta. São exceções pontuais que visam conformar o interesse público

¹⁴ “Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

naquelas ocasiões em que a melhor solução é não promover a licitação pública.

O ponto é que não se pode inferir que haja uma prevalência ou uma preferência em favor da regra geral (promover a licitação pública), em demérito das hipóteses de exceção (contratar diretamente).

O que há é um tratamento igualitário entre as hipóteses de previsão de licitação pública e de contratação direta, o que se justifica a partir da observação de que ambos se encontram previstos no mesmo dispositivo constitucional. Nesse panorama, “regra” e “exceção” encontram idêntica guarida constitucional, sendo desimportante, para a avaliação de maior ou menor importância, que as exceções sejam regulamentadas em legislação ordinária.

Em outras palavras, não se pode considerar que a contratação direta configura um procedimento menos nobre ou mais arriscado quando o ordenamento jurídico brasileiro lhe prescreve as hipóteses cabíveis. Pelo contrário, as hipóteses de contratação direta existem justamente porque configuram, para aquelas situações, a forma mais eficiente e coerente para que determinada necessidade pública seja satisfeita.

Embora haja uma evidente preferência pela aplicação da licitação pública como condicionante para a celebração dos contratos administrativos, essa preferência não se transfere para os casos ressalvados na legislação. O que ocorre é o oposto, quando a legislação ressalva da licitação alguma hipótese de contratação, surge uma preferência pelo modelo de contratação direta, e a própria

realização da licitação pública deve ser detalhadamente motivada.

Insista-se que a regra fixada na Constituição Federal foi a de que as contratações pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação pública. Contudo, o mesmo dispositivo delegou ao legislador ordinário a tarefa de revelar as hipóteses em que não haveria o dever de realizar o procedimento licitatório. No exercício dessa competência, atualmente, as normas gerais de licitação pública, estabelecidas pela União por intermédio da Lei nº 8.666/93, disciplinam as contratações diretas por meio da dispensa de licitação e da inexigibilidade de licitação.

Defende-se, neste estudo, que a delegação da regulamentação detalhada das hipóteses de contratação direta, matéria para o plano infraconstitucional, é medida acertada, pois notadamente mais adequada para o acompanhamento das alterações da realidade. A medida preveniu um inchaço ainda maior da Constituição Federal e o risco de ulteriores e sucessivas modificações.

A escolha foi positiva porque, ao menos na opinião dos autores, a Constituição Federal deve representar, em essência, um documento que contém apenas as normas essenciais da sociedade. Esse nível de detalhamento legal, que envolve a previsão de hipóteses fáticas específicas, deve ser repassado à legislação comum, mais flexível e adaptável às alterações da realidade. Sob o viés prático, também, a medida é louvável, pois as necessidades da Administração Pública se modificam com certa frequência, o que implicaria o afastamento entre o Direito e a realidade se esse nível de detalhamento constasse da Constituição Federal, cuja alteração é sabidamente mais rara. Ou seja, é preciso reconhecer que novos modelos

de gestão, serviços e produtos surgem com regularidade e representam situações não previstas pelo ordenamento jurídico. Assim, é absolutamente indesejável que pequenas inovações no mundo real ou provenientes da tecnologia jurídica demandem emendas à Constituição Federal,¹⁵ sendo mais adequado que a legislação ordinária cuide dessas adaptações.

Outra justificativa para que, hierarquicamente, a regra da licitação pública e a exceção da contratação direta sejam equiparadas reside na identificação do procedimento licitatório como instrumento voltado a atender ao interesse público.

Há casos em que a formalidade e a objetividade da licitação pública auxiliam na análise de custo e benefício, revelando-se a proposta mais vantajosa para Administração Pública. Há outros casos, no entanto, em que a licitação pública implica gastos inúteis e desnecessários, uma vez que o procedimento não se mostra hábil a conduzir à melhor escolha.

¹⁵ Vale lembrar as palavras do Ilustre constitucionalista Paulo Bonavides (2011, p. 95), que, ao analisar os males de uma constituição formalista, asseverou: “o texto dessa Constituição se esvaziava de significado; a Sociedade, caminhando com os próprios pés aumentava cada vez mais a distância entre ela e o falso país constitucional, ou seja, não se dobrava aos devaneios de uma rigidez esterilmente preconcebida. O resultado logo se fazia sentir: a frequência e sucessão de golpes de Estado, trazendo a instabilidade constitucional, que esteve presente em todas as ocasiões na crise do Estado liberal e fez o descrédito da Constituição pelo seu aspecto jurídico. Um abismo se cavava, portanto, entre as promessas do idealismo constitucional e os efeitos do formalismo constitucional, cujo malogro em grande parte derivou de haver a Constituição se apartado da Sociedade, dotada de forças que ela não comandava e pelas quais passou a ser comandada”.

Dessa sorte, a exigência de que a Administração Pública realize licitação pública mesmo quando o objeto não se coaduna com as características formais e objetivas desse procedimento representa medida irrazoável e contrária ao interesse público. Não é porque se trata de um procedimento administrativo isonômico e objetivo que outros procedimentos, com maior carga discricionária, sejam contrários ao interesse público.

Não há imprudência em comparar a situação ao universo das relações particulares. Não há dúvidas de que, quando diante de uma compra de um bem comum, encontrado sem muita dificuldade no mercado, a postura comumente considerada a mais adequada para o particular é a cotação de preços em diferentes estabelecimentos. Nesses casos, sabe-se exatamente qual é o bem que satisfará aquela necessidade previamente identificada.

Tanto é assim que, por exemplo, existem inúmeros sítios eletrônicos responsáveis pela cotação e comparação de preços de bens comuns (eletrônicos, eletrodomésticos, cosméticos, bebidas, roupas e até móveis domésticos).

Em sentido diametralmente oposto, veja-se que a contratação de serviços especializados não se sucede tal como a contratação de bens comuns. No universo das relações particulares, as contratações de serviços técnicos especializados levam em consideração critérios menos objetivos. Outros parâmetros, de difícil comparação, são levados em consideração pelo contratante, como a relação de confiança que o profissional nutre, seu nível de notoriedade no meio profissional pertinente e suas experiências passadas.

É assim que ocorre, por exemplo, com a contratação de advogados, médicos, odontólogos, artistas, contadores, engenheiros e professores. Nesses casos, é evidente que o preço do serviço é um fator relevante, mas não é o único fator, tampouco, no mais das vezes, o principal. Desde que se encontre em uma faixa de mercado compatível com o que se espera, o contratante aceita celebrar o contrato mesmo que aquele profissional não revele a proposta comercial mais vantajosa.

A relevância do fator preço para a contratação de serviços técnicos especializados torna-se ainda menor conforme a singularidade do objeto do contrato a ser executado. Ou seja, quanto maior a importância e a especialidade da necessidade a ser satisfeita por intermédio desse profissional, menos relevante será o quesito “preço” no momento da decisão sobre quem será o contratado.

Essas considerações, absolutamente válidas para o universo das relações particulares, também o são para a contratação de serviços técnicos especializados pela Administração Pública, que conferiu ao agente público uma margem maior de discricionariedade para a seleção do profissional que será contratado.

Como se verá, no entanto, a contratação desses serviços de forma direta está condicionada a alguns parâmetros, entre os quais, a singularidade do objeto a ser executado. Entendeu-se que, em alguns casos, mais comuns e regulares, em que uma ampla gama de profissionais tem capacidade de executar o objeto com técnica similar, embora haja uma natural dificuldade de comparação entre profissionais e propostas, a licitação pública será o caminho mais adequado.

No entanto, quando os pressupostos fáticos para a contratação direta forem configurados nos termos da lei, a seleção do contratado por outros meios que não a licitação pública representa a medida mais adequada para a conformação do interesse público. É por essa razão que o agente público precisa encontrar segurança jurídica para promovê-la, sem que seja submetido a uma desconfiança prematura e a um controle excessivo. Sobre o tema, Renato Geraldo Mendes é categórico:

A legalidade não está em licitar sempre, mas apenas nos casos indicados na ordem jurídica, isto é, quando reunidos os pressupostos. Da mesma forma, não se pode realizar a dispensa ou a inexigência com sentimento de culpa, como se estivesse fazendo algo ilegal. Portanto, a adoção da licitação em caso de inexigência é tão ilegal como a sua não realização quando cabível. A inexigência é a regra quando ausentes os pressupostos que determinam a licitação, bem como a sua dispensa poderá ocorrer quando, mesmo presentes os seus pressupostos, houver autorização legal para o seu afastamento. A ideia de regra e exceção na ordem jurídica é um valor relativo. (...)

É equivocada a afirmação de que a licitação é regra, e a inexigibilidade é a exceção. A licitação será a regra se a competição for viável. Por outro lado, se a competição for inviável, a regra será a de inexigência. Portanto, a ideia de regra e de exceção é relativa, pois é determinada em razão da possibilidade de competição. (MENDES, 2012, p. 229-230 e 341.)

A utilização de instrumento inadequado para atingir a finalidade pretendida, como a realização de licitação pública nas hipóteses em que a contratação direta é prevista e preferível, configura uma violação ao princípio da eficiência. Haveria, nesse caso, um equívoco insuperável: para buscar a eficiência no uso de recursos, promover-se-ia a licitação; contudo, por ser instrumento inadequado

para a seleção do futuro contratado, em verdade, licitar representaria uma medida ineficaz.

Lembre-se que o agente público, no exercício da função administrativa, deve interpretar a realidade da Administração Pública a partir de suas possibilidades materiais e, fundando-se no ordenamento jurídico, tomar as decisões administrativas de forma a praticar bem (eficiência) as condutas corretas (eficácia) que materializarão o interesse público (efetividade).¹⁶ De nada adianta promover uma licitação pública de forma adequada e zelosa se essa opção não representar a conduta correta para materializar o interesse público.

É o que um dos autores do presente estudo já teve a oportunidade de se manifestar, no sentido de defender que, na prática administrativa, não basta ser eficiente caso a conduta não seja eficaz. Leia-se:

Em ordem, o agente público deverá primeiro identificar o conteúdo a ser considerado como o interesse público diante daquela realidade ou problemática específica, cujo alcance representará a sua finalidade (o que deve ser efetivado), para então traçar os meios que lhe permitirão atingi-lo (os meios eficazes, respeitado o juízo de proporcionalidade), para então empreendê-los de forma a potencializar a aptidão desses meios (empregar os meios com eficiência, novamente, respeitando-se o juízo de proporcionalidade). Os atos administrativos

¹⁶ Destaque-se que, embora a eficiência seja mais lembrada como princípio de direito público do que a eficácia, ambos encontram-se positivados na Constituição Federal. O princípio da eficiência, no art. 37, e a eficácia, como valor a ser alcançado, o que, a depender do conceito, também pode ser denominada como princípio, no inc. II do art. 74, que determina que os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) mantenham sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão de suas atividades.

devem ser eficientes e eficazes em favor do interesse público, seja em relação a problemáticas econômicas ou jurídicas. (SCHIEFLER, 2014).

É verdade que o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, caracteriza-se por sua natureza econômica com ênfase muito maior do que sua natureza jurídica. Justamente por isso é que a eficácia das condutas adotadas pela Administração Pública, que é conceito também predominantemente econômico, deve ser levada em boa consideração quando da eleição do procedimento administrativo a ser adotado. Leia-se o comentário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

De um lado, o conceito de *eficiência* foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da Revolução Industrial, ocasião em que começou a ser definido como a *relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados*, daí passando à Economia, onde se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de *produtividade*, ou seja, *uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos*, daí passando à administração privada e à pública.

De outro lado, destaca-se a sua *origem em estudos jurídicos doutrinários* de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de *poder-dever de administrar*, como afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a *eficácia*, para estabelecer, como um passo adiante, o *dever da boa administração*, passando a ser respaldado pelas novas *concepções gerenciais*, voltadas à busca da *eficiência* na ação administrativa pública. (MOREIRA NETO, 2009, p. 117.)

Se determinado procedimento não é o mais adequado ou apto à consecução do objetivo que se pretende, não há nenhuma razão em adotá-lo. O princípio da eficiência, nesse sentido, é determinante para que a

Administração Pública lance mão de outro meio mais adequado à consecução do fim pretendido.

De todo modo, é importante que se registre a necessidade de conciliação entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade. Em outras palavras, é de se rejeitar com veemência a afirmação de que a busca pela eficiência justifica alguma mitigação ou burla da legalidade. Nesse sentido, as lições de Odete Medauar:

O princípio da eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade. (MEDAUAR, 2010, p. 133.)

Sabe-se que a realização de licitação pública deve estar de acordo com a adequação, a necessidade e a utilidade do procedimento em face do objeto da contratação e da finalidade pretendida. Regra geral, a licitação pública representará exatamente o procedimento considerado adequado, necessário e útil para a contratação, conforme prescrito na lei.

No entanto, nos casos legalmente ressalvados, em que há a possibilidade de contratação direta, a situação é invertida e a regra torna-se a contratação de forma direta. Nesses últimos, existe uma predisposição normativa que

indica e sugere a ausência do procedimento licitatório, pelo que qualquer ato administrativo em contrário demandará uma devida e aprofundada motivação.

Pelo que se expôs até este ponto, é possível concluir pela procedência da afirmação de que a realização da licitação pública perpassa pela análise de elementos como a **viabilidade de competição, a potencialidade de benefício e sua razoabilidade em termos de custo e benefício**. É o que se disse sobre a adequação e sobre a utilidade do instrumento à finalidade e à necessidade da Administração Pública na consecução do interesse público.

Sob esse prisma é que o legislador buscou classificar as hipóteses fáticas em que a licitação será **dispensada, dispensável ou inexigível** e, portanto, a contratação será realizada de forma direta.

A inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, refere-se aos casos em que há **inviabilidade** de licitação. É dizer: casos em que a realidade fática não sustenta uma licitação, seja em função da existência de um único sujeito passível de contratação ou em função do próprio objeto, que, por suas características, é inapto à sujeição ao certame. Como ensina Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 109), “(a) inexigibilidade ocorre em face da inviabilidade de competição, o que esvazia o sentido de licitação pública, que pressupõe disputa”.

Se viável a licitação, existem ainda as hipóteses em que a licitação será dispensada ou dispensável, previstas nos arts. 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, respectivamente. **Licitação dispensada** é a hipótese em que o legislador, desde logo, afastou por completo a possibilidade de sua

realização; as hipóteses de **licitação dispensável** requerem avaliação do administrador para aferir se de fato a situação representa tamanho risco ao atendimento do interesse público.

Outro critério de distinção reside na pessoa em que promove a alienação: nas hipóteses de licitação dispensada, previstas no art. 17 da Lei nº 8.666/93, a alienação é promovida pela Administração Pública; nas hipóteses de licitação dispensável, previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública é adquirente.

Essas hipóteses, por sua vez, ao contrário do que ocorre com a inexigibilidade de licitação, partem do pressuposto de que há viabilidade fática de competição, mas que, por outras razões de interesse público, o certame deve ser dispensado. Em síntese, o que enseja a dispensa da licitação, em que pese sua viabilidade teórica, são fatores que levariam à frustração do cumprimento adequado das funções estatais (JUSTEN FILHO, 2008, p. 281).

Como leciona Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 109), pode-se afirmar que a dispensa “relaciona-se às hipóteses em que a realização de licitação pública, conquanto a disputa fosse viável, causaria gravames ou prejuízos a outros valores pertinentes ao interesse público, que não deveriam, por obséquio à razoabilidade, ser suportados”.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao diferenciar a contratação direta por dispensa de licitação e por sua inexigibilidade, pontua:

A principal distinção entre dispensa, *lato sensu*, e inexigibilidade é que no primeiro caso o legislador procedeu ao minucioso exame e confronto entre os princípios fundamentais

agasalhados pela Constituição Federal e o princípio da licitação, estabelecendo previamente, em *numerus clausus*, as hipóteses em que o Administrador está autorizado a promover a contratação direta.

Já a inexigibilidade tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, seja porque só um fornecedor ou prestador de serviços possuía a aptidão para atender ao interesse público, seja porque fazia face às peculiaridades no objeto contratual pretendido pela Administração. Por esse motivo, o legislador elencou as três principais hipóteses, em caráter exemplificativo, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta. (FERNANDES, 2011, p. 537.)

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz lecionam:

Quando há possibilidade de dispensa, em princípio, a licitação seria exigível. Todavia, as peculiaridades da situação fazem com que a Administração possa contratar diretamente. Na inexigibilidade, afasta-se o dever de licitar, pela impossibilidade fática, lógica ou jurídica do confronto licitatório. (FIGUEIREDO; FERRAZ, 1994, p. 103.)

Note-se que as hipóteses legais que ressalvam de licitação a seleção do contratado também refletem a materialização dos princípios jurídicos que regem as atividades da Administração Pública. Assim, as hipóteses de contratação direta devem obediência a princípios jurídicos como a eficiência administrativa, que demanda a adequação dos meios empregados e a proporcionalidade nas diligências adotadas pela Administração Pública; a economicidade, que veda o dispêndio desnecessário e inócuo de recursos públicos; e a legalidade, que sujeita a atuação administrativa à lei. Por evidência, princípios como a moralidade administrativa e a impessoalidade também devem ser respeitados nas contratações diretas.

Em síntese, não há equívoco em se afirmar que a licitação pública é a regra, ou seja, que, salvo as exceções ressalvadas em lei, a realização do certame é obrigatória para que haja uma contratação administrativa. No entanto, nos casos em que, embora viável, a licitação pública represente sacrifício ou prejuízo ao interesse público, desde que expressamente previsto em lei, ela poderá ser **dispensada** ou **dispensável**: a primeira denota completo afastamento pelo legislador, enquanto a segunda requer juízo pelo agente administrativo caso a caso. Se não houver viabilidade de competição para promover a licitação pública, esta não é exigida por lei, configurando-se a hipótese de **inexigibilidade de licitação**.

Como se verá adiante, a contratação de serviços técnicos especializados para a resolução de necessidades singulares se enquadra na hipótese de inexigibilidade de licitação pública, pois não existe viabilidade de competição entre os possíveis interessados. Se for inviável a comparação entre candidatos por critérios objetivos, não há a obrigatoriedade da licitação pública.

4. SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

“exemplo clássico de serviço singular, técnico profissional especializado, que requer a contratação de um terceiro notoriamente especializado que inspire a confiança na Administração, é a contratação de capacitação e treinamento”

“um segundo exemplo concreto para ilustrar o tema em análise é a contratação de sistemas de ensino”

“o legislador reconheceu que os serviços de consultoria são técnicos especializados, prevendo-os expressamente no inc. III do art. 13 da Lei nº 8.666/93”

“a impossibilidade de que critérios objetivos sejam elencados para a comparação entre propostas de profissionais para a prestação de serviços técnicos especializados e singulares torna inviável a realização da licitação”

4. SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS

O escopo da presente obra é estudar de forma detalhada a inexigibilidade de licitação para as contratações de serviços técnicos profissionais especializados pela Administração Pública.

4.1. Conteúdo jurídico

Como dito e repetido, a Constituição Federal estabelece a exigibilidade de licitação pública como regra geral. A inexigibilidade de licitação pública, que constitui ressalva à regra geral, encontra-se disciplinada na Lei nº 8.666/93, aplicável a todos os entes federativos.

Mais especificamente, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 define o instituto da inexigibilidade de licitação, relacionando-o às situações em que a competição entre os potenciais interessados é inviável. Além disso, o referido dispositivo exemplifica algumas situações comuns em que a licitação não será exigida. Leia-se o dispositivo em sua íntegra:

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.

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

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

Um primeiro raciocínio para compreender o conteúdo jurídico da inexigibilidade de licitação pública está atrelado às hipóteses elencadas nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Em síntese, há de se perceber que essas hipóteses representam um rol meramente exemplificativo. O dispositivo é absolutamente claro ao definir que a licitação pública não será exigida sempre que não houver viabilidade de competição. Isso significa que a lei cuidou de determinar um critério que deve ser analisado pelo agente público quando do manejo das contratações. A constatação de que se trata de um rol exemplificativo fica ainda mais clara quando se percebe que o conteúdo daquele dispositivo legal faz menção, “em especial”, a algumas hipóteses.

A única interpretação possível dessa particularidade do art. 25 da Lei nº 8.666/93 remete à percepção de que a lei traz algumas hipóteses fáticas que, de maneira “especial”, ou seja, “própria”, “específica”, “distinta”, “fora do comum”, “particular”, qualificam-se como situações em que a competição é inviável e, portanto, a licitação, inexigível.

Deduz-se que a lei buscou facilitar sua própria aplicação, elencando situações em que a inviabilidade de competição – e, portanto, a inexigibilidade de licitação pública – revela-se flagrante. Com isso, a consequência pretendida seria¹⁷ a concessão de maior segurança jurídica aos operadores do Direito Administrativo, que poderiam encontrar no texto legal uma referência expressa a determinadas situações fáticas em que a licitação não seria exigida.

De toda sorte, o tema abordado no presente estudo foi contemplado por uma das hipóteses elencadas nos incisos do art. 25 da Lei nº 8.666/93. O inc. II indica a inexigibilidade de licitação pública para a contratação dos serviços técnicos profissionais especializados, enumerados no art. 13 da própria Lei nº 8.666/93, desde que esses serviços sejam de natureza singular e que os profissionais ou empresas tenham notória especialização.

Perceba-se que a inviabilidade de licitação não decorre da ausência de pluralidade de pessoas ou objetos para a competição, como ocorre no inc. I do mesmo

¹⁷ Utiliza-se propositadamente a conjugação do futuro do pretérito do verbo – “seria a concessão de maior segurança jurídica” – e não a conjugação do pretérito perfeito – “foi a concessão de maior segurança jurídica” – justamente porque, na prática, apesar da descrição pormenorizada de situações típicas de inexigibilidade de licitação, ainda há muita insegurança em sua efetivação.

artigo,¹⁸ mas sim a ausência de critérios objetivos para a comparação entre os potenciais interessados.

A grande questão é que não há como realizar uma avaliação comparativa entre profissionais técnicos com notória especialização. Esses profissionais destacam-se dos demais justamente por terem experiência e conhecimento peculiares, o que inviabiliza o estabelecimento de critérios objetivos para comparação.

Assim, como não há possibilidade de fixação dos critérios de comparação entre os diferentes interessados, a competição torna-se inviável, o que fulmina a razão de ser do certame licitatório.¹⁹ É justamente para situações como essa que o art. 25 da Lei nº 8.666/93, com o apoio do permissivo constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, tornou inexigível a licitação pública para algumas contratações.

Como exposto, o art. 13 da Lei nº 8.666/93 estabelece um rol com os “serviços técnicos profissionais especializados”. Como se pode perceber, esses serviços configuram

¹⁸ “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;”.

¹⁹ “Se reconhecido que a única forma de garantir a plena satisfação da necessidade da Administração é por meio de avaliação (julgamento) de cunho subjetivo, a licitação será inexigível”. (MENDES, 2012, p. 239.)

atividades intelectuais específicas, cujo exercício depende de habilidade e qualificação especializada. Leia-se:

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

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Muito se discute se o rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93 seria exaustivo ou exemplificativo. Em decorrência, portanto, questiona-se se a inexigibilidade de licitação com base no inc. II do art. 25 pode compreender serviços técnicos não elencados no art. 13.

Entre outros, Marçal Justen Filho e Joel de Menezes Niebuhr apontam como chave de raciocínio a expressa exclusão dos serviços de publicidade e divulgação que se verifica no final da redação do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Segundo esse raciocínio, se o rol de serviços do art. 13 compreendesse exclusivamente os serviços ali elencados, não haveria motivo para o inc. II do art. 25 vedar a contratação de serviços de publicidade e divulgação por

inexigibilidade: seria suficiente a exclusão desses serviços no rol do art. 13, pois tudo o que ali não estivesse contido estaria automaticamente excluído. Por consequência, a preocupação da lei em excluir os serviços de publicidade e divulgação revelaria o caráter exemplificativo do art. 13.

Esse entendimento é compatível com a percepção já exposta de que dificilmente a legislação consegue acompanhar a realidade fática. Assim, predefinir exaustivamente as possibilidades de serviços técnicos especializados em uma legislação que se pretende que vigore por décadas é uma medida desarrazoada. O mais adequado é compreender que não deve competir ao legislador definir o conceito de um gênero por meio de um rol exaustivo de suas espécies. A probabilidade de que uma nova espécie surja e demande uma alteração normativa para adequação é significativa demais para que essa prática seja considerada eficiente.

De toda sorte, entre os que defendem a taxatividade do rol contida no art. 13 da Lei nº 8.666/93 estão os autores Diogenes Gasparini e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, os quais fundamentam esse entendimento no fato de que se trata de uma exceção à regra de licitar e, dessa maneira, mereceria exegese restritiva.

Em verdade, essa discussão é inócua. Isso porque eventual taxatividade do art. 13 seria incapaz de impedir que houvesse a contratação de outros serviços técnicos profissionais especializados. Lembre-se que o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 é exemplificativo e que não há dúvidas sobre isso. Assim, ainda que o art. 13 elencasse rol taxativo, outros serviços poderiam ser contratados por inexigibilidade de licitação se a competição fosse inviabilizada.

A função maior do inc. II do art. 25, portanto, está vinculada à maior segurança jurídica que confere às contratações diretas que atendem a todos os seus critérios e cujo objeto encontra-se elencado no art. 13 da Lei nº 8.666/93, a despeito da discussão sobre sua taxatividade. Ainda, exerce importante função ao excluir os serviços de propaganda e divulgação dessa modalidade de contratação.

Perceba-se que o eventual entendimento de que o rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93 é exemplificativo não resulta em muita utilidade, uma vez que, de qualquer sorte, o operador do Direito terá de demonstrar que não havia viabilidade de competição naquela contratação, o que, por si só, seria suficiente para justificá-la – seja exemplificativo ou taxativo referido rol.

Ao fim, o mais adequado é mesmo entender que o art. 13 apenas relaciona classes de serviços classificáveis como “técnicos profissionais especializados”, exemplificando, ilustrando e guiando o intérprete. Interpretado em sua essência, o rol do art. 13 é exemplificativo e aponta para atividades frutos do intelecto humano, e não há qualquer impeditivo para a contratação de outras atividades técnicas profissionais especializadas por inexigibilidade de licitação, desde que a competição se qualifique como inviável.

Os serviços elencados no art. 13 da Lei nº 8.666/93 não foram declinados em lei apenas para efeito de complementar o inc. II do art. 25. O § 1º do art. 13 indica que esses serviços devem ser contratados preferencialmente mediante a realização de licitação pública na modalidade concurso, quando não for o caso de sua inexigibilidade. Ainda, o § 2º do art. 13 reforça a aplicabilidade do art. 111 da mesma lei, prevendo que a “Administração só poderá

contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração”. E, por fim, o § 3º do art. 13 determina que o prestador de serviços técnicos especializados que apresentar “relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato”.

4.2. Requisitos para sua caracterização

Este tópico apresenta as características típicas de um serviço técnico profissional especializado, a fim de orientar sua identificação e a aplicação conjunta do inc. II do art. 25 e do art. 13 da Lei nº 8.666/93.

Em primeiro lugar, para se configurar como um serviço, o objeto da contratação deverá consistir em uma obrigação de fazer – em contraposição à execução de obra ou a dar coisa – e de cuja atividade resulte proveito em favor da Administração, nos termos do inc. II do art. 6º.²⁰

Em acréscimo, como leciona Marçal Justen Filho (2008, p. 161), o caráter **técnico** do serviço decorre de seu desempenho mediante aplicação prática de determinado

²⁰ “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”.

conhecimento teórico, envolvendo metodologia rigorosa ou procedimento formal para sua consecução, mediante uso de habilidade ou capacitação peculiares; para ser **profissional**, deve ser objeto de uma profissão regulamentada; para ser **especializado**, o êxito do serviço deve depender do emprego de habilidades não disponíveis a qualquer profissional.

A clássica lição de Hely Lopes Meirelles também é útil para diferenciar os serviços técnicos profissionais especializados daqueles não especializados. Segundo o autor,

serviços técnicos profissionais generalizados: são os que não demandam maiores conhecimentos, teóricos ou práticos, que os normalmente exigidos do profissional. (...) Serviços técnicos profissionais especializados: constituem um aprimoramento em relação aos comuns, por exigirem de quem os realiza acurados conhecimentos, teóricos ou práticos, obtidos através de estudos, do exercício da profissão, da pesquisa científica, de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento, os quais situam o especialista num nível superior aos demais profissionais da mesma categoria. (MEIRELLES, 2010, p. 265.)

Adotando um enfoque mais prático sobre a temática, Renato Geraldo Mendes entende que o

serviço técnico profissional especializado (atividade intelectual) depende da conjugação articulada de alguns ingredientes: a) Conhecimento teórico e prático; b) Experiência com situações de idêntico grau de complexidade; c) Capacidade de compreender e dimensionar o problema a ser resolvido; d) Capacidade para idealizar e construir a solução para o problema; e) Capacidade para excepcionar situações não compreendidas na solução a ser proposta ou apresentada; f) Capacidade didática para comunicar a solução idealizada; g) Raciocínio sistêmico e facilidade de manipular valores diversos e por vezes contraditórios; h) Aptidão para articular ideias e estratégias em concatenação lógica; i) Capacidade de produzir convencimento e estimar riscos envolvidos; j) Capacidade de inovar; k) Criatividade e talento

para contornar problemas difíceis e produzir uma solução plenamente satisfatória. (MENDES, 2012, p. 347-348.)

Todos os requisitos e características descritos deverão ser preenchidos simultaneamente ou não se estará diante de um legítimo serviço técnico profissional especializado nos termos do art. 13 da Lei nº 8.666/93. Contudo, vale dizer: preenchidos os requisitos, estar-se-á diante de um serviço técnico profissional especializado, ainda que não expressamente previsto nos incisos do citado artigo.

4.3. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços e os requisitos do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93

Como visto, não basta que o objeto a ser contratado qualifique-se como serviço técnico profissional especializado para que a licitação seja despicienda. Aliás, o § 1º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 determina que essa categoria de serviços seja preferencialmente contratada mediante a realização de licitação pública na modalidade concurso.

Portanto, existem outros requisitos para que os serviços técnicos especializados profissionais sejam contratados por inexigibilidade. Relembre-se o teor do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

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.

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

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

Em síntese, o art. 25 da Lei nº 8.666/93 define de forma abstrata qual o elemento fático que torna a licitação inexigível (inviabilidade de competição), indica alguns exemplos comuns em que isso ocorre (entre eles, a contratação de serviços técnicos especializados de natureza singular), estabelece parâmetros sobre a “notória especialização” que se espera dos profissionais especialistas e dispõe sobre a responsabilização solidária de agentes na ocorrência de superfaturamento.

Ainda como se viu, a expressão “em especial”, que encerra o *caput* do art. 25, não deve ser entendida como sinônimo de “exclusivamente”. Se o rol apresentado nesse artigo fosse exaustivo, não haveria por que o legislador utilizar “em especial”, pois deveria indicar claramente

a taxatividade. Não há maiores dúvidas sobre o caráter exemplificativo desse rol.

Assim, fica evidente que o artigo veicula a seguinte mensagem: sempre que a licitação for inviável, promovê-la não será necessário. Em verdade, há quem defenda que existe até mesmo uma proibição de promovê-la, uma vez que isso se revelaria uma prática contrária ao interesse público, seja pelo dispêndio desnecessário de recursos públicos ou por toda a mobilização de pessoal da Administração Pública.²¹

Demais disso, o elenco de hipóteses apresentado nos incs. I, II e III do art. 25 da Lei nº 8.666/93 faz incidir uma presunção legal de inexigibilidade, quer por exclusividade de fornecedor (inc. I), quer por incomparabilidade dos objetos (incs. II e III). Em suma, os incisos não esgotam as hipóteses de inexigibilidade de licitação, que terá lugar sempre que a licitação for inviável, mas exercem função de esclarecimento, fixando situações típicas em que a inviabilidade é flagrante e deve ser admitida.

Analisando o inc. II do art. 25, em especial, que se refere ao tema ora em estudo, percebe-se que dois elementos fáticos devem ocorrer em concomitância com a qualificação do objeto como um serviço técnico profissional especializado: esses serviços devem ser de **natureza singular** e o profissional ou a empresa contratada para a prestação do serviço deve ter **notória especialização**.

Ambos os requisitos, **natureza singular** e **notória especialização**, encontram-se fortemente ligados: a

²¹ “Assim, a inexigibilidade pode ser entendida também como a proibição de realizar a licitação quando a competição se revela inviável”. (MENDES, 2012, p. 341.)

notória especialização do profissional deverá corresponder à necessidade imposta pela singularidade do objeto e, sob outro enfoque, é a singularidade do objeto que exige a contratação de um profissional especializado. É dizer: não há lugar para inexigibilidade de licitação se o profissional é especialista quando o serviço a ser prestado é de natureza comum; também não há inexigibilidade de licitação se a natureza do serviço é singular mas o sujeito não atende aos requisitos da profissão e da notória especialização. Contudo, se o objeto for um serviço técnico de natureza singular e houver a possibilidade de contratar alguém com notória especialização para fazê-lo, então será caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação.²²

Essa simultaneidade é o que se depreende das recentes Súmulas, nºs 252 e 264, editadas pelo Tribunal de Contas da União, nas quais se lê, respectivamente:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização

²² Nesse sentido, o seguinte precedente: “Inexigibilidade de licitação. Notória especialização. Não evidenciada a singularidade dos serviços. Ainda que a contratada detenha conhecimentos técnicos necessários a caracterizá-la como notoriamente especializada, tal aspecto isoladamente não autoriza a celebração direta do ajuste, eis que a inexigibilidade licitatória só se justifica quando conjugado a este requisito: o da singularidade dos serviços”. (TCE/SP, TC-30.590/026/95, Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho, 27.03.1996.)

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.

Importa, assim, esclarecer os significados dessas duas expressões que veiculam os requisitos complementares para a inexigibilidade de licitação pelo inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

4.3.1. Natureza singular

A **natureza singular**, mencionada no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, não se refere a uma característica do sujeito que presta a atividade, tampouco ao número de possíveis prestadores do serviço, mas ao objeto da contratação.²³⁻²⁴⁻²⁵

²³ “Ou seja, a ‘natureza singular’ deve ser entendida como uma característica especial de algumas contratações de serviços técnicos profissionais especializados. Enfim e para concluir essa questão, singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo”. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 350.)

²⁴ “A singularidade, como textualmente estabelece a Lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana”. (FERNANDES, 2006.)

²⁵ “Singularidade refere-se à natureza do serviço, e não do seu prestador. A singularidade é um aspecto inerente ao serviço, não guardando relação direta com a pessoa que o prestará ou com os seus dados curriculares. A lei exige a singularidade do serviço e não do prestador do serviço, pois a este já se impõe o obstáculo da notória especialização. (...) Singular é aquilo que é incomum, peculiar, não corriqueiro”. (TCE/MG, Recurso de Revisão nº 699204, Rel. Conselheiro Wanderley Ávila, j. em 24.01.2007.)

A natureza singular do objeto contratado é aferida por meio da observação de peculiaridades do objeto que o diferenciam perante os demais, daqueles corriqueiros, praticáveis com êxito mediante emprego de conhecimento ou de técnica comuns, ordinários. A natureza singular do objeto decorre de elementos como a especialidade, a sofisticação e a complexidade que sua resolução demanda, de modo que não se poderia comparar e julgar as alternativas mediante comparação por critérios objetivos.

A singularidade apresentada como requisito legal consiste, em suma, na especialidade do objeto, que exige uma solução igualmente especializada e, assim, os serviços oferecidos para satisfazê-lo são objetivamente incomparáveis. Vale dizer: singular é aquele serviço que não pode ser prestado por qualquer profissional indistintamente. É da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “repita-se que mencionada singularidade não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço. Isto é, são serviços singulares, embora não sejam necessariamente únicos. A singularidade do serviço deriva de uma conexão indissociável com virtudes ou atributos do sujeito” (BANDEIRA DE MELLO In: TAVOLARO; VERRI JÚNIOR; WAMBIER, 1999, p. 123-132).

No caso do inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, não cabe interpretar a singularidade do objeto como “objeto único”, pois assim se incorreria em erro: se singular fosse sinônimo de único, estaríamos repetindo a hipótese do inc. I, conforme asseverou o Ministro Carlos Átila, do Tribunal de Contas da União:

Note-se que o adjetivo ‘singular’ não significa necessariamente ‘único’. O dicionário registra inúmeras acepções, tais 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 a '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 redundando o inciso I imediatamente anterior. (TCU, Decisão nº 565/1995, Plenário, Rel. Min. Carlos Átila, DOU de 28.11.1995.)

Como bem apontado na decisão transcrita, não é adequada a interpretação de que a natureza singular do objeto exige, para sua caracterização, que esse objeto seja único. Insista-se, portanto, que o requisito previsto em lei remete à singularidade em sua concepção de especialidade, de não corriqueiro, de fora dos critérios ordinários e do domínio comum. Toshio Mukai, nesse sentido, entende:

(...) não exigiu o legislador tratar-se de um serviço singular, no sentido de único, inédito e exclusivo. Mas exigiu que o serviço apresentasse natureza singular, ou seja, um serviço que possua essa qualidade, que não seja vulgar, ao contrário, se mostre especial, distinto ou até mesmo dotado de uma criatividade ímpar. (MUKAI, 2004.)

Sobre todos esses elementos ora cotejados, Eros Roberto Grau há tempos afirmou:

singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa (...) Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa. (GRAU, 1991, p. 72.)

E vale concluir com elucidativa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido *como singular quando nele interferir, como requisito de*

satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade *científica, técnica* ou *artística*, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e *tais fatos individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público*. Bem por isto *não é indiferente* que sejam prestados pelo sujeito 'A' ou pelos sujeitos 'B' ou 'C', ainda que todos estes fossem pessoas de excelente reputação.

É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado – a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria – recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, são presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhes a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 558.)

Deve-se ter claro, portanto, que o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 impõe como um dos requisitos à inexigibilidade da licitação a necessária²⁶ natureza singular, especial, inédita ou incomum, não corriqueira, do serviço a ser

²⁶ “Para configurar-se a hipótese de inexigibilidade de licitação, não basta que se esteja perante um dos serviços arrolados no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, mas, tendo natureza singular, a singularidade nele reconhecível seja necessária para o bom atendimento do interesse administrativo posto em causa, devidamente justificado”. (TCU, Acórdão nº 933/2008, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 23.05.2008.)

contratado, a ser devidamente demonstrada,²⁷ sem que isso implique exigir a exclusividade do objeto ou do seu prestador, mas apenas que a individualidade de cada possível prestador torne inviável a comparação objetiva, matemática, o que acaba por inviabilizar a competição e a licitação pública.

4.3.2. A notória especialização

As contratações promovidas pela Administração Pública visam sempre ao atendimento de necessidades que se apresentam sob sua responsabilidade. Necessidades peculiares requerem serviços igualmente peculiares e, portanto, nos termos da Lei, de “natureza singular”. Ocorre que, para a adequada prestação desse serviço, ou para a maior probabilidade de fazê-lo, impõe-se a prestação por pessoa – física ou jurídica – com qualificação à altura.²⁸

A capacitação do contratado decorre da reunião das aptidões e qualificações necessárias para o atendimento das peculiaridades do serviço, tanto aptidões subjetivas (de natureza pessoal, como o conhecimento, o estudo, a habilidade e a capacidade) quanto aptidões objetivas (como a organização, os instrumentos, o quadro de pessoal ou

²⁷ “Para que a contratação por inexigibilidade de licitação com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 seja considerada legal, é necessário a demonstração da singularidade do objeto contratado”. (TCU, Acórdão nº 935/2007, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 28.05.2007.)

²⁸ “As peculiaridades que revestem o problema (a necessidade) é que exigem uma solução singular para ele, e esta somente pode ser obtida por meio de pessoa notoriamente especializada. Nesse sentido, a singularidade da solução é determinada pela necessidade que condiciona a escolha de um profissional notoriamente especializado”. (v. MENDES, 2012, p. 350.)

outros elementos que levem à viabilidade do atendimento e à consecução dos fins pretendidos).

Ocorre que a lei não exige que a pessoa seja meramente apta ou capacitada para a prestação dos serviços técnicos especializados de natureza singular. Exige-se mais do que isso: o prestador de serviços deve ter notória especialização.

A própria lei, por intermédio do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93, cuidou de trazer a definição de notória especialização. Leia-se:

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.

A redação do mencionado parágrafo evidencia que a notória especialização do profissional ou da empresa que prestará os serviços decorrerá do seu conceito no campo de sua especialidade. O que busca a Administração Pública, em verdade, é o mesmo que buscaria um particular em uma eventual contratação de serviços técnicos especializados: um profissional bem conceituado em sua área de atuação, para que haja a segurança de que ele resolverá a contento determinado serviço técnico profissional especializado de natureza singular.

O bom conceito desse profissional ou da empresa que prestará os serviços deverá ser avaliado por critérios que envolvem sua especialização propriamente dita, em termos de aprofundamento do conhecimento, suas experiências passadas, o que envolve o êxito em prestar aquele

serviço em situações pretéritas, e sua estrutura para a prestação, o que envolve tanto o pessoal quanto os equipamentos necessários para o bom desempenho.

Todo o conjunto probatório da notória especialidade do prestador de serviços deverá resultar na conclusão de que sua contratação é essencial para a plena satisfação do objeto do contrato.

A lei menciona que, além da essencialidade, o profissional deve ser considerado, a partir do conjunto probatório, como “indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. A esse respeito, destaca-se que a interpretação deve ser moderada, para que não haja exageros. É evidente que não se poderá exigir do agente público que pratique a futurologia e preveja, entre todas as inúmeras possibilidades, que aquela contratação é indiscutivelmente a mais adequada.

Justamente por se qualificar como serviço técnico especializado, de natureza singular, a certeza a respeito da solução a ser empregada e do profissional que a executará é difícil de ser alcançada. O propósito desse excerto, ao que parece, foi aumentar a exigência de que a contratação seja devida e profundamente motivada.

A lei reforça a exigência de que o agente público comprove, durante o processo administrativo que precede a contratação, a razoabilidade de sua seleção em favor de determinado profissional e em desfavor de todos os outros eventualmente capacitados e interessados.

Frise-se que a comprovação de que determinado sujeito é indiscutivelmente o mais habilitado para solucionar dado problema de natureza técnica e singular representa algo impossível na contemporaneidade, em que tanto

as necessidades como as soluções revestem-se de uma complexidade inédita. Dessa sorte, a interpretação que se deve conferir ao referido dispositivo encontra-se vinculada a um critério de razoabilidade que deve permear o processo administrativo que precede a contratação, no sentido de que o agente público deve se esforçar ao máximo para comprovar a essencialidade daquele profissional selecionado e que sua escolha é razoável a partir dos critérios elencados em lei.

A fim de pautar a discricionariedade do agente público, a lei cuidou de inserir alguns critérios objetivos nessa seleção, como bem visto. Um desses critérios é sua notoriedade. Destaque-se que a menção à notoriedade não significa que o sujeito deva ser reconhecido pelo público comum. Basta que o prestador de serviços tenha uma especialização reconhecida no meio em que atua, no contexto em que atua. Dessa sorte, não é necessário, por exemplo, que exista uma notoriedade nacional ou mesmo regional. Se a especialização daquele profissional ou empresa for reconhecida localmente, entre aqueles que compartilham atividades na mesma área do conhecimento, isso é suficiente para caracterizar a notória especialização.²⁹

²⁹ “Não há como circunscrever exaustivamente as evidências de capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e da qualificação do escolhido. Evidência objetiva significa a existência de manifestações reais que transcendam à simples vontade ou conhecimento do agente administrativo responsável pela contratação. O elenco do § 1º é meramente exemplificativo e deverá ser interpretado em função das circunstâncias de cada caso. A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a

A grande questão é que, havendo mais de um sujeito que preencha os requisitos legais, não há como apontar aquele cuja atuação será essencial e indiscutivelmente a mais adequada para a plena satisfação do objeto do contrato. Assim, inevitavelmente, a escolha se revestirá de alguma discricionariedade.

Tem-se, de um lado, um objeto de natureza singular; de outro, mais de um sujeito coletivamente conceituado como detentor de especialização para o melhor cumprimento do objeto contratado. Não havendo elementos objetivos que permitam a comparação, a escolha torna-se subjetiva.³⁰ Conforme leciona Lúcia Valle Figueiredo (1993, p. 32): “se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, licito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos”.

Até por isso a doutrina e a jurisprudência passaram a consagrar um novo elemento para a seleção desses profissionais especializados. Trata-se da confiança que

Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização”. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 352.)

³⁰ “Então, quando *realmente existe discricionariedade*, não há apenas um problema de não se poder provar algo; há o problema de *não se poder saber qual é a solução ótima*. São coisas totalmente distintas não poder *saber* o que algo é (ou não é) e não poder *prová-lo*. Aliás, esta segunda situação pressupõe a primeira. (...) Em suma: a providência ideal em muitas situações é *objetivamente incognoscível*. Poder-se-á tão somente saber que será uma *que se contenha dentro de alternativas e que se apresente como razoável no caso concreto*. (Grifos do original.) (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 42.)

é depositada pela Administração pública naquele determinado profissional ou empresa especialista. Esse quesito, transmitido pelo sujeito a partir de qualificação, títulos, experiências passadas, atuações de sucesso, pode ser justificado, mas não demonstrado, conforme palavras de Eros Roberto Grau:

Por certo, pode a Administração depositar *confiança* em mais de um profissional ou empresa dotado de notória especialização relativamente à prestação de serviço técnico-profissional especializado, singular, mesmo porque detendo notória especialização, todos eles são virtualmente mercedores da *confiança*, contudo, não pode ser objetivamente apurada, de modo que se possa identificar, entre os profissionais ou empresas nos quais o agente público incumbido de tomar a decisão referente a qual deles ou delas deve ser contratado, qual o que, sendo contratado, executará o trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. A decisão quanto à escolha desse profissional ou daquela empresa para a prestação do serviço *não pode, repito, ser demonstrada*, ainda que se possa justificar. Repito: é escolha discricionária do agente público ou dos agentes públicos competentes para contratá-lo. (GRAU, 1995, p. 74-75). (Grifos do original.)

Disso não diverge Adilson Abreu Dallari, que pondera:

Uma palavra precisa ser dita a respeito de uma particular situação na qual não cabe disputa, cotejo ou comparação: trata-se da questão da confiança. Muitos trabalhos, especialmente na área financeira, dependem da confiabilidade de quem o executa. Confiança não se licita, mas, em compensação, não pode ser pretexto para burlar a regra geral da exigibilidade da licitação. (DALLARI, 2000, p. 58.)

O grau de confiabilidade será determinante na contratação e, porquanto a subjetividade se mostra intrínseca a

esse juízo (de confiabilidade do profissional ou da empresa possivelmente contratada para a realização do serviço técnico profissional especializado), está-se diante de hipótese de inexigibilidade de licitação, cabendo ser feita a escolha pelo administrador no exercício legítimo da discricionariedade administrativa.³¹ Por óbvio não se admite a burla da legalidade: a escolha não caberá ao arbítrio do administrador, a uma confiança decorrente de um juízo de intimidade; essa confiança, ainda que impassível de comprovação, deve ser justificada e fundamentada a partir dos elementos do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

4.4. Exemplos práticos de contratação direta de serviços técnicos especializados pela Administração Pública

Compreendida a hipótese de contratação direta prevista no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é oportuno trazer alguns exemplos práticos que retratam situações cotidianas da Administração Pública brasileira. Os exemplos ora apresentados configuram situações em que a contratação direta com base no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 certamente é cabível, mas que, no mais das vezes, trazem

³¹ “(...) num determinado setor de atividade, pode haver mais de uma empresa com ampla experiência na prestação de um serviço singular, e pode não obstante ocorrer que, em circunstâncias dadas, somente uma dentre elas tenha ‘notória especialização’: será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretende celebrar. Ressalvadas sempre as hipóteses de interpretações flagrantemente abusivas, defendo assim a tese de que se deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga”. (TCU, Decisão nº 565/95, Plenário, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU de 28.11.1995.)

dúvidas e insegurança ao agente responsável pela tomada da decisão.

Um primeiro exemplo clássico de serviço singular, técnico-profissional especializado, que requer a contratação de um terceiro notoriamente especializado que inspire confiança na Administração, é a contratação de capacitação e treinamento, seja por meio de inscrição em cursos abertos ou por meio de contratação de cursos realizados na sede da própria Administração, para um grupo de servidores. Nesse caso, é nítida a impossibilidade de comparar objetivamente as opções disponíveis, pois o objeto – capacitação, treinamento, aperfeiçoamento – é essencialmente subjetivo. Não há um parâmetro objetivo seguro que permita a contratação por meio de licitação pública. Além disso, esse é o típico caso em que a qualidade é mais relevante que o preço, de modo que a escolha pelo menor preço seria totalmente inviável e poderia comprometer o atendimento do fim almejado: a qualificação dos servidores. Não por outro motivo, esse objeto está expressamente previsto no rol dos serviços técnicos especializados do art. 13 da Lei nº 8.666/93 (inc. VI). No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU)³² e a Advocacia-Geral da União³³ têm entendimento consolidado de que tais serviços podem e devem ser contratados por inexigibilidade de licitação pública.

Um segundo exemplo concreto para ilustrar o tema em análise é a contratação de sistemas de ensino. Atualmente, existem no mercado sistemas integrados de ensino

³² TCU, Decisão nº 439/1998, Plenário.

³³ Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União (AGU) nº 18/09.

que oferecem um conjunto de soluções para auxiliar na melhoria da qualidade da educação e do ensino da rede pública no Brasil. Esses sistemas são compostos por livros e apostilas, portais de educação *on-line*, assessoria pedagógica, métodos de avaliação de desempenho dos alunos, sistemas de emissão e gerenciamento de relatórios, entre outros. O sistema é fruto de um trabalho intelectual, técnico-profissional especializado, que congrega um conceito metodológico de ensino, materializado por meio de um complexo conjunto de produtos e serviços, que são indissociáveis e que, para atenderem à necessidade de qualificar efetivamente os alunos, precisam ser utilizados de modo conjugado.

Nesse caso, é importante observar duas peculiaridades. A primeira reside no fato de que, como fruto de um trabalho intelectual, os componentes dos sistemas de ensino, como regra, são de natureza subjetiva, de modo que, ainda que fossem contratados individualmente, deveriam submeter-se a uma contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, visto que não podem ser comparados objetivamente. A segunda peculiaridade está no fato de que o sistema em si, que se caracteriza por um complexo sistêmico e coordenado de bens e serviços técnicos-profissionais especializados, tem a utilidade vinculada à satisfação de um objeto singular e exige a contratação de uma empresa notoriamente especializada, que inspire confiança da Administração e minimize os riscos da contratação. A possibilidade de inexigibilidade de licitação, portanto, aponta para a obtenção de uma contratação que otimize, potencialize, efetivamente melhore a qualidade do ensino. Assim, verificada a necessidade de qualificação do ensino público e da busca no mercado por uma parceria para tanto, a Administração poderá contratar sistemas de ensino mediante

inexigibilidade de licitação, com fulcro no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, dada a singularidade do objeto, que envolve serviços/produtos técnicos-profissionais especializados e exige a contratação de empresa reconhecida no mercado.

Outra situação que, no mais das vezes, causa dúvida à Administração Pública é a contratação de serviços de consultorias técnico-especializadas. Tome-se como exemplo a contratação de consultoria jurídica, que pode envolver vários ramos do Direito, como Direito Tributário, Direito Financeiro ou Direito Administrativo. A dúvida reside tanto no sentido da possibilidade de contratação quanto no enquadramento legal.

Considerando que as consultorias técnico-jurídicas especializadas exercem um papel auxiliar e informativo da Administração, não há ilegalidade, como regra, em sua contratação, ainda que exista um setor jurídico dentro do órgão ou da entidade contratante, pois sua finalidade fundamental é dar suporte técnico especializado, isto é, em relação a temas que não representam o dia a dia do órgão jurídico interno. O auxílio, mediante orientação técnica especializada agregada, inclusive de materiais técnicos, tem o intuito de subsidiar a Administração e seu próprio órgão jurídico.³⁴ Não há, portanto, nessas condições, uma confusão de funções entre o órgão jurídico oficial e a consultoria técnico-jurídica especializada contratada. Além disso, aqui também há uma singularidade clara do objeto, que é intelectual e, por isso, subjetivo, de modo que não há viabilidade da sua submissão a um julgamento objetivo. Como visto, também é imprescindível que a Administração contrate alguém de

³⁴ Não há de se falar, portanto, de afronta ao art. 131 da Constituição da República.

sua confiança, visto que prestará auxílio técnico especializado em questões relevantes para o interesse público. No caso da consultoria jurídica especializada em ramos específicos do Direito, apresentados como exemplo, a contratada dará suporte para orientar a Administração em seus atos, ações e decisões, de forma a atuar conforme a lei, a doutrina especializada e as orientações do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas. Tendo em vista a amplitude e a especialidade de temas que o órgão jurídico oficial transita, atua e orienta, bem como as possíveis implicações de uma atuação incorreta, é comum que haja a necessidade de contratar um terceiro notoriamente especializado, o que pode ocorrer por meio de inexigibilidade de licitação. Aqui, também, o legislador reconheceu que os serviços de consultoria são técnicos especializados, prevendo-os expressamente no inc. III do art. 13 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, apresenta-se um exemplo cujos contornos subjetivos muitas vezes não são percebidos em uma primeira análise, pois não se encontra previsto no rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93. Por isso, é comum que haja dúvidas sobre a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação pública. Não por outro motivo, muitas vezes esses objetos são licitados equivocadamente. Trata-se da aquisição de publicações periódicas e revistas técnicas especializadas. Os periódicos e as revistas têm conteúdo técnico especializado e representam a materialização de uma atividade intelectual. Periódicos impressos e mesmo periódicos *on-line* são publicações técnicas. Por exemplo, as revistas especializadas na área de engenharia ou na área jurídica contam com conteúdo técnico, científico e prático. Não se trata de meros bancos de dados que simplesmente compilam informação. Ao contrário, o conteúdo veiculado nessas revistas e periódicos, impressos ou

on-line, pode ser fruto de um trabalho de pesquisa, seleção, elaboração, produção e organização da informação que irá formar o conteúdo técnico dessa fonte. Além disso, esses produtos podem congregam textos doutrinários inéditos, soluções técnicas para dúvidas práticas do dia a dia, o que advém de estudos de casos, de um conhecimento da realidade, de uma experiência adquirida ao longo do tempo mediante atuação próxima à realidade dos profissionais a quem se destina o periódico. Nesse caso, o produto decorre de uma atividade tipicamente intelectual e, por essa razão, não pode ser submetido à comparação e seleção em um processo licitatório.

Como o conteúdo presente nessas publicações é elaborado por meio da prestação de serviços técnicos bastante especializados e, ao mesmo tempo, essas publicações atendem a uma necessidade singular da Administração Pública, a contratação pode ocorrer por inexigibilidade de licitação. Em síntese, é possível utilizar como parâmetro para a contratação o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 – ou mesmo o próprio *caput* desse dispositivo, caso haja dúvida quanto à qualificação das publicações na categoria de serviços técnicos especializados.

Não há dúvidas, contudo, em relação à singularidade do objeto. Nesse sentido, sobre o conteúdo do termo “singular”, leciona Renato Geraldo Mendes:

No contexto da contratação pública, é possível atribuir ao adjetivo “singular” os seguintes sentidos: a) a solução (objeto) é singular quando ela é única, ou seja, quando não existe outra opção a ser considerada em comparação a ela como um equivalente perfeito; o objeto é singular por ser único, especial, particular, como nos incs. X e XV do art. 24 da Lei nº 8.666/93; b) a solução (objeto) é singular quando não pode ser reduzida a padrões objetivos de descrição e julgamento, ou seja, é insuscetível de

definição, comparação e julgamento por parâmetros ou critérios objetivos, tal como nas hipóteses previstas nos incs. XIII e XV do art. 24 e *caput* do art. 25, todos da Lei nº 8.666/93; c) a solução (objeto) é singular quando, além de ser insuscetível de definição e julgamento por critérios objetivos, é também revestida de complexidade especial, invulgar, extraordinária, *sui generis*, capaz de exigir que a execução se realize, com o menor risco possível, por um prestador notoriamente especializado, como no caso descrito no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93; d) a pessoa é singular quando ela for a única em condições de viabilizar a solução (objeto) desejada pela Administração para atender à sua necessidade, a exemplo da hipótese do inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666/93; e) a pessoa é singular quando possui ou reúne determinadas características pessoais que a individualizam dos demais profissionais atuantes na mesma atividade, tal como no inc. III do art. 25 da Lei nº 8.666/93; f) por fim, é possível dizer que toda pessoa notoriamente especializada é singular. (MENDES, 2014.)

Adotando a classificação proposta pelo autor, os exemplos indicados retratam as hipóteses descritas nas letras “b” ou “c”, ou seja, representam serviços técnicos especializados de natureza singular, e, assim, devem ser contratados por inexigibilidade de licitação pública.

4.5. Comentários a julgados relevantes do Superior Tribunal de Justiça

O propósito deste tópico é analisar cinco decisões relevantes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria de contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação.

4.5.1. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 436.869

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS

ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA. 1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei nº 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação. 3. Recurso especial não-provido. (STJ, Recurso Especial nº 436.869, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 06.12.2005.)

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça analisou recurso especial interposto por um escritório de advocacia que havia sido contratado pelo Município de Santos (SP) por inexigibilidade de licitação. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou uma ação civil pública com o objetivo de anular referido contrato administrativo, sob a alegação de que não houve a necessária precedência de licitação pública.

A contratação do escritório de advocacia pelo Município de Santos tinha como objeto a condução de ações judiciais nas quais se discutiam contratos relacionados com operações de crédito realizadas pelo Município com diferentes instituições financeiras.

Embora reconhecida a necessidade de que essas ações judiciais fossem conduzidas mediante uma atuação profissional atenta e eficiente, especialmente por retratar contratos de alto valor, o Superior Tribunal de Justiça

entendeu que o escritório contratado não era o único habilitado ao patrocínio de tais causas. Esse entendimento foi sustentado no fato de que questões relacionadas ao Direito Financeiro estariam bastante disseminadas e exigiam, tanto quanto qualquer outro ramo do Direito, eficiência na condução de processos judiciais. Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, se a municipalidade não contasse com profissionais hábeis para o patrocínio daquelas ações, deveria lançar-se ao mercado para a busca desses profissionais.

Outro aspecto que fora mencionado no voto condutor referia-se ao fato de que o escritório contratado se localizava no Rio de Janeiro e, como os serviços seriam prestados em Santos, não parecia crível a inexistência de outros escritórios, por exemplo, na região da capital paulista, que eventualmente poderiam se interessar pelos serviços.

Outro aspecto destacado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o § 1º do art. 13 da Lei nº 8.666/93, que estabelece o concurso como modalidade preferencial para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, embora ressalve os casos de inexigibilidade de licitação.

Ao enfrentar o requisito da notória especialidade do contratado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não havia comprovação nos autos de que os profissionais que compunham o escritório de advocacia guardavam alguma notoriedade quando em comparação com outros que atuavam no mesmo ramo. Mencionou-se, na oportunidade, que, caso houvesse essa comprovação, estaria justificada a contratação direta.

4.5.2. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 448.442

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular. 4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. 5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição. 6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos. 7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 8. Quanto à pretensão

de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2.300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convenacionados por meio de contratação ilegal. 9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago. 10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que “o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município”. 11. *Ad argumentandum*, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ. 12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, Recurso Especial nº 448.442, Rel. Herman Benjamin, j. em 23.02.2010.)

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça analisou um recurso especial interposto por advogado que havia sido contratado pelo Município de Bataguassu (MS). O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em ação popular para anular referido contrato administrativo.

O destaque desse acórdão se deve à preocupação do Superior Tribunal de Justiça em apresentar os elementos caracterizadores da notória especialização jurídica. O julgado indica que:

a notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

Demais disso, houve também maior dedicação ao requisito da singularidade do serviço técnico, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, está associada à especialidade do próprio serviço. Em síntese, o julgado estabeleceu que a singularidade do serviço técnico envolve especificidade que reclame conhecimento peculiar de seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, entendendo que daí decorreria a inviabilidade de competição.

No caso concreto, entendeu-se que as provas colacionadas indicavam a ausência de notória especialização do advogado contratado e a desnecessidade de

conhecimentos técnicos especializados, uma vez que os serviços poderiam ter sido executados pelos servidores concursados do Município.

4.5.3. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 764.956

EMENTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO. REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. I - A questão de direito fulcra-se na necessidade ou não de licitação para a contratação dos serviços especializados de advocacia. O julgador, em análise dos autos e fundamentando suficientemente seu proceder, entendeu que a hipótese era mesmo de inexigibilidade de licitação. Atuando como fez, não agiu aquele Sodalício com *error in procedendo*, visto que lastreou o julgado com razões jurídicas pertinentes, estando assim afastada a alegada violação aos artigos 458 e 535, II, do CPC. II - A singularidade dos serviços e a notória especialização da contratada foram reconhecidos expressamente pelo Tribunal a quo, valendo-se, para tanto, de circunstâncias fáticas e probatórias. III - Este Superior Tribunal de Justiça já externou entendimento no sentido de que “A averiguação de enquadramento da empresa recorrente em algum dos casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição (art. 25 da Lei nº 8.666/93) demanda reexame de matéria fático-probatória, o que é defeso a esta Corte Superior, a teor do verbete sumular nº 07/STJ” (REsp nº 408.219/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.10.2002). Assim sendo, inviável a reforma do acórdão recorrido nesta estreita via do recurso especial. IV - Confira-se, ainda, caso em tudo semelhante ao presente o REsp nº 785.540/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 03.03.2008, p. 1. V - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (STJ, Recurso Especial nº 764.956, Rel. Francisco Falcão, j. em 15.04.2008.)

O Recurso Especial nº 764.956 também versava sobre contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação pública. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a singularidade dos serviços e a notória especialização do escritório contratado justificaram a contratação direta.

O objeto do contrato de serviços advocatícios envolvia a seara do Direito Administrativo. Embora tenha reconhecido a notória especialização do escritório contratado, o Ministério Público do Estado de São Paulo questionava a natureza singular e o próprio objeto do contrato. O escritório de advocacia havia sido contratado para prestar serviços técnicos de assessoria e consultoria preventiva na área de licitações e contratos administrativos de processos de interesse do Desenvolvimento Rodoviário S/A (DERSA).

O Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão pela regularidade da contratação, prolatada pelo tribunal de origem, que reconheceu a natureza singular dos serviços prestados, a inexistência de prova de que os serviços poderiam ser havidos por rotineiros ou desnecessários e a consideração de que o quadro de procuradores da entidade era reduzido. De mais a mais, justificou o embasamento na interpretação do conjunto probatório realizado pela corte de origem no fato de que a realização de uma nova averiguação de enquadramento da empresa demandaria reexame de matéria fático-probatória, o que seria defeso àquela corte.

4.5.4. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 942.412

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO

NÃO-CONFIGURADA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEM LICITAÇÃO. SERVIÇOS TÉCNICOS DE AUDITORIA. REVISÃO DA ARRECADÇÃO DO ICMS, PARA FINS DE APURAÇÃO DA QUOTA-PARTE DA REPARTIÇÃO TRIBUTÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 25, II, DA LEI 8.666/1993. 1. O vício da contradição pressupõe que os fundamentos e a conclusão do julgamento caminhem em sentidos opostos, o que não ocorreu nos autos. 2. O Tribunal de origem considerou justificada a contratação direta porque a empresa é bem conceituada, e o serviço de revisão da arrecadação do ICMS, para controle da quota-parte na repartição de receitas, demanda conhecimentos técnicos especializados. 3. Contudo, a inexigibilidade da licitação, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/1993, pressupõe a presença concomitante dos seguintes requisitos: a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado. 4. Sem a demonstração da natureza singular do serviço prestado, o procedimento licitatório é obrigatório e deve ser instaurado, com o objetivo maior de a) permitir a concorrência entre as empresas e pessoas especializadas no mesmo ramo profissional e, b) garantir ampla transparência à contratação pública e, com isso, assegurar a possibilidade de controle pela sociedade e os sujeitos intermediários (Ministério Público, ONGs, etc.). 5. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ, Recurso Especial nº 942.412, Rel. Herman Benjamin, j. em 28.10.2008.)

O Recurso Especial nº 942.412 cuidou de analisar uma contratação direta de serviços técnicos de auditoria por parte do Município de São Roque (SP). No caso, o Ministério Público propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa com o objetivo de anular o contrato administrativo celebrado sem licitação pública.

O contrato administrativo visava à prestação de serviços de revisão de documentos de arrecadação do ICMS com o objetivo de apurar a correta participação do Município no produto dessa arrecadação. Um detalhe desse caso é que o próprio Município manifestou concordância pelo

pleito de nulidade do contrato, buscando autorização para deixar de pagar pelos serviços que haviam sido prestados. Assim, embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tenha se manifestado pela regularidade do contrato administrativo, o próprio Município de São Roque interpôs o recurso especial.

Em análise do recurso, o Superior Tribunal de Justiça considerou que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo havia julgado pela regularidade do contrato administrativo com fundamento exclusivo na caracterização de um serviço técnico especializado. No entanto, como o requisito da natureza singular dos serviços técnicos não havia sido mencionado pelo tribunal de origem e, junto com isso, o acórdão recorrido havia registrado a existência de empresas congêneres que atuam no mesmo ramo profissional, com dedicação exclusiva, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem considerar que a contratação infringiu a lei. Como conclusão, a corte superior decidiu que “o próprio reconhecimento da existência de outras empresas técnicas e conceituadas leva à conclusão de que o procedimento licitatório deveria ter sido observado, de modo a oferecer iguais oportunidades aos interessados”.

4.5.5. Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1.377.703

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. (...) CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS (JURÍDICOS) E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado,

devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação. 7. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE DO SERVIÇO CONTRATADO 8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação. 9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado. 10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado. 11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços – apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados. 12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso. 13. Correto, portanto, o *parquet* ao afirmar que “Há serviços que são considerados técnicos, mas constituem atividades comuns, corriqueiras, sem complexidade, ainda que concernentes à determinada área de interesse. Assim, nem todo serviço jurídico é necessariamente singular para efeito de inexigibilidade de licitação”. Friso uma vez mais: 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. 14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida. 15. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Precedentes: REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14/12/2010; REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 01/02/2006, p. 477. (STJ, Recurso Especial nº 1.377.703, Rel. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão: Herman Benjamin, j. em 03.12.2013.)

O Recurso Especial nº 1.377.703, interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, questionava a regularidade de contratos administrativos celebrados de forma direta com dois escritórios de advocacia. Segundo o Ministério Público, a inexistência de singularidade dos serviços ofenderia os princípios da moralidade e da legalidade.

Os contratos administrativos tinham como objeto a prestação de serviços jurídicos na defesa administrativa e judicial de direitos da Centrais Elétricas de Goiás (CELG) em diversas áreas do Direito, como o Direito Previdenciário, o Direito Tributário, o Direito Comercial e o Direito Regulatório.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a regra estipulada pela legislação é a de que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico-profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso. Assim, somente em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou a empresa

detiver notória especialização, é que não seria exigida a licitação pública.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, todo e qualquer ramo do Direito é especializado, e o critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação é a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado. Dessa sorte, estabeleceu, por exemplo, que a singularidade do objeto poderia ser indicada por meio do exposto registro sobre “em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica” e sobre a singularidade no modo de prestação dos serviços, “apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados”. Esses requisitos autorizariam a efetiva inexigibilidade de licitação pública na modalidade concurso.

O Superior Tribunal de Justiça enfatizou o entendimento de 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”. Assim, entendendo que seria pouco crível inexistir, na capital do Estado de Goiás, outros escritórios igualmente especializados naquela espécie de atuação, considerou a contratação dos escritórios ilegal e enquadrou a conduta como ato de improbidade administrativa. Destaque-se que, nesse caso, a Ministra Relatora Eliana Calmon foi vencida, uma vez que votou pelo desprovisionamento do recurso especial, considerando a contratação por inexigibilidade justificada, forte no entendimento de que as

peculiaridades do caso justificavam a contratação direta e que inexistiam elementos indicadores da presença de dolo na conduta dos réus.

4.6. Comentários a julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal

O propósito deste tópico é analisar as decisões mais relevantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de contratação de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação.

4.6.1. Supremo Tribunal Federal – Inquérito Penal nº 3.074

EMENTA: 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. (STF, Inq nº 3074, Rel. Min. Roberto Barroso, publicado em 03.10.2014.)

O acórdão prolatado no Inquérito Penal nº 3.074 representa, atualmente, a decisão mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, tendo sido publicada

em 03.10.2014. Nesse caso, os Ministros da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acordaram, por maioria de votos, em rejeitar denúncia que imputava aos investigados o crime de inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 89 da Lei nº 8.666/93). Essa decisão tem grande relevância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois estabilizou os parâmetros utilizados para a aferição da legalidade dessa espécie de contratação e referendou a mesma linha de argumentação presente nos demais precedentes.

O Inquérito foi instaurado para a investigação da contratação de um escritório de advocacia pelo Município de Joinville/SC. O objeto do contrato administrativo envolvia a prestação de serviços de consultoria jurídica e patrocínio judicial do Município de Joinville/SC no processo de retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto, que eram prestados há décadas pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN).

Embora o Ministério Público do Estado de Santa Catarina tenha reconhecido a notória especialização dos advogados contratados, alegou a inexistência de singularidade do objeto contratado. Em seu entendimento, o trabalho jurídico para a retomada do serviço de saneamento e esgoto pelo Município de Joinville/SC teria natureza ordinária, destituído de uma complexidade que justificasse a contratação externa de advogados com notória especialização.

O Inquérito foi remetido ao Supremo Tribunal Federal em razão da diplomação de um dos acusados como Deputado Federal, e a Procuradoria-Geral da República deu seguimento ao Inquérito e requereu o recebimento da denúncia, sob o mesmo argumento de que era ausente a

singularidade do objeto do contrato. Para a Procuradoria-Geral da República, a existência de um parecer jurídico favorável à contratação por inexigibilidade de licitação tinha caráter meramente opinativo, o que não afastava a responsabilidade daqueles que aprovaram a contratação.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do Inquérito, votou pela rejeição da denúncia. Segundo o Ministro, na contratação de serviços técnicos especializados, duas situações podem justificar o afastamento do dever de licitar: “(i) a peculiaridade dos próprios serviços, quando sejam marcados por considerável relevância e complexidade; e (ii) a falta de parâmetros para estruturar a concorrência entre diferentes prestadores especializados”. Dessa forma, embora seja possível identificar um conjunto de profissionais prestigiados e capacitados naquela área de atuação, “não se pode estabelecer uma comparação inteiramente objetiva entre os potenciais habilitados”.

Dessa sorte, o Ministro relator estabeleceu os cinco critérios cuja aferição deve ser realizada na tentativa de avaliar a segurança da contratação direta de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação: “a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e e) verificação da prática de preço de mercado para o serviço”.

O Ministro relator reconheceu que a atribuição de um encargo como o que fora contratado “pressupõe uma relação de confiança na expertise diferenciada do prestador, influenciada por fatores como o estilo da argumentação, a maior ou menor capacidade de desenvolver teses

inovadoras, atuações pretéritas em casos de expressão comparável, dentre outros”. Registrou, no entanto, que a confiança pessoal do gestor público não basta, “sendo necessário que a sua qualificação diferenciada seja aferida por elementos objetivos”, como, além do que foi mencionado, a autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação e a formação acadêmica do profissional e de sua equipe.

Segundo o Ministro, esses parâmetros continuam a permitir uma margem de discricionariedade na análise do que seria o “profissional capacitado a prestar o serviço mais adequado ao serviço público”, delimitando uma faixa de opções aceitáveis e excluindo a legitimidade de avaliações puramente pessoais. Sobre o tema, registrou: “o que a lei permite, compreensivelmente, não é a contratação de talentos ocultos, e sim de prestadores que já são reconhecidos pelo mercado como referências nas suas respectivas áreas”.

A respeito da natureza singular do objeto, o Ministro relator indicou que o serviço a ser prestado “deve escapar à rotina do órgão contratante e da própria estrutura da advocacia pública que o atende”. Ou seja, não basta que o profissional seja dotado de notória especialização, pois a atividade também deve envolver complexidades que tornem necessária a contratação desse profissional. Assim, essa diferenciação tornaria inviável a competição, mesmo entre prestadores qualificados, visto que existiria “a necessidade de um elo de especial confiança na atuação do profissional selecionado”. Essa relação de confiança, segundo o Ministro, deve ser objeto de fundamentação transparente, “com o que se permite o controle intersubjetivo quanto à razoabilidade da escolha administrativa”.

Em seu voto, o Ministro relator indicou que a contratação de advogado pela Administração Pública não é obstada pela existência de um quadro próprio de procuradores públicos. Apenas, para que isso ocorra em conformidade com o ordenamento, é necessário que fique configurada a impossibilidade ou a relevante inconveniência de que aquela determinada atribuição lhes seja atribuída – seja pela especificidade e relevância da matéria ou por deficiência da estrutura estatal.

Outro ponto de destaque desse voto foi o reconhecimento de que a ausência de maior densidade à interpretação dos parâmetros legais da notória especialização e da singularidade do serviço é prejudicial ao interesse público, haja vista que essa indefinição cria um ambiente de insegurança jurídica. Ressaltou, ainda, o acentuado risco de responsabilização do gestor público e dos próprios advogados que disso decorre, tal como se pretendia no caso concreto, inclusive em hipóteses de difícil percepção da suposta má-fé.

Na sua análise, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou que: (i) o processo administrativo teria sido regularmente atendido; (ii) os advogados contratados tinham notória especialização, com experiência em diversos casos análogos; e (iii) a singularidade do objeto teria sido comprovada a partir da magnitude financeira da operação (60 milhões de reais), do fato de que seria a primeira vez, em 30 anos, que seria realizada uma retomada do serviço de saneamento pelo Município e de que havia resistência da Companhia Estadual na liberação e entrega das instalações.

O objeto contratado foi considerado incomum e, por isso, a contratação de advogado especializado, justificada,

seja por resguardar os interesses patrimoniais do Município ou por preservar a continuidade da prestação. Além disso, o Ministro relator indicou que o Ministério Público não teria provado que o valor cobrado pelos advogados (200 mil reais) estaria fora dos parâmetros praticados pelo mercado em casos semelhantes. Concluiu, portanto, pela rejeição da denúncia.

A Ministra Rosa Weber, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Luiz Fux acompanharam o voto do Ministro relator. O Ministro Marco Aurélio foi vencido em seu voto. Segundo esse Ministro, o Município de Joinville, sendo um grande município catarinense, contava com uma Procuradoria estruturada. Dessa sorte, muito embora o ordenamento preveja a possibilidade de contratação de profissionais especializados por inexigibilidade de licitação, haveria de se presumir que o corpo jurídico municipal estaria “à altura de conduzir a defesa do Município na retomada dos serviços de fornecimento de água e saneamento básico”.

Na sequência, apoiado no fato de que, nos autos do processo, havia a informação de que a Procuradoria Municipal já havia preparado, inclusive, a inicial para a propositura da ação, antes da contratação, o Ministro Marco Aurélio concluiu que a oferta da denúncia pelo Ministério Público não representava um fato absurdo, pelo que votou em favor do recebimento da denúncia. O julgamento teve como resultado a rejeição da denúncia pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos.

4.6.2. Supremo Tribunal Federal – Inquérito Penal nº 3.077

EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. PARLAMENTAR FEDERAL. DENÚNCIA OFERECIDA. ARTIGO 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. ARTIGO 41 DO CPP.

NÃO CONFORMIDADE ENTRE OS FATOS DESCRITOS NA EXORDIAL ACUSATÓRIA E O TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. 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 possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, *caput*). (STF, Inq nº 3077/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 29.03.2012.)

O Inquérito Penal nº 3077 é um dos precedentes mais recentes e significativos do Supremo Tribunal Federal a respeito da contratação direta de serviços técnicos especializados.

O processo foi relatado pelo Ministro Dias Toffoli e julgado pelo Tribunal Pleno em 29.03.2012. Tratava-se de denúncia oferecida com base no art. 89 da Lei nº 8.666/93 contra parlamentar federal, à época que ocupava o cargo de Chefe do Poder Executivo do Município de Arapiraca/AL. As imputações relacionavam-se aos atos de declaração e homologação de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de consultoria e treinamento em favor do Município. No caso, foi reconhecida a ausência de justa causa e, assim, a denúncia foi rejeitada por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Especificamente sobre a inexigibilidade de licitação pública, o acórdão ressaltou que o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 exige, para a contratação direta por inexigibilidade de licitação pública, a notória especialização em associação ao elemento subjetivo confiança.

No caso, como os profissionais contratados tinham notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração Pública, considerou-se que o fato era atípico, sendo inexistente a ilegalidade alegada.

O relator lembrou, em seu voto, que a inexigibilidade de licitação pública ocorre nas hipóteses em que há inviabilidade de competição e que, no caso de contratação de serviços técnicos especializados, a aferição da possibilidade de competição é complexa, pois, em tese, existe uma pluralidade de possíveis prestadores. Nesses casos, a impossibilidade de competição no caso concreto deriva da falta de critérios objetivos para comparar os possíveis competidores, e não da inexistência deles. Vale o destaque

para trecho do voto do Ministro Luiz Fux, em que assentou que nessa espécie de contratação “não é de se exigir uma prova de que não havia outro concorrente”.

O Ministro relator afirmou que há certos serviços que não podem ser objeto de competição, porque, além do primor técnico especializado, existe um elemento subjetivo, próprio do especialista, que não pode ser comparado em bases objetivas, visto que os profissionais imprimem nesses serviços características diferenciadas e pessoais.

Demais disso, esse precedente jurisprudencial resolve uma importante dúvida relacionada à seleção do contratado, pois reconhece que a escolha do melhor profissional para a tarefa cumpre ao gestor público e admite que tal seleção se sucede segundo seus próprios critérios subjetivos, incluindo o quesito confiança. Leia-se:

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

Dentre os especialistas que contemplem esses requisitos objetivos, o agente administrativo escolherá aquele em que deposite maior confiança, na medida em que o considere mais apto para satisfazer o interesse público do que outros, valendo aí os seus traços pessoais, que devem se identificar com o que pretende a Administração.

Apesar da reconhecida discricionariedade, contudo, a decisão também adota o entendimento de que tal escolha depende de certos requisitos objetivos, especialmente a

experiência, a boa reputação e o grau de satisfação obtido em outros contratos.

Além disso, o voto do Ministro relator evidencia o fato de que, quando os critérios para a seleção do contratado não puderem ser objetivados, não haverá possibilidade de tratamento isonômico entre os interessados no caso de uma eventual licitação pública. Isso porque o critério determinante para a seleção estará atrelado à livre vontade do julgador, “sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano objetivo”.

Outro destaque ao precedente ora referenciado relaciona-se à afirmação de que eventuais falhas de formalidades no processo administrativo de contratação direta somente serão passíveis de sanção quando resultarem em contratação indevida e demonstrarem a vontade ilícita de produzir um evento danoso. Leia-se: “ademais, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e demonstrar a vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso”.

Ainda, o caso apresenta uma problemática adicional: além dos especialistas de notória especialização, conhecidos amplamente, e dos recém-formados, sem experiência, há um terceiro grupo majoritário, que é formado por profissionais que têm experiência e são moderadamente conhecidos, não podendo ser detentores de notória especialização. O Relator afirma que aí reside a “zona de incerteza”. Nesses casos, vige a competência discricionária do agente administrativo, que avalia os profissionais com certa margem de liberdade, “pelo que é essencial a confiança depositada no contratado”. Para invalidar uma contratação

desse tipo, é necessária comprovação ulterior de viabilidade de competição e dano ao erário público, o que não se confirmou na denúncia ofertada.

4.6.3. Supremo Tribunal Federal – Ação Penal nº 348

ACÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. 1. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. “Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da

confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente. (STF, AP nº 348/SC, Rel. Eros Grau, j. em 15.12.2006.)

A Ação Penal nº 348 é o precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com maior aderência ao tema versado na presente obra.

O processo foi relatado pelo Ministro Eros Grau e julgado pelo Tribunal Pleno em 15.12.2006. Trata-se de um julgamento paradigmático a respeito das contratações de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação. Mais especificamente, o acórdão reconhece a legalidade dessa espécie de contratação e levanta alguns requisitos que servem como parâmetro para esse procedimento.

A ação penal, ajuizada contra ocupante do cargo de senador da república, teve como objeto a suposta ilegalidade na contratação direta de advogados administrativistas durante o início do mandato em que o acusado assumiu a chefia do Poder Executivo do Município de Balneário Camboriú, Estado de Santa Catarina.

A contratação desses advogados foi justificada pelo Município sob o fundamento de dispensa de licitação para casos de emergência (inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93). A justificativa era a de que o prefeito, ao assumir a gestão municipal, percebeu a existência de inúmeras irregularidades administrativas que teriam sido cometidas por seu antecessor. Segundo a motivação do ato de contratação direta, essas irregularidades arriscavam o patrimônio público a prejuízos irreparáveis e, por isso, precisavam ser imediatamente reparadas por meio do auxílio de profissionais especializados.

A denúncia foi julgada improcedente pelo Ministro relator Eros Grau, em voto sintético, mas denso, em que, embora tenha se afastado o enquadramento do caso como pertinente à dispensa de licitação, reconheceu-se sua aderência à inexigibilidade de licitação pública.

Eros Grau registrou que o caso continha “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”. A confiança, na qualidade de elemento subjetivo, foi reconhecida como atributo vinculado à notória especialização do profissional.

Perceba-se que o precedente confirmou que a confiança necessária para a contratação está relacionada à percepção que o próprio gestor público nutre sobre o profissional. No caso em comento, inclusive, os causídicos contratados pelo Município de Balneário Camboriú haviam patrocinado causas pessoais do ex-prefeito em processos administrativos de apuração de responsabilidade perante o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, peculiaridade que não foi considerada irregular pelo Supremo Tribunal Federal.

A propósito dessa maior liberdade conferida ao agente público para selecionar alguém de sua confiança, seria possível cogitar uma afronta ao princípio da impessoalidade. Conquanto essa questão não tenha sido enfrentada de maneira direta pelo Supremo Tribunal Federal, ao se cominar ao gestor público a discricionariedade para a contratação de alguém de sua confiança, reconheceu-se uma

clara mitigação desse princípio, com fundamento no texto legal e em obséquio de outros princípios constitucionais.

Lembre-se, apenas, que a confiança, como qualitativo condicionante, é somente um dos requisitos necessários para tal contratação. A contratação direta de serviços técnicos especializados deve ser celebrada, no que diz respeito ao seu objeto, com o objetivo de dar solução à questão singular e, em relação ao aspecto subjetivo, com profissionais de notória especialização cujo trabalho represente o que há de essencial e mais adequado à satisfação daquela necessidade. Por óbvio, não se confere uma carta branca ao agente público para que contrate advogado de sua confiança para solucionar qualquer demanda jurídica da Administração Pública.

Por corolário desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu também o que a doutrina administrativista sustentava há algum tempo: de fato, o inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 não condiciona a contratação direta à inexistência de outro profissional com capacidade para prestar o serviço técnico desejado. Para sustentar essa posição, o Ministro Eros Grau referenciou, em seu voto, trecho doutrinário de lavra própria:

Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação.

Entendo, não obstante, que “serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a administração deve contratar sem licitação, escolhendo e contratando, em última instância, de acordo com o grau de confiança que ela própria, administração, deposite na especialização desse contratado. É isso,

exatamente isso, o que diz o direito positivo, como adiante demonstrarei.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da administração em quem deseja contratar é subjetivo, logo, 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).

Há por certo, quem não goste disso. Mas é isso o que define o direito positivo, apesar do desconforto que possa causar em quem quer que seja, movido pela aspiração de substituir o direito vigente por outro. Até que isso venha a ocorrer, contudo, revolucionariamente ou não, o direito vigente não pode ser desacatado. (GRAU, 1995, p. 64-65.)

A impossibilidade de que critérios objetivos sejam elencados para a comparação entre propostas de profissionais para a prestação de serviços técnicos especializados e singulares torna inviável a realização da licitação. Carente de um julgamento objetivo, não há razão para promover o certame, ainda que existam diferentes profissionais capazes de prestar aquele serviço. Assim, revela-se como consequência natural o reconhecimento da discricionariedade ao agente público para que contrate profissional de sua confiança entre aqueles que atendem aos requisitos técnicos de especialidade.

Esse precedente do Supremo Tribunal Federal reconhece expressamente a subjetividade que envolve a escolha desse profissional. Ou seja, há uma discricionariedade do gestor público para decidir quem realizará o serviço,

ainda que todos os demais requisitos específicos dessa espécie de contratação sejam aplicáveis.

Em relação às questões de Direito Penal, destaque-se a conclusão dedutiva exposta pelo Ministro relator no sentido de que “o dolo não existiu, porquanto o acusado contratou sem licitação na presunção de que estariam presentes os requisitos para a dispensa”. Na mesma linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o equívoco na hipótese de enquadramento da contratação direta – dispensa de licitação em vez de inexigibilidade – não maculou de ilegalidade a contratação, tendo sido considerada como mera irregularidade saneável.

Em relação aos votos que acompanharam o Ministro relator, merece destaque a afirmação da Ministra Carmem Lúcia no sentido de ser “conhecida a situação e perfeitamente possível que um procurador resolva alegar que não pode fazer um trabalho, para que haja contratação de profissional em detrimento da Administração Pública”. Segundo a Ministra, ainda que se devesse apurar essa contratação, o ex-prefeito “não teria absolutamente participação alguma”.

Em reforço à tese de que as contratações de serviços técnicos especializados para a resolução de questões singulares não admite o julgamento objetivo necessário à licitação, a Ministra Carmen Lúcia sustentou:

No caso de contratação de advogados, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o artigo 3º da Lei nº 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos no artigo 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se

um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há como objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação.

A respeito da discricionariedade para a contratação direta, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que “a decisão sobre a dispensa de licitação ou a inexigibilidade de licitação se situa dentro do âmbito das decisões discricionária da Administração Pública”. Para o Ministro, “ao Judiciário, como regra, é vedado penetrar nesse âmbito, salvo se houver desvio de finalidade, ou de poder, ou manifesta ofensa ao princípio da moralidade, ou da razoabilidade, ou quando a motivação do ato não tiver correspondência com a realidade fática subjacente”. Ainda, o Ministro destacou que os serviços contratados foram efetivamente realizados, pelo que não houve qualquer prejuízo para o Município, e que as contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas estadual.

O voto do Ministro relator Eros Grau foi alçado à qualidade de irretocável pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Carmen Lúcia, tendo sido elogiado também pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio também acompanharam o voto do relator, pelo que a votação foi unânime no sentido da improcedência e absolvição do réu.

4.6.4. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 86.198

EMENTA: I. *Habeas corpus*: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente

no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. 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 que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º). (STF, HC nº 86198/PR, Rel. Sepúlveda Pertence, j. em 17.04.2007.)

O Habeas Corpus nº 86.198 foi impetrado em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que recebeu em parte a denúncia oferecida contra dois advogados contratados por inexigibilidade de licitação pelo Município de Matinhos, Estado do Paraná.

O processo foi relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence e teve os pedidos julgados procedentes pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 17.04.2007.

O Superior Tribunal de Justiça havia entendido que o habeas corpus não comportava acolhimento no tocante à alegação de que o caso retratava a hipótese de inexigibilidade de licitação pública. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, “os casos de inexigibilidade de licitação, expressamente previstos no art. 25 da Lei 8.666/1993, ocorrem quando não há qualquer possibilidade de competição, diante da existência de apenas um objeto ou pessoa capazes de atender às necessidades da Administração Pública”.

Perceba-se que o entendimento no sentido de que a inexigibilidade de licitação é cabível quando não houver

possibilidade de competição é conforme o que entende o Supremo Tribunal Federal. Contudo, o requisito de que somente uma pessoa seria capaz de atender às necessidades da Administração Pública não encontra par na jurisprudência da corte suprema.

A despeito dessa particularidade, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão contra o qual foi impetrado o habeas corpus, registrou que “não é qualquer serviço descrito no art. 13 da Lei 8.666/93 que torna inexigível a licitação, mas aquele de natureza singular, que exige a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa”.

Tal entendimento encontra-se mais próximo do que entendem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina. Anote-se, contudo, que a doutrina administrativista, em sua maioria, como se verá adiante, não considera a enumeração de serviços constantes do art. 13 da Lei nº 8.666/93 como um rol taxativo. E por considerá-las exemplificativas, as hipóteses previstas nesse dispositivo não esgotam as possibilidades legais de serviços técnicos passíveis de contratação direta por inexigibilidade de licitação.

O principal fundamento para a negativa do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça havia sido a impropriedade daquela espécie de ação para a averiguação da notória especialização dos advogados ou o ineditismo do serviço adotado, que exigiria revolvimento fático e probatório.

O Ministro relator Sepúlveda Pertence considerou o caso muito semelhante à Ação Penal nº 348, relatada

pelo Ministro Eros Grau, razão pela qual transcreveu longo excerto daquele precedente.

Especificamente, adotou os fundamentos do voto do Ministro Eros Grau, apresentados na Ação Penal nº 348, em relação ao seguinte: (i) a irrelevância penal do desatendimento de questões formais quando diante de uma contratação direta cujos pressupostos estão presentes; (ii) a desnecessidade de que inexistam outras pessoas capazes de prestar os mesmos serviços para a configuração dos pressupostos para a contratação direta; (iii) a relevância e a pertinência da confiança do gestor público na seleção do profissional contratado; e (iv) a incompatibilidade do procedimento licitatório 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’”.

Para o Ministro relator Sepúlveda Pertence, “de fato, é a associação desses dois elementos (notória especialização e confiança) – ao lado, é claro, do relevo do trabalho a ser contratado –, que permitirá concluir pela inexigibilidade de licitação”. O relator entendeu que esses requisitos encontravam respaldo no caso concreto, haja vista a “inequívoca prova documental trazida com a petição”. Ainda, sustentou que o fato de que se, eventualmente, existissem outros profissionais capazes de prestar o serviço, as características do contratado “demonstrariam que ele atendia plenamente às necessidades da Administração local para o desenvolvimento da atividade contratada”.

Outra questão considerada relevante para justificar a inexigibilidade de licitação pública foi o fato de que o advogado contratado era o único profissional conhecido que

havia desenvolvido um trabalho semelhante para a Administração Pública, à época que exercia o cargo de procurador municipal em localidade vizinha.

Particularmente em relação à contratação de serviços de advocacia, Sepúlveda Pertence destacou a dificuldade inerente a essa espécie de licitação, considerados os empecilhos que decorrem da ética profissional do advogado e da vedação de atitudes tendentes à captação de clientela.

Ainda, registrou um paradoxo que resultaria dessa licitação: “se é para oferecer antes um trabalho profissional para que, entre os concorrentes, a administração escolha um, seria uma licitação paradoxal: ela começaria pela execução do trabalho. Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional”.

O presente caso carrega uma particularidade fática que merece ser registrada. Originalmente, houve a contratação de um advogado, com o qual a Administração Pública nutria grande relação de confiança e cujo currículo não deixava espaço para dúvida a respeito de sua notória especialidade. Posteriormente, mediante aditivo contratual, houve a contratação de outra advogada, cujo currículo também revelava uma notória especialização.

Em relação à nova contratação, a peculiaridade é que o Supremo Tribunal Federal considerou que, em razão da complexidade do projeto a ser executado, era natural a necessidade de auxílio, que deveria ser “prestado por profissional da confiança não apenas da Administração como do próprio Advogado inicialmente contratado”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em voto que acompanhou o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou o descabimento da propositura de ação penal não precedida de qualquer questionamento da legalidade do ato administrativo ao qual se imputa criminoso. Ou seja, o ato administrativo subsiste hígido e em seu benefício militam presunções de constitucionalidade e legalidade, pelo que “não se pode passar diretamente para a propositura de uma ação penal”.

Apesar de toda a construção meritória em favor da desnecessidade de que seja caracterizada a inexistência de um único profissional capaz de suprir a necessidade estatal, o Ministro Carlos Ayres Britto, ao complementar o seu voto em acompanhamento do que relatou o Ministro Sepúlveda Pertence, levanta o argumento de que a licitação é inviável quando há exclusividade de prestador.

Embora tal argumento não tenha sido posto em sentido contrário do que sustentou o Ministro relator, sua inserção no voto indica a instabilidade dessa questão quando das análises judiciais sobre a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados.

Por fim, a título de curiosidade, é merecido o relato do que argumentou o Ministro Sepúlveda Pertence a fim de evidenciar a existência de casos em que a licitação pública não é o melhor procedimento a ser adotado.

Disse o Ministro Sepúlveda Pertence: “Se não a Capela Sistina não seria de Michelangelo”.

Ao que respondeu o Ministro Carlos Ayres Britto: “A Capela Sistina não teria em Michelangelo o seu principal artista”.

O voto do Ministro relator foi acompanhado pelos demais Ministros, formando-se, assim, uma decisão unânime para determinar o trancamento da ação penal.

4.6.5. Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário nº 466.705-3

EMENTA: I. Administração Pública: inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia com sociedade profissional de notória especialização (L. 8.666/93, art. 25, II e § 1º): o acórdão recorrido se cingiu ao exame da singularidade dos serviços contratados, que, à luz de normas infraconstitucionais e da avaliação das provas, entendeu provada: alegada violação do art. 37, *caput* e I, da Constituição Federal que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta, que não enseja reexame no recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 e, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 636. II. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento do tema do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, de resto, impertinente à decisão da causa, fundada em lei federal. (STF, RE nº 466705, Rel. Sepúlveda Pertence, j. em 14.03.2006.)

O Recurso Extraordinário nº 46.6.705, interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, foi julgado pela Primeira Câmara em 14.03.2006. A questão jurídica sobre a qual debruçaram os Ministros envolvia a dúvida sobre a caracterização da singularidade dos serviços jurídicos contratados por inexigibilidade de licitação.

Como se tratava de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, a descaracterização da singularidade do objeto contratado impingiria a pecha de ilegalidade sobre a contratação direta e, como consequência, o Ministério Público pretendia, sob esse fundamento, a condenação dos envolvidos.

A questão a respeito da notória especialização do escritório de advocacia contratado foi superada, haja vista que aquela banca detinha reconhecida particularidade na área de Direito Administrativo. Cumpria, portanto, analisar se os serviços contratados eram singulares, para que pudessem ser contratados perante terceiros em vez de realizados pelo próprio corpo jurídico da Administração Pública.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, julgou pela improcedência do recurso extraordinário, entendendo que o acórdão recorrido havia aplicado precisamente a legislação federal pertinente e, com base nos dispositivos constitucionais respectivos (inc. XXI e *caput* do art. 37), concluiu acertadamente pela possibilidade de contratação direta.

O Ministro Eros Grau, por sua vez, acompanhou o voto relator e anotou como observação que o caso envolvia “contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como ‘serviços técnicos profissionais especializados’, isto é, 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. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo”.

Como se pode perceber, o voto do Ministro Eros Grau foi prolatado em linha de argumentação muito semelhante ao voto que viria a proferir meses depois, na qualidade de relator na Ação Penal nº 348, bem como em afinidade com sua obra doutrinária.

Nesse voto, contudo, acresceu o Ministro Eros Grau que “a licitação desatenderia ao interesse público na

medida em que sujeitaria a Administração a contratar com quem, embora vencedor na licitação, segundo ponderação de critérios objetivos, dela não merecesse o mais elevado grau de confiança”. Assim, para além da desnecessidade do certame, registrou-se expressamente que a realização da licitação pública era considerada medida que caminharia de encontro ao interesse público.

O Ministro Carlos Ayres Britto, após obter vistas do processo, chancelou o entendimento dos seus pares precedentes, apoiando-se na análise do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deduziu do conjunto probatório a singularidade dos serviços prestados. Assim, deixou de analisar as provas carreadas aos autos, sob pena de reexaminá-las em afronta à Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. O Ministro César Peluso, no mesmo sentido, reconhecendo a singularidade dos serviços, acompanhou os demais votos para formar a unanimidade do julgamento pela improcedência.

4.6.6. Supremo Tribunal Federal – Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 72.830

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL: TRANCAMENTO. ADVOGADO: CONTRATAÇÃO: DISPENSA DE LICITAÇÃO. I. - Contratação de advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. Inocorrência, no caso, de dolo de apropriação do patrimônio público. II. - Concessão de “habeas corpus” de ofício para o fim de ser trancada a ação penal. (STF, RHC nº 72830, Rel. Carlos Velloso, j. em 24.10.1995.)

O Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 72.830 foi interposto com o objetivo de obter o trancamento de ação

penal intentada para apurar o suposto crime de peculato que seria resultante de uma contratação direta para prestação de serviços advocatícios ao Estado de Rondônia. O processo foi relatado pelo Ministro Carlos Velloso e julgado pela Segunda Câmara do Supremo Tribunal Federal em 24.10.1995.

Os réus – o Procurador-Geral do Estado de Rondônia e o advogado contratado – requereram o trancamento da ação penal, pela ausência de justa causa, e alegaram, entre outras questões, que os serviços prestados eram de interesse do Estado de Rondônia e que nenhuma ilegalidade poderia ser disso extraída.

Os serviços jurídicos consistiam em representação do Estado de Rondônia junto aos Tribunais Superiores, em Brasília. O Ministro Carlos Velloso adotou o parecer do Ministério Público Federal, no sentido de que o caso concreto legitimava a contratação direta, especialmente porque: (i) nada indicava ser o contratado pessoa das relações do então Governador; (ii) os honorários pactuados não eram exorbitantes e não mereceram reparo do Tribunal de Contas; e (iii) os serviços remunerados foram efetivamente prestados e eram de interesse público.

Na sequência, o Ministro relator apresentou a argumentação que viria a formar e a consolidar a sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em favor da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos especializados. Leia-se:

Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação

de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica*.

O Ministro Maurício Corrêa, em apoio ao entendimento do Ministro Carlos Velloso, demonstrou certa indignação perante a proposição da ação penal, por considerá-la fruto de perseguição política. Veja-se:

Na verdade o paciente, ilustre advogado em Brasília, foi convidado pelo então Governador de Rondônia, deslocando-se para Porto Velho, a fim de dar assistência jurídica ao seu Governo. Fez, ali, uma limpeza no que diz respeito às irregularidades que havia, dando parecer e militando no sentido de que os atos se processarem na forma da lei, enfim, da regularidade dos atos administrativos. Com isso, sofreu represálias. Assim que assumiu, o paciente aconselhou ao Governador que contratasse um advogado em Brasília, porque conhecia bem os Tribunais Superiores desta cidade, sabia que o Estado estava mal representado e que as suas ações corriam à revelia.

Vieram novas eleições; novo Governador é eleito e começa a caça às bruxas. (...)

Por que? Porque teve o cuidado e a preocupação de contratar advogado em Brasília para defender o Estado, e como assinala o próprio Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Sollberg, estipulando-se honorários módicos. Evidentemente que se trata de pequena e atroz perseguição.

Dessa sorte, por unanimidade, a Segunda Câmara do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus para o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa.

5. PROCESSO FORMAL PRÉVIO À CONTRATAÇÃO

“a confiança, na qualidade de elemento subjetivo, foi reconhecida como atributo vinculado à notória especialização do profissional”

“o processo administrativo cumpre uma função legitimadora da contratação por inexigibilidade de licitação pública, uma vez que nele serão apresentados os elementos que comprovam os requisitos legais que condicionam essa modalidade de contratação”

“a própria eleição do contratado, uma vez caracterizada a inexigibilidade de licitação pública, não se revela uma escolha livre do administrador público: toda a carga discricionária existente nessa decisão deve ser apresentada a quem eventualmente se interessar em conhecê-la – seja por parte dos órgãos de controle ou dos cidadãos”

“os incisos do art. 25 não integram um rol exaustivo de hipóteses em que a licitação é inviável, mas apenas exemplificam o cabimento da contratação direta por inexigibilidade. Dessa maneira, casos há em que a inexigibilidade de licitação será legalmente fundamentada em um dos incisos, mas casos há em que o *caput* do artigo é que sustentará o ato”

5. PROCESSO FORMAL PRÉVIO À CONTRATAÇÃO

Não há dúvidas de que o processo administrativo que precede a contratação por inexigibilidade de licitação pública merece dedicada atenção por parte do agente público. Embora não haja polêmica quanto à permissão concedida pelo ordenamento jurídico brasileiro para que alguns contratos administrativos sejam celebrados sem licitação pública, é necessário que haja a efetiva comprovação de que aquela determinada contratação atende a todos os respectivos requisitos legais.

A comprovação desses requisitos se sucede no âmbito do processo administrativo. Dessa sorte, o processo administrativo cumpre uma função legitimadora da contratação por inexigibilidade de licitação pública, uma vez que nele serão apresentados os elementos que comprovam os requisitos legais que condicionam essa modalidade de contratação.

Perceba-se que o esclarecimento de eventuais dúvidas sobre a regularidade de determinada contratação direta depende da análise do seu correspondente processo administrativo, pelo que sua adequada composição é essencial para afastar o risco de uma atuação contrária à legalidade.

A acentuada preocupação com a etapa que precede a contratação por inexigibilidade de licitação está relacionada com a sistemática contemporânea do Direito Administrativo, que percebe no respeito ao devido processo administrativo o meio formal assecuratório dos valores e princípios que norteiam a função administrativa.

A processualidade é considerada característica intrínseca ao modo de atuação da Administração Pública. Entende-se que a formalidade que lhe é intrínseca confere maior segurança à coletividade, visto que o registro de todo o encadeamento de atos administrativos que fundamentam determinada contratação permite o controle de legalidade e de legitimidade.

A moderna perspectiva conferida ao processo administrativo demanda a diluição do poder decisório ao longo de seu decurso, que formará a consistência da legitimidade de seu resultado. Em suma, durante a fase instrutória do processo administrativo, o agente público deverá adotar – e comprovar que adotou – as diligências e cautelas para o bom desempenho (eficiência) das medidas corretas (eficácia) que materializarão o interesse público (efetividade).

A Lei nº 8.666/93 estabeleceu o procedimento a ser adotado pela Administração Pública quando da contratação por inexigibilidade de licitação pública. Em linhas gerais, seu art. 26 determina, como condição de eficácia dos atos, que as situações de inexigibilidade de licitação pública devem ser necessariamente justificadas e, dentro de três dias úteis, comunicadas à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias. Leia-se:

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

Esclareça-se que a necessidade de justificação não se restringe às situações de inexigibilidade referidas no art. 25 da Lei nº 8.666/93, como uma leitura apressada do dispositivo poderia indicar, mas a todas as situações de inexigibilidade. Esse esclarecimento é importante porque, como visto, as situações mencionadas no referido artigo não compreendem todas as hipóteses de cabimento da contratação por inexigibilidade, uma vez que aquele rol se caracteriza como exemplificativo. Assim, as condições de eficácia previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/93 são aplicáveis a toda e qualquer contratação por inexigibilidade de licitação pública.

De todo modo, o maior destaque deve ser dedicado ao parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, que apresenta o detalhamento dos elementos que devem instruir o processo de contratação por inexigibilidade de licitação. Leia-se:

Art. 26 (...)

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.

Os incs. I e IV do art. 26 da Lei nº 8.666/93 referem-se a situações típicas de dispensa de licitação pública, e apenas os incs. II e III, portanto, são aplicáveis às

contratações por inexigibilidade de licitação pública ora estudadas.

O inc. II do mencionado dispositivo demanda que o agente público exponha a razão da escolha daquele determinado executante. Como antes revelado, o processo administrativo deve ser composto por documentos que comprovem a correlação entre o particular selecionado e os requisitos mínimos para sua seleção.

Tal exigência está em consonância com o princípio da motivação, que, embora não tenha sido gravado na Constituição Federal, é própria do Direito Administrativo brasileiro. A doutrina administrativista defende a inafastabilidade do dever de motivar os atos da Administração, conforme as palavras de Odete Medauar e Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Motivar é enunciar expressamente – portanto explícita ou implicitamente – as razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática de um ato jurídico. O Estado, ao assim decidir, vincula-se tanto ao *dispositivo legal* invocado como aos *fatos* sobre os quais se baseou, explícita ou implicitamente, para formar sua convicção: no Direito Público, portanto, *decidir é vincular-se*, pois inexistem decisões livres. (MOREIRA NETO, 2009, p. 100.)

A ausência de previsão expressa, na Constituição Federal ou em qualquer outro texto, não elide a exigência de motivar, pois esta encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF), no princípio da publicidade (art. 37, *caput*) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inc. LV do art. 5º). (MEDAUAR, 2010, p. 143.)

A respeito da motivação dos atos administrativos em relação às contratações por inexigibilidade de licitação

pública, cumpre destacar o disposto no art. 50 da Lei nº 9.784/99,³⁵ segundo o qual os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando declararem a inexigibilidade de licitação pública.

Registre-se que não há qualquer impeditivo para que a autoridade competente para a contratação apresente sua motivação com base em declaração de concordância com fundamentos de outros elementos do processo administrativo, como pareceres, informações, decisões ou propostas. Todavia, a consistência da motivação, por evidente, dependerá da suficiência do conteúdo dos demais elementos do processo administrativo.

Não há uma automática isenção de responsabilidade do gestor público a partir de uma simples referência aos demais documentos que compõem o processo administrativo de inexigibilidade de licitação pública. A possibilidade de remissão aos elementos anteriores do processo administrativo, portanto, embora tenha uma função de simplificação, não afasta a necessidade de uma análise integral e aprofundada sobre a regularidade da contratação.

³⁵ “Art. 50 Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...) IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

Para compreender de forma mais adequada essa sistemática, no próximo tópico serão apresentadas as linhas gerais sobre o regime jurídico das contratações diretas.

5.1. Contratação direta

5.1.1. Regime jurídico geral

O regime jurídico aplicável às contratações diretas realizadas pela Administração Pública tem como fundamento constitucional um excerto constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que ressalva a regra de licitação pública e designa à legislação ordinária a competência para discipliná-lo.

A disciplina legal dessa ressalva constitucional foi apresentada pela Lei nº 8.666/93 e, para o que interessa ao presente assunto, seu art. 25 estabeleceu que a inviabilidade de competição atrai a inexigibilidade do processo licitatório.

Como antes exposto, a contratação direta pela Administração Pública foi categorizada em três gêneros: (i) licitação pública dispensada; (ii) licitação pública dispensável; e (iii) inexigibilidade de licitação pública.

Enquanto a licitação foi legalmente e de antemão dispensada nas hipóteses do art. 17 da Lei nº 8.666/93, as quais representam situações em que a Administração Pública promove a alienação de bens, o art. 24 elencou uma variedade de situações fáticas que permitem ao agente público dispensar a licitação pública, ainda que sua realização fosse possível, pois haveria competição.

Ou seja, na licitação dispensada, o agente público não poderá promover licitação pública, visto que sua dispensa foi determinada como o procedimento a ser adotado pela lei; na licitação dispensável, contudo, o agente público optará pela realização da licitação pública ou por sua dispensa, a depender do seu juízo de conveniência e oportunidade, sempre em obséquio do interesse público.

A inexigibilidade de licitação pública, por sua vez, será caracterizada quando a realização da licitação pública sabidamente seria inócua, uma vez que a viabilidade de competição entre potenciais interessados inexistente. Essa inviabilidade de competição pode decorrer da inexistência de diferentes potenciais interessados em prestar determinado serviço ou entregar determinado bem ou da impossibilidade de comparação entre diferentes propostas, ainda que exista um número plural de potenciais interessados.

5.1.2. Inexigibilidade de licitação pública

O princípio da impessoalidade reclama a condução dos processos de contratação pública a partir de parâmetros vinculados estritamente ao interesse público. Portanto, agente público não poderá substituir os parâmetros objetivos definidos em lei por outros que carrega consigo e que, inevitavelmente, refletem, em alguma medida, sua personalidade.

Dáí decorre a necessidade de que todo o processo de tomada de decisão em favor de uma contratação pública que não foi precedida por licitação seja devidamente motivado, com a explicitação dos elementos que conduziram o agente público a determinada decisão.

A própria eleição do contratado, uma vez caracterizada a inexigibilidade de licitação pública, não se revela uma escolha livre do administrador público: toda a carga discricionária existente nessa decisão deve ser apresentada a quem eventualmente se interessar em conhecê-la – seja por parte dos órgãos de controle ou dos cidadãos.

Ao contrário do que poderia parecer ao intérprete do Direito Administrativo, a discricionariedade conferida aos agentes públicos reclama uma motivação ainda mais aprofundada do que quando diante dos atos denominados vinculantes. Os atos administrativos vinculantes – o reconhecimento de uma aposentadoria compulsória, por exemplo – demandam uma motivação menos aprofundada, pois basta que se apontem os dispositivos legais e a situação fática que tornam aquele ato vinculado. Os atos administrativos discricionários, por sua vez, requerem a apresentação aprofundada de toda a motivação, justamente para que seja possível perceber se a decisão adotada pelo agente público foi razoável sob o ponto de vista jurídico. Ainda que haja uma liberdade maior de escolha, o agente público somente fará jus a tal liberdade demonstrando o porquê de tal decisão.

Assim, o controle desses atos não poderá ser realizado de maneira a substituir a decisão legítima do agente público, o que aconteceria, por exemplo, a partir de eventual entendimento do órgão de controle de que outra decisão administrativa seria mais benéfica ao interesse público, e não aquela adotada pela Administração Pública.

Chancelar uma ampla e irrestrita liberdade de revisão judicial dos atos administrativos significaria violar competências autônomas próprias da Administração

Pública, que tem agentes mais especializados e vocacionados para tal atuação. Além disso, os agentes da Administração Pública, ao menos no que diz respeito àqueles membros do Poder Executivo, carregam consigo o caráter político que lhes foi atribuído de forma democrática.

Embora não se possa negar que existam falhas de transitividade de interesses no modelo de representação democrática, não há dúvidas de que, ao menos no que toca as decisões com algum cunho político e discricionário, ou seja, naquela margem de liberdade conferida pela lei para propiciar a gestão administrativa dos interesses públicos, o Poder Executivo tem maior legitimidade do que o Poder Judiciário para realizar essas opções.

Na eleição do particular que celebrará o contrato administrativo por inexigibilidade de licitação pública, portanto, o controle exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas ficará restrito à análise de razoabilidade do processo administrativo que conduziu àquela decisão adotada pelo agente público, sem que se adentre o âmago da parcela discricionária existente sobre tal decisão.

Em outras palavras, ainda que os órgãos de controle entendam que outro profissional deveria ser contratado, pois representaria uma opção mais benéfica ao interesse público, há de se perquirir se a escolha do agente público permanece razoável sob o ponto de vista jurídico. Isso deve ocorrer dessa forma porque os aspectos que envolvem tal contratação são subjetivos e, justamente por essa razão, dependem de uma análise pessoal de quem é responsável pela decisão. Se fosse caracterizada como uma decisão pautada por aspectos objetivos, não haveria

dúvida a respeito de qual o profissional mais adequado para a prestação de determinado serviço.

Dessa sorte, se o pressuposto básico da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade fática de competição, o trabalho do agente público se resumirá a demonstrar tal situação no processo administrativo e a comprovar que o particular selecionado atende aos requisitos mínimos previstos na lei.

Como se expôs anteriormente, os incisos do art. 25 não integram um rol exaustivo de hipóteses em que a licitação é inviável, mas apenas exemplificam o cabimento da contratação direta por inexigibilidade. Dessa maneira, casos há em que a inexigibilidade de licitação será legalmente fundamentada em um dos incisos, mas casos há em que o *caput* do artigo é que sustentará o ato.

Ainda que sob a perspectiva constitucional a contratação não precedida de licitação pública possa ser considerada exceção, a partir do momento em que a situação caracterizada pela legislação ordinária for configurada, a regra aplicável ao caso passa a ser a da contratação direta. Ou seja, uma vez caracterizada a exceção fática prevista em lei, qual seja, a inviabilidade de competição, a regra jurídica aplicável ao caso é a da inexigibilidade de licitação.

É evidente que o vocábulo empregado pela Lei nº 8.666/93 não alcança uma proibição expressa da realização da licitação pública, pois se resume a afirmar que ela será inexigível. No entanto, considerando-se que a inviabilidade de competição, de fato, torna o procedimento

licitatório algo impróprio e inútil, é possível sustentar que a realização de licitação pública nos casos em que houver a inviabilidade de competição qualifica-se como exceção à regra e, portanto, deve ser apropriadamente motivado.

Isso porque o certame a ser promovido acarretará custos econômicos à Administração Pública, que, para além dos custos financeiros, envolvem também a alocação de pessoal e a derrogação da sua relação de confiança com seus potenciais fornecedores, que encontrarão um chamado para uma licitação pública destituída de qualquer justo propósito.

Em suma, então, entende-se que a inexigibilidade de licitação pública qualifica-se como exceção à regra geral de licitação pública, mas a questão tem detalhes que tornam a questão mais complexa do que essa simples dicotomia. A licitação só tem cabimento nas situações de viabilidade, assim, só se deveria falar em regra da licitação nas hipóteses em que esta é viável. Quando a situação fática se apresentar de maneira a tornar inviável a competição, os polos se invertem e a inexigibilidade de licitação pública torna-se a regra, sendo a licitação pública a exceção. Dessa maneira, tem-se: (i) a regra da licitação pública, quando houver viabilidade de competição na situação fática concreta; (ii) a regra da contratação direta por inexigibilidade de licitação pública, quando a viabilidade de competição se revelar comprometida na situação fática concreta; e (iii) as exceções às regras, que seriam as hipóteses de licitação dispensada ou dispensável e as hipóteses de realização de licitação pública nos casos em que, a princípio, não haveria viabilidade de licitação pública.

É sob esse contexto que se deve compreender as afirmações doutrinárias no sentido de que a inexigibilidade de licitação pública representa uma vedação à realização do certame. Tal afirmação é válida a partir da constatação de que a realização de um procedimento absolutamente inútil representa violação do interesse público, em razão de toda a mobilização administrativa que é demandada para a organização de um certame.

Interpretando o art. 25 da Lei nº 8.666/93 em conjunto com os princípios de Direito Administrativo, é possível afirmar que realizar uma licitação pública quando não há viabilidade de licitação é uma conduta repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Daí porque se afirmar, em doutrina, que “proibir a licitação quando inviável a competição é proteger o interesse público” (MENDES, 2012, p. 341) e, desse modo, “a inexigibilidade pode ser entendida também como a proibição de realizar a licitação quando a competição se revela inviável” (MENDES, 2012, p. 341).

5.1.3. Procedimento formal

A contratação por inexigibilidade de licitação pública não prescinde de um procedimento formal prévio. Daí porque Marçal Justen Filho afirma:

é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um ‘procedimento licitatório’. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 366.)

Isso significa que a etapa preparatória da contratação pública por inexigibilidade de licitação pública é similar

à etapa que antecede o lançamento do edital licitatório, por vezes denominada fase interna da licitação pública. O processo de identificação de uma necessidade e a reflexão a respeito de qual a melhor solução para satisfazê-la são comuns, incluindo a própria avaliação sobre a forma de seleção do futuro contratado e as condições do contrato.

A formalidade do procedimento continua sendo observada na contratação direta, e a principal diferença reside na ausência de competição entre potenciais interessados. Isso não significa, entretanto, que a Administração Pública não possa realizar uma comparação entre potenciais executores do objeto a ser contratado. A eventual comparação entre diferentes particulares é peculiar na hipótese de contratação de serviços técnicos especializados, haja vista que essa contratação não está condicionada à ausência de diferentes potenciais executores do contrato. Pelo contrário, como visto, tal hipótese de contratação direta existe porque a comparação objetiva entre os particulares é impossível de ser realizada.

Em suma, não se afasta a necessidade de um procedimento rigoroso de contratação pública, cuja observância é obrigatória para o agente público, ainda que diante de uma situação que afaste a exigência da licitação pública propriamente dita.

Em linhas gerais, o procedimento deve ser iniciado tal como seria se houvesse a licitação pública. O agente público deve promover a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, com numeração e protocolo, contendo a especificação do objeto da futura contratação, conforme determina o *caput* do art. 38 da Lei nº

8.666/93. Do mesmo modo, deve indicar a dotação orçamentária que cobrirá as despesas para a futura contratação. Toda essa etapa é comum aos procedimentos em que será promovida a licitação pública.

Será por intermédio dos documentos que instruem esse processo administrativo que se chegará, eventualmente, à conclusão de que se trata de uma contratação cuja competição entre possíveis interessados é inviável, o que torna inexigível a licitação pública.

O procedimento formal a ser adotado pela Administração quando da contratação direta deverá atender aos requisitos impostos pelo já transcrito art. 26 da Lei nº 8.666/93. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é firme no sentido de que o processo administrativo deve comprovar a regularidade da contratação por inexigibilidade de licitação pública:

A ausência de observação das formalidades inerentes à inexigibilidade de licitação, em desacordo com o art. 26 da Lei nº 8666/1993, caracteriza grave infração a norma legal, ensejando a irregularidade das contas dos responsáveis. (Acórdão 2.560/2009 – Plenário)

Veda-se a inexigibilidade de licitação quando não comprovados os requisitos da inviabilidade de competição, especialmente, quanto à singularidade do objeto e a notória especialização. (Acórdão 2.336/2008 – 1ª Câmara)

Adote procedimentos de inexigibilidade de licitação somente quando houver inviabilidade de competição, motivando adequadamente os atos. (Acórdão 195/2008 – 1ª Câmara)

Não se admite, portanto, o afastamento ou o incipiente atendimento da formalidade estabelecida para a contratação direta. As circunstâncias fáticas atinentes ao

objeto e às razões que ensejaram a contratação direta devem ser devidamente demonstradas e comprovadas nos autos do procedimento licitatório.

Do referido art. 26 da Lei de Licitações, inferem-se as seguintes exigências para conferir eficácia aos atos:

- (i) justificação da dispensa, inexigibilidade ou retardamento da licitação;
- (ii) comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias;
- (iii) ratificação da autoridade superior e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias;
- (iv) razão da escolha do fornecedor ou executante; e
- (v) justificativa do preço.

Então, o procedimento administrativo nos casos de dispensa e inexigibilidade, regido pelos arts. 26 e 38 da Lei nº 8.666/93, segundo o Tribunal de Contas da União, deve assim seguir:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;
4. elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, das unidades e quantidades a serem adquiridas;

5. elaboração de projetos básico e executivo para obras e serviços, no que couber;
6. indicação dos recursos para a cobertura da despesa;
7. razões da escolha do fornecedor do bem, do executante da obra ou do prestador do serviço;
8. juntada aos autos do original da(s) proposta(s);
9. juntada aos autos do original ou cópia autenticada ou conferida com o original dos documentos de habilitação exigidos. O certificado de registro cadastral pode substituir os documentos de habilitação quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado, desde que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei Federal nº 8.666/93 – nesse caso, deverá ser juntada aos autos cópia do certificado, com as informações respectivas;
10. caso fundamentada no inc. I do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, declaração de exclusividade, quanto à inexigibilidade de licitação pública, fornecida pelo registro do comércio do local onde será realizada a contratação de bens, obras ou serviços, ou pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda por entidades equivalentes;
11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, acompanhadas dos elementos necessários que as caracterizem, conforme o caso;
12. justificativa do preço;

13. pareceres técnicos e/ou jurídicos;
14. se for o caso, documento de aprovação dos projetos de pesquisa para os quais os bens serão alocados;
15. inclusão de quaisquer outros documentos necessários à caracterização da contratação direta;
16. autorização do ordenador de despesa;
17. comunicação à autoridade superior, no prazo de três dias, da dispensa ou da situação de inexigibilidade de licitação;
18. ratificação e publicação da dispensa ou da inexigibilidade de licitação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior;
19. emissão da nota de empenho respectiva;
20. assinatura do contrato ou retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, quando for o caso. (BRASIL, 2010, p. 636.)

Há de se reconhecer, dessa maneira, a existência de um *iter* a ser percorrido para que a contratação por inexigibilidade de licitação pública tenha eficácia. Para tanto, deve-se atender à exigência de motivação³⁶ do ato administrativo imposta pelo inc. IV do art. 50 da Lei nº 9.784/99,

³⁶ “O *princípio da motivação* determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. ‘Motivar’ significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados”. (FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 94.)

que requer a indicação de fatos e fundamentos jurídicos quando os atos dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório.

5.1.4. A questão do preço

A justificativa do preço é obrigatória em qualquer contratação pública. O agente público deve comprovar, nos autos do processo administrativo, que o preço a ser pago pela execução do objeto contratual encontra-se dentro da margem de razoabilidade. Ou seja, os contratos administrativos não podem ser celebrados por preços exorbitantes ou por preços insignificantes que coloquem em risco a própria exequibilidade da proposta apresentada pelo particular.

Perceba-se que a existência de uma justificativa do preço não significa que a Administração Pública deva sempre contratar com aquele que oferecer a proposta menos custosa. A proposta mais vantajosa para a Administração Pública também envolve aspectos qualitativos, que, eventualmente, irão sobrelevar os demais aspectos por ocasião da seleção do futuro contratado. Essa é a razão, por exemplo, para que nem toda licitação pública seja julgada pelo critério menor preço, havendo casos em que o vencedor do certame não apresentará o melhor preço, como nos critérios melhor técnica e técnica e preço.

Lembre-se que a obtenção da proposta mais vantajosa é uma das finalidades do processo licitatório. Esse propósito deve continuar a ser observado quando da contratação direta por inexigibilidade de licitação pública. No caso da contratação de serviços técnicos especializados, em especial, a busca pelo particular que apresente

a proposta menos custosa não se revela como parâmetro adequado para que a Administração Pública encontre a proposta mais vantajosa.

Aliás, se a seleção do particular para a prestação de um serviço técnico especializado recaísse somente no critério de menor preço, seria possível realizar a licitação pública, haja vista que este é um critério objetivo passível de comparação e, portanto, de competição.

Uma vez atendidos os demais critérios – serviço técnico qualificado como especializado, de natureza singular e profissionais de notória especialização –, será suficiente a demonstração de que o valor do futuro contrato administrativo encontra-se dentro de uma margem razoável do mercado. Essa comprovação ocorre, por exemplo, a partir da verificação do valor de serviços prestados anteriormente à Administração Pública por profissionais de notoriedade equivalente ou pelo próprio profissional a ser contratado. Igualmente, essa comprovação pode ocorrer a partir da comprovação dos valores cobrados em prestação de serviços a outros particulares.

Não há, portanto, a necessidade de que o particular seja contratado por uma proposta que represente o menor custo, desde que o objeto a ser executado exija um nível de qualidade que não pode ser objetivamente comparado – o que justifica a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

Veja-se que, na hipótese de contratação de obras ou serviços comuns, em que a tipicidade do objeto legitima a prática de procedimento licitatório, a previsão do gasto pela Administração Pública tende a ser facilitada. Se o objeto a ser contratado está disponível no mercado,

a Administração Pública consegue obter de maneira facilitada seu orçamento prévio, estimar seu gasto e, a partir daí, posicionar-se diante das propostas dos licitantes para se valer da mais vantajosa.

Há casos outros, como os que nesta obra são abordados, em que a licitação não é sequer possível, por motivos que configuram os casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

Como se disse, quando há a contratação de um objeto comum, usual, corriqueiro, torna-se bem mais fácil obter uma estimativa do custo aceitável. Quando há mais de uma possibilidade de contratação (mais de um objeto contratável ou mais de um fornecedor), pode-se compará-los e até adotar medidas que promovam melhores ofertas.

No caso da inexigibilidade de licitação pública, no entanto, há um empecilho: a impossibilidade de competição direta e objetiva entre ofertas, ensejada por haver apenas um fornecedor ou pela própria natureza do objeto, sendo a última o que interessa à presente obra.

Como se pode notar, o desafio é enfrentar a seguinte questão: se a natureza do objeto contratado (no caso, o serviço profissional técnico especializado) revela notas de singularidade e subjetividade de tal modo que impede sua comparação direta entre potenciais interessados, como a Administração justificará o valor gasto, demonstrando, assim, sua razoabilidade?

Note-se que o § 2º do art. 25 da Lei nº 8.666/93 prevê a responsabilidade solidária entre o fornecedor (ou prestador) e o agente público em caso de superfaturamento,

enquanto o inc. III do parágrafo único do art. 26 exige que o processo de inexigibilidade de licitação seja instruído com a justificativa do preço. O grande ponto a ser solucionado é exatamente a **afecção do superfaturamento e a justificativa do valor a ser pago**, uma vez que o caso em concreto – as causas da inexigibilidade – retiram importantes parâmetros para a análise desse valor.

É evidente que a Lei nº 8.666/93 não veda que o fornecedor ou prestador obtenha lucro com sua atividade, nem mesmo com a contratação com o Poder Público. O superfaturamento a que alude o § 2º do art. 25 deve ser entendido como a **majoração injustificada do preço na oportunidade de contratação com o Poder Público**. É o que assevera Marçal Justen Filho:

O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço “falso” nem como um lucro excessivo, mas como elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação. Se o particular pratica certos preços, que lhe asseguram lucro elevado, não se caracteriza um superfaturamento se propuser preço equivalente para contratar com o Estado. O problema reside, então, na prática abusiva e prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócio e na oneração injustificada dos cofres públicos. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 371.)

Conforme o caso, as condições de cada contratação devem ser analisadas para detectar eventual superfaturamento. Há casos em que nem mesmo a pura e simples majoração do valor pedido pelo contratado configurará infringência à lei. Há de se analisar se as condições do novo contrato, até mesmo da realidade em que está situado, não justificam a alteração do valor. Veja-se, por exemplo, que a modificação das condições de pagamento, das garantias prestadas ou do risco a que se

submete o contratado pode justificar expressiva mudança no valor ajustado.

Na mesma linha da solução apontada, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (2011, p. 675) sugere o seguinte para superar a ausência de parâmetro balizador do valor da contratação: “verificar o preço que o notório especialista cobra de outros órgãos para realizar idêntico ou assemelhado. Essa verificação pode ser feita pelas publicações do Diário Oficial de inexigibilidade ou pelas cópias de recibo fornecidas pelo agente a ser contratado”.

Seguindo as lições do citado autor, há de se lembrar do que consta do inc. V do art. 15 da Lei nº 8.666/93: as compras, sempre que possível, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública, o que seria aplicável por analogia à contratação de obras e serviços (2011, p. 676.)

Desse modo, é de se concluir que a contratação entre Administração Pública e particular deve ser vista sem mística: são interessados em um ato negocial, de modo que os preços praticados podem variar de maneira legítima, para mais ou para menos, conforme uma série de fatores e riscos envolvidos.

Nos casos de inexigibilidade de licitação pública, no entanto, o preço praticado deverá ser analisado em face das circunstâncias negociais e comparado, se for o caso, com outra contratação similar anteriormente realizada. Assim, o agente público não poderá simplesmente alegar que as causas da inexigibilidade de licitação pública – como a natureza singular do objeto – inviabilizariam a análise do preço da contratação e, dessa maneira, afastariam

os mencionados dispositivos: § 2º do art. 25 e inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

5.2. Breves linhas sobre o concurso

Concurso é modalidade de licitação pública entre interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, por meio da instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores por parte da Administração Pública. A modalidade consta do § 4º do art. 22 da Lei nº 8.666/93. Os critérios para a seleção do trabalho devem ser inseridos no edital de convocação, que deve ser publicado com antecedência mínima de 45 dias. O julgamento é feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, conforme o § 5º do art. 51 da Lei nº 8.666/93.³⁷

O prêmio ou a remuneração devida aos vencedores, portanto, não possui caráter de contraprestação pela prestação dos serviços, pois não são adquiridos como simples consequência do trabalho executado. O prêmio ou a remuneração tem caráter de recompensa, de incentivo, de estímulo aos candidatos para a participação e para a competição.

Nas modalidades da licitação pública tradicionais (convite, tomada de preços e concorrência), o certame dá origem à contratação do licitante vencedor para que execute o objeto. Na modalidade concurso, em verdade, a execução do objeto ocorre antes mesmo da licitação pública, de modo que os resultados finais são submetidos

³⁷ “Art. 51 (...) § 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não”.

a julgamento do que melhor atende ao interesse e à finalidade pretendida. Ao seu final, não há uma contratação a ser realizada, mas apenas a cessão de direitos patrimoniais da obra ou a autorização de uso pelo licitante em favor da Administração.

Não há como deixar de enfrentar o entrelaçamento existente entre a licitação sob a modalidade concurso e a contratação de serviços técnicos especializados. A questão se coloca, especialmente, porque a Lei nº 8.666/93 registrou expressamente que o concurso é a modalidade de licitação pública preferencial para a contratação desses serviços. Leia-se o § 1º do art. 13 da referida norma:

Art. 13 (...) § 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

O que é essencial para a compreensão desse dispositivo é perceber que seu conteúdo não estabelece que a licitação sob a modalidade concurso é preferencial em relação à contratação por inexigibilidade. O § 1º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 estabelece uma relação de preferência entre as próprias modalidades de licitação pública, elencando o concurso como preferencial sobre as demais modalidades (convite, tomada de preços e concorrência). Isso não significa, no entanto, que haja uma preferência em relação à inexigibilidade de licitação. Perceba-se que o dispositivo inicia com uma ressalva à inexigibilidade, estipulando, na sequência, uma relação de preferência em relação às demais modalidades licitatórias.

Esse esclarecimento é importante para evitar o eventual e equivocado entendimento de que a contratação de

serviços técnicos especializados de natureza singular deve ser realizada por licitação pública sob a modalidade concurso, uma vez que haveria uma variedade de interessados capazes de executar aquele serviço.

Como apresentado, a natureza singular de um serviço técnico especializado acarreta a inviabilidade de comparação objetiva entre diferentes propostas, o que impossibilita a realização de uma licitação pública, ainda que haja mais de um potencial executor do contrato, pois não há parâmetros para uma competição.

Não há como existir relação de preferência entre uma contratação por licitação na modalidade concurso e uma contratação direta por inexigibilidade de licitação pública porque seus requisitos fáticos são distintos. Assim, nunca haverá uma situação em que será possível optar por uma forma de contratação em detrimento de outra, não havendo que se falar em preferência. Em outras palavras, o agente público nunca se deparará com uma situação em que ele poderá preferir uma forma de contratação direta à licitação pública ou vice-versa.

Em síntese, a conclusão é a de que quando a natureza desses serviços técnicos especializados for singular, a regra será a contratação por inexigibilidade de licitação. Consequentemente, quando a singularidade não representar uma característica do serviço, a regra será a licitação pública sob a modalidade concurso.

Em verdade, os dispositivos regentes das contratações diretas por inexigibilidade de licitação pública estabelecem parâmetros para que o agente público possa avaliar o caso concreto e verificar se os requisitos da contratação direta estão presentes. Uma vez caracterizados

os requisitos intrínsecos ao objeto contratado (serviço técnico especializado de natureza singular), caberá ao agente público eleger o prestador desses serviços, com discricionariedade, atendendo aos critérios estabelecidos em lei – notória especialização.

Portanto, quando caracterizada a singularidade de um serviço técnico especializado, não há que se falar em licitação pública, seja qual for a modalidade, pois não haverá critérios objetivos para comparação entres os diferentes interessados, e a competição será inviável.

O que deverá ser exigido, então, é a melhor adequação possível entre o objeto a ser contratado (sua natureza e suas características) e o meio empregado para sua seleção entre todas as possíveis. Assim, reclama-se por uma “adequada configuração fática da hipótese que autoriza um procedimento e afasta outro” (MENDES, 2012, p. 227). Com a clareza de costume, Renato Geraldo Mendes afirma:

A definição de qual será o procedimento adotado na fase externa do processo dependerá da resposta a ser dada para a seguinte pergunta: os pressupostos da licitação podem ser atendidos diante da situação concreta? Se a resposta for negativa, estará o agente autorizado a considerar inexigível a licitação. Mas, se a resposta for positiva, caberá ao agente verificar se a situação concreta está descrita no art. 24 da Lei nº 8.666/93 como caso típico de dispensa. Se estiver, a licitação poderá ser dispensada. Caso contrário, a licitação será obrigatória. (MENDES, 2012, p. 227-228.)

Assim prossegue o autor:

Não é adequado entender que, diante de uma hipótese típica de inexigência, o agente público poderia, por exemplo, escolher livremente se faz a licitação ou não. Em dadas situações,

mesmo que o agente desejasse realizar a licitação, ele estaria impedido (proibido) de fazê-la. A proibição é da própria ordem jurídica. Não é concebível realizar a licitação sob o argumento de que se deseja privilegiar em todas as contratações o tratamento isonômico. (...)

A legalidade não está em licitar sempre, mas apenas nos casos indicados na ordem jurídica, isto é, quando reunidos os pressupostos. (MENDES, 2012, p. 229.)

Em atenção ao tema analisado, portanto, conclui-se que o § 1º do art. 13 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado no sentido de que, quando houver uma contratação de serviços técnicos profissionais especializados desvirtuados de uma natureza singular, a regra será a licitação pública, a ser conduzida preferencialmente sob a modalidade concurso. No entanto, quando esses serviços forem revestidos de natureza singular, caberá à Administração Pública encontrar um profissional notoriamente especializado, de sua confiança, para celebrar o contrato administrativo diretamente, sem que o processo de contratação seja precedido licitação pública.

Por fim, cumpre registrar que o concurso nem sempre representará a modalidade adequada para a seleção do futuro contratado quando houver necessidade de licitação pública. A questão é que os serviços técnicos especializados que podem ser contratados mediante concurso não representam a totalidade desses serviços. Como dito, por meio da licitação pública na modalidade concurso, em regra, o particular deve elaborar, antes da contratação, o próprio trabalho técnico a ser apresentado à Administração Pública, para que se submeta à comissão de julgamento e seja selecionado entre todos os trabalhos apresentados.

Assim, por óbvio, haverá alguns serviços técnicos especializados cuja viabilidade de execução não existirá antes do contrato, seja porque o particular não terá interesse em executá-lo, pelos custos envolvidos e o risco de não ser contratado, ou porque o particular dependerá de alguma participação da Administração Pública para concluir o trabalho, com a qual não poderá contar durante a vacância competitiva do concurso, sob pena de violação do princípio da isonomia.

Em verdade, essa é a razão pela qual, ainda que exista uma preferência destacada em lei, não é raro encontrar situações em que a contratação de serviços técnicos especializados não singulares se sucede mediante outras modalidades de licitação pública, em que há efetivamente uma comparação de propostas por técnica e preço. Pela mesma razão, é comum encontrar situações em que a Administração Pública promove um processo seletivo simplificado para cadastramento daqueles particulares aptos a serem contratados, em uma espécie de credenciamento, e as contratações por inexigibilidade de licitação pública, na sequência, são realizadas entre esses particulares previamente cadastrados.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

“a justificativa do preço é obrigatória em qualquer contratação pública”

“no caso da contratação de serviços técnicos especializados, em especial, a busca pelo particular que apresente a proposta menos custosa não se revela como parâmetro adequado para que a Administração Pública encontre a proposta mais vantajosa”

“não há como existir relação de preferência entre uma contratação por licitação na modalidade concurso e uma contratação direta por inexigibilidade de licitação pública porque seus requisitos fáticos são distintos”

“por meio da licitação pública na modalidade concurso, em regra, o particular deve elaborar, antes da contratação, o próprio trabalho técnico a ser apresentado à Administração Pública, para que se submeta à comissão de julgamento e seja selecionado entre todos os trabalhos apresentados”

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

A presente obra teve como propósito maior a identificação dos parâmetros jurídicos adequados para que as contratações de serviços técnicos profissionais especializados sejam realizadas em conformidade com a legislação brasileira. Pretendeu-se elencar, de forma detalhada, as condicionantes legais que permitem que as contratações diretas por inexigibilidade de licitação pública sejam celebradas de maneira segura.

Não há dúvidas de que a temática está envolta em uma seara de grandes polêmicas e frequentemente associada a práticas de corrupção e de patrimonialismo. Essa peculiaridade, não raramente, desperta sentimentos contrários à impunidade e favoráveis a um controle minucioso do exercício da função administrativa. Não há como negar a utilidade e os benefícios do controle sobre a Administração Pública. O que não pode ocorrer, no entanto, é o excesso e a obsessão do controle, que distorcem o equilíbrio de competências constitucionais entre os poderes constituídos e causam uma verdadeira captura da discricionariedade da Administração Pública. A confusão entre os desvios que ocorrem no exercício da função administrativa e os próprios institutos de Direito Administrativo é pernicioso ao interesse público. Em poucas palavras, aplicadas ao tema da obra: não deve recair sobre o instituto da inexigibilidade de licitação pública uma presunção de imoralidade, pois essa forma de contratação é necessária para o adequado desempenho da função administrativa.

A percepção de que os institutos de Direito Administrativo não encerram fins em si mesmos, mas que servem como ferramentas para o atingimento dos propósitos

constitucionais, acarreta grande transformação sobre a forma de interpretar a função administrativa. Ao mesmo tempo em que uma maior liberdade é conferida aos agentes públicos, a responsabilidade por suas decisões torna-se maior e mais vinculada ao processo administrativo.

A verdade é que a licitação pública, definitivamente, não é o procedimento administrativo apropriado para todas as contratações administrativas. Inúmeras situações exigem que a contratação se suceda de maneira direta para que o interesse público seja efetivamente alcançado, seja em razão de que a licitação pública é impossível de ser realizada, por inviabilidade de licitação, ou em virtude de que a realização do certame, embora viável, promoveria um atentado ao próprio interesse público. Tanto é verdade que as ressalvas à licitação pública estão previstas no próprio texto constitucional. Trata-se de uma forma de contratação legítima, necessária e que merece ser enfrentada com seriedade, ou seja, sem a carga de preconceito que muitas vezes é carregada em desfavor do instituto.

É necessário que haja um enfrentamento vertical sobre a matéria das contratações de serviços técnicos especializados por inexigibilidade de licitação. A motivação deste estudo foi justamente subsidiar o leitor com elementos que possibilitem maior segurança jurídica sobre essas contratações – por isso até o destaque para as principais decisões dos tribunais superiores, a fim de que se conheçam as linhas argumentativas existentes na jurisprudência.

É preciso compreender que o medo que paira sobre os agentes públicos responsáveis pelas contratações administrativas é prejudicial à eficiência da Administração

Pública. Não é rara a oitiva de relatos em que a opção mais conservadora, mas pouco eficiente ou até inútil, é adotada pelo agente público tão somente porque não há a segurança jurídica necessária para adotar a solução realmente adequada e oportuna.

Há de se compreender que as ressalvas à licitação pública existem para determinadas situações e que, quando configuradas essas situações, a regra será a contratação direta. A licitação pública é apenas um instrumento posto à disposição do administrador, que deve ser usado exclusivamente quando se revelar o mais adequado ao atendimento da necessidade. E isso somente será verificado mediante análise da situação em concreto. Em síntese, caso não estejam configurados os pressupostos da licitação, que, reforce-se por uma última vez, não é um fim em si mesmo, será vedada sua realização.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Pressupostos da licitação. In: TAVOLARO, Luiz Antonio; VERRI JÚNIOR, Armando; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIDERMAN, R.; MACEDO, L. S. V.; MONZONI, M.; Rubens Mazon. *Guia de compras públicas sustentáveis – Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. v. 1. 132 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do tribunal de contas da união*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. Contratações sem licitação algumas considerações quanto à contratação direta sob o argumento da notória especialização. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 17, p. 470, jul. 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris: L'Harmattan, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FALCÃO, Joaquim et al. *O princípio da subsidiariedade e a partilha de competências entre estado e sociedade*. In: *Novas parcerias entre os setores público e privado*, v. 1. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A inexigibilidade de licitação e a notória especialização. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 53, maio 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=35563>>.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Daniel. Função social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (no e do Brasil, antes e depois da MP nº 495/2010). *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, ano 9, n. 107, p. 49-64, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRAU, Eros Roberto. Inexigibilidade de licitação – Serviços técnicos especializados – Notória especialização. *RDP* n. 99/1991.

GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo* (estudos sobre a interpretação da lei). São Paulo: Malheiros, 1995.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*: dispensa de licitação, inexigibilidade de licitação, comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão, procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y prestación de LuisDiez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Renato Geraldo. *LeiAnotada.com*. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 25, inc. II, categoria Doutrina. Disponível em: <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 23 out. 2014.

_____. *O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MUKAI, Toshio. *O sentido e o alcance da expressão “natureza singular” para fins de contratação por notória especialização (Parecer)*. Belo Horizonte, n. 25, ano 5, maio 2004.

Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50489>>. Acesso em: 29 set. 2011.

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

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PONTIER, Jean-Marie. *Les contrats de plan entre l'état et les régions*. Paris: PUF, 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fev./mar./abr. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 set. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.