

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CÂMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

MATEUS DALL AGNOL KLEIN

**A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIAS JURÍDICAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

ERECHIM

2020

MATEUS DALL AGNOL KLEIN

**A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIAS JURÍDICAS NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Câmpus de Erechim/RS.**

_____, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Evandro Luís Dezordi
URI Campus de Erechim

Prof. Rogério Mesquita
URI Campus de Erechim

Prof. Luiz Mario Silveira Spinelli
URI Campus de Erechim

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, e a minha família, que sempre estiveram junto a mim, me dando forças e incentivando para que fosse possível alcançar meu sonho de me formar Bacharel em Direito. Sei que é apenas o início de uma caminhada, mas graças ao apoio das pessoas, isso me permitirá ir sempre além, não desistir, seguir em frente.

*“A confiança em si mesmo é o primeiro
segredo do sucesso”*

(Ralph Waldo Emerson)

RESUMO

A presente pesquisa de cunho qualitativo bibliográfico buscou verificar a possibilidade de contratação de assessoria jurídica pela administração pública através de inexigibilidade de licitação. Como regra, a CF/88 impõe que a Administração Pública somente pode contratar obras, serviços, compras e alienações se realizar uma licitação prévia para escolher o contratante (art. 37, XXI). O inciso XXI do art. 37 da CF/88 afirma que a lei poderá especificar casos em que os contratos administrativos poderão ser celebrados sem esta prévia licitação. A isso, a doutrina denomina “contratação direta”. Assim, a regra na Administração Pública é a contratação precedida de licitação. Contudo, a legislação poderá prever casos excepcionais em que será possível a contratação direta, sem licitação. Vale ressaltar, no entanto, que não basta ser um serviço técnico profissional especializado. É necessário também que esse serviço técnico profissional especializado tenha natureza singular e seja desempenhado por profissional ou empresa de notória especialização. Assim, para que haja a contratação direta por inexigibilidade, é necessário, portanto, o preenchimento de três requisitos cumulativos: serviço técnico, serviço singular e a notória especialização do contratado. Essa exigência, prevista na Lei Federal nº 8.666/93, art. 25 e seus parágrafos, presente já a algum tempo, serviu como base, no qual foi motivo de muitas discussões nos tribunais. A Lei nº 14.039/2020, de forma sutil, tentou abolir, na prática, um dos requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 e pela jurisprudência: a natureza singular do serviço. A redação da Lei nº 14.039/2020, propositalmente, embaralha os conceitos ao afirmar que os serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização. Em outras palavras, em uma interpretação literal, o que dispositivo afirma é que o serviço desempenhado pelo profissional deve ser considerado técnico e singular quando for comprovada a sua notória especialização.

Palavras-chave: Natureza Singular. Notória Especialização. Serviços Técnicos. Comprovada. Lei Federal.

ABSTRACT

The present qualitative bibliographic research sought to verify the possibility of contracting legal advice by the public administration through unenforceable bidding. As a rule, CF / 88 imposes that the Public Administration can only contract works, services, purchases and disposals if it makes a previous bid to choose the contractor (art. 37, XXI). Item XXI of art. 37 of CF / 88 states that the law may specify cases in which administrative contracts may be concluded without this prior bidding. This is what the doctrine calls "direct hiring". Thus, the rule in Public Administration is hiring preceded by a bidding process. However, the legislation may provide for exceptional cases in which it will be possible to contract directly, without bidding. It is worth mentioning, however, that it is not enough to be a specialized professional technical service. It is also necessary that this specialized professional technical service has a unique nature and is performed by a professional or a company with a notable specialization. Thus, for there to be direct hiring due to unenforceability, it is therefore necessary to fulfill three cumulative requirements: technical service, singular service and the notorious specialization of the contractor. This requirement, provided for in Federal Law 8.666 / 93, art. 25 and its paragraphs, already present for some time, served as a basis, on which it was the subject of many discussions in the courts. Law nº 14,039 / 2020, in a subtle way, tried to abolish, in practice, one of the requirements demanded by Law nº 8,666 / 93 and the jurisprudence: the singular nature of the service. Law nº 14,039 / 2020, in a subtle way, tried to abolish, in practice, one of the requirements demanded by Law nº 8,666 / 93 and the jurisprudence: the singular nature of the service. The wording of Law No. 14.039 / 2020, purposefully, shuffles the concepts by stating that the services provided by lawyers and accounting professionals are, by their nature, technical and singular, when their notorious expertise is proven.

Keywords: Singular Nature. Notorious Specialization. Technical services. Proven. Federal law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 LICITAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	8
2.1 Noções básicas.....	8
2.2 Conceito de Licitação.....	10
2.3 Direito Positivo (projeto acerca da nova lei de licitações em tramitação no Congresso Nacional)	12
2.4 Finalidades das Licitações.....	12
2.5 Princípios Específicos Aplicáveis.....	13
2.6 Tipos.....	15
2.6.1 Menor Preço.....	15
2.6.2 Melhor Técnica.....	15
2.6.3 Técnica e Preço.....	16
2.6.4 Maior Oferta.....	17
2.7 Modalidades.....	17
2.7.1 Noções iniciais.....	17
2.7.2 Concorrência.....	19
2.7.3 Tomada de Preços.....	19
2.7.4 Convite.....	21
2.7.5 Concurso.....	21
2.7.6 Leilão.....	22
2.7.7 Pregão.....	23
3 DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO.....	25
3.1 Noções gerais.....	25
3.2 Dispensa de Licitação.....	25
3.3 Rol do Artigo 24 da LF 8.666/1993 - Taxativo ou Exemplificativo.....	26
3.4 Situações de Dispensa.....	28
3.4.1 Do caso Excepcional da Pandemia do Covid-19 (Coronavírus).....	31
3.5 Conceito de Inexigibilidade.....	32
3.6 Situações do Artigo 25 da LF 8.666/1993 - Taxativas ou Exemplificativas...33	
3.7 Tipos de Inexigibilidades e suas características.....	34
3.7.1 Fornecedor Exclusivo.....	35
3.7.2 Serviços Técnicos Especializados.....	36
3.7.3 Atividades Artísticas.....	37
4 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIAS JURÍDICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	40
4.1 Noção e Caracterização da Notória Especialização.....	41
4.1.1 O elenco do art. 13 da Lei 8666/93.....	42
4.2 Significado de Serviço Singular.....	43
4.3 Diferença entre as Procuradorias e as Assessorias Jurídicas.....	46
4.4 Requisitos do Processo de Inexigibilidade.....	48
4.5 A Assessoria Jurídica como um Serviço de Natureza Singular.....	48
5 CONCLUSÃO.....	51
6 REFERENCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico, realizado através de metodologia bibliográfica, está embasado e relacionado com a Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visando demonstrar a possibilidade de contratação de assessoria jurídica por meio da inexigibilidade de licitação.

Para entender o que realmente é a licitação em si, no primeiro capítulo, trata-se das noções básicas e conceituação, tendo em vista que o art. 3º da Lei 8.666/93 diz que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável no qual será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No que se refere a contratação de assessoria jurídica por meio da inexigibilidade de licitação, objeto de estudo no segundo capítulo, o art. 25, inciso II, da mesma lei, para a contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

No terceiro capítulo, se analisa e estuda de maneira mais específica, os diversos pontos de vistas doutrinários e jurisprudenciais referentes à contratação de assessorias jurídicas pela administração pública por meio da inexigibilidade de licitação, utilizando de forma comparativa, as Leis Federais nº 8.666/93 e 14.039/20, respectivamente.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

2.1 Noções Introdutórias

Para que a Administração Pública tenha um gerenciamento e uma gestão transparente e eficaz, a licitação para aquisição de bens e serviços de forma direta ou indireta, se torna um procedimento regulamentado pela Lei Federal nº 8,666/93 (Lei de Licitações e Pregões) e Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão).

Por meio deste processo administrativo, prevalece a seleção por propostas menos onerosas ou vantajosas, e a escolha da empresa que melhor se encaixa aos quesitos alcançados quando de seu lançamento. Por meio deste procedimento obrigatório, a Administração Pública, pela Constituição Federal, segue os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

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:

[...]

XXI- Ressalvados os casos específicos 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(BRASIL, 1998).

Com base na legislação da Constituição de 1988, art. 37, inc. XXI surgiram às primeiras normas que direcionavam as aquisições e compras de bens e serviços nas quais mais tarde, a Lei Federal nº 8.666, em 21 de junho de 1993, instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos. Considerando essa legislação, a Administração Pública ao necessitar de qualquer serviço ou execução, o fará por meio de processo licitatório, sendo ela uma ferramenta fundamental dentro da gestão pública.

Tendo por conhecimento das exigências prescritas no processo licitatório, as empresas e o legislador, habilitam-se para acompanhar os trâmites e os investimentos do dinheiro público, tendo assim reflexo direto sobre o orçamento público.

A legislação frente às normas que orientam os processos licitatórios cabe exclusivamente à União. Essas normativas legislam sobre normas gerais para as Administrações Públicas diretas, autarquias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Para que não haja análises subjetivas ou de cunho pessoal, cabe ao gestor, ao organizar o edital, formalizar com precisão e clareza, os critérios que serão considerados e que devem ter relevância, selecionando propostas com melhor técnica, menor preço, melhor técnica e preço, maior lance. Preza-se pela objetividade, para que não se alterem os princípios licitatórios e que desta forma ocorram ilegalidades e comprometimento de todo o processo.

A observância do princípio constitucional da isonomia com a seleção da proposta com maior sustentabilidade e mais vantajosa é o que garante a inserção de vários critérios econômicos, sociais e ambientais, utilizando o poder de compra com a finalidade de aquisição de bens que trazem benefícios socioambientais e econômicos. Mello em sua abordagem cita a imparcialidade, a paridade como uma das vantagens do processo licitatório.

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. (MELLO, Curso de Direito).

Nas palavras de ADILSON ABREU DALLARI, sobre licitações:

o instituto da licitação assumiu grande importância atualmente, devido ao aumento na esfera de atuação da Administração Pública, por meio do desempenho de novas funções exigidas pela complexidade da vida moderna. (DALLARI, Aspectos jurídicos da licitação, 1992. p. 89.)

Também, FERNANDA MARINELLA nos fala:

Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões, necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MARINELLA, p. 579, 2015).

A Lei de Licitações cita que o processo licitatório, não é um procedimento sigiloso, pois evidenciam publicidade e acessíveis a todos, tendo as orientações e exigências expressas para aquisição das compras, alienações, concessões, permissões, serviços, locações e obras. Todo esse processo cabe ser instaurado por uma Comissão de Licitação, permanente ou especial, tendo por base funcionários como membros, de no mínimo três, que receberão devida qualificação para executar as tarefas.

Vale ressaltar, que compete de forma privativa à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações

Públicas diretas, fundacionais, e autárquicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e para empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Distrito Federal e os Municípios possuem competência residual e supletiva para legislar sobre a matéria.

2.2 Conceito de Licitação

O termo licitação tem derivação latina "*licitacione*", sendo este, ato ou efeito de ofertar um lance num leilão ou hasta pública, licitar, concorrer. A chamada de Lei de Licitações e Contratos, rege praticamente todos os processos licitatórios no Brasil, criada em 1993 para regulamentar regras já previstas na Constituição de 1988. Sendo assim, a Lei 8666/93 veio para reger e normatizar para que em sua essência a Lei Magna fosse cumprida. Segundo Medauar (1996) a licitação torna viável e confiável o interesse público, considerando que:

Licitação, no ordenamento brasileiro, é processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado. (MEDAUAR, Direito Administrativo Moderno, 1996. p. 205.)

A competência para legislar sobre esta matéria de licitações é privativa e concorrente. É privativa no que se refere às normas gerais já a concorrente, ao que se refere à legislação específica. Por este motivo, o artigo 1º da Lei 8666/93 recebeu a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (LEI DE LICITAÇÕES, nº 8.666/93).

As normas gerais encontram-se consagradas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Para o exercício da competência legislativa concorrente, os entes federativos deverão expedir normas de mesma hierarquia, se comparadas à pirâmide normativa kelseana.

Além da disciplina constitucional, a matéria em questão encontra amparo na Lei 8666/93. Ela traz normas gerais e específicas. Atualmente, a referida Lei Ordinária sofreu alterações pelas seguintes Leis: 8883/98, 9648/98 e 9854/99.

Por outro giro, o artigo 179 da CF, regulamentado pela Lei Complementar nº 123/2006, arrolou formas especiais para aplicação do certame licitatório às microempresas.

Por meio de edital, o qual prevê a legislação, a Administração lança o convite aos interessados a participar da licitação, tomando conhecimento das condições para que possam adequar suas propostas e celebrarem o contrato. Quando os candidatos aderirem e se adequarem às condições, obedecendo a legislação e tendo o anseio da Administração sendo contemplado, há assinatura, celebrando o processo.

Para Sundfeld (1994),

Licitação é o procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público". (SUNDFELD, 1994. p. 15.)

Para que não aconteçam aquisições ou escolhas que não atendam às exigências do serviço público, escolhas impróprias que prejudicando os cofres e os anseios previamente mensurados, a licitação pública atende aos interesses da coletividade, contornando e sendo transparente. Somente pela necessidade de aquisição de bens de terceiros e contratar serviços e obras, execuções e locações, juridicamente, o Poder Público se apropria de ferramentas e legislações que em consonância com os serviços requisitados e os critérios previamente exigidos, pode valer-se seguramente, e adquirir os objetos licitados dentro das condições legais e esperadas.

Para Meireles (2011), a licitação promove o desenvolvimento econômico sustentável, sendo:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos." (MEIRELES, 2011, p. 283)

Mesmo havendo um processo licitatório, há ainda a possibilidade de que o produto adquirido não atenda a demanda esperada, porém garante mecanismos de controle e fiscalização, dando transparência e legitimidade ao ato licitatório. No que nos cita Celso Antônio Bandeira de Mello, a isonomia, garante acesso igualitário entre os concorrentes,

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir". (MELLO, p. 608, 2010)

A licitação acontece por meio de um procedimento administrativo, que visa atender atos administrativos e dos licitantes, tendo em vista necessidades da Administração. Segundo Sayagues Laso (1978), em sua observação:

Licitação pode ser definida como um procedimento relativo ao modo de celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação da pessoa que ofereça à Administração condições mais vantajosas, após um convite a eventuais interessados para que formulem propostas, as quais serão submetidas a uma seleção". (LASO, 1978. p. 9.)

Cabe à administração pública celebrar o convênio que se apresentar em conformidade com o que o edital prever e que oportunizar a melhor e mais vantajosa proposta. Aos gestores o olhar em prol da comunidade e da coletividade se torna por via da legislação, uma norma a ser seguida e que garantirá a legitimidade e a legalidade das ações.

2.3 Direito Positivo (projeto acerca da nova lei de licitações em tramitação no Congresso Nacional)

Conhecido como o pensamento que dispõe a superioridade da norma escrita, direito positivo, sobre a norma não escrita, a norma do direito natural.

Para alguns, somente o direito positivo é capaz de direcionar e dizer qual é o direito correto, ou seja, o positivismo jurídico, sugerindo não ter outro direito a não ser o positivo.

O direito surge da necessidade de resolução de conflitos e divergências de opiniões, segundo Norberto Bobbio (1995, p. 28), direito é:

Quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um "precedente", isto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida. (BOBBIO 1995, p.28)

O artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), direcionando as formas de integração na norma jurídica, considerando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Com o advento do Estado Moderno, a autonomia antes dada ao juiz passa a ser de competência do Estado, sendo assim o direito positivo, único e verdadeiro direito, aplicado em juízo e confirmado pelo Estado.

Segundo a legislação, o Poder Legislativo tem por determinar que as normas sejam definidas e cumpridas, dando legitimidade e sendo iguais a todos, evitando assim abusos e distorções.

2.4 Finalidades das licitações

Com finalidade de buscar sempre os melhores preços, melhores propostas e produtos, garantindo igualdade nas condições de acesso, isonomia, regras claras e acessíveis a todos, possibilitando ampla concorrência e segurança aos órgãos públicos.

Segundo o que nos fala Carvalho (2015, p.429), “a administração pública tem a árdua e complexa tarefa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública”, tendo com isso por meio da licitação uma maneira de dar assim limites e restrições, impondo ações e tratamentos isonômicos e com iguais condições a todos os interessados.

Levando em conta a melhor proposta, com tratamento igualitário entre os concorrentes, garantindo e promovendo desenvolvimento social, a licitação tem finalidades, objetivos e princípios bem esclarecidos, não considerando aspirações pessoais, mas sim, necessidades da administração pública.

2.5 Princípios específicos aplicáveis

A Administração Pública segue orientada por princípios norteadores, que segundo a Constituição Brasileira em seu artigo 37, dispõe:

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:
(...) (BRASIL, 1993).

Ao legislar os administradores seguem por via de Lei, princípios gerais e específicos da administração pública, aos quais orientam o processo de licitação considerando os critérios que garantirão a legalidade necessária:

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

Cabe à Administração Pública escolher a proposta que oferecer as maiores vantagens e melhores condições frente ao interesse público, seguindo o critério da indisponibilidade de interesse público, restringindo a liberdade de escolha do contratante.

A licitação segue os princípios orientados pela legislação, dentre as quais temos:

Princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público: implícito nas regras básicas do Direito Administrativo, configurando-se como uma das

observações mais importantes da Administração Pública, para que se observem os interesses públicos e não os desejos de uma minoria. O zelo pelo interesse da coletividade é assegurado por esse princípio, frente ao qual cada ação deve beneficiar e contemplar a sociedade, sem distinção e preferências pessoais. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, orienta quanto interesse público, sendo:

Indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à disposição de quem quer que seja, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis. (MELLO, 1992, p.23)

O princípio da legalidade determina que as ações estejam em consonância com a legislação, respeitando a individualidade e os direitos de cada indivíduo.

A moralidade norteia as ações públicas e impede que algumas posturas onerosas e que abalem a credibilidade se instalem na administração pública. É o princípio da moralidade que legitima o ato, assim validando-o.

A impessoalidade e igualdade orientam para que se assumam os interesses da coletividade. O princípio da impessoalidade é considerado como sendo o princípio da finalidade, expresso como o objetivo do ato, de forma impessoal e com direitos de igualdade de concorrência e sem critérios de favorecimento.

A razoabilidade e proporcionalidade nortearão critérios que se enquadrem dentro da sensatez e da prudência necessária, sem manipulação dos atos e efeitos pretendidos. As proporções dos atos administrativos devem vir de encontro com as ações almejadas, os fins onde deseja chegar.

A publicidade e motivação são critérios que expõem e permitem a participação e a fiscalização dos cidadãos e interessados, conferindo eficácia e oportunizando avaliação de preços e quantitativos. A licitação precisa ser transparente e não sigilosa, garantindo a qualquer cidadão acesso às informações.

Economicidade e eficiência dão ao gestor a possibilidade de escolher a melhor oferta e serviços, soluções mais convenientes e rentáveis. Realizar suas tarefas diárias com eficiência, sendo prestativos e comprometidos, trazendo resultados otimizados e estando disponível para atender a coletividade.

Princípios da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo, se justificam com a honestidade frente a como proceder cumprindo criteriosamente todos os deveres e atribuições direcionadas ao administrador público determinados por força de lei. Tem uma relação

muito próxima com o princípio da moralidade. É diretamente derivado do princípio da moralidade, da seriedade e do zelo pelo interesse público, da manutenção das regras e dos predispostos do edital, sem que haja mudanças e adequações durante o processo, que venham em benefício de pessoa específica ou que avaliem sem que sejam critérios objetivos e preestabelecidos.

Uma licitação não deverá ser direcionada por critérios subjetivos, por envolvimento emocional, pressão ou critérios pessoais. Cabe ao legislador e a comissão zelar e prezar pela moralidade, impessoalidade e pelo benefício da coletividade.

2.6 Tipos De Licitação

O critério de julgamento usado pela Administração Pública para escolher as propostas mais coerentes, vantajosas e menos onerosas e que obedecem às normas do edital, são chamadas de tipos de licitação. Variam de acordo com seus prazos e rituais e por terem características e exigências distintas. Na administração pública, as licitações seguem três critérios: menor preço, melhor técnica e técnica e preço, sendo assim utilizadas para compra de serviços e bens.

2.6.1 Menor Preço

Tendo como principal objetivo da Administração Pública a compra pelo menor preço, esse é o critério que mais se identifica com os processos de licitação, onde que vence o trâmite quem apresentar o menor preço do produto ou bem desejado, atendendo os requisitos solicitados e estipulados no edital.

Nesse sentido, Celso de Mello diz:

O julgamento pelo menor preço o critério de seleção da proposta mais vantajosa é, como o nome indica, o da oferta menor (art. 45, par. 1º, I). Cumpre tomar atenção para o fato de que nem sempre o preço nominalmente mais baixo é o menor preço. Com efeito, uma vez que a lei, em diferentes passagens (art. 43, V, art. 44, caput, e art. 45), refere-se a “critério de avaliação”, a “fatores” interferentes com ela, de dar par com os “tipos” de licitação, percebe-se que, paralelamente a estes, complementado lhes a aplicação, podem ser previstos no edital critérios e fatores a serem sopesados para a avaliação das propostas. (MELLO, 2010).

2.6.2 Melhor Técnica

É usado quando o bem ou serviço a ser adquirido pela administração pública é específico e não pode ser avaliado apenas pelo preço, requerendo que se observem fatores de ordem técnica e que diferenciam om produto ou serviço, como no caso de trabalhos intelectuais ou curriculares, experiência e graduação, por exemplo.

Neste sentido leciona MEIRELLES:

Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito a Administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre pode obter a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração (MEIRELLES, p. 306, 2009).

Para facilitar o julgamento desse tipo de licitação, utiliza-se três envelopes: o primeiro para a documentação, o segundo para a proposta técnica e o último e não menos importante para a proposta de preço e condições de pagamento. Visto que examinadas as propostas técnicas, se abre os envelopes que contém os preços dos licitantes classificados, passando a Administração a negociar o preço com o primeiro colocado, visando o menor preço ofertado. Não ocorrendo acordo, a negociação passará para o segundo classificado, e assim por diante, até a chegada do acordo.

2.6.3 Técnica e Preço

É o critério que visa aliar melhor técnica e melhor preço, levando em conta a técnica para pontuação do licitante. Na aquisição de bens e serviços nas modalidades de “tomada de preços” e “concorrência” e aquisição de serviços de informática, onde o licitante se habilitará com proposta técnica e com preço, sendo avaliados nestes critérios.

O tipo de licitação técnica e preço só pode ser utilizado quando o objeto do certame contemplar a contratação de bens e serviços de informática, assim como de serviços de natureza predominantemente intelectual (arts. 45, par 4º, e 46, caput). Na hipótese de contratação de bens e serviços de informática, a Administração federal é obrigada a adotar esse tipo de licitação, exceto na modalidade de convite, quando poderá ser utilizado outro tipo (menor preço, ou melhor, técnica), é o que se infere da combinação do art. 45 § 4º, da Lei 8.666/93 com o art. 1º, § 3º, do Dec. nº 1.070, de março de 1994. A doutrina recomenda que, à similitude do que ocorre na do tipo melhor técnica, há três fases e que o êxito em uma delas seja requisito *sine qua non* à participação dos licitantes nas fases subsequentes

Assim leciona MELLO:

Nas licitações de técnica e preço, as quais reguladas no par. 2º do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para a avaliação da proposta técnica (MELLO, p. 610, 2010).

Também seu procedimento obedece, no início, a tramitação igual à da licitação de melhor técnica. São, igualmente, apresentados dois envelopes, um para técnica e um para preço, abrindo-se antes o primeiro, em sessão pública. Procede-se à atribuição de notas e excluem-se as propostas que não haja alcançado o índice de suficiência previsto no edital. Isto posto, vencido o prazo recursal e efetuada em sessão pública a apreciação dos recursos que acaso haja sido interpostos, abre-se, em sessão pública, os envelopes de preços, atribuindo-lhes a valoração consentânea com o estabelecido no instrumento convocatório. Em seguida procede-se a classificação de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preços, como dantes mencionado.

2.6.4 Maior Oferta

Na melhor oferta, trata-se das situações específicas em que os licitantes devem apresentar a maior proposta para adquirirem o bem. Isto porque se refere à modalidade do leilão, na qual há alienação de bens. Neste caso, há o inverso dos anteriores, tendo em vista que a Administração Pública está alienando bens e, portanto, a proposta vencedora será com o lance mais alto pois restará em maior benefício patrimonial para o Poder Público.

Ensina GASPARINI:

O Estatuto federal licitatório ainda prevê a licitação do tipo maior lance ou oferta (art.45, IV). É o tipo de licitação especialmente adequando para venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso e de bens ou serviços públicos e locação em que a Administração pública é a locadora, cuja proposta vencedora é a que faz a maior oferta. É tipo de licitação de que não oferece qualquer dificuldade na sua promoção. Tirante o fato de que o procedimento licitatório deve levar ao maior preço, tudo o que mais obedece à licitação de menor preço. (GASPARINI, 2010).

2.7 Modalidades

2.7.1 Noções Iniciais

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, prevê que as obras, serviços, compras e alienações realizadas pelo Governo serão contratadas ou adquiridas através de processo de licitação. A Administração pública, seja dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, realiza licitação antes de comprar mercadorias/produtos ou contratar/realizar serviços.

O processo da licitação também é realizado pela Administração Pública indireta no qual inclui Autarquias, Fundações Públicas, Consórcios Públicos, inclusive as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas.

As modalidades de Licitações atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, estão presentes na Lei de Licitações e Contratos, sob nº 8.666/93, no art. 22, conforme redação:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

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

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

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

§ 9º Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, a administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital. (BRASIL, 1993).

As modalidades de licitação definirão os critérios para os procedimentos licitatórios, julgamento das propostas e menor preço apresentadas pelos participantes. A modalidade da licitação é definida segundo a lei 8.666/93, que é a Lei de Licitações e Contratos, determinando a escolha e o tipo de objeto que vai ser licitado, sendo obra, serviço, bens e qual o valor que se confere a compra. Previstas por lei, as

modalidades de licitação são: concorrência; tomada de preços; convite; concurso e leilão.

2.7.2 Concorrência

Onde os candidatos comprovam habilitação pelos requisitos mínimos aos quais se qualificam conforme o que exige o edital. Julgados por uma comissão e de ampla participação, admitindo qualquer tipo de licitação e pré-qualificação dos licitantes inscritos.

Essa modalidade é uma das usadas para compras e venda de bens públicos.

Apesar de ser permitido ampla participação, a mesma estabelece regras bastante exigentes e rigorosas, o que elimina uma boa parte dos concorrentes, deixando assim somente as empresas aptas habilitadas.

Oliveira (2014) menciona que a concorrência é a modalidade de licitação que possui uma das maiores formalidades, já que que é exigida, geralmente, para contratações de grande valor econômico. Os valores estimados do futuro contrato, que ordenam a formalização da concorrência, estão definidos no art. 23, I, “c”, e II, “c”, da Lei 8.666/1993:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

(...)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

(...)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)(BRASIL, 1993).

Em consonância com esta modalidade de procedimento licitatório, citamos um importante acórdão deliberado pelo Tribunal de Contas da União – TCU:

Observar, nos procedimentos licitatórios sob a modalidade concorrência, o disposto no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o qual não prevê a distinção entre cadastrados e não cadastrados nos registros cadastrais da administração. Acórdão 108/1999 Plenário (TCU, 1999).

2.7.3 Tomada de preços

Quando há devidamente em cadastro os dados dos interessados, sendo que devam atender as condições exigidas, e tendo a qualificação necessária para a concorrência, tendo ampla publicidade e maior agilidade.

Conforme o art. 22, § 2.º, da Lei de Licitações, podem participar da tomada de preços os que possuir interesse e estar cadastrados ou que atender as condições exigidas para cadastramento até o 3º dia ante à data do recebimento das propostas.

A redação do art. 21, § 2º, inciso II, alínea “b” e inciso III da Lei 8.666/93, o prazo mínimo de intervalo que o administrador necessitará respeitar, entre a última publicação e a entrega dos envelopes, será de 30 dias corridos, sendo o critério de seleção adotado for o de “melhor técnica e preço” ou “melhor técnica”, de 15 dias corridos, para o método “menor preço”.

Diogenes Gasparini (2012, p. 629) nos ensina que os interessados em participar de licitação na modalidade denominada tomada de preços e que não estão previamente e devidamente cadastrados deverão, possuindo todos os documentos necessários ao cadastramento, demonstrar perante a comissão de licitação, o real interesse de participar do certame licitatório. Essa demonstração solene precisará ocorrer até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

A comissão criada para a licitação recebe o pedido de participação através do protocolo e sobre ele pronuncia-se, deferindo ou indeferindo a solicitação em momento reservado a ser realizado antes do dia de entrega das propostas.

Na tomada de preços, nessa modalidade a coordenação de todo processo, até a apreciação de todas propostas são responsáveis os membros da comissão de licitações, no qual é gerada de três pessoas no mínimo, conforme diz o art. 51 da Lei Federal 8.666/93:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 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 (BRASIL, 1993).

Hely Lopes Meirelles, entende por tomada de preços:

Tomada de preços é a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com antecedência mínima prevista na lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital (MEIRELLES, p. 333, 2008)

2.7.4 Convite

Geralmente utilizado quando envolve menores valores, pela agilidade e publicidade reduzida. Tendo por base convidar no mínimo três interessados e em conhecimento do procedimento, manifestar seu interesse por meio de proposta.

A modalidade convite é uma forma de licitação no qual a lei não exige que seja feito a publicação do edital. A chamada para participar é elaborada por meio escrito, direto aos convidados, através de carta-convite, que necessita que sua entrega seja feita, no mínimo cinco dias úteis de antecedência, conforme exige o art. 21, § 2º, inciso IV da Lei Federal 8.666/93.

Mesmo o Estatuto das Licitações exigindo a participação de 3 licitantes no mínimo nessa modalidade, o § 6º do art. 22 da referida legislação, com o objetivo de evitar a burlabilidade dos princípios licitativos, trazendo a exigência de que existindo no lugar mais do que três pessoas interessadas, a cada convite novo, seja a carta convite direcionada a pelo menos mais um interessado, porquanto existir cadastros que não foram convidados nas últimas licitações:

Art. 22. São modalidades de licitação:
[...]

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (BRASIL, 1993).

2.7.5 Concurso

A modalidade concurso constitui-se de uma disputa seja qual for os interessados que tenham a qualificação exigida para a concreta escolha do trabalho científico, técnico ou artístico.

Visa-se a escolha de trabalho científico, técnico ou artístico, remunerando ou premiando os tais vencedores, através de honraria ou por bem mensurável. Tem por análise o lançamento de edital de no mínimo 45 dias antes.

Se faz necessário mencionar que essa modalidade de licitação concurso é a única no qual a comissão não necessita ser composta por agentes públicos, sendo

permitida a participação de técnicos e especialistas habilitados para julgar os concorrentes, mesmo que não pertença aos quadros da administração pública. Essa permissão está descrita no art. 51, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93 (Estatuto das Licitações). Referente ao concurso, o julgamento é feito por uma comissão especial designada por pessoas de reputação ilibada, de boa-fé e reconhecido conhecimento da matéria a ser tratada, seja servidores públicos ou não.

Meirelles, define concurso como:

É uma modalidade de licitação de natureza especial, porque, apesar de se reger pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência (MEIRELLES, p. 149, 2008).

A modalidade concurso, no qual a qualificação exigida aos participantes consistirá estabelecida através de regulamento próprio do respectivo concurso, que integrará também as diretrizes e a maneira de apresentação do trabalho, inclusive as condições de realização e as gratificações a serem outorgadas.

Vale destacar que, o fato de tal pessoa ter vencido o concurso, isso não gera vínculo algum para a execução do projeto selecionado. Sobre a execução, será o seu objeto de outra licitação, revestida de outra modalidade (concorrência, tomada de preços, convite ou pregão) a depender do valor do contrato a ser celebrado, visto que é vedada a participação do autor do projeto vencedor do concurso como licitante na nova licitação visando à execução de tal projeto, respectivamente.

2.7.6 Leilão

Adentrando na modalidade leilão no qual está prevista na Lei nº 8.666/1993 (lei de licitações e contratos) em seu artigo 22, inciso V, no qual é uma das últimas das modalidades previstas na legislação e é conceituada no § 5º do mesmo artigo, conforme abaixo relacionado:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis previstos no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (BRASIL, 1993).

Sobre o dispositivo de lei acima mencionado, podemos entender que a modalidade leilão é utilizada, em tese, com o objetivo de se obter o melhor preço para a venda de bens móveis sem serventia para a administração pública, ou os penhorados. Os móveis presentes no art. 19 da Lei 8.666/93, oriundos de determinações judiciais ou de dação em pagamento, hipóteses esta, em que o administrador poderá optar por concorrência ou leilão, qual melhor a for.

Objetivando a venda de imóveis e, produtos penhorados, apreendidos ou alienados, tendo por vencedor quem der o maior lance.

O descrito no art. 21, § 2º, III da Lei 8.666/93 menciona que em 15 dias é o prazo mínimo desde a efetiva publicação do edital do leilão, até a data de sua realização, visto que tal edital necessita ser bastante divulgado, por diversos meios, seguindo vários critérios de publicação e transparência da concorrência que possui, ou seja, nos leilões promovidos por órgãos ou entidades federais, os avisos deverão ser publicados sempre com antecedência, pelo menos uma vez, no Diário Oficial da União; quando promovidos por órgãos ou entidades estaduais ou municipais, serão publicados no Diário Oficial do correspondente Estado, em jornal de grande circulação no Estado ou no município onde se efetivará o objeto da licitação e no Diário Oficial da União, se a obra for financiada, total ou parcialmente, com recursos federais ou garantidos por instituição desta natureza.

Por fim, cumpre ressaltar que a direção do leilão cabe a comissão de licitação, aplicando-se a esta modalidade de licitação, no que couber, as regras da concorrência, sendo que o leiloeiro funciona como auxiliar da comissão de licitação.

2.7.7 Pregão

Para aquisição de bens e serviços comuns, o pregão é instituído pela Lei nº 10.520/02 e regulamentada, no âmbito federal, pelo Decreto nº 3.555/00 pelo Decreto nº 5.450/05. Feita por propostas e lances sucessivos, de forma presencial ou eletrônica, em sessão pública, o pregão exige que se tenha um pregoeiro e uma equipe que o assessor.

O Edital é o documento que contém as informações necessárias e que devem orientar todo o processo licitatório. Cada modalidade de licitação exige características específicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (20, conceitua pregão conforme abaixo:

Pregão é a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. (DI PIETRO, p. 387, 2010).

Após essa fase inicial, a autoridade competente designará dentre os servidores do órgão ou entidade, o pregoeiro – que será o responsável pela condução do pregão – e a respectiva equipe de apoio, que o auxiliará no recebimento das propostas, na análise de sua aceitabilidade, bem como no exame dos documentos de habilitação.

Concluindo, mas não menos importante, podemos frisar que possui duas modalidades de pregão existentes, que seria o presencial ou conhecido por comum e o eletrônico, que é o mais utilizado. O pregão presencial se caracteriza pela presença em ambiente físico de agentes da administração e dos interessados em determinadas etapas do procedimento. O pregão eletrônico se processa em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação. O pregão eletrônico apresenta uma série de vantagens em relação ao presencial, dentre as quais podemos citar: a) redução do uso de papel; b) menor sobrecarga para o pregoeiro; c) maior celeridade e eficácia quando se trata de licitação por itens ou lotes; d) utilização da tecnologia da informação para encurtar distâncias e aproximar pessoas permitindo atuação com maior eficiência por parte da administração.

3. DISPENSAS E INEXIGIBILIDADES DE LICITAÇÃO

3.1 Noções Gerais

A regra geral para a contratação de qualquer serviço é a instauração do procedimento licitatório. No entanto, existe a possibilidade legal prevista para a chamada contratação direta, que comporta duas modalidades: a dispensa e a inexigibilidade de licitação. A contratação direta é um instituto que veio para viabilizar a contratação naqueles casos em que a competição entre licitantes não é necessária ou não é possível. Trata-se, portanto, de uma medida excepcional, que não deve ser tida como regra e que só se deve aplicar nas hipóteses legais cabíveis.

Uma das formas do Poder Público e dos órgãos governamentais adquirirem bens e serviços é por meio de licitações, onde as empresas se habilitam a formalizarem seus contratos com o governo.

As diferentes formas de contratação, formalizadas pelas administrações públicas, são a dispensa e inexigibilidade de licitação. Por mais que tenham muita semelhança entre elas, quanto a contratação do poder público, elas obedecem a regras e direcionamentos diferentes. Seguindo o que norteia a legislação, elas não podem ser realizadas conforme o desejo de quem as legisla e nem serem feitas aleatoriamente.

Regulamentada por meio de legislação, atendendo o que precede a constituição, o procedimento licitatório Lei 8.666/1993 fixa os critérios que o certame exige e que norteiam todo o processo.

3.2 Dispensa de Licitação

Como visto, a licitação é regra e pressuposto de toda contratação pública. Nos termos da Constituição, nenhuma obra, serviço ou fornecimento pode ser contratado por qualquer órgão público se não através do correspondente procedimento licitatório, “ressalvados os casos especificados na legislação” (art. 37, inciso XXI). Importa, então, verificar quais são esses casos.

São de duas categorias. Na primeira, situam-se as hipóteses em que, por razões decorrentes de circunstâncias ponderáveis, ou de conveniência administrativa, a exigência do procedimento pode ser relevada. São os casos de dispensa da licitação.

Para que se legitime a contratação direta, entretanto, impõe-se avaliar os aspectos favoráveis e desfavoráveis à realização do procedimento. Em outras

palavras: deve o administrador público ponderar os custos envolvidos na realização da licitação (tempo de processamento, despesas de publicação, de avaliações e testes, custo do pessoal administrativo envolvido etc.) e os benefícios que dela poderão decorrer (o certame propicia, em tese, a obtenção da melhor condição para o contrato). Se essa avaliação mostrar prevalência dos custos sobre as vantagens, justifica-se a contratação direta, porque estará atendido o interesse público.

Na segunda categoria, elencam-se situações em que a realização do procedimento licitatório se mostra absolutamente inviável, pela impossibilidade de se estabelecer a competição. Diferentemente dos casos de dispensa, em que razões de conveniência ou interesse público podem justificar a não realização do procedimento, aqui a licitação é de todo impossível, porque ausente a sua própria razão de ser – a possibilidade de escolha entre alternativas igualmente aptas a atender ao interesse da Administração. Na primeira situação (hipóteses de dispensa), a lei indica, taxativamente, em que casos o administrador público pode deixar de fazer a licitação. Na segunda (casos de inexigibilidade), cabe ao administrador demonstrar a impossibilidade do procedimento, pela inexistência de alternativas, ou absoluta inviabilidade da competição.

3.3 Rol do Artigo 24 da lei 8666/93

Prevista no artigo 24 da lei nº 8666/93, conhecida como Lei de Licitações e Contratos, a dispensa de licitação, é uma forma legal de contratação de serviço público, autorizando o governo a realizar contratação de forma direta. Mesmo contando com outras leis e decretos que complementam essa lei, é ela atualmente, a que rege todos os processos de licitação no Brasil, como podemos ver na redação do artigo mencionado:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

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

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

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; (BRASIL, 1993).

Sendo assim, nos casos estabelecidos no artigo citado acima é dispensável a licitação. Convém destacar que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo. A Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. A legislação local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar qualquer outra hipótese.

Hely Lopes Júnior, delinea o termo emergência como:

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade. (LOPES JÚNIOR, p. 253, 1999).

Vê-se, assim, que alguns aspectos precisam ser avaliados pela Administração Pública quando da contratação emergencial. Urge restar demonstrada, concreta e efetivamente, a potencialidade de danos às pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares.

Nas palavras de Jacoby Fernandes, emergência significa:

A noção de uma situação de emergência deve coadunar-se com o tema em questão, pouco aproveitando a noção coloquial do termo, dissociada da sede de licitação e contratos. Conforme entendimento do TCU, a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, como demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados, estando, aí sim, fundamentados os argumentos que permitirão a adoção do instituto da dispensa de licitação. (FERNANDES, p. 303, 2012).

Ademais, diga-se de passagem, que o Tribunal de Contas da União já manifestou entendimento de que descabe perquirir se a situação emergencial decorre de ato imprevisível ou de um não fazer da administração. Configurado o risco para pessoas, obras, serviços, bens e equipamentos públicos ou particulares, admite-se a contratação direta emergencial, vejamos:

REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. 1. A situação prevista no art. 24 IV, da Lei n 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas." (TCU, TC 006.399/2008-2, Acórdão nº

1138/2011, Relator Min. UBIRATAN AGUIAR, Plenário, julgado em 04.05.2011).

Salienta-se que a contratação direta não pode ser feita sem a observância de rigoroso procedimento formal conforme Art. 26 da Lei 8666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4 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.

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. (BRASIL, 1993).

Sendo assim, a Administração deve justificar a presença dos pressupostos da ausência de licitação e também indicar o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta. A conclusão do procedimento de forma correta é verdadeira condição de eficácia dos atos praticados pelo administrador nessa hipótese.

As formas de aquisição, os casos de compras devem respeitar sempre os princípios da moralidade e da isonomia, considerando que a dispensa de licitação atende e limita-se aos casos que atendem as situações de urgência e emergência, conforme disposto no artigo 24 da Lei 8666/93. Essa forma de aquisição deve se dar em situações pontuais que exigem rapidez, agilidade e eficácia, ou ainda, que não justificam a necessidade de uma movimentação do procedimento licitatório.

3.4 Situações de Dispensa

Conforme o que orienta o art. 24 da Lei 8.666, determinando claramente, quais são as situações em que a licitação pode ser dispensada:

- Para valores de carta convite de até 10% em obras e serviços de engenharia, ou seja, R\$ 33.000,00;
- Para acarta convite de até 10% em outros serviços e compras, ou seja, R\$ 17.600,00;
- Em casos de guerra ou grave perturbação da ordem, em situações de emergência, calamidade pública, falha no fornecimento de energia, obras para evitar desabamentos e quebras de barreiras.

- Casos de calamidade pública, emergência ou para atender situação que se evidenciem prejuízos maiores se não atendidas.
- Quando há desinteresse de participação na licitação e há um prejuízo maior em fazer outro processo de licitação.
- Congelamento de preços, ou seja, intervenção no domínio econômico, para regular/normalizar preços ou abastecimento;
- Constatando-se licitação superfaturadas ou que os licitantes apresentem propostas muito acima do mercado (observando o disposto no art. 48 da Lei de Licitações);
- Para quando não houver empresa privada que preste o mesmo serviço, sendo impressos em diário oficial e meios de comunicação, tendo que contratar outra entidade da Administração Pública.
- Para reformas de estabelecimentos prisionais e no comprometimento da segurança pública, ensino, pesquisa e recuperação do preso.
- Para locação ou compra de imóvel para a Administração Pública. Na contratação para conclusão de serviço, obras e fornecimento em caso de rescisão.
- Aquisição de bens ou serviços relativos a acordo internacional aprovado pelo Congresso e para aquisição e restauração de Obras de Arte e Objetos Históricos, resgate e restauro de peças.
- Para aquisição de peças de produtos na garantia, e aquisição de perecíveis.
- Quando imprescindível, na aquisição de serviços, suprimentos, insumos para abastecer navios e aeronaves fora da sede, para compra de materiais padronizados, exclusivos de uso das Forças Armadas.
- Na aquisição de bens de pesquisa com recursos do CAPES, FINEP, CNPq ou outras credenciadas.
- Para contratos de serviços com as organizações sociais, contratos de programa com ente da federação autorizado em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação;
- Na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos recicláveis, quando efetivados pelas cooperativas ou associações de baixa renda;
- Contratos para com instituição ou organização de serviço de assistência técnica rural.

- Para efetivar contratação de entidades que programem tecnologias de acesso à água para consumo humano. Na contratação de energia elétrica e gás natural.

- Na aquisição de insumos estratégicos de saúde que apoiem projetos de ensino e pesquisa.

De forma mais resumida, o procedimento de licitação não se faz necessário, por inexigibilidade ou pela dispensa.

Já por dispensa, nesta situação, a feitura da licitação seja, em tese, entendida como possível, o legislador dispensa a administração pública de promovê-la (dispensa vinculada) ou dá a ela a margem de escolher para segundo sua oportunidade e conveniência promover a licitação ou não (dispensa discricionária).

Nesse caso, a licitação será:

I. Dispensada – a Lei não deixa que seja feita licitação. É ato vinculado. (art. 24 da Lei 8.666/93)

II. Dispensável) – a Lei dá a escolha à Administração Pública. É ato discricionário. (art. 17, § 2º, da Lei 8.666/93) (BRASIL, 1993).

Não basta em se falar sobre a situação de “emergência” ou “calamidade pública”, precisa ter preço compatível com o mercado, devidamente justificado e comprovado, como também, a justificativa formal da escolha do fornecedor.

Nesse contexto, deverá a administração pública apresentar dentre outros documentos que achar necessário, no bojo do processo administrativo próprio:

1. Requisição do órgão com a descrição do objeto, a motivação expressa que levaram a contratação emergencial;
2. Autorização do ordenador da despesa;
3. Justificativa das razões da escolha do fornecedor;
4. Justificativa de preços com a apresentação de 03 (três) propostas válidas;
5. Documentos que comprovam a regularidade fiscal e trabalhista da empresa;
6. Ato constitutivo da empresa;
7. Reserva orçamentária;
8. Termo de Referência ou Projeto Básico;
9. Parecer da Comissão de Licitação;
10. Minuta de contrato;
11. Parecer jurídico.

É de bom destacar que, na prática, a situação de emergência muitas vezes decorre da falta de planejamento administrativo e isso tem sido constantemente detectado pelos órgãos de controle, tanto interno como externo.

Não obstante, o atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízos ao interesse público, sendo a dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 24, alternativa transitável para o gestor público, observadas as vinculações jurídicas aplicáveis à espécie.

3.4.1 – Do caso Excepcional da Pandemia do Covid-19 (Coronavírus)

No início desse ano, o mundo passou a enfrentar (ainda enfrenta), uma pandemia que atingiu todos os países.

O coronavírus, causador da pandemia global, pertence a uma família de vírus (CoV) que já circula no Brasil, e no mundo. Os vírus dessa família podem causar desde resfriados comuns a doenças mais graves, como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS).

O Novo Coronavírus recebeu a denominação SARS-CoV-2 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e a doença que ele provoca tem a denominação COVID-19.

Essa situação, no qual não havia uma previsão de que esse acontecimento iria ocorrer, fez o poder público, tomar algumas medidas como forma de prevenção, ou seja, chegou-se num ponto que se fez necessário afrouxar a legislação que trata das formas de aquisição de produtos e serviços, de forma emergencial.

A ocorrência da Pandemia, em nível nacional, fez os municípios e estados decretar Situação de Emergência, para poder combater da melhor forma possível esse vírus, no qual se alastrava rapidamente.

Como é sabido, o poder público precisa resguardar o direito a saúde, e o bem comum de todos, assim diz o art. 196 da Constituição Federal de 1988:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Após esse fato superveniente, o Presidente da República, sancionou a Lei Federal nº 13.979/2020, e em seu art. 4, caput, passou a permitir aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, na forma dispensável de licitação, para o enfrentamento da emergência da saúde pública.

Importante destacar, que essa possibilidade é temporária, ou seja, somente perdurará enquanto estiver a emergência da saúde pública em virtude do coronavírus, assim diz o § 1º, do art. 4º da Lei 13.979/2020.

3.5 Conceito de Inexigibilidade

Na inexigibilidade, a contratação se dá em razão da desnecessária competição ou processo licitatório. Pelo artigo 25 da Lei 8666 de 1993, autorizam o administrador público, contratar de forma direta o fornecimento do produto ou a execução dos serviços.

Por inexigibilidade impossibilita o processo licitatório, ao passo que o art. 25 da Lei 8.666/93 abarca um rol exemplificativo de situações em que será inexigível a licitação por parte da Administração Pública. Qual seja:

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. (BRASIL, 1993).

Não contemplando todas as possibilidades, a licitação se torna acessível por meio de inexigibilidade, nos seguintes casos:

- Quando há exclusividade de fornecedores, atestando por registro o direito a representação exclusiva;

- Quando há singularidade, ou seja, peculiaridade, para contratação de serviços técnicos, respeitando o artigo 13 da Lei 8666/93, o qual cita no art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

- Quando há a necessidade e disponibilidade de pessoa física com notória experiência, observando históricos anteriores de prestação destes serviços, para execução técnica, publicações e outros, também ao se referir a contratação de artista, renomado e reconhecido pela opinião pública, tendo relevância e profissionalmente se diferenciando pela sua trajetória e experiência.

A Lei possibilita que se enquadrem também os estudos técnicos e os planejamentos e projetos executivos, pareceres, perícias e avaliação em geral, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, restauração de obras de arte e bens de valor histórico, gerenciamentos de obras e serviços, bem como fiscalização e supervisão, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

3.6 Situações do Artigo 25 da LF 8.666/1993

A licitação é o procedimento obrigatório a ser utilizado pela Administração Pública para realizar suas contratações, sejam as aquisições de bens e serviços ou as alienações. É regida principalmente pela Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e Lei Federal nº 10.520/02 (Lei do Pregão).

A inexigibilidade de licitação ocorre por inviabilidade de competição, observados, no entanto, os conceitos de unicidade e singularidade, quer do objeto ou da pessoa: o primeiro conduz à impossibilidade lógica de licitar, e o segundo torna impossível o confronto.

A licitação pública, além das hipóteses em que é dispensável, pode também ser inexigível.

A licitação será inexigível:

a) para se adquirir materiais, equipamentos, ou itens que só podem ser fornecidos por empresa, produtor ou representante comercial de maneira exclusiva, sendo vedado o direcionamento de marcas, sendo necessária a devida comprovação da exclusividade ser feita por meio de documento fornecido pelo órgão de registro do comércio do lugar em que se realizaria a licitação, serviço ou obra, pelo Sindicato, Confederação Patronal ou Federação, ou através de entidades da área;

b) na contratação de serviços técnicos, de natureza singular, por profissionais ou empresas com notória especialização, veda-se a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

c) na contratação de profissional de setores artísticos, de forma direta ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O “caput” do art. 25 da Lei nº 8.666/93 prevê a inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição, autorizando a contratação direta pela Administração Pública.

Os três incisos do dispositivo preveem de forma exemplificativa as hipóteses de inexigibilidade, sendo certo que poderá haver outros casos concretos enquadráveis no “caput” deste permissivo legal.

É de bom alvitre observar que em se tratando de exceção à regra geral da licitação pública, o órgão deverá instruir o processo de inexigibilidade com todos os elementos que entenda seguros e eficazes para robustecer a comprovação da exclusividade de forma convincente, sem perder de vista a moralidade, transparência e interesse público, princípios inerentes a todo ato administrativo.

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

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

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

Apesar de não ser instaurada a licitação propriamente dita, deve ser criado um procedimento administrativo de comunicação à autoridade superior. Nele, devem ser documentadas e justificadas detalhadamente as razões que levaram à contratação direta de um participante, além de outras informações pertinentes.

3.7 Tipos de Inexigibilidade e suas características

O artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/1993 que trata de licitações, relaciona e caracteriza, como sendo exemplificativo, 3 formas em que é inviável a realização do certame licitatório em razão da inviabilidade de competição, ou seja: serviços técnicos especializados, fornecedor exclusivo e atividade artísticas. Em sequência será abordado de forma separada, dando uma maior ênfase na contratação direta de serviços técnicos especializados, principalmente, à contratação de serviços advocatícios através de inexigibilidade de licitação.

3.7.1 Fornecedor exclusivo

A Lei de Licitações trata, no inciso I do art. 252, diz que é inexigível a licitação para adquirir materiais, equipamentos, ou itens produzidos ou vendidos de maneira exclusiva, ainda, é vedado a preferência de marca. Como já analisado anteriormente, a licitação só cumpre sua finalidade quando possibilita a disputa entre vários interessados, de forma igual de condições. Não havendo possibilidade de competição de preço ou de qualidade, o procedimento licitatório torna-se inútil, razão pela qual não é exigido.

Justen Filho, preceitua:

A modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (JUSTEN FILHO, p. 487, 2014).

Essa situação acontece nos casos no qual o objeto é fornecido através de vendedor ou produtor exclusivo, visto que, se trata de um objeto singular, porque é produzido de forma exclusiva, motivo este do porque é vendido com exclusividade por comércio ou empresa. Percebe-se que existe uma diferença entre ser exclusivo na produção e ser exclusivo na venda. Na exclusividade de produção, por exemplo, tem a possibilidade de apenas existir um produtor do objeto no País e, caso querer contratá-lo, a Administração Pública precisa fazer diretamente com ele, daí o porquê Gasparini (p. 455, 2003) utiliza os termos “exclusividade absoluta”. De modo que, na exclusividade de venda, é permitido que exista vários vendedores do item no País e, por isso, a Administração Pública deve considerar a exclusividade dentro de seus limites territoriais ou até mesmo regionais, a depender do contrato a ser estabelecido, motivo pelo qual Gasparini (2003, p. 455) utiliza a expressão “exclusividade relativa”.

Há que distinguir, todavia, a exclusividade industrial da exclusividade comercial. Aquela é a do produtor privativo no País; esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de produtor não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no País, e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor. (MEIRELLES, p. 334, 2016)

Importante ressaltar que, mesmo possibilitando-se a contratação direta com o fornecedor exclusivo, a Lei de Licitações proíbe a preferência e direcionamento de marca. Ainda, exige-se que a comprovação da exclusividade seja feita por meio de

atestado fornecido pelo Órgão de registro do comércio do lugar em que se realizará a licitação, ou por Organismo Sindical, em consonância com a Súmula nº 252 do Tribunal de Contas da União (TCU), o agente público responsável pela contratação tem o dever de adotar as providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

3.7.2 Serviços técnicos especializados

O art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/1993 estabelece que é inexigível a licitação “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” (BRASIL, 1993).

Diferente do que trata o inciso I do art. 25, no qual a Administração Pública deseja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso II o objetivo é contratar a prestação de um serviço, no qual precisa apresentar duas características que inviabilizam a competição, quais sejam: ser técnico e ser singular. Além disso, este serviço precisa ser prestado por profissional com notória especialização. Logo, entende-se que “técnico” e “singular” são características do serviço, ao passo que “notória especialização” é uma característica do profissional que irá prestá-lo. Nesse contexto, diz a Súmula nº 252 do TCU, que assim dispõe:

Súmula nº 252, TCU: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o art. 25, inciso II, da Lei 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.

Por serviço singular, se entende por “aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação” (GASPARINI, p. 459, 2003).

Falar que um serviço é singular não significa que dizer que ele seja único, visto que, o mesmo serviço pode ser prestado por várias pessoas, porém, cada um apresenta um traço de individualidade que é de cada um, fazendo com que o serviço seja prestado por determinado profissional ou empresa, no qual seja mais interessante para a Administração Pública por melhor atender o interesse público.

Nesse mesmo sentido, no Acórdão nº 2.616/2015, o Plenário do TCU assim entendeu:

Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado

por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento. (TCU, Acórdão nº 2.616/2015)

A nível do Superior Tribunal de Justiça, prevalece o entendimento de que é permitido a contratação de serviços advocatícios, através de inexigibilidade de licitação, por se tratar de serviço singular prestado por profissional de notória especialização. Mas, o mesmo Tribunal não aceita ou concorda, como requisito para a inexigibilidade de licitação, o motivo que se alega é que o administrador possua confiança no contratado. Nesse sentido, a 2ª Turma do STJ julgou o AREsp nº 1.507.099/GO, assim entendendo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIDADE E SINGULARIDADE DO SERVIÇO. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. (...).
v - (...). Ademais, descabido utilizar como critério para fundamentar a inexigibilidade a alegada confiança da Administração, já que as contratações devem ser feitas exclusivamente com base no interesse público, o qual não admite preferências de qualquer natureza, muito menos os pessoais.

É notório que o STF exige que o serviço advocatício a ser contratado não possa ser prestado pelos advogados do próprio ente. Esse fato está em consonância com a tese de que este serviço deva ser singular e prestado por profissional de notória especialização. Ainda, a contratação deve ser formalizada em Processo Administrativo e o preço cobrado pelo profissional especializado deve ser compatível com o preço praticado no mercado. Preenchidos estes requisitos, o serviço advocatício pode ser contratado diretamente pela Administração Pública através de inexigibilidade de licitação, com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

3.7.3 Atividades artísticas

A Lei de Licitações traz, no inciso III do art. 25, a inexigibilidade de licitação “para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública” (BRASIL, 1993).

Novamente, ao contrário do inciso I do art. 25, onde a Administração Pública deseja contratar o fornecimento de um objeto, no inciso III a Administração Pública quer contratar a prestação de um serviço que, por sua natureza, inviabiliza a competição com outras empresas. Para Di Pietro (2014, p. 410) “o que se objetiva é a prestação de serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição,

quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato”.

Carvalho Filho (2015, p. 278) entende que “(...), a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato”. Mas, para evitar que o administrador público contrate o artista de sua preferência, direcionando-a, satisfazendo seus interesses próprios, a Lei de Licitações pede que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, respectivamente, assim como entende Justen Filho:

Além disso, deverá haver um requisito outro, consistente na consagração em face da opinião pública ou da crítica especializada. Tal se destina a evitar contratações arbitrárias, em que uma autoridade pública pretenda impor preferências totalmente pessoais na contratação de pessoa destituída de qualquer virtude. Exige-se que ou a crítica especializada ou a opinião pública reconheçam que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte. (JUSTEN FILHO, p. 515, 2014).

Desse modo, no Acórdão nº 1.435/2017, o Plenário do TCU assim decidiu:

(...). 6. Quando a contratação do artista pelo ente administrativo se dá com a intermediação de empresário, a comprovação da exclusividade deste deve ser feita, necessariamente, mediante a apresentação de cópia do contrato de exclusividade firmado entre o artista e o seu empresário, sob pena de se considerar irregular a contratação direta. Tal documento é, pois, imprescindível à caracterização da inviabilidade de competição.

(...).

8. A propósito, por 'empresário exclusivo' deve-se entender aquela pessoa, física ou jurídica, que cuida de todos os interesses e compromissos do artista 14 ou banda musical, mediante contrato de representação exclusiva, registrado em cartório para surtir efeitos em relação a terceiros. Donde se conclui que o contrato de exclusividade celebrado entre o artista (ou banda) e o seu empresário difere da simples autorização (também chamada de carta de exclusividade) que confere representatividade ao empresário do artista/banda apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, e ainda restrita à localidade do evento.

(...).

10. Portanto, para que não se configure o desrespeito ao art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, é indispensável, na prestação de contas do ente convenente, a apresentação do contrato de exclusividade - registrado em cartório - entre o artista consagrado e o empresário contratado, não bastando, para tanto, a autorização que confere exclusividade apenas para o (s) dia (s) correspondente (s) à realização do show artístico. Contratos, cartas ou até mesmo simples declarações de exclusividade restritos às datas e às localidades das apresentações artísticas não atendem aos pressupostos do aludido dispositivo legal.

Nesse sentido, por fim, tendo em vista a natureza dos serviços artísticos, as contratações necessitam se atentar de maneira resistente aos requisitos exigidos pelo inciso III do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, ou seja: que o artista seja consagrado pela

crítica especializada ou pela opinião pública e que a contratação seja feita diretamente com o profissional ou com empresário exclusivo (e não com empresário temporário).

Após concluída a licitação, ou os procedimentos de dispensa ou inexigibilidade, a Administração adotará as providências para celebração do respectivo contrato.

4. A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIAS JURÍDICAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Esse tema, diz respeito a forma de contratação, pela administração pública, de serviços profissionais de advogados fora do quadro das entidades, através de dispensa e inexigibilidade dos certames licitatórios.

Como é sabido, sempre que a Administração Pública necessita adquirir, locar bens, alienar ou contratar a realização de obras ou serviços deve, via de regra, recorrer-se de licitação, sob pena de invalidação dos atos concretizados sem a observância da formalidade legal.

Essa necessidade possui fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988:

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 (BRASIL, 1988).

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em suas palavras, diz que a licitação pode ser definida da seguinte forma:

(...) um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, p. 517, 2009).

De outro modo, a competência para se legislar sobre licitação é da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Todavia, compete à primeira a edição das normas que versam sobre a matéria, conforme o art. 22, XXVII, da magna Carta:

Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (MAGNA CARTA, 1215).

A isso, refere-se HELY LOPES MEIRELLES:

Por normas gerais devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Como já vimos precedentemente, continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como fizeram na vigência do Dec.-lei 200/6,

da Lei 5.456/68 e do Dec.-lei 2.300/86 em tudo que não contrariar as normas gerais, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis (MEIRELLES, p. 247, 1997).

O termo “*notória especialização*”, teve sua origem no Decreto Lei nº 200/67, em seu art. 126, § 2º, com a seguinte redação:

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1º (...)

§ 2º É dispensável a licitação: Ver tópico (115 documentos)

- a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
- b) quando sua realização comprometer a segurança nacional a juízo do Presidente da República;
- c) quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas neste caso, as condições preestabelecidas;
- d) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos bem como na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização; (BRASIL, 1967).

Podemos dizer que, essa matéria necessita ser analisada a luz da Lei 8.666/1993, considerando as alterações feitas pela Lei 8.883, de 1994, também pela Emenda Constitucional nº 19 e, por fim, pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, no qual regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federativa do Brasil, no qual trata, de forma geral, as normas de licitações e contratos administrativos na Administração Pública, sob a observância de quase todas pessoas físicas e jurídicas que possuem a finalidade de contratar com o ente público.

4.1 Noção e Caracterização da Notória Especialização

Inexigível, como o próprio nome nos fala, entende-se que é algo que não pode ser exigido.

Importante destacar o pensamento apontado ao tema pelo professor DIÓGENES GASPARINI, no qual define inexigibilidade de licitação:

Desse modo, a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa com quem se quer contratar o mérito profissional, encontrável, por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada. É a circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser proprietária do único ou de todos os bens existentes (GASPARINI, p. 429-430, 2000).

A respeito da contratação de profissionais que possuem notória especialização, assunto que interessa no momento, a Lei de Licitações rege o assunto em seu inciso

II no artigo 25, associado com o art. 13 do mesmo Estatuto. Explana o referido artigo 25:

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

(...)

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; (BRASIL, 1993).

De outra forma, diz a redação do artigo 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; (BRASIL, 1993).

4.1.1 O elenco do art. 13 da Lei 8666/93

Para analisar se a pretendida contratação pode ser entendida como inexigível, a providência inicial a ser levada em conta é fazer a averiguação se o serviço a ser contratado está dentro do que explana o rol do art. 13 da Lei de Licitações.

Como se deriva do dispositivo em análise, o serviço a ser prestado necessita ser proveniente de profissional técnico especializado.

Desponta MARÇAL JUSTEN FILHO (2002) que: “o art. 13 não conceituou ‘serviço técnico especializado’, optando por fornecer um elenco de situações”.

Segundo o magistério de HELY LOPES MEIRELLES:

Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento (MEIRELLES, p. 129, 1997).

E destaca ainda:

Todavia, a lei apresenta um rol de serviços técnicos profissionais especializados que podem ser contratados diretamente com profissionais ou empresas de notória especialização, sem maiores indagações sobre a viabilidade ou não de competição, desde que comprovada a sua natureza singular, como resulta do confronto dos arts. 13 e 25, II. Quando houver possibilidade de competição, os serviços técnicos profissionais especializados deverão ser contratados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º). Inexigível é a licitação somente para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular, prestados por empresas ou profissionais

de notória especialização. A lei acolheu, assim, as teses correntes na doutrina no sentido de que a notória especialização traz, em seu bojo, uma singularidade subjetiva e de que o 'caso da notória especialização diz respeito a trabalho marcado por características Individualizadores (MEIRELLES, p. 258, 1997).

Acerca da menção de MEIRELLES, vale, novamente, registrar o pensamento de DIÓGENES GASPARINI, que ao analisar a norma legal, destaca, além disso:

O rol é taxativo. Com efeito, a redação do artigo que o contém não permite outra inteligência. Ademais, por ser um elenco de serviços cuja execução por profissional ou empresa de notória especialização pode ser contratada sem licitação, a interpretação há de ser restritiva, ante a regra geral da obrigatoriedade de licitar (GASPARINI, p. 435, 2000).

Nesse sentido, importante mencionar que os Tribunais de Contas têm admitido interpretação ampliativa do rol descrito no artigo 13, acima apontado, quando a situação se traduzir em caso de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante aos descritos na epigrafada norma legal.

Veja-se a doutrina de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES a respeito:

Outro aspecto relevante constitui-se na seguinte questão: poderá ser objeto da inexigibilidade com fundamento nesse inciso a contratação de serviços técnicos não enumerados no art. 13?

A resposta é negativa, pois a norma do art. 25, inciso II, constitui regra que abre exceção e, de acordo com os princípios elementares de hermenêutica, esse tipo de norma deve ser interpretado restritivamente. A prática, contudo, tem demonstrado que existem serviços, não registrados no art. 13, que não permitem viabilizar a contratação, como por exemplo, os serviços de correio e de telefonia, pois o regime de monopólio inviabiliza a competição. Em casos dessa natureza ou mesmo nos casos em que o serviço não guarda qualquer singularidade, mas por outro motivo qualquer a competição é inviável, a contratação direta deve ter por fundamento o caput do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, e não o inciso II. Mais recentemente, vislumbra-se que os Tribunais de Contas têm admitido a interpretação ampliativa do elenco, quando se tratam de serviços técnicos profissionais especializados de natureza semelhante. (FERNANDES, p. 447, 1999).

Para constar a título de conhecimento, o revogado Decreto-lei nº 2.300/86, que perfilava as Licitações, também listava os serviços técnicos profissionais propiciadores de inexigência do cunho licitatório.

Ademais, somente os serviços constantes no artigo 13 é que se tornam objeto de contratos diretos. Obras e fornecimentos estão eliminados do permissivo legal contido no inciso II, do artigo 25, da Lei 8.666/93).

4.2 Significado de Serviço Singular acerca da Lei 8.666/93.

O termo "singular" é apontado textualmente somente em duas vezes na Lei nº 8.666/93, nos incisos XXIX do art. 24 e inc. II do art. 25. É permitido afirmar que na Lei nº 8.666/93, a palavra singular é dita apenas uma única vez, literalmente, o que não significa dizer que sua presença se limita a um único preceito. Contudo, o que se

pretende dizer é que, embora esteja presente de maneira textual apenas no inc. II do art. 25, identifica-se o pensamento de singularidade em vários outros modos, de forma implícita.

Mesmo constando apenas no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/93, é permitido atribuir ao adjetivo “singular” os seguintes sentidos na conjuntura da contratação pública:

a) A solução (o 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 incisos 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 na hipótese prevista nos incisos XIII e XV do art. 24, e *caput* do art. 25, todos da Lei nº 8.666/93.

Além do dimensionamento do serviço nas normas do artigo 13 da Lei de Licitações e Contratos, nos padrões acima explanados, exige-se que os referidos serviços sejam de natureza singular.

Isso significa dizer que o trabalho a ser realizado necessita ter natureza própria, diferentemente daquele, via de regra, efetivado pela Administração.

Evidentemente, que o termo “especializados” indica a singularidade dos serviços. Por outro lado, se não conter a natureza singular, conseqüentemente perdem a característica de especializados. A prestação de serviços advocatícios, podemos dizer que é a mais importante espécie de serviços feitos por profissionais.

O altíssimo grau de aprendizado e dedicação que exige do advogado, pela característica pessoal sobre o resultado, esse serviço possui o que denominamos de natureza singular, digo, aquele profissional basicamente “exclusivo”.

A natureza singular, em evidência, está altamente ligada com o objeto no qual se deseja contratar. Mas, não impeditivo a afirmativa descrita acima, uma gama de doutrinadores entende ser possível que o profissional, sozinho ou até mesmo em equipe, é total detendo da natureza singular, denominada subjetiva.

O professor IVAN BARBOSA RIGOLIN, com clareza enfatiza:

Singular é aquele serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue; aquele cujas características inteiramente particulares, próprias do autor, o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o

mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único. Caracterizada e justificada essa singular natureza, ao lado da comprovação documental de notória especialidade do autor, teremos a inexigibilidade de licitação para cada caso concreto que se apresente. Nem todo serviço constante do artigo 13 tem natureza singular, é o que se pretende ter esclarecido em definitivo. Um 'treinamento de pessoal' em tiro, ou em datilografia, não deixa de ser um treinamento de pessoal e o art. 13 consigna 'treinamento de pessoal' como serviço técnico especializado; mas não é a tal espécie de treinamento que se refere, pois esse não constitui 'serviço técnico profissional especializado', porém serviço comum, não singular, que qualquer empresa ou profissional do ramo pode executar perfeitamente igual, de modo plenamente descritível num edital de licitação, e cujos resultados são controláveis a todo tempo e exigíveis, certos e precisos, sempre. (RIGOLIN, p. 272, 2009).

Ivan Barbosa Rigolin, tratou especificamente da contratação de serviços advocatícios, sob o viés da singularidade no que se refere ao trabalho e não propriamente ao objeto contratado, afirmando que:

Expressões dentro da lei, ainda que à primeira vista pareçam comuns e isentas de qualquer dificuldade de aplicação, muitas vezes, ao contrário, enganam e falseiam toda a sua real significância, o que se dará se o aplicador da regra não as integrar ao seu sentido mais essencial e compreensivo que a lei por certo lhe quis emprestar.

Adverte-se com isso para que o intérprete, invariavelmente em sua vida, atente para o sentido sistemático e alto das expressões jurídicas, e jamais para a frivolidade da primeira impressão, ou a leviandade de uma leitura tão dinâmica quão imponderada.

(...)

Em um semelhante panorama, de caso pensado, se faz inserir a expressão natureza singular, figurante da Lei de Licitações, para extrair certas conclusões.

Move-nos a profunda indignação que o maltrato dessa expressão encontra, com frequência desanimadora, no dizer comum dos profissionais das áreas jurídicas, que em grande número parece não se aperceber do alcance jurídico da expressão, quando não na própria doutrina do direito, assaz de vezes, tremendamente vacilante e insegura quanto a algo que não é tão difícil de enxergar.

(...)

Então por que um trabalho complexo exige inúmeros passos iniciais que isoladamente não detêm a mesma complexidade, apenas por isso o trabalho final deixa de ser singular, e de fatura totalmente particular do profissional executante?

(...)

Para especializar-se e ser reconhecido especialista precisa ler grande volume de obras voltadas a essa área; precisa atuar intensamente na área (...) enfim, acumular acervo de realizações, de toda ordem e natureza, dentro de sua especialidade.

(...)

Se o serviço privativo de qualquer advogado apenas por isso já é sempre singular – porque o advogado não segue fórmulas prontas de trabalho, nem opera sob moldes ou prontuários uniformes, mas cria a cada momento o molde daquele trabalho específico que para outro trabalho similar seguinte já é outro – então quando se tem a figura de especialista muito mais singular transparecem as suas realizações.

(...)

A singularidade não se revela no trabalho que se coloca ao especialista, mas na prestação efetiva desse trabalho. "A singularidade não reside na proposta nem na questão suscitada, que pode ter ocorrido de modo todo

particularizado ou nada particularizado, porém no resultado de qualquer delas se o prestador é um especialista e se, como os advogados, não trabalha sob figurinos fixos ou sob tabelas-padrão. (RIGOLIN, 2009).

Ainda, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 86.198-9/PR, tratou da possibilidade de contratação direta de serviços advocatícios mediante a inexigibilidade de licitação.

Naquele caso, a Suprema Corte, através de prova documental advinda da petição, entendeu ser configurada a notória especialização e a singularidade dos serviços, atestando a impossibilidade de se licitar serviços advocatícios; acrescentou a tais requisitos a confiança e os impeditivos de ordem estatutária impostos pela OAB.

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 da licitação.

(...)

Poupo-me, aqui, de outras considerações sobre a extrema dificuldade da licitação de serviços de advocacia, dada a série de empecilhos que a ética profissional do advogado, em particular - e dos profissionais liberais em geral -, veda o que o Estatuto da OAB chama - pelo menos no meu tempo chamava (L. 4.215/63, art. 83) -, de qualquer atitude tendente à captação de clientela.

Vale ressaltar que o entendimento que prevalece no Supremo Tribunal Federal foi acolhido pelo Excelentíssimo Conselheiro Helio Saul Mileski, em processos no qual foi relator no TCE/RS, onde fala sobre a contratação de assessoria jurídica através de inexigibilidade de licitação, que tenha sido entendida como irregular, como se observa no descrito abaixo:

Relativamente aos serviços advocatícios o meu entendimento, já tantas vezes expresso, é pela possibilidade da contratação direta, sem necessidade de licitação, por tratar-se de serviço especializado e baseado no elemento confiança. Tem esta Corte reiteradamente decidido neste sentido, a partir do julgamento efetuado na Prestação de Contas do exercício de 1995 do Executivo Municipal de Itatiba do Sul, Processo nº 2085-02.00/96-7, ocorrido na Sessão Plenária de 12.06.97. Naquela oportunidade, o Tribunal acompanhou entendimento prolatado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 72.830-8, em 24.10.95, mediante Acórdão da Segunda Turma, que decidiu pela dispensa de licitação em contratação de advogado, na medida em que, tratando-se de trabalho especializado, impossível ser aferido em termos de preço mais baixo. Nessa ocasião, o Ministro Relator Carlos Velloso referiu que esse tipo de contrato está fundado na confiança e que confiança não se licita, ou se tem ou não se tem, por isto, estava considerando regular a contratação de advogado sem licitação.

Sendo assim, e considerando sólida jurisprudência da Corte, não vislumbro nenhum impedimento para que o Gestor contrate diretamente serviços advocatícios, sem licitação, por tratar-se de serviço especializado e no fator confiança. (STF, 1997).

4.3 Diferença entre as Procuradorias e as Assessorias Jurídicas

Os procuradores exercem um papel importante para a sociedade. Eles representam a União, estados, Distrito Federal e municípios, trabalhando para o cumprimento das leis.

No caso específico do procurador municipal, o profissional tem entre suas atribuições o controle da legalidade, a defesa da administração municipal, do interesse público e também dos direitos constitucionais.

É competência do procurador municipal representar judicial e extrajudicialmente o município. Cabe a ele cuidar do planejamento, coordenação, controle e execução das atividades jurídicas de interesse da cidade para qual foi aprovado para exercer sua função.

As atividades de assessoria, consultoria e direção jurídicas eram tratadas no Estatuto anterior (Lei n. 4.215/65 e Provimento n. 66/88 do Conselho Federal da OAB) de forma um pouco menos precisa:

Art. 1º A advocacia compreende, além da representação, em qualquer juízo, tribunal ou repartição, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica. Parágrafo único. A função de diretoria jurídica em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, é privativa do advogado, não podendo ser exercida por quem não se encontre inscrito regularmente na Ordem (BRASIL, PROVIMENTO OAB 66/1988).

Ainda, a lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), menciona:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:
II - As atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (BRASIL, 1994).

O serviço de consultoria ou assessoria jurídica é indicado para as situações em que o órgão público não dispõe de cargo no quadro efetivo para ser preenchido por jurista.

Neste caso, toda a advocacia preventiva ficaria a cargo do contratado. Mas em ambos os casos, é necessário à Administração tomar alguns cuidados para o fim de não efetivar contratação ilegal.

Em virtude da existência de fundamento constitucional que fixa o *dever geral de licitar* (art. 37, XXI), em princípio, a licitação será obrigatória.

Para a segunda situação, quer dizer, para contratação de serviços de consultoria ou assessoria jurídica, pode ocorrer a hipótese de a licitação se tornar inexigível.

O art. 25, II, c/c art. 13, III, da Lei 8.666/1993 prevê a seguinte situação de inexigibilidade:

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

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

(...)

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

O serviço de consultoria jurídica se acomoda na definição do art. 13, III. Porém, não bastará essa caracterização. Será necessário que o serviço seja considerado singular.

4.4 Requisitos do Processo de Inexigibilidade

A Inexigibilidade de Licitação (Lei 8.666/93, Art. 25) ocorre quando a Administração Pública não pode licitar em virtude de inviabilidade de competição. A lei especifica três situações em que ocorre a Inexigibilidade: a) Fornecedor Exclusivo (aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo), b) Profissional do Setor Artístico (desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública) e c) Serviços Técnicos de Natureza Singular (capacitação, treinamento, seleção, etc.), especialmente para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados enumerados no Art. 13 do mesmo diploma legal (Lei 8.666/93), excetuando-se aqui a contratação de serviços de publicidade e divulgação. De acordo com o disposto no § 1º, do Art. 25 da mesma Lei de Licitações e Contratos, “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”.

4.5 A Assessoria Jurídica como um Serviço de Natureza Singular

Via de regra, os órgãos públicos enfrentavam extrema dificuldade para poder realizar a contratação de assessorias jurídicas, justamente pela dificuldade na comprovação da realização de serviços caracterizados como singular.

A característica *singular* dos serviços de advocacia deve ser apta a exigir a contratação de advogado ou escritório com qualificações diferenciadas: atividades jurídicas rotineiras, próprias do dia a dia do funcionamento dos Municípios — desempenháveis de maneira idêntica e indiferenciada (tanto faz quem o executa) por qualquer profissional

No decorrer da elaboração da presente monografia, o então presidente da República Jair Bolsonaro promulgou, no dia 17 de agosto de 2020, a Lei 14.039, que

define o trabalho de advogados e contadores como técnico e singular, quando comprovada a notória especialização, e também, permite a dispensa de licitação para contratação de serviços jurídicos e de contabilidade pela administração pública.

Apresentado pelo deputado Efraim Filho, o projeto foi aprovado na forma do relatório favorável do senador Veneziano Vital do Rêgo. Segundo explicou, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) no Supremo Tribunal Federal (STF), suscitada pela ausência de uma posição pacífica, legal, sobre a inerência da singularidade dos serviços advocatícios.

Esse projeto de lei havia sido vetado, em 08/01/2020, sob o seguinte fundamento:

A propositura legislativa, ao considerar que todos os serviços advocatícios e contábeis são, na essência, técnicos e singulares, viola o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitar, nos termos do inciso XXI, do art. 37 da Constituição da República, tendo em vista que a contratação de tais serviços por inexigibilidade de processo licitatório só é possível em situações extraordinárias, cujas condições devem ser avaliadas sob a ótica da Administração Pública em cada caso específico, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. Inq. 3074-SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 193, de 3-10-2014)(FEDERAL, Senado, 5 de janeiro de 2020).

Ao vetar inicialmente o projeto, o Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, alegou que a proposta feria o princípio da "impessoalidade", mas senadores argumentaram que o trabalho dos advogados e dos contadores precisa ser de confiança do gestor público que vai contratá-los (Agência Senado Federal, 19 de agosto de 2020).

A promulgação veio depois que o Congresso derrubou o veto integral (VET 1/2020) de Bolsonaro ao PL 4.489/2019, que deu origem à norma.

A definição de notória especialização adotada no texto é a mesma dada pela Lei de Licitações (Lei 8.666/93, art. 25, § 1º): quando o trabalho é o mais adequado ao contrato licitado, pela especialidade decorrente de desempenho anterior, estudos e experiência e outros requisitos. Essa notória especialização é exceção, prevista em lei, para a dispensa de licitação.

O Estatuto da OAB, após esta alteração, passou a vigorar com a seguinte redação, em seu artigo 3º-A:

Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei. (Incluído pela Lei nº 14.039, de 2020)
Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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. (Incluído pela Lei nº 14.039, de 2020) (ESTATUTO DA OAB, 1994).

Cabe mencionar também, que houve uma divergência a cerca da Lei 14.039/2020, tendo em vista que a ANPM ingressou com um pedido, pedindo a propositura da Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI 6569), pois a ANPM defende a relevância da advocacia pública municipal como função essencial à justiça, a primazia do concurso público como forma de ingresso dos procuradores dos municípios e a excepcionalidade da contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação. A lei torna regra o que deve ser exceção.

A dispensa de licitação para contratação de advogados e contadores dividiu opiniões em audiência pública para instruir o projeto. Operadores do direito atuantes no governo consideram a mudança uma brecha perigosa, por ferir o princípio da impessoalidade. Representantes de advogados e contadores defenderam o notório saber e a especialização como diferencial para uma contratação direcionada e o desenvolvimento de projetos específicos (Agência Senado Federal, 19 de agosto de 2020)

Em outras palavras, em uma interpretação literal, o que dispositivo afirma é que o serviço desempenhado pelo profissional deve ser considerado técnico e singular quando for comprovada a sua notória especialização. Ocorre que não existe essa proposta relação de consequencialidade. Com isso, como já dito, a lei mistura três conceitos distintos e autônomos: serviços técnicos profissionais especializados; serviços de natureza singular e; serviços exercidos por quem tenha notória especialização.

A interpretação literal da Lei nº 14.039/2020 levaria à conclusão de que se os serviços advocatícios e de contabilidade fossem realizados por profissional ou sociedade com notória especialização, automaticamente estaria dispensada a licitação. Essa interpretação, contudo, é inconstitucional e afronta a própria definição de inexigibilidade.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 impõe que a Administração Pública somente pode contratar obras, serviços, compras e alienações se realizar uma licitação prévia para escolher o contratante, redação do art. 37, XXI.

Assim, a regra na Administração Pública é a contratação precedida de licitação. Contudo, a legislação prevê casos excepcionais em que será possível a contratação direta, sem licitação.

Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) traz três grupos de situações em que a contratação ocorrerá sem licitação prévia. São as chamadas licitações dispensadas, dispensáveis e inexigíveis.

No caso da exigibilidade, no qual foi objeto de estudo do presente trabalho, pode-se dizer que a possibilidade de contratação de assessoria jurídica por meio dessa modalidade, passou a ser entendida de forma mais simples, principalmente com o auxílio da lei nº 14.039/2020, no qual deixou mais clara a natureza técnica e singular prestada por advogados.

Ou seja, mesmo já estando prevista na Lei Federal nº 8.666/1993 essa permissão da contratação, já era possível, considerando que os serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade são considerados “serviços técnicos profissionais especializados”, estando previstos nos incisos III e V do art. 13, da lei citada.

Ainda, se pode perceber que, de forma pacificada, o TCU, em sua súmula nº 252, já deixa clara a possibilidade da contratação, desde que seguido as exigências decorrentes de lei.

O STF (Inq 3074, julgado em 26/8/2014), tem entendido que para ocorrer essa contratação, sem licitação, os escritórios de advocacia, devem observar outros parâmetros, além dos contidos em lei, tais como existência de procedimento administrativo formal, demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público e por fim, cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

O entendimento do STJ, em tese nº 7, a contratação de advogados pela administração pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, deve ser devidamente justificada com a demonstração de que os serviços possuem natureza

singular e com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização.

O TCU também é incisivo em apontar que, em regra, a contratação de serviços advocatícios precisa ser feita mediante licitação e que a inexigibilidade só é possível se o serviço exigido, no caso concreto, for singular e o advogado ou escritório contratado gozar de notória especialização.

A doutrina faz ressalvas para a singularidade imposta pelo artigo 24 parece restringir a hipótese a serviços específicos, delimitados e extraordinários, que requeiram a 'expertise' não verificada nos quadros da administração. das diversas causas judiciais propostas em favor ou em face dos entes ou órgãos da Administração, caracterizam-se como atividades próprias de carreira funcional.

A concepção constitucional prevista no inciso II do artigo 37, da Constituição Federal, exige o provimento de tais cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, motivo pelo qual reputamos como impreterível a existência de quadro de servidores de carreira, para cumprir tais atribuições.

A Lei nº 14.039/2020, de forma sutil, tentou abolir, na prática, um dos requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 e pela jurisprudência: a natureza singular do serviço.

A interpretação literal da Lei nº 14.039/2020 levaria à conclusão de que se os serviços advocatícios e de contabilidade fossem realizados por profissional ou sociedade com notória especialização, automaticamente estaria dispensada a licitação, embora ainda há quem defenda que isso violaria princípios constitucionais, pessoais e morais da administração pública.

A partir dessas considerações, vem se discutindo já a muito tempo, a possibilidade de contratar assessorias jurídicas sem que precise formalizar todo o processo licitatório, e sim, com base na notória especialização e na sua singularidade, se pudesse efetivar a contratação, levando em consideração quando o trabalho é o mais adequado ao contrato, pela especialidade decorrente de desempenho anterior, estudos e experiências, entre outros requisitos pertinentes.

Através de estudiosos da área, já se demonstrou possível a contratação, conforme abordado no desenvolvimento do presente trabalho monográfico.

REFERÊNCIAS

- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato administrativo. 9. ed. 1990.
- MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 6. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 3a ed. Malheiros: São Paulo, 1992.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 4. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Zênite, 2006.
- SAYAGUES LASO, Enrique. La Licitación pública. 4. ed. atual. por Daniel H. Martins. Montevideo, Acali Ed., 1978.
- BOBBIO, Norberto, Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995.
- CARVALHO. Mateus, Manual de Direito Administrativo. 2 edição. Revista ampliada e atualizada-Salvado. Juspodivm, 2015
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contratos administrativos. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BRASIL, Constituição Federal Brasileira, 1988.
- BRASIL, Lei de Licitações e Contratos, nº 8.666/1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 26 ed. São Paulo, Atlas, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sistema de registro de preços e pregão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1990. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CITADINI, Antonio Roque. Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 4.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 4.ed. São Paulo: Síntese, [s.a.p.].

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTINO, Marco Tullio. Manual Prático das Licitações. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; CARRIJO, Maria Tereza Dutra. Licitações e Contratos - Roteiro Prático. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. Saraiva, 1992.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

CAVALCANTE, Mauro, Comentários à Lei de Licitações juntamente com a Lei 14.039/2020.