GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

CONTRATAÇÃO DIRETA
ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA E O CASO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DR. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

2013

GUILHERME JARDIM JURKSAITIS

CONTRATAÇÃO DIRETA
ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA E O CASO DOS SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo, 22 de maio de 2013.

Agradecimentos

Agradeço ao Professor Fernando Dias Menezes de Almeida, orientador exemplar e paciente, que me deu a segurança e o apoio necessários para concluir essa etapa. Seu companheirismo e presença constantes durante a elaboração do trabalho foram decisivos.

Agradeço também aos Professores Floriano de Azevedo Marques e Gustavo Justino de Oliveira, por todas as críticas feitas no exame de qualificação.

À Professora Odete Medauar, meu agradecimento pela confiança que depositou na realização deste trabalho, contribuindo enormemente para a sua conclusão.

Não há palavras para expressar minha gratidão a André Rosilho, Carlos Ari Sundfeld, Evandro José Barbosa da Silva, Henrique Motta Pinto, Jacintho Arruda Câmara, João Domingos Liandro Filho, Rodrigo Pagani de Souza, Rodrigo Campos e Vera Monteiro. Iniciar minha vida profissional e acadêmica ao lado de vocês foi um privilégio. Amigos queridos, obrigado por tudo, sempre!

Agradeço ao Liceu Pasteur e ao Colégio Rousseau, onde dei os primeiros passos nos caminhos do conhecimento e fiz amigos para toda a vida, e às Faculdades de Direito da PUC-SP e da USP, nas quais continuo a aprender e a conviver com professores incríveis.

Obrigado à Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, que vem contagiando jovens estudantes a irem cada vez mais longe, com o entusiasmo e o carinho da Roberta e do Carlos Ari Sundfeld. A esses amigos especiais devo todas as conquistas desde o meu ingresso na Escola de Formação, em 2004.

Seria impossível concluir esse trabalho sem a amizade e o amor da minha família. Irmão Ivan Cesar, pai Claudio, mãe Aida e amada Mariana: amo vocês! Não teria graça sem esse suporte e vibração. Obrigado por tudo, todos os dias e sempre.

Agradeço a Deus, por me dar uma vida tão linda, cheia de oportunidades, e com pessoas tão queridas.

Dedico este trabalho à minha avó, Elza Miguel Antônio Jurksaitis. Que saudades!

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

Índice

Agradecimentos 3
Abstract 8
I. INTRODUÇÃO 10
II. LICITAÇÃO 16
III. CONTRATAÇÃO DIRETA 26
III.1. Dispensa de licitação 30
III.1.1. Dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado 32
III.1.2. Dispensa de licitação em função de situação excepcional 36
III.1.3. Dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior 41
III.1.4. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos 45
III.1.4.1. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos: entidades estatais 46
III.1.4.2. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos: entidades integrantes das Forças Armadas 50
III.1.5. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento 53
III.1.5.1. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento a entidades de pesquisa 53
III.1.5.2. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento a entidades de caráter social 56
III.1.6. Dispensa de licitação em função de especificidades do objeto 58
III.2. Contratação direta por dispensa de licitação: resposta aos excessos da Lei 8.666/93 ou casuísmo? 61
III.3. Inexigibilidade de licitação 65
III.4. Comentário geral sobre a inexigibilidade de licitação 72
IV. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS 75
IV.1. Em quais situações o poder público e suas entidades contratam serviços externos de advocacia? 76
IV.2. Quais são os problemas da contratação direta de serviços de advocacia? 79
IV.3. A contratação direta de serviços advocatícios em julgamento 83
IV.4. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação no Supremo Tribunal Federal 84
IV.5. A contratação de direta de serviços advocatícios no Superior Tribunal de Justiça 96
IV.5.1. A contratação direta de serviços advocatícios no STJ: posição favorável. . 98
IV.5.2. A contratação direta de serviços advocatícios no STJ: posição contrária.. 106
V. CONSIDERAÇÕES FINAIS 119
Bibliografia 123
Acórdãos citados 127

Resumo

Título do trabalho:

Contratação Direta: Análise crítica do sistema e o caso dos serviços advocatícios

Autor:

Guilherme Jardim Jurksaitis

O presente trabalho oferece uma análise crítica das hipóteses de contratação direta previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos brasileira, Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com atenção especial para o caso da contratação direta de serviços advocatícios.

A dissertação encontra-se dividida em quatro partes. A primeira delimita o tema do trabalho no estágio atual de evolução do Direito Administrativo brasileiro.

A segunda parte do trabalho explora o tema da licitação e sua importância para o Direito Administrativo. Nessa etapa, são apresentados os princípios norteadores da licitação e sua importância para o ideal republicano, tal qual previsto pela Constituição Federal.

A terceira parte do trabalho analisa as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 8.666/93, procurando identificar suas possíveis razões e as características em comum que existem entre elas. Elaborou-se uma classificação própria aglutinando os incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93 em 6 categorias, a saber: a) dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado; b) dispensa de licitação em função de situação excepcional; c) dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior; d) dispensa de licitação em função dos atores envolvidos; e) dispensa de licitação em função de políticas de fomento; e f) dispensa de licitação em função de especificidades do objeto.

A quarta parte do trabalho contém uma análise sobre o caso da contratação direta de serviços externos de advocacia nos tribunais superiores: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Ao olhar para as decisões proferidas por essas Cortes, espera-se alcançar dois objetivos: captar os argumentos usados pelas partes que tomam posição nesse debate e identificar o posicionamento das maiores instâncias do Poder Judiciário sobre o tema da contratação direta de serviços advocatícios e o dever de licitar.

Não se trata, portanto, de uma análise de jurisprudência, que foi usada como fonte de pesquisa para identificar situações reais envolvendo a contratação direta de serviços advocatícos, suas razões, e os argumentos forenses favoráveis e contrários a ela.

Palavras chave: Lei Geral de Licitações e Contratos; contratação direta; serviços externos de advocacia; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

Title:

Direct Hiring: Critical analysis of the system and the specific case of legal services

Author:

Guilherme Jardim Jurksaitis

This paper offers a critical analysis of the cases of direct hiring as prescribed by the Brazilian General Law of Public Bids and Contracts, i.e., Federal Law No. 8.666, of June 21, 1993, with due regard for the direct hiring of legal services.

The paper is divided into four parts. The first defines the theme of the paper viewed from the current standpoint of evolution of the Brazilian Administrative Law.

The second part of the paper analyzes the issue of bidding per se, and its importance to Administrative Law. At this stage the bidding guiding principles and their importance to the republican ideal are presented, as set forth in the Brazilian Federal Constitution.

The third part of the paper looks into the cases of direct hiring set out under Law No. 8.666/93, seeking to identify the possible reasons therefor and the common characteristics existing among them. Under a specific classification the items of article 24 of Law number 8.666/93 were combined in order to fall under six categories: a) waiver of bidding in view of the amount of the contracted object; b) waiver of bidding due to exceptional circumstances; c) waiver of bidding due to problems occurred in previous hiring; d) waiver of bidding due to the players involved; e) waiver of bidding based on development policies; and f) waiver of bidding based on the specific characteristics of the object.

The fourth part of the paper analyzes the case of external legal services directly hired, as viewed by the higher courts, i.e., the Supreme Court and the Superior Court of Justice.

When looking into the decisions handed down by these courts, two goals are expected to be met: to raise the arguments used by the parties involved in this debate and identify the standing of the Judiciary Branch highest instances on the subject of directly hiring legal services, as well as and the duty to promote competitive bids.

This is not an analysis of case law, which was used as a research source to identify real situations involving direct hiring of legal services, their reasons, and forensic arguments for and against them.

Key-words: Brazilian General Law of Public Bids and Contracts; direct hiring; external legal services directly hired; Supreme Court; Superior Court of Justice.

I. INTRODUÇÃO

Como tudo nas chamadas ciências jurídicas[1], o Direito Administrativo passa por intensas transformações, que acompanham, em maior ou menor ritmo, as mudanças sociais. No caso de um Direito Administrativo não codificado[2], como é o nosso, durante muito tempo relegado que foi a um segundo plano atrás do Direito Civil[3], essas transformações parecem lentas e sutis, enquanto gestadas, porém, revolucionárias quando entram em movimento.

O Direito Administrativo, como um pêndulo, vive oscilando. Nas grandes teorias isso é notado já há algum tempo nos institutos clássicos: autoridade e liberdade, prerrogativas e limitações, ato administrativo e contrato, estatização e privatização, legalização e deslegalização, unilateralidade e consensualismo, etc. Os primeiros – autoridade, ato administrativo, estatização, legalização, unilateralidade – são reflexos de

---

[1] O debate em torno da conceituação do Direito enquanto ciência foi abordado por diversos autores. Por todos, recomenda-se Antonio Joaquim RIBAS, *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968, p. 14 (a 1.ª edição é de 1866); Visconde do URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo,* José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002, p. 110-114 (a 1.ª edição é de 1862); e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, 27.ª edição, p. 37-38. Um resumo sobre a discussão pode ser ler lido na "crônica jurídica" bem humorada feita por Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 5.ª edição, 2010, p. 122-137.

[2] Sobre a falta de um código de Direito Administrativo, Odete MEDAUAR explica: "Entre fins do século XIX e meados do século XX houve muitos debates sobre a possibilidade e conveniência de codificar um ramo de formação recente, dotado de grande contingente de elaboração jurisprudencial. Os argumentos contrários à codificação centravam-se em alguns pontos: formação recente e incompleta; impossibilidade de codificar o direito público em geral; mutabilidade excessiva da legislação administrativa. A favor da codificação salientava-se o seguinte: estado de inferioridade científica decorrente da falta de um código; ausência de clareza e de certeza das normas; necessidade de trazer ordem à legislação administrativa, de torná-la mais conhecida, tolhendo os arbítrios. Surgiram posicionamento intermediários, a favor de uma codificação parcial ou de uma codificação futura. Seguiu-se um período de quase ausência de atenção sobre o tema, como se houvesse anuência tácita sobre a não codificação". *O Direito Administrativo em Evolução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª edição, 2012, p. 44-45. Apesar de não haver um código, Odete Medauar tem se dedicado a compilar e atualizar, anualmente, as principais normas de Direito Administrativo na coletânea de legislação administrativa editada pela Revista dos Tribunais, atualmente em sua 13.ª edição.

[3] No ano de 1992, ao prefaciar livro depois muito difundido entre estudantes de Direito, Geraldo ATALIBA afirmou, a respeito da defasagem no ensino do Direito Público: "Como se ainda vivêssemos em 1910, dá-se ao estudante a impressão falsa de que o mundo do direito é formado pelo direito civil, comercial e penal. Mais grave fica o panorama quando se verifica que a maioria dos estudantes – e mesmo dos já graduados – supõe que a lei geral de aplicação de norma jurídicas (entre nós impropriamente designada de *Lei de Introdução ao Código Civil*) é de direito privado. Tal perspectiva privatista é deformante e tem gravíssimas repercussões na própria vida institucional". Prefácio do livro de Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1.ª edição, 1992. A distorção apontada tem sido aos poucos corrigida, inclusive com mudança trazida pela Lei Federal n.º 12.376, de 30.12.2010, que alterou a epígrafe da antiga Lei de Introdução ao Código Civil para chamá-la de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

uma concepção do Direito Administrativo voltada ao exercício do poder, seja para legitimar a conduta da autoridade pública ou para controlá-la à luz do Estado de Direito. Os segundos – limitações, contrato, desestatização, deslegalização, consensualismo – ganharam força no Brasil a partir da segunda metade da década de noventa e espelham um olhar mais flexível e menos desconfiado da Administração, sem desprezar por completo suas prerrogativas e a necessidade de algum controle.

Pode-se chamar esses opostos do movimento pendular de tendência *maximalista*, que vê nas prerrogativas especiais e nas normas que condicionam a ação estatal elementos inerentes e necessários da Administração Pública, e tendência *minimalista*, para a qual é preciso calibrar esses elementos de modo a adequá-los à realidade e a novas tendências da Administração contemporânea[4].

Esse embate é, de certo modo, um reflexo das mudanças no próprio Direito Administrativo[5], formulado para ser um instrumento de legitimação do exercício do poder público e, ao mesmo tempo, de garantia contra o arbítrio estatal[6]. Mais recentemente,

---

[4] As expressões minimalista e maximalista foram usadas, com sentido semelhante ao ora empregado, por André ROSILHO, *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros: 2013.

[5] Diversos são os autores que trataram sobre as origens do Direito Administrativo no Brasil. Nos chamados livros de curso adotados nas faculdades, são obrigatórios capítulos que resumem esse longa história. Para os fins aqui propostos, a explicação de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO resume a ideia: "(...) a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (...) e sobre o principio da separação de poderes (...)". *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 20.ª edição, 2007, p. 2. Outras leituras que se recomenda são Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 47; e Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª edição, 2012, p. 33-36.

[6] A dicotomia é explicada por Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, que diz: "Em que pese tenha nascido como instrumento de concretização do Estado de Direito, o Direito Administrativo, em seus primórdios, transferiu para a pessoa do Estado, detentor do poder soberano, prerrogativas em certa medida análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas. Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais – *puissance publique*, na expressão francesa – marcou diversas construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX. Assim, por exemplo, as ideias da irresponsabilidade do Estado, dos atos de império, da supremacia do interesse público (...)", no artigo "Mecanismos de consenso no Direito Administrativo", publicado no livro *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de ARAGÃO e Floriano de AZEVEDO MARQUES (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349.

consolidados esses objetivos, o Direito Administrativo tem se tornado uma ferramenta para viabilizar o funcionamento da Administração Pública e o cumprimento de suas missões[7].

A contraposição dessas duas visões reflete a luta entre a preocupação central do Direito Administrativo do passado e as expectativas que se tem hoje em relação a ele. Antes, em fins do século XIX, o que impulsionava os Direito Administrativo no Brasil era a organização do inscipiente Estado[8]. Depois, o abuso e o desvio de poder ocuparam papel central entre os administrativistas até a década de 1980 e meados de 1990[9]. Isso fez com que os instrumentos de contenção ao exercício do poder, tanto em relação às garantias e liberdades individuais como em face da gestão da coisa pública, fossem aprimorados e resultados satisfatórios fossem obtidos. Esse avanço pode ser percebido no que se refere à criação normativa – com a edição de leis mais rígidas estabelecendo regras comportamentais aos agentes públicos e fixando procedimentos detalhados a serem observados pela Administração – e também no surgimento de mecanismos mais sofisticados de controle do gasto público – com a criação de sistemas de acompanhamento de gastos e das auditorias.

Atores se fortaleceram durante esse processo, e passaram a desempenhar funções de elevado destaque relativas ao controle da Administração Pública em seus incontáveis desdobramentos. O Ministério Público e os Tribunais de Contas são os mais lembrados, mas o Poder Judiciário também expandiu a sua atuação. Todos esses passaram a compartilhar funções com a Administração Pública, na formulação de políticas públicas –

---

[7] Um olhar mais "utilitário" do Direito Administrativo tem sido estimulado por Carlos Ari SUNDFELD, que chega a chamá-lo de "caixa de ferramentas" à disposição de seus operadores para resolver problemas. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38-39.

[8] Organizar a estrutura do aparato estatal e justificar o exercício de suas respectivas atribuições era a preocupação mais presente nos livros que fundaram o nosso Direito Administrativo. No livro de Visconde do URUGUAI, o autor dedica mais da metade de seus capítulos a explicar as relações entre os Poderes. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002 (a 1.ª edição é de 1862). Na obra de Antonio Joaquim RIBAS, algo similar se verifica, dessa vez, para explicar as entidades e as tarefas desempenhadas em cada nível de governo. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968 (a 1.ª edição é de 1866).

[9] Representam essa visão os livros de Hely Lopes MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 14.ª edição, 1989 (a 1.ª edição é de 1964); e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.ª edição, 1980. Para um panorama sobre a evolução histórica do *estudo* do Direito Administrativo no Brasil, recomenda-se, novamente, Carlos Ari SUNDFELD. *Direito Administrativo para Céticos.* São Paulo: Malheiros 2012, p. 19-49.

caso mais voga – e na tomada de decisões que viabilizam a ação estatal, em geral[10]. A imprensa, importante agente nesse contexto, destaca os desvios praticados pelos agentes públicos e toma partido no debate, ficando ao lado do endurecimento do controle e do aumento de poder dos atores competentes.

O Direito Administrativo e os administrativistas participam ativamente desse movimento, contribuindo com a proposição de novas normas e soluções. Mais recentemente, passou-se a identificar um compromisso adicional do Direito Administrativo em face da Administração Pública, que é o de viabilizar a sua atuação, que mudou muito de uns tempos para cá, sem engessá-la em demasia – como acaba acontecendo ao se levar ao extremo os cânones mais antigos do Direito Administrativo – ou deixá-la solta demais, jogando fora as sofridas conquistas do passado.

A preocupação nevrálgica agora não é apenas a de controlar a atuação da Administração Pública, coibindo vilipêndios aos direitos individuais e o destrato com o patrimônio público. O desafio que o Direito Administrativo enfrenta hoje é o de viabilizar de maneira eficiente a atuação estatal, considerando seus múltiplos objetivos e sua pluralidade de agentes, sem desnaturar a si próprio[11].

Como alcançar esse objetivo é o que, de certo modo, está por trás da divergência entre o maximalismo e o minimalismo no Direito Administrativo.

Essa divergência se manifesta de maneira muito nítida quando se discutem casos mais concretos envolvendo temas do Direito Administrativo. Um desses casos está relacionado à licitação, especificamente às hipóteses de contratação direta previstas na Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e ao debate que se tem travado desde há muito em torno da contratação direta de serviços externos de advocacia.

---

[10] Em aprofundado trabalho, Floriano de AZEVEDO MARQUES expõe o debate sobre a ampliação dos poderes dos órgãos de controle, suas bases normativas e teóricas, e apresenta soluções. "Os grandes desafios do controle sobre a Administração Pública", artigo publicado no livro *Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira*, Paulo Modesto (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2.ª edição, 2010, p. 199-238.

[11] Carlos Ari SUNDFELD apresenta esse desafio do Direito Administrativo de viabilizar a atuação eficiente da Administração, sem desnaturar os controles e regras que incidem sobre ela, no livro *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 85-92.

A partir do estudo desse caso, que abrange uma breve análise das hipóteses de contratação direta contempladas na Lei 8.666/93, bem como da jurisprudência atinente à contratação de serviços advocatícios, espera-se organizar o debate, identificando os pontos de atrito que refletem uma divergência de concepção sobre o dever de licitar e consequentemente sobre a licitação nos moldes da Lei 8.666/93.

O presente trabalho está estruturado em quatro partes. A primeira procura expor suscintamente a tensão em torno da Lei 8.666/93 e da sua rigidez, influenciada por manifestações dessas duas tendências; a maximalista e a minimalista. Cada uma delas apresenta características próprias e exercem sua influência no plano concreto, no dia a dia da Administração Pública.

A segunda parte do trabalho explora o tema da licitação e sua importância para o Direito Administrativo. Nessa etapa do trabalho são apresentados os princípios norteadores da licitação e sua importância para o ideal republicano, tal qual previsto pela Constituição Federal.

A terceira parte do trabalho analisa as hipóteses de contratação direta previstas na Lei 8.666/93, procurando identificar suas possíveis razões e as características em comum que existem entre elas. Elaborou-se uma classificação própria aglutinando os incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93 em 6 categorias, a saber: a) dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado; b) dispensa de licitação em função de situação excepcional; c) dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior; d) dispensa de licitação em função dos atores envolvidos; e) dispensa de licitação em função de políticas de fomento; e f) dispensa de licitação em função de especificidades do objeto.

A quarta parte do trabalho contém uma análise sobre o caso da contratação direta de serviços externos de advocacia no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. O estudo não se pretende exaustivo, mas meramente ilustrativos dos problemas reais que a contratação direta dessas atividades suscita. Não se trata, pois, de uma análise de jurisprudência, que foi usada como fonte de pesquisa para identificar situações reais envolvendo a contratação direta de serviços advocatícos, suas razões, e os argumentos forenses favoráveis e contrários a ela. Afora isso, ao olhar para as decisões proferidas por esses tribunais, espera-se alcançar dois objetivos: captar os argumentos usados pelas partes

que tomam posição nesse debate e identificar o posicionamento das maiores instâncias do Poder Judiciário sobre o tema.

II. LICITAÇÃO

No Brasil, o instituto da licitação está em movimento, impulsionado por duas *tendências*. A primeira está ligada à própria origem do Direito Administrativo. Sua primeira grande preocupação é controlar o poder público, por intermédio de regras rígidas para delimitar bem a sua atuação. Mas essa força também está preocupada em proteger a *res publica* daqueles que exercem sobre ela alguma autoridade. Para isso, traz sempre junto de si um conjunto de normas para disciplinar como o administrador público deve agir. Atuar fora dessas normas, por menor que seja o desvio, e por mais nobre que seja o objetivo almejado, é algo tão grave que pode derrubar a harmonia do sistema criado por essa força; levando ao exílio o administrador incauto. Essa é a força que quer potencializar ao máximo a licitação, impondo a todo o custo o dever de licitar e as regras rígidas da licitação; é melhor engessar a Administração Pública para que não avance sobre os direitos e liberdades individuais e, ao mesmo, se proteja o bem comum. Essa é a *tendência maximalista* da licitação, para os fins deste trabalho.

Existe também uma outra tendência. Cada vez mais presente, ela é um pouco mais nova. E não se associa com a origem do Direito Administrativo. Ela vem de fora dos livros; está no mundo real. Essa nova tendência se mostra mais audaciosa. Não está tão preocupada com as normas que nasceram com a primeira força. É um pouco descompromissada com as origens do Direito Administrativo. Quer mudanças. Quer que o mundo real, de onde ela veio, possa transformar de alguma maneira a força mais velha. Acredita que para o poder público funcionar bem, não pode ficar preso a ideias e preocupações do passado. E por isso precisa de mais flexibilidade para agir e acompanhar o mundo real, muitas vezes absolutamente alheio à teoria e aos postulados do Direito Administrativo. Essa é a *tendência minimalista* da licitação.

Em diversas discussões envolvendo o tema das licitações parece ser possível perceber, no fundo, a presença sutil dessas tendências em constante atrito. Difícil imaginar, no Direito Administrativo, um assunto mais palpitante que o da licitação. Ela ocupa um lugar importantíssimo, e talvez seja o assunto em que o Direito Administrativo mais apareça no dia a dia do poder público.

A centralidade da licitação no estudo do Direito Administrativo deve-se a sua importância enquanto instrumento fundamental da ação administrativa, que tem sido alvo de intensas e constantes mudanças. Não é a toa que a atenção dada ao tema foi se intensificando nos cursos e manuais a partir do período em que a Administração Pública passou a fazer mais negócios, assumindo um papel proeminente na aquisição de bens e serviços na economia nacional[12].

Ao mesmo tempo, verifica-se um crescente hábito de ampliar os casos de exceção ao dever de licitar, através do aumento das hipóteses de dispensa da Lei 8.666/93. E quando se autoriza o afastamento do dever de licitar em determinadas hipóteses, corre-se o risco de enfraquecer a licitação ou, pior, de ignorar a necessidade de uma ampla reforma no instituto.

Por isso, antes de partir para o enfrentamento do desafio proposto neste trabalho, deve-se investigar ainda que brevemente os motivos que fazem a licitação ser algo tão forte para o Direito Administrativo.

O ideal republicano pressupõe que todos os cidadãos devem receber o mesmo tratamento por parte do poder público, que não beneficiará ninguém indevidamente ou em nítido prejuízo aos demais. Inclusive ao fazer negócios, deve-se garantir que a Administração Pública dará o mesmo tratamento a todos os interessados.

A previsão constitucional da licitação é nítida nesse sentido:

> Constituição Federal
>
> 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 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

[12] Nas primeiras edições dos livros de Hely Lopes MEIRELLES, de 1964, e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, de 1980, o estudo sobre o tema das licitações é quase marginal, ocupando poucas páginas. Diferentemente das edições mais recentes dos livros, e mesmo do que se vê noutros cursos influentes.

permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

(...)

Sobre esse dispositivo, bem resume Odete MEDAUAR:

> "Conforme o inciso XXI, os contratos de obras, serviços, compras e alienações devem ser precedidos de processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os participantes, dispensado ou inexigível este nos casos especificados na legislação. Quer dizer, a Administração não detém liberdade para contratar de forma direta. (...)"[13].

O tratamento igualitário permite que os interessados possam competir entre si no momento de celebrar um contrato com a Administração Pública; é a manifestção do princípio da isonomia. E dessa forma se atende a outra preocupação importante que está por trás da licitação, que é a de obter para a Administração a melhor oferta, através da disputa igualitária, obtendo o melhor bem ou serviço pelo menor preço possível. Assim resume Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> "A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares"[14].

A Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais de licitações e contratos para a Administração Pública, é expressa ao afirmar, dentre as finalidades da licitação, a isonomia, a busca da melhor oferta para a Administração, incluindo, recentemente, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Esses são os *três vetores fundamentais da licitação*, nos termos da Lei. Confira-se:

> <u>Lei Federal n.º 8.666/93</u>
>
> Art. 3.º 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

---

[13] Odete MEDAUAR, "Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?", artigo publicado na *Revista do Advogado*, v. 99. São Paulo: IASP, 2008, p. 100-107.

[14] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 526.

> desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (redação dada pela Lei n.º 12.349, de 15.12.2010)

Mas não são apenas as finalidades declaradas da licitação que explicam a sua importância.

O trato com a coisa pública exige inúmeras cautelas. E a primeira delas é evitar que o detentor do poder abuse dele para se beneficiar. Uma maneira de se alcançar esse objetivo é através de normas rígidas que devem ser aplicadas quando a Administração Pública realiza negócios, especialmente contratações com o setor privado, de modo a evitar que tanto potenciais contratantes quanto administradores públicos se beneficiem indevidamente à custa do recurso público.

Conjugando as finalidades da licitação acima expostas com a preocupação de garantir a probidade e a moralidade nos negociações celebradas pela Administração, assim expôs Hely Lopes MEIRELLES:

> "[A licitação] visa a proporcionar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente" [15].

O meio "técnico-legal" referido por Hely Lopes MEIRELLES, no campo da licitação, se traduz atualmente num conjunto rígido de regras, contido na Lei 8.666/93, que expressa a crença de "quanto mais controle, melhor".

Identificando as três exigências básicas da licitação, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO sintetiza:

---

[15] Hely Lopes MEIRELES, *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.ª edição, 1973, p. 5 e 6.

> "Destarte, [com a licitação] atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5.º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira" [16].

Deposita-se no procedimento, atualmente rígido, todas as fichas para se alcançar os objetivos pretendidos pela licitação. Essa é a visão que crê na burocracia weberiana ideal, com regras ou costumes que alcançam todas as ações do aparato estatal, regulando o comportamento de seus agentes[17]. A licitação, o meio "técnico legal" referido por Hely Lopes MEIRELLES, é a forma de se alcançar as "três exigências públicas impostergáveis" identificadas por Celso Antônio BANDEIRO DE MELLO.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável, como já mencionado, tornou-se um novo vetor da licitação com a modificação introduzida no artigo 3.º da Lei 8.666/93 pela Lei n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Trata-se de sintoma de um fenômeno não tão recente, mas que tem se acentuado nos últimos anos, de aproveitar-se da licitação – originalmente um instituto pelo qual o Poder Público realiza negócios – para se alcançar outras finalidades legítimas. A ele dá-se o nome de "função regulatória da licitação"[18], na medida em que o poder de compra do Estado, exercido pela licitação, passa a perseguir outros objetivos externos à contratação em si, de modo a influenciar o mercado das compras públicas.

Esses vetores representam os valores que estão por trás da licitação e ajudam a entender porque ela faz parte de maneira tão intricada do imaginário coletivo do Direito Administrativo. É impossível tratar dele de maneira ampla sem mencionar a licitação. Abandoná-la, então, é algo impensável. Nem mesmo os críticos da licitação defendem

---

[16] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 27.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 526.

[17] As noções de burocracia weberiana e seu fenômeno no Brasil foram apresentadas na disciplina *Estrutura e Função da Administração Pública – Novas Configurações*, ministrada por Floriano de Azevedo Marques, no 2.º semestre do ano de 2009, na Faculdade de Direito da USP.

[18] Sobre o tema, conferir o trabalho de Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA e Rafael Véras de FREITAS, "A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei n.º 12.349/10", publicado na *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 38. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2012, p. 9-30.

isso[19]. A forma como a doutrina e os administrativistas tratam a licitação é um mantra para a moralidade e a isonomia.

Por esses motivos, a licitação está prevista como uma regra geral na Constituição Federal de 1988. Já no primeiro artigo do capítulo sobre a Administração Pública está claro que todas as contratações devem ser precedidas de licitação, excetuados os casos previstos em lei. É como um princípio geral da licitação pública, que apenas em casos muito especiais poderia ser excepcionado pela legislação infraconstitucional.

Existe ainda um outro ingrediente importante nesse conjunto, que é o controle a ser exercido sobre as licitações e contratações delas decorrentes. De nada adiantaria, afinal, um esquema complexo e sofisticado de licitação sem que houvesse mecanismos de controle adequados para aferir a observância das regras que o integram.

Já na promulgação da Constituição de 1988 assistiu-se ao incremento das funções do Ministério Público e do Tribunal de Contas, que foi se intensificando na década de 1990. As leis de diretrizes orçamentárias, para ficar no âmbito federal, passaram a especificar e a determinar com precisão suas competências e funções ao fiscalizar as licitações e os contratos administrativos[20]. No caso do Ministério Público, as leis de improbidade administrativa[21] e da ação civil pública[22] ampliaram muito seu campo de atuação, abrindo espaço para receber denúncias e apurar de ofício a higidez das licitações e a execução dos contratos celebrados pelo poder público. Muitos conflitos foram gerados a partir do aumento do controle, que acabaram indo parar no Poder Judiciário.

---

[19] Marcos Juruena VILLELA SOUTO defendeu uma licitação bastante diferente da prevista nas leis atualmente em vigor, sem, contudo, afirmar a sua eliminação. A esse respeito, conferir seu artigo "Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do 'placar eletrônico", publicado no livro *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Alexandre Santos de ARAGÃO; e Floriano de Azevedo MARQUES NETO (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 523 a 569.

[20] Sobre o tema, conferir meu artigo "As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas", publicado no livro *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*, José Maurício CONTI e Fernando Facury SCAFF (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1275-1296.

[21] A Lei de Improbidade Administrativa é a Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre a qual se pode ler no livro *Improbidade Administrativa*, Cássio SCARPINELLA BUENO e Pedro Paulo de Rezende PORTO FILHO (org.). São Paulo: Malheiros, 2.ª edição, 2003.

[22] A Lei de Ação Civil Pública é a Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, sobre a qual se pode ler no livro *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, Hely Lopes MEIRELLES, atualizado no presente por Arnoldo WALD e Gilmar Ferreira MENDES. São Paulo: Malheiros, 34.ª edição, 2012.

A estatura constitucional atribuída à licitação e o fortalecimento da atuação dos órgãos de controle fez com que se lesse na norma do artigo 37, XXI, da Constituição um princípio geral da licitação, por vezes superior às próprias regras[23].

O caráter moralisador que se criou em torno da Lei 8.666/93, desde a sua origem, e no discurso que se fez a partir disso, levou a se enxergar nela a *verdadeira* licitação que quis a Constituição Federal em seu art. 37, XXI. Passou-se a ler os preceitos contidos na Lei 8.666/93 como se normas constitucionais fossem, o que não faz sentido algum, como alerta Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA:

> "Esclareça-se, aliás, que o sentido constitucional da licitação como regra geral não remete necessariamente às modalidades previstas na Lei 8.666/93 (acrescidas do pregão), mas a algum processo de escolha que vise a garantir a isonomia dos interessados em se relacionar com a Administração"[24].

Não foi só no campo do controle que a licitação nos termos da Lei 8.666/93 ganhou destaque. Inúmeras outras leis tratando dela foram editadas, boa parte nas últimas duas décadas[25]. No entanto, o regime geral previsto na grande lei de licitações brasileira, a Lei 8.666/93, permanece em sua essência inalterado desde a entrada em vigor. À margem da Lei 8.666/93, no entanto, muitas mudanças. Foi criada a licitação na modalidade de pregão[26], que ganhou a Administração Pública, e surgiram novas regras específicas para licitações envolvendo empresas estatais[27] e para beneficiar pequenas empresas[28].

---

[23] Esse olhar mais cético sobre a licitação enquanto princípio foi lançado por Carlos Ari SUNDFELD, ao afirmar que se criou "(...) certo hábito, sobretudo entre órgãos de controle da Administração Pública, de chamar de 'princípio' à própria licitação, isso para legitimar uma interpretação redutora de todas as regras que autorizam a contratação sem licitação. Nesse argumento, 'princípio' tem claro sentido de 'norma principal' (…)". *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64. Recentemente, em co-autoria com Jacintho ARRUDA CÂMARA, ampliou-se a crítica, desse vez dirigida à tendência de se uniformizar com princípios os contratos administrativo. "Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos administrativo", artigo publicado na *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 41. Belo Horizonte: Fóum, jan./mar. 2013, p. 57-72.

[24] Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato Administrativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 251. Em nota de rodapé, arremata: "Pensar assim seria interpretar a Constituição conforme as leis e não as leis conforme a Constituição".

[25] Até o advento do Regime Diferenciado de Contratações, com a Lei Federal n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011, a última lei relevante que tratou das licitações foi a Lei Federal n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

[26] O pregão apareceu pela primeira vez na Lei Federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, restrito às licitações realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Posteriormente, sua aplicação foi estendida para toda a Administração Pública por meio de medida provisória, mais tarde convertida na Lei

Mantendo a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93, as leis de concessões[29] também inovaram, criando algumas regras de licitação próprias a esse tipo de contrato.

Com a edição da Lei Federal n.º 12.462, de 5 de agosto de 2011, que criou o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, o movimento de transformação do sistema de licitação da Lei 8.666/93 ficou evidente[30]. Tudo isso mostra como esse importante instrumento de gestão pública está agitado[31].

Pelas transformações que vem passando e pela sua importância, a licitação é um campo fértil de estudo e reflexão sobre as tendências que atuam no Direito Administrativo. A força maximalista quer ver a licitação potencializada, sendo adotada na totalidade dos casos envolvendo contratações com o poder público. Com fundamento na norma constitucional, a tendência maximalista vê na licitação um princípio geral do Direito Administrativo, que deve ter seu cumprimento estritamente observado pela Administração Pública.

Federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002. Sobre o pregão, conferir Vera MONTEIRO, *Licitação na modalidade de pregão*. São Paulo: Malheiros, 2.ª edição, 2010.

[27] A previsão constitucional veio com a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que alterou a redação do § 1.º do art. 173 para prever que a lei deverá dispor sobre o estatuto jurídico das empresas estatais, inclusive no que se refere ao regime de licitação a ser adotado. A Lei Federal n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, previu que a Petrobrás poderia adotar um regime simplificado de licitação, que foi estabelecido no Decreto Federal n.º 2.745, de 24 de agosto de 1998. E com base nesse decreto a Petrobrás tem contratado, com alguma resistência do Tribunal de Contas da União, mas com decisões favoráveis do Supremo Tribunal Federal.

[28] A Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, que dispõe sobre o estatuto jurídico das micro empresas e empresas de pequeno porte, reservou um capítulo para estabelecer regras diferenciadas para as empresas que, nessa categoria, participarem de licitações públicas. Sobre o tema, conferir Marçal JUSTEN FILHO, *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da lei complementar n.º 123 atinentes a licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

[29] A Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que contém normas gerais sobre concessões e permissões de serviços público, estabelece regras próprias para as licitações em seus artigos 14 a 22. Já a Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabelece o regime jurídico aplicável às concessões patrocinadas e administrativas, tratou do tema em seus artigos 10 a 13. Além dessas duas grandes leis, há leis setoriais específicas de concessões, que igualmente estabeleceram regras próprias de licitação, como a Lei Federal n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que tratou do setor elétrico, e a Lei Federal n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, cujo objeto foi a exploração de petróleo na camada do pré-sal. Sobre concessões, recomenda-se o livro de Vera MONTEIRO, *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

[30] Uma reflexão crítica sobre o Regime Diferenciado de Contratações – RDC e suas novidades pode ser lida no artigo "Em defesa do Regime Diferenciado e Contratações", e artigo em co-autoria com André ROSILHO, "Existe licitação para alem da lei 8.666/93?", ambos disponíveis no sitio [www.sbdp.org.br/arquivos/material_ver.php?idConteudo=89], acesso em fev./2013.

[31] As mudanças havidas à margem da Lei 8.666/93 e a que elas estão relacionadas estão apresentadas no livro de André ROSILHO, *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196-226.

A força maximalista não ignora as exceções criadas pela lei para a aplicação da licitação. Só que não admite que essas exceções atuem de modo a inviabilizá-la na maioria dos casos. O princípio da licitação deve ser sempre cumprido, mesmo nos casos em que a lei eventualmente o afaste, a menos que haja total impossibilidade de ser atendido. É dizer, a licitação deve ser absoluta, salvo uma condição excepcional que a inviabilize por completo.

É uma tendência de se ampliar ao máximo a exigibilidade da licitação. Ainda que isso gere alguma dificuldade de ordem prática, como um procedimento muito demorado, litigioso e mesmo caro, a maximização da licitação almeja concretizar seus ideais: a proteção da coisa pública, da igualdade e da melhor oferta para a Administração.

Por outro lado, a tendência minimalista não extrai da licitação um princípio geral a ser aplicado sempre. A licitação é apenas mais um entre os tantos procedimentos que a Administração deve observar ao agir. Sua exigibilidade deve ser ponderada em face de outros interesses e da própria realidade que se apresenta em um dado contexto. Para os adeptos dessa corrente minimalista, a licitação é um mecanismo de atuação do poder público que pode ou não ser acionado.

As normas que preveem exceções ao dever de licitar devem ser interpretadas como situações que já foram consideradas inviáveis para a realização de uma licitação pelo legislador. E para além dessas situações expressas, ainda haveria outras que poderiam se apresentar em face de situações concretas. Em suma, o que a força minimalista quer é *calibrar* a exigibilidade da licitação. E às vezes o faz na própria legislação, como no aumento das hipóteses de dispensa que vem ocorrendo nos últimos anos na Lei 8.666/93.

Há aqui um choque muito claro entre essas duas visões. A doutrina, os grandes livros de Direito Administrativo, não reproduzem esse choque. Ele ainda não foi captado no plano abstrato, das ideias. O seu lócus de ação é na rotina administrativa, que lida com a licitação diariamente.

Para entender como as forças maximalista e minimalista estão agindo no campo das licitações, e poder refletir melhor sobre elas, a tarefa que se apresenta é a de identificar como essas concepções enxergam a extensão do dever de licitar e a própria licitação. Para

tanto, propõe-se investigar um caso específico em que se discute justamente a exigibilidade ou não de licitar: o caso da contratação de serviços externos de advocacia. Antes, porém, é preciso conhecer como a Lei 8.666/93 tratou da contratação direta em geral.

III. CONTRATAÇÃO DIRETA

Ao regular as licitação no Brasil, a Lei cuidou de definir as situações em que o dever de licitar pode ser afastado, conforme a norma constitucional. A essas situações especificadas na Lei convenciou-se chamar de *contratação direta*.

A própria Lei subdividiu os casos de contratação direta em duas categorias: a *dispensa de licitação* e a *inexigibilidade de licitação*. Apesar de a Lei não diferenciar conceitualmente de modo expresso essas duas categorias, uma leitura dos dispositivos legais que tratam de cada uma delas fornece elementos suficientes para diferenciar a *dispensa* da *inexigibilidade*. Antes de adentrar nessa diferenciação, convém destacar que a contratação direta não deixa de ter seu rito definido pela Lei; é dizer, para se contratar sem licitação, também se deve seguir um procedimento[32] definido pela Lei.

Assim, independentemente de a contratação direta ser feita por *dispensa* ou por *inexigibilidade*, aplica-se o *rito* específico para se contratar sem licitação. Confira-se a norma:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (redação dada pela Lei n.º 11.107, de 06.04.2005)
>
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
>
> I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
>
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
>
> III - justificativa do preço.
>
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998)

Afora a dispensa de licitação por conta do valor do objeto do contrato (art. 25, I e II), a Lei condicionou a regularidade da contratação direta à ratificação da decisão pela

---

[32] O debate terminológico que procura diferenciar conceitualmente *processo* de *procedimento* não alcança o presente estudo, que adota as duas expressões como sinônimas. Para aprofundamento, ler Carlos Ari SUNDFELD, "Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação", artigo publicado no livro *La Ley de Procedimiento Administrativo General*. Diego Zegarra VALDIVIA e Victor Baca ONETO. Lima: Palestras, 2011, p. 189-210.

contratação direta por autoridade superior, que deve ser publicada no diário oficial conjuntamente ao ato de contratação, informando o seu objeto e valor.

Os documentos que devem instruir os autos do processo de contratação direta têm o nítido objetivo de impedir a escolha arbitrária do futuro contratado, ainda que se verifique alguma das hipóteses que autorizam a contratação direta. Entre os documentos exigidos pela Lei, destaca-se a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço, exigências que estão previstas, respectivamente, no Parágrafo único, II e III, do art. 26 acima transcrito.

A Lei não estabeleceu quais critérios seriam aceitáveis para orientar e legitimar a escolha do contratado e a aceitação do preço, mas o Tribunal de Contas da União tem estendido as exigências de habilitação e de proposta comumente feitas em licitações para os casos de contratação direta. Assim, o futuro contratado deve demonstrar que atende aos requisitos mínimos de habilitação previstos na Lei 8.666/93 e que o preço oferecido por ele é compatível com os preços de mercado[33].

A observância e o cumprimento dessas condições são condicionantes para o exercício da competência discricionária de se dispensar a realização de uma licitação nos casos permitidos pela Lei.

Há, inclusive, um tipo penal previsto na Lei 8.666/93 para punir a dispensa indevida de licitação, ou que não observe seus condicionantes. Leia-se:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Vê-se, assim, que a contratação direta não foi concebida como um "cheque em branco" para se escolher livremente quem irá contratar com a Administração Pública,

[33] Confira-se trecho de acórdão do TCU proferido nesse sentido: "Os processos de dispensa de licitação devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a habilitação do respectivo fornecedor/prestador de serviços", Acórdão n.º 2.986/2006, 1.ª Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes.

tampouco se pode afirmar se tratar de uma *falha de origem* da Lei que acaba por enfraquecê-la. A esse respeito, leciona Marçal JUSTEN FILHO:

> "(...) é incorreto afirmar que a contratação direta exclui um 'procedimento licitatório'. Os casos de dispensa e inexigibilidade envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação"[34].

Ainda que se contrate sem licitação, é preciso respeitar os ditames legais. Não se tolera aqui, como em tudo o mais no direito público, o exercício arbitrário de uma faculdade conferida pela lei ao administrador público.

O procedimento de contratação direta, por si só, não autoriza que se contrate sem licitação. Além da observância de um procedimento próprio, que é um requisito indispensável para a legalidade da contratação direta, a Lei impõe que se observe as situações expressamente previstas por ela para que a licitação seja afastada. Evidentemente, há casos em que a licitação simplesmente é *impossível* de ser feita, ainda assim, contudo, é preciso haver autorização específica contida na Lei para se afastar a licitação. Afora essas hipóteses, pode haver circunstâncias que tornam a licitação pouco recomendável ao se considerar outros objetivos perseguidos pelo Direito, como a economicidade, a eficiência ou outro interesse público demonstrado. Igualmente, essas circunstâncias desfavoráveis à realização de uma licitação estão contidas na Lei.

A competência para se eleger determinada circunstância como autorizativa da contratação direta foi expressamente atribuída ao legislador pela Constituição Federal ao prever, no art. 37, XXI, já reproduzido acima, o dever de licitar "ressalvados os casos especificados na *legislação*".

---

[34] Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 373.

Da diferenciação entre a impossibilidade fática de se licitar e os casos em que a licitação pode, de fato, não representar a melhor alternativa em vista de outros objetivos do direito é que decorrem as noções de *dispensa* e de *inexigibilidade* de licitação.

A distinção entre um e outro tipo de contratação direta é pacífica na doutrina[35], que reconhece como principal característica da *dispensa* de licitação a inexistência de obstáculo, real e *a priori*, para se realizar uma disputa nos termos da Lei 8.666/93, enquanto a *inexigibilidade* de licitação traz consigo a absoluta impossibilidade de se realizar qualquer modalidade de certame ou disputa previamente à celebração do contrato. Quem resume essa ideia é Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> "Em tese, a dispensa de licitação contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade resultaria de inviabilidade da competição, dada a singularidade do objeto ou do certame, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável"[36].

Desse modo, a *dispensa* é uma autorização dada pela Lei para que se afaste a licitação nos casos expressamente previstos em nome do interesse público amplamente considerado, enquanto a *inexigibilidade* de licitação pode ser lida como o reconhecimento, feito pela Lei, de que determinadas circunstâncias impedem em absoluto a realização da licitação.

É certo que o texto legal não distinguiu assim tão clara e perfeitamente as situações de dispensa de licitação das situações de inexigibilidade, como se poderá constatar mais adiante. Além disso, o rol taxativo de dispensa gera dúvidas nalguns casos em que o interesse público amplamente considerado como fundamento para se afastar o dever de licitar não está claro, ao menos de maneira expressa. Esse motivo já seria suficiente para abordar as hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação antes de se chegar ao

---

[35] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 342; Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 20.ª edição, 2007, p. 339; Odete MEDAUAR, *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª edição, 2012, p. 217 e 221; e Carlos Ari SUNDFELD. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 42 e 58.

[36] Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 342.

tema da inexigibilidade, no qual está inserido a contratação de serviços externos de advocacia. Ocorre, além disso, uma outra circunstância que impele para uma análise mais detida das hipóteses de dispensa de licitação.

Enquanto a inexigibilidade de licitação é algo difícil de se definir, porquanto a Lei não apresenta uma lista expressa das situações a que ela se aplica – até porque não se poderia prever de antemão todas as circunstâncias que tornariam impossível a realização de uma licitação – a maior parte dos casos de dispensa são claros quanto ao seu significado e, principalmente, quanto ao seu destinatário. Assim, ao se investigar as hipóteses de dispensa, espera-se identificar quais são os atores que desfrutam dessa flexibilização legal ao dever de licitar.

As situações reconhecidas pela Lei 8.666/93 como aptas a afastar a contratação direta cresceram nos últimos anos, sem que se reformasse os procedimentos e as exigências feitas pela Lei em procedimentos licitatórios puros. Em outras palavras, parece que tem prevalecido a opção por afastar a Lei nalguns casos *aparentemente* específicos ao invés de alterá-la para todos os casos nos quais ela deve ser aplicada.

O uso da contratação direta acompanha esse movimento. Em relação ao ano de 2012, dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apontam que 84% dos processos de contratações públicas foram feitos sem licitação prévia, movimentando o valor total de R$ 24,5 bilhões. Esse valor representa 34% do valor total de R$ 72,6 bilhões movimentado pelas compras governamentais no último ano[37].

III.1. Dispensa de licitação

A dispensa de licitação está prevista no artigo 24 da Lei 8.666/93 e contempla uma lista taxativa das condições eleitas pela Lei em que a celebração de um contrato

[37] Dados obtidos no sítio [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_DadosGerais.pdf], acesso em 10.04.2013.

administrativo pode prescindir da licitação prévia. O artigo 24 define as situações que afastariam, *a priori*, o dever de licitar[38].

A dispensa de licitação não consiste, como poderia parecer à primeira vista, num dever legal imposto ao administrador público de se abster do dever de licitar ou numa impossibilidade fática de disputa entre os possíveis interessados em contratar com o Poder Público. Ao invés disso, a dispensa de licitação é uma *autorização*, dada pela Lei, que permite ao administrador decidir pela conveniência de se licitar, uma vez verificadas as condições legais estabelecidas para a dispensa.

Conjuntamente, a possibilidade em tese de haver disputa, caso se optasse pela realização do certame, a existência de um rol taxativo de hipóteses de contratação direta e a possibilidade de o administrador decidir entre realizar ou não uma licitação são os elementos que caracterizam a dispensa. É isso o que diz Odete MEDAUAR:

> "A *dispensa* abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo. (...)"[39]. [itálico do original]

Quando a Lei 8.666/93 foi editada, em 21 de junho de 1993, o artigo 24 previa 15 incisos contemplando hipóteses de dispensa de licitação, que permanecem até hoje, alguns com pequenas alterações. A essas hipóteses, a que se convenciona chamar aqui de *hipóteses originárias de dispensa de licitação*, outras 17 foram acrescentadas, perfazendo

---

[38] A dispensa de licitação prevista no artigo 17, §§ 2.º e 4.º, referida no art. 26, *caput*, acima transcrito, prevê hipóteses que autorizam a Administração Pública a conceder titulo de propriedade ou de direito real de uso sem a licitação. Mesmo fora da Lei 8.666/93 é possível encontrar autorizações legais para que se contrate sem licitação. É o caso da Lei Federal n.º 11.947, de 16.06.2009, que criou diretrizes para o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro na Escola. Trata-se de situações que não serão abordadas neste estudo. De todo o modo, sobre o primeiro assunto, recomenda-se o artigo de Floriano de AZEVEDO MARQUES. "Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8.666/93 aos Entes Federados (comentários a acórdão do STF na ADI n.º 927-3-RS)", publicado na *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n.º 12. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 173-191.

[39] Odete MEDAUAR. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª ed., 2012, p. 217.

o total de 32 hipóteses de dispensa. Conjuntamente, podem ser agrupadas nas seguintes 6 categorias de dispensa de licitação[40]:

a) Em função do *valor* do objeto contratado;
b) Em função de *situação excepcional*;
c) Em função de *problemas em contratação anterior*;
d) Em função dos *atores envolvidos*:
    - Entidades estatais (integrantes da Administração direta e indireta); e
    - Entidades estatais integrantes da Forças Armadas.
e) Em função de *políticas de fomento* a:
    - Entidades de pesquisa; e
    - Entidades de caráter social.
f) Em função de *especificidades do objeto* (aquisição de componentes para manutenção de equipamentos, transações imobiliárias, acordos internacionais, e aquisição de obras de arte e contratação de serviços de restauração).

A seguir serão expostas essas 6 categorias e suas respectivas hipóteses de contratação direta. O que se busca com essa exposição é apresentar brevemente os casos de dispensa de licitação, comentando seus aspectos mais significativos e identificando os possíveis objetivos em comum por trás desses casos. Concomitantemente a essa exposição, serão apresentados, em notas de rodapé, os antecedentes legislativos das hipóteses tratadas, quando houver.

III.1.1. Dispensa de licitação em função do valor do objeto contratado

A dispensa em *função do valor do objeto contratado* consta nos incisos I e II do artigo 24, bem como de seu § 1.º:

[40] Outras classificações das hipóteses de dispensa de licitação foram feitas anteriormente, como as propostas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, 20.ª edição, 2007, p. 340; Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 290; e Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 57-64. O presente estudo, inspirado de algum modo por essa forma de sistematização, procurou distinguir as hipóteses de dispensa sem aumentar em demasia as possibilidade de classificação.

Lei Federal n.º 8.666/93

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior [R$ 150.000,00], desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (redação dada pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II [R$ 80.000,00] do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (redação dada pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998) [41]

(...)

§ 1.º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (incluído pela Lei n.º 12.715, de 17 de setembro de 2012)

Essa hipótese de dispensa tem como justificativa o reconhecimento implícito da Lei de que o procedimento da licitação pode ser mais custoso do que os possíveis benefícios advindos de sua realização[42]. Esse juízo reconhece que a licitação, nos termos da Lei 8.666/93, pode não ser a alternativa que melhor atenda ao interesse público nos casos em que o valor do objeto contratado for inferior ao valor base definido pelo legislador[43].

O fato de o valor do objeto contratado ser ínfimo não inviabiliza, por si só, que haja interessados em disputar o futuro contrato num eventual certame. Desse modo, ao prever valores mínimos obrigatórios para se licitar, o legislador ponderou entre os *três vetores*

[41] No âmbito federal, o Decreto Federal n.º 5.450, de 31.05.2005, estabelece que, nos casos de contratações por dispensa de licitação com base no art. 24, II, da Lei 8.666/93, a Administração deve pautar o preço do contrato conforme o sistema de cotação eletrônica usados em pregões. Confira-se a norma do Decreto: Art. 4.º, § 2.º "Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente".

[42] A contratação direta em função do valor envolvido na contratação já era autorizada pelo Decreto-Lei n.º 200, de 25.021967, na norma do art. 126, § 2.º, *i*, adotando-se como parâmetro o valor do salário mínimo mensal, ao invés de estabelecer um valor fixo como fez a Lei 8.666/93.

[43] Os percentuais previstos nos incisos I e II foram revistos. A Lei Federal n.º 9.648, de 27.051998, ampliou os percentuais originalmente fixados em 5% para 10%. Uma possível razão para essa mudança foi a tentativa de atualizar os percentuais em face da perda de valor monetário. É dizer, com a perda de valor monetário, os valores referenciais previstos, sobre quais devem ser calculados os percentuais, tendem a reduzir a possibilidade de se recorrer a esse tipo de dispensa.

fundamentais da licitação para eleger o que considerou como sendo o mais relevante no caso específico. Quando o valor do objeto contratado não alcançar determinado patamar estabelecido pelo legislador, a Lei faculta que sejam evitados os custos com o certame, privilegiando a economicidade, e autoriza que se busque a melhor oferta para a Administração no lugar da isonomia na disputa, proporcionada pelo procedimento licitatório. E esse percentual de valor mínimo eleito pelo legislador para obrigar a licitar é sensivelmente maior para as entidades previstas no § 1.º do art. 24 – órgãos e entidades produtores de produtos estratégicos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

Na parte final dos incisos I e II do art. 24 nota-se a cautela da Lei ao vedar, nos casos de dispensa de licitação em função do valor do contrato, o fracionamento indevido do objeto com o intuito de provocar uma redução aparente em seu preço para que se encaixe artificialmente dentro do valor em que a Lei autoriza a contratação direta. Isso não significa que a Lei proíba *sempre* o fracionamento de contratações, que pode até ser necessário para prestigiar a competição entre os interessados ou para oferecer à Administração Pública mais segurança no momento da execução contratual, no caso de contratos envolvendo prestações continuadas; a Lei apenas não admite que se adote isso como subterfúgio para escapar do dever de licitar. Esse é o alerta feito por Marçal JUSTEN FILHO:

> "Não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Seria permitido o parcelamento para contratações sucessivas? Não há resposta absoluta. Depende das circunstâncias (...). Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve-se considerar o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento da licitação ou da modalidade cabível. (...)" [44].

Feita a ressalva em relação às situações de desvio, a dispensa de licitação em função do valor do contrato considera os custos efetivos de um procedimento licitatório, que pode se contrapor ao princípio da economicidade nas situações nas quais o que se pretende contratar apresenta um baixo valor.

---

[44] Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 291.

Há outra hipótese de contratação direta em função do valor, embora fora do art. 24. É o caso do aditamento a contratos administrativos, previsto no art. 65, § 1.º da Lei 8.666/93, por meio do qual pode ser ampliado o objeto inicialmente contratado[45]. Confira-se a norma:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 65 (...).
>
> § 1.º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
>
> (...)

A inclusão de novas obrigações num contrato anteriormente celebrado importa justamente na celebração de um novo contrato, a que se costuma chamar de aditivo contratual. Por isso, tem-se aqui uma nova contratação feita sem licitação, ainda que respeitando as condições originalmente pactuadas.

Carlos Ari SUNDFELD explica:

> "Como a alteração implica na inclusão de prestações não previstas no contrato e na licitação que o ensejou, trata-se em verdade de nova contratação, feita sem licitação específica. A justificativa está em que a dispensa é mais econômica para a Administração, seja por evitar os gastos com a realização do certame (publicação de editais, custos administrativos indiretos, etc.), seja por propiciar a contratação de empresa já envolvida com a execução do objeto em causa"[46].

Vê-se aqui, novamente, a prevalência do princípio da economicidade, concomitante à busca de melhores condições para se contratar, em relação aos outros vetores da licitação.

---

[45] A dispensa de licitação para a celebração de aditamentos a contratos administrativos, nos mesmos percentuais autorizados pela Lei 8.666/03, era prevista como hipótese de contratação dispensável no art. 22, V, combinado com o art. 55, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21.06.1986.

[46] Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 59.

As hipóteses de dispensa de licitação em *função do valor do objeto contratado* denunciam que, desde a edição da Lei 8.666/93, e mesmo antes dela, já se poderava entre os custos inerentes ao certame e os potenciais resultados advindos da licitação favoráveis à Administração Pública. É como sobrepor o princípio da economicidade aos da licitação.

III.1.2. Dispensa de licitação em função de situação excepcional

A dispensa de licitação em *função de situação excepcional* compreende 5 hipóteses, também originárias, presentes no art. 24, incisos III, IV, VI, IX e XII da Lei. Confira-se:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> 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;
>
> VI - quando a União tiver que **intervir no domínio econômico** para regular preços ou normalizar o abastecimento;
>
> IX - quando houver possibilidade de **comprometimento da segurança nacional**, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
>
> XII - nas **compras de hortifrutigranjeiros**, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)
>
> (...)

Atribui-se a dispensa[47] de licitação nesses casos a circunstâncias atípicas, que fogem da normalidade e que exigem uma atuação imediata da Administração[48]. A

[47] Comumente, a doutrina classifica as hipóteses do art. 24, III, IV e IX, como sendo casos de inexigibilidade de licitação. Em linhas gerais, o argumento para tanto é o de que a realização da licitação, nos termos da Lei 8.666/93, por si só, tornaria impossível atender ao interesse público perseguidos nesses casos. O administrador público não teria escolha quanto à realização da licitação. Esse entendimento, em que pese

necessidade de se contratar rapidamente é uma circunstância característica dessa modalidade de contratação direta. A demora das licitações públicas nos termos da Lei 8.666/93 pode, nalguns casos, sacrificar valores tão prestigiados pelo ordenamento jurídico quanto à própria licitação. Nessa situação, a Lei definiu que a licitação pode ser dispensada para, com uma contratação mais célere, alcançar o interesse público amplamente considerado, em suas variadas formas.

A primeira dessas hipóteses, a do art. 24, III, é a ocorrência de guerra declarada, nos termos da Constituição Federal[49]. Como se vê, é uma situação extrema, da qual não se tem notícia na história recente. Complementarmente, o mesmo inciso prevê a dispensa de licitação quando houver "grave perturbação da ordem". Mais adiante, o inciso IX permite a dispensa de licitação quando a futura contratação puder comprometer a "segurança nacional". O Decreto Federal n.º 2.295, de 4 de agosto de 1997, determina os objetos que podem ser contratados nessa condições, como a aquisição de recursos bélicos navais, a contratação de serviços técnicos na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico e a aquisição de equipamentos e de serviços técnicos especializados para a área de inteligência[50].

---

aceito, não parece ter impacto maior. A eventual imprecisão do *nomen juris* do texto legal não interfere para os fins do presente trabalho.

[48] As hipóteses de dispensa de licitação em função de situação excepcional reproduzem tendência verificada já na vigência da Lei Federal n.º 4.401, de 10.09.1964, que estabelecia normas para a licitação de serviços e obras e aquisições de materiais no serviço público federal. O art. 1.º, IV, *a* e *b*, dispensava a obrigatoriedade de licitar quando, a juízo do Presidente da República, não fosse permitida a publicidade ou quando a contratação fosse considerada urgente, também a critério do Presidente da República. A competência do Presidente para definir os critérios da contratação direta nesses casos foi preservado até o Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, que, em seu art. 126, § 1.º, *b*, atribuía ao Presidente a determinação das circunstâncias em que a realização de uma licitação poderia comprometer a segurança nacional, a ponto de torná-la dispensável. Em relação às hipóteses de contratação direta em caso de guerra declarada ou de calamidade pública, a autorização para se contratar diretamente atualmente em vigor na Lei 8.666/93 repete a dispensa antes prevista no art. 126, § 1.º, *a*, do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, mantida no art. 22, III e IV, do Decreto-Lei 2.300, de 21.11.1986.

[49] Nos termos do art. 84, XIX, da Constituição Federal, considera-se o País em estado de guerra quando, em caso de agressão estrangeira, o Presidente da República, com autorização ou *ad referendum* do Congresso Nacional, declarar guerra. Confira-se a norma: Art. 84. "Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional".

[50] Vale anotar que Marçal JUSTEN FILHO reconhece uma diferença entre as hipóteses dos incisos III e IX do art. 24, aqui agrupados conjuntamente na categoria da dispensa de licitação em função de situação excepcional. Para ele, a dispensa em caso de guerra declarada, prevista no inc. III, se justificaria pela necessidade de celeridade na contratação a ser atendida, daí a expressão usada em seu livro para agrupar separadamente essa hipótese ter sido "custo temporal da licitação". Diferentemente, a dispensa para se preservar informações que possam colocar em risco a segurança nacional afastaria a busca da melhor oferta

Por envolver conceitos indeterminados – "grave perturbação da ordem" e "segurança nacional" – o ato autorizativo de dispensa deve ser devidamente motivado, explicitando o fato que fez incidir referida autorização legal para se contratar diretamente.

Pode-se prescindir da licitação também nos casos de emergência ou de calamidade pública[51], na forma do art. 24, IV, quando a ausência de determinado bem ou serviço, pendente de contratação pela Administração, puder ocasionar prejuízos ao interesse público[52].

O dispositivo legal dessa hipótese de contratação direta reduz a discricionariedade da autoridade competente para autorizar a dispensa ao limitar o seu uso apenas para a obtenção dos "bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa" e, no caso de obras, para as "parcelas (...) que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias) consecutivos e ininterruptos", contados a partir da ocorrência do evento de emergência, e sem possibilidade de prorrogação do contrato.

É preciso, portanto, demonstrar que a contratação direta, nesses casos, tenha de fato condições de alcançar a finalidade por ela pretendida. Em nome do dever geral de licitar imposto pela Constituição Federal e do princípio da motivação, deve-se observar que apenas se admite que se contrate diretamente em nome do atendimento de uma situação emergencial ou calamitosa mediante a demonstração prévia da eficiência da contratação, ao menos para mitigar os danos advindos do cenário excepcional.

---

econômica para se preservar o sigilo. Assim, a dispensa do inc. IX foi agrupada na categoria da "função extraeconômica da contratação". *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009.

[51] A Lei não definiu o que chamou de "emergência" e "calamidade pública", no entanto, logo após a sua edição, foi publicado o Decreto Federal n.º 895, de 16.08.1993, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil, e apresenta definições. Nos termos do Decreto: Art. 3.° "Para efeito deste decreto, considera-se: (...) III - situação de emergência: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comunidade afetada; IV - estado de calamidade pública: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes".

[52] A dispensa de licitação em função de situação emergencial apta a comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos tem sua origem no art. 126, § 2.º, *h*, do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967. A mesma autorização para se contratar diretamente nesses casos foi mantida no art. 22, IV, do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21.11.1986.

Por outro lado, a Lei categoricamente procurou restringir a celebração de contratos vultosos diretamente nessas hipóteses.

Todo o cuidado em relação a essa hipótese de contratação direta não tem sido suficiente para evitar desvios, especialmente quanto às chamadas "emergências provocadas" por desídia da Administração Pública diante de uma situação emergencial que se avizinha, quando propositalmente deixa de agir a tempo. Ou, pior, quanto às "emergências fictas", em que não se vislumbra emergência alguma na realidade[53].

A intervenção da União no domínio econômico, "para regular preços ou normalizar o abastecimento", também justifica a contratação sem licitação prévia. A dispensa prevista no art. 24, VI, busca incrementar a atuação da União na economia, de modo a que ela possa exercer algum tipo de influência indireta nos mercados, por intermédio de seu elevado poder de compra. Nesse sentido, o dispositivo é uma ferramenta para que a União possa normalizar as condições do mercado controlando, via aquisição de bens, a oferta e a demanda.

Essa hipótese, prevista no art. 24, VI, deve ser lida em harmonia com a autorização conferida pelo art. 173 da Constituição Federal ao Poder Público para a exploração direta de atividade econômica em caráter excepcional, para atender aos "imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei".

Deve-se destacar que essa modalidade de contratação direta aplica-se exclusivamente à União, como diz claramente o dispositivo legal. Não pode, consequentemente, ser invocada por outros entes da Federação.

De todo o modo, parece que esse instrumento de intervenção direta nos mercados, por intermédio da aquisição de bens pela Administração Pública, já não é mais tão relevante no contexto atual, em que existem outras ferramentas menos interventivas para influenciar a economia. Os órgãos de proteção da concorrência e de defesa do consumidor,

---

[53] Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pinto de CAMPOS analisaram pormenorizadamente as condições que autorizam a contratação direta nos casos de situação emergencial no estudo "Regime da contratação de obras públicas por emergência", publicado na revista *Interesse Público – IP*, n.º 69. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2011, p. 23-35.

por exemplo, exercem hoje um papel central no sentido de evitar distorções de mercado que comprometam a estabilidade dos preços e a escassez de produtos essenciais.

A última hipótese de dispensa de licitação em face de *situação excepcional* é a do art. 24, XII, que afasta o dever de licitar para a compra de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, cuja alteração rápida dos preços, suscetíveis a oscilações tanto do mercado quando decorrentes da própria produção, dificulta a realização de um procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93.

Uma leitura excessivamente formal do dispositivo, por outro lado, levaria a crer que a dispensa, neste caso, seria apenas e tão somente autorizada enquanto estivesse em curso o procedimento licitatório para a aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, conforme o caso. Aparentemente, esse rigor interpretativo poderia fazer sentido. Significaria dizer que, uma vez verificada a necessidade de aquisição de algum desses bens, o Poder Público deveria instaurar a correspondente licitação e, no seu curso, se fosse verificada a necessidade imediata de se adquirir os mesmos bens, poder-se-ia contratar sem licitação. Ocorre que essa leitura tornaria o dispositivo inútil em face da dispensa por situação emergencial autorizada pelo art. 24, X.

Independentemente do acima exposto, a contratação direta para os fins pretendidos no art. 24, XII, tal qual a previsão de dispensa do art. 24, IV, parece obsoleta nos dias de hoje. Uma forte razão para a existência do art. 24, XII, é a aquisição de gêneros alimentícios para a oferta das refeições em serviços públicos sociais, especialmente os de ensino e de assistência dentro dos presídios. Hoje em dia, porém, é comum que a Administração terceirize essa atividade, contratando prestadores de serviços incumbidos, ao mesmo tempo, do fornecimento de insumos e do preparo das refeições. Para esse tipo de contratação, o art. 24, XII, é inaplicável, porque fala apenas na "compra" dos itens que menciona, e não na prestação dos serviços de fornecimento e de preparo.

A dispensa de licitação em *função de situação excepcional* reúne hipóteses cujo elo em comum é a necessidade de mais rapidez na celebração do contrato. Isso mostra que, após décadas de experiência acumulada em matéria de licitação, quando a Lei 8.666/93 foi editada, o legislador e a Administração Pública conheciam a lentidão e a demora características desse tipo de procedimento.

III.1.3. Dispensa de licitação em função de problemas em contratação anterior

A dispensa de licitação em *função de problemas em contratação anterior* está prevista no artigo 24, incisos V, VII e XI a seguir transcritos:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> 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;
>
> VII - quando as propostas apresentadas consignarem **preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional**, ou forem **incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais** competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;
>
> XI - na contratação de **remanescente de obra, serviço ou fornecimento**, em consequência de **rescisão contratual**, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;
>
> (...)

A "licitação deserta", referida implicitamente no art. 24, V, acontece quando ninguém se candidata a participar do certame. Verificado esse fato, a lei autoriza que se contrate o objeto pretendido sem licitação[54]. Deve-se atentar para o fato de que a existência de um processo licitatório anterior à invocação da dispensa prevista no art. 24, V, sem interessados, é condição indispensável para a contratação direta nesta hipótese. Por esse motivo, a contratação direta decorrente de licitação deserta deve repetir as exigências e condições do procedimento licitatório previamente realizado, inclusive em relação ao valor orçado pela Administração.

[54] A dispensa em função de licitação deserta anteriormente verificada reproduz a hipótese de contratação direta prevista no art. 1.º, IV, *f,* da Lei Federal n.º 4.401, de 10.09.1964, que estabelecia normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no serviço público federal. Essa autorização para se contratar diretamente foi mantida no art. 126, § 2.º, *c*, do Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967, e no art. 22, VI, do Decreto-Lei 2.333, de 21.11.1986.

Adicionalmente, deve-se ainda demonstrar que a realização de uma nova licitação, com a observâncias dos prazos e exigências da Lei 8.666/93, pode provocar prejuízos e levar a uma contratação desnecessária ou desvantajosa.

Por medida de cautela, é recomendável ainda que a Administração se certifique da legalidade das condições impostas na licitação anterior e da razoabilidade das exigências feitas aos potenciais licitantes. Um edital de licitação cujo conteúdo esteja em desacordo com a Lei ou que imponha condições impossíveis de serem atendidas pelo mercado potencial da licitação pode levar a uma licitação deserta. Em casos assim, o insucesso do certame pode ser atribuído, a princípio, à própria Administração Pública, por imperícia na elaboração do edital, ou, pior, para sabotar a disputa na licitação e gerar propositalmente as condições autorizativas da dispensa nos termos do art. 24, V.

A apresentação, pelo vencedor da disputa, de preços "manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes" pode levar ao desfazimento da licitação, na forma do art. 24, VII. Essa é a chamada "licitação fracassada"[55]. Numa situação como essa, a Administração pode ter considerado, ao elaborar o edital, uma estimativa irreal de preços e de custos para o futuro contratado, tornando desinteressante a execução do objeto.

Ao definir o que se considera como preços manifestamente superiores aos praticados no mercado e incompatíveis com os orçados pelos órgãos oficiais, o art. 48, II, e seus parágrafos complementam o art. 24, VII. Confira-se:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 48. Serão desclassificadas:
>
> (...)
>
> II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos

[55] A oferta de preços superiores àqueles orçados pela Administração já ensejava a contratação direta nos termos do art. 22, XII, do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21.11.1986, que possuía redação um tanto diferente da que hoje autoriza a mesma dispensa, tendo em vista as circunstâncias econômicas da época da edição do Decreto-Lei. Confira-se a norma Art. 22. "É dispensável a licitação: (...) XII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos estatais incumbidos do controle oficial de preços, casos em que se admitirá a contratação direta de bens e serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços".

insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para **obras e serviços de engenharia**, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (incluído pela Lei n.º 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração, ou

b) valor orçado pela Administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta. (incluído pela Lei n.º 9.648, de 1998)

O artigo 48, II, define que o valor global apresentado pelo licitante não pode ser superior ao valor teto estabelecido pela Administração para a futura contratação[56].

Mas a dificuldade está na situação inversa, quando o proponente vencedor apresenta preço "inexequível", já que a lei impõe, nessa circunstância, a desclassificação da proposta. Em outras palavras, nesse caso, a Administração se vê impedida de contratar pelo menor preço.

Para obras e serviços de engenharia, a Lei define como de "preço inexequível" a proposta cujo valor seja inferior a 70% (setenta por cento) da média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração. É dizer, considerando os preços que superam em 50% o valor orçado pela Administração, reputa-se inexequível quando a proposta cujo valor for inferior, em 70%, à média aritmética daqueles preços. De acordo com esse critério de inexequibilidade, define-se o preço inexequível considerando justamente as propostas de valores mais elevados.

[56] Regra similar pode ser lida no art. 24, III da Lei Federal n.º 12.462, de 04.08.2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Confira-se a norma: Art. 24. "Serão desclassificadas as propostas que: (...) III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação (...)".

Alternativamente, a Lei considerou como inexequível a proposta cujo valor for 70% (setenta por cento) inferior ao valor orçado pela própria Administração.

O conceito de inexequibilidade criado pela Lei pode parecer um desincentivo a que os licitantes busquem maneiras alternativas de se atender às exigências do objeto que se pretende contratar a preços cada vez menores. Por outro lado, há um compreensível receio da Lei em evitar que aventureiros derrubem seus preços e não deem conta, no final, de executar o objeto contratado. Esse receio também aparece nas discussões sobre a possibilidade de se adotar a licitação na modalidade de pregão para obras e serviços de engenharia: o de que pelo método aberto de disputas os proponentes tenham maior tendência a derrubar exageradamente os seus preços para vencer o certame.

A cautela tomada pela Lei para evitar que se contrate algo impossível de ser entregue, por conta do preço ofertado *vis a vis* os custos de se realizar o objeto pretendido, seja a entrega de um bem ou a prestação de um serviço, pode restringir a autonomia da Administração Pública e corre-se o risco de ignorar as condições momentâneas do mercado. Nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO:

> "O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muitos restritas. O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias" [57].

Sem contar as inovações da tecnologia e a evolução dos meios de produção, as quais podem criar condições mais favoráveis para que determinadas empresas ofereçam preços sensivelmente menores do que seus concorrentes, há circunstâncias que podem estimular o licitante a buscar, na contratação com o Poder Público, um resultado diferente da remuneração econômica direta. São objetivos que extrapolam a remuneração do contrato, como a obtenção de um atestado de experiência para participar de licitações futuras ou mesmo a liquidação de um estoque de mercadorias, no caso específico de bens. Em casos assim, o particular pode chegar a preços sensivelmente inferiores daqueles inicialmente cotados, irrisórios até, sem necessariamente prejudicar a entrega do objeto.

---

[57] Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 627.

De todo o modo, a desclassificação de um proponente por ter apresentado preço "inexequível" é relativizada pelo próprio art. 48, II, ao permitir que o licitante demonstre a viabilidade de seu preço em face das obrigações que ele deverá cumprir ao celebrar o contrato.

Para obras e serviços de engenharia, no caso de proposta cujo valor seja 80% (oitenta por cento) inferior ao menor valor a que se referem as alíneas *a* e *b* do § 1.º do art. 48, ainda que se demonstre a viabilidade do preço, a Lei impõe outro requisito a ser cumprido pelo proponente. Nesse caso, conforme o § 2º, o proponente deverá prestar uma garantia de proposta com valor correspondente à diferença entre o valor considerado para fins de inexequibilidade, calculado conforme o § 1º, e o valor oferecido pelo licitantre.

A contratação direta por dispensa de licitação em *função de problemas em contratação anterior* também se justifica na tentativa de prover rapidamente a Administração Pública do objeto do contrato, além da economia de se evitar a repetição de novo procedimento licitatório.

III.1.4. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos

As hipóteses de contratação direta em *função dos atores envolvidos* se diferenciam do que até aqui se viu por adotarem um elemento *subjetivo* para afastar a obrigatoriedade de licitar. E diferentemente das categorias tratadas anteriormente, originárias, e que de algum modo reproduzem dispositivos autorizativos da contratação direta de diplomas normativos anteriores, a licitação em razão dos *atores envolvidos* contempla duas hipóteses de contratação incluídas após a edição da Lei 8.666/93, e outras duas hipóteses originárias, como se poderá ver a seguir.

Essa categoria pode ser subdividida em duas, sendo a primeira atinente às entidades estatais comuns, e a segunda relativa às entidades que integram as Forças Armadas.

III.1.4.1. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos: entidades estatais

As cinco primeiras hipóteses que integram essa categoria, atinenentes às entidades estatais comuns, estão identificadas no art. 24, incisos XIII, XVI, XXIII, XXVI, XXXII, e § 2.º transcritos a seguir:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por **órgão ou entidade que integre a Administração Pública** e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> (...)
>
> XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por **órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública**, criados para esse fim específico; (incluído pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> (....)
>
> XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista **com suas subsidiárias e controladas**, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (incluído pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998)
>
> XXVI - na celebração de contrato de programa com **ente da Federação ou com entidade de sua Administração indireta**, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; (incluído pela Lei n.º 11.107, de 06.052005)
>
> (...)
>
> XXXII - na contratação em que houver **transferência de tecnologia** de produtos estratégicos para o **Sistema Único de Saúde - SUS**, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as **etapas de absorção tecnológica**. (incluído pela Lei n.º 12.715, de 12.09.2012)
>
> (...)
>
> § 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a Administração Pública estabelecido no inciso VIII do *caput* deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de

> 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS. (incluído pela Lei n.º 12.715, de 12.09.2012)

Vê-se logo que as hipóteses acima reproduzidas afastam o dever de licitar quando a contratação que se almeja envolver entidades integrantes da própria Administração Pública.

Existem algumas nuances que precisam ser consideradas nesse grande agrupamento de hipóteses de contratação direta em *função dos atores envolvidos*. A primeira delas é que não basta estar-se diante de um bem ou serviço *possível* de ser atendido por intermédio de uma contratação com ente integrante da Administração Pública. Deve-se atentar para o fato de a Lei exigir que o ente em questão tenha sido criado para o fim específico da contratação a que se busca selar. Esse é o caso do art. 24, VIII e XVI.

O limite temporal estabelecido no art. 24, VII, não se aplica para as contratações envolvendo entidades produtoras de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, conforme o recém incluído § 2.º .

A natureza do objeto do futuro contrato não importa para essa modalidade de contratação direta. A razão da dispensabilidade está ligada aos atores envolvidos na operação. Diferentemente da hipótese de contratação direta entre entidades estatais, prevista no inciso art. 24, XVI, que está limitada a apenas dois tipos de objetos específicos: a impressão de documentos oficiais usados pela Administração e a prestação de serviços de informática. Por outro lado, não se exige que o futuro contratado tenha sido criado *antes* da edição da Lei 8.666/93, mas tão somente que sua criação tenha sido com o fim específico de oferecer o objeto que se pretende contratar.

Essa hipótese de contratação tem ao menos duas justificativas que extrapolam a busca por celeridade e economicidade na contratação que marcou, de algum modo, as hipóteses de contratação direta abordadas até aqui. A contratação direta entre entidades da Administração Pública pode ser um instrumento eficaz, se não o único possível, de assegurar o sigilo de informações estatais relevantes, como no caso da contratação de

serviços de impressão de documentos oficiais[58], *p. ex.* o diário oficial, e de serviços de informática[59], *p. ex.* o banco de dados contendo o andamento das ações judiciais nas quais o Poder Público é parte.

Além disso, a execução de atividades administrativas atreladas ao exercício regular de funções públicas tipicamente estatais não é exclusividade da iniciativa privada, podendo a Administração Pública optar por desempenhá-las diretamente. E se assim pode fazer, também pode exercê-las através de entidades descentralizadas, como autarquias e empresas públicas. Em outras palavras, não há obrigação alguma a que o Poder Público contrate sempre entidades de fora do aparato estatal para executar atividades instrumentais. A contratação direta de entidades integrantes da própria Administração, desde que a preços compatíveis com o mercado, é a positivação de algo evidente. No mais, a autonomia administrativa de cada esfera de governo pode recomendar que se adote uma ou outra alternativa – a descentralização para a execução de determinadas atividades ou a contratação de entidades de fora do aparato estatal[60].

As circunstâncias apontadas acima afastam a preocupação com a quebra da isonomia entre a iniciativa privada e entidades integrantes da Administração Pública, do mesmo modo que neutralizam o entendimento segundo o qual a iniciativa privada teria para si alguma garantia de que a Administração Pública jamais optasse por executar ela própria – através de entidades suas – determinadas atividades.

Ainda que se afastasse nesse caso específico os vetores da isonomia e da melhor oferta por intermédio da competição entre possíveis contratados, permanece a

---

[58] No Governo do Estado de São Paulo, esses serviços são prestados pela Imprensa Oficial do Estado – IMESP, constituída na forma de sociedade por ações pela Lei Estadual n.º 228, de 31.05.1974. Conforme essa lei, a IMESP teria por objetivo a publicação e a distribuição dos jornais oficiais do Estado, a execução dos trabalhos gráficos oficiais, e a impressão de livros, coleções de leis e decretos, cartazes, folhetos, separatas, revistas e outros opúsculos de interesse público. Com a promulgação da Lei n.º 11.445, de 27.09. 2009, novos objetos foram agregados entre as atribuições da IMESP, como a emissão de certificados digitais e a impressão de documentos oficiais e de diários oficiais a outros entes da Federação e seus respectivos Poderes.

[59] No Governo do Estado de São Paulo, essas tarefas são realizadas pela Companhia de Processamento de Dados – PRODESP, sociedade de economia mista criada pelo Decreto-Lei n.º 137, de 24.07.1969.

[60] Nessa linha é o entendimento de Carlos Ari SUNDFELD para afirmar que a exigência de criação da entidade em momento anterior à edição da Lei 8.666/93, nos termos do art. 24, VIII, aplica-se tão somente à União, sob pena de cercear dos demais entes da Federação a capacidade de auto-organização. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 53-55.

recomendação de que não se crie artificialmente um mercado exclusivo de contratação entre entidades da Administração. Ressalvadas as situações específicas, como o necessário sigilo ou o caráter do serviço desempenhado, os valores da contratação direta nas hipóteses do art. 24, VIII e XVI, devem ser compatíveis com os valores de mercado.

O inciso XXIII do art. 24 prevê outra hipótese de contratação direta entre empresas estatais e suas subsidiárias e controladas[61], desde que o preço oferecido seja compatível com o mercado[62]. O que justifica essa hipótese de contratação direta é o ganho de eficiência e economicidade esperadas da contratação[63].

O inciso XXVI do art. 24 autoriza a contratação direta para um tipo específico de ajuste, o contrato de programa, com ente da Federação ou entidade de sua Administração Indireta, para a prestação associada de serviços públicos prevista em contrato de consórcio ou convênio de cooperação. Essa modalidade de contratação direta foi introduzida pela Lei Federal n.º 11.107, de 6 de abril de 2005, que ficou conhecida como lei dos consórcios públicos.

Promulgada a Lei n.º 12.715, de 12 de setembro de 2012, mais uma hipótese de contratação direta passou a integrar a lista do art. 24, com a inclusão do inciso XXXII, que tornou dispensável a licitação para contratações feitas pelo Sistema Único de Saúde – SUS para a aquisição de produtos estratégicos, com a correspondente transferência de tecnologia. O condicionante dessa hipótese de contratação direta é a transferência de tecnologia, no caso de produtos estratégicos, assim definidos pela direção nacional do SUS.

---

[61] Não se ignora a discussão em torno do conceito de subsidiária e controlada para os fins de aplicação da hipótese de contratação direta prevista no art. 24, XXIII, mas esse tema escapa do objeto principal deste trabalho, pelo que se recomenda a leitura dos comentários feitos por Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 329-330, item 29.2, bem como do artigo de Carlos SUNDFELD, Rodrigo Pagani de SOUZA e Henrique Motta PINTO, "Empresas semiestatais", publicado *na Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 36. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2011, p. 75-99.

[62] O enunciado da Súmula 265, de 2011, do Tribunal de Contas da União estabelece que "A contratação de subsidiárias e controladas com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei n.º 8.666/1993 somente é admitida nas hipóteses em que houver, simultaneamente, compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades".

[63] Conferir o artigo de Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA, "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", publicado na *Revista de Direito Administrativo,* n.º 245. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 13-30.

III.1.4.2. Dispensa de licitação em função dos atores envolvidos: entidades integrantes das Forças Armadas

A segunda subdivisão na categoria da dispensa de licitação em *função dos atores envolvidos* alcança as Forças Armadas e compreende os casos em que suas entidades são exoneradas do dever de licitar, tendo em vista a dificuldade de se preservar o segredo que geralmente permeia a segurança nacional numa disputa pública por natureza. Confira-se o dispositivo:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou **localidades diferentes de suas sedes**, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a **exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade** e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do incisoo II do art. 23 desta Lei: (incluído pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de **manter a padronização** requerida (...) mediante parecer de comissão instituída por decreto; (incluído pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> (...)
>
> XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, **alta complexidade tecnológica e defesa nacional**, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; (incluído pela Lei n.º 11.484, de 31.05.2007).
>
> (...)
>
> XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em **operações de paz no exterior**, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força; (incluído pela Lei n.º 11.783, de 17.09.2008).

Veja-se que o art. 24, XIX, mais se assemelha a uma hipótese de *inexigibilidade de licitação*. A norma autoriza que se contrate sem licitação quando "houver necessidade de manter a padronização", exceto para itens de escritório e de uso pessoal. Nesse caso, a padronização significa que apenas o fornecedor pode garantir a entrega do objeto que seria

licitado com as mesmas características dos objetos que as Forças Armadas já possuem. Não se poderia, portanto, cogitar da possibilidade de licitação quando apenas um fornecedor pode atender ao que a Administração exige.

O art. 24, XVIII, autoriza a contratação direta, pelas Forças Armadas, para a manutenção da capacidade de locomoção dos meios de transportes usados pelas tropas em território distinto de suas sedes, quando o cumprimento dos prazos e exigências de um certame possam comprometer a normalidade e os propósitos da operação, respeitando-se o valor previsto no art. 23, II, de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). O que se busca nesse dispositivo é, novamente, uma contratação mais célere.

A alta complexidade e o risco de se comprometer a segurança nacional autorizam, pelo art. 24, XXVIII, a contratação direta, especificamente quando feita pelas Forças Armadas, de bens produzidos ou serviços prestados no Brasil. A generalidade do dispositivo não permite identificar quais situações poderiam ser entendidas como aptas a "comprometer a segurança nacional", tampouco a que tipo de bens e serviços de alta complexidade tecnológica se aplicaria referido caso de dispensa de licitação.

Aparentemente, as situações tratadas por esse dispositivo são distintas. A autorização para se contratar diretamente, nos termos do art. 24, XXVIII, pode ser justificada por duas razões, alternativamente. De um lado, a alta complexidade tecnológica, que se liga ao objeto do contrato. Essa circunstância mais se assemelha a uma hipótese de inexigibilidade de licitação, em face da ausência de disponibilidade no mercado ou mesmo por conta da unicidade de fornecedor ou prestador habilitado. De outro, o comprometimento da segurança nacional, que não está ligada necessariamente ao objeto do contrato. A menção feita pelo dispositivo à "segurança nacional" soa redundante, porque já prevista hipótese própria para esses casos no art. 24, IX.

A hipótese de dispensa do art. 24, XXIX, é mais clara quanto à situação que a autoriza, que é o atendimento das necessidades das forças brasileiras em missão de paz no exterior. Mas é difícil entender a razão de sua existência, afinal, não faria sentido seguir o rito da Lei 8.666/93 para se contratar, por exemplo, em país estrangeiro[64].

[64] Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo PAGANI DE SOUZA indagaram sobre o cumprimento do dever de licitar nos termos da Lei 8.666 por empresa estatal atuante no exterior. As dificuldades encontradas são as

A categoria que compreende as hipóteses de licitação em *função dos atores envolvidos* alcança entidades estatais institucionalmente fortes e que gozam de alguma autonomia. São as empresas estatais e as Forças Armadas, ambas relevantes para o atingimento do interesse público, tanto para uma atuação mais direta do Estado na economia e em serviços públicos economicamente deficitários, como para a defesa nacional.

De maneira indireta, ao se afastar a licitação para contratações envolvendo essas entidades, a Lei reconhece que, em circunstâncias vitais para o País, a licitação nos termos da Lei 8.666/93 é danosa, daí o seu afastamento nas supramencionadas hipóteses de contratação direta.

---

mesmas que seriam enfrentadas pela Forças Armadas, quando em missão internacional, se não houvesse a hipótese de dispensa de licitação constante do art. 24, XXIX. Confira-se: "Onde será feita a licitação? Deverá a subsidiária estrangeira contratar tudo de que precisa no Brasil — quem sabe por meio de algum escritório de representação aqui instalado — só para submeter-se eficazmente à lei brasileira, à Justiça brasileira, à Corte de Contas brasileira, e privilegiar o mercado brasileiro? É óbvio que, se tal dever existisse, seria sem sentido a própria existência da subsidiária estrangeira. Será o caso, então, de transportar para o exterior todo o aparato normativo e institucional da Administração brasileira, para aplicá-lo pontualmente sobre a ação da subsidiária estrangeira, tratando-a como se fosse território brasileiro no exterior? Qual tratado, norma legal ou constitucional daria base a essa inusitada solução jurídica? Será viável aplicar o procedimento de licitação da lei brasileira a contratações estrangeiras (isto é, às feitas no exterior por empresa estrangeira sob controle de estatal brasileira)? Qual seria o verdadeiro objetivo dessa licitação: garantir um suposto direito subjetivo de as empresas do país da sede disputarem os contratos (art. 4.º)? Ou o direito de participação seria restrito a fornecedores brasileiros, como costuma ocorrer nas licitações feitas no Brasil pela Administração Pública? Seria aplicável a proteção ao fornecedor nacional de que trata o art. 3.º, § 2.º? Que "cidadão" teria direito cívico a acompanhar todo o procedimento (art. 4.º): só o brasileiro, ou o estrangeiro? Como determinar a modalidade de licitação cabível, se a lei 8.666/93 usa para tanto o valor estimado em reais da contratação (art. 23) e o contrato será celebrado, executado e pago no exterior, em outra moeda? E quanto ao valor da dispensa de licitação: faz algum sentido a pura conversão para dólares, se os preços internacionais ou estrangeiros nada têm a ver com os brasileiros, considerados pelo autor da lei? Em qual Diário Oficial a empresa publicaria seus instrumentos convocatórios: o da União (art. 6.º, XIII), que não circula no exterior? O do país estrangeiro? Que sentido faria a empresa ficar controlando a regularidade dos potenciais "licitantes" quanto às obrigações junto ao Fisco de seus respectivos países (art. 29)? E o contrato, deverá ser obrigatoriamente firmado em reais (art. 5.º, caput), mesmo sendo financiado, pago e executado em outro país, além de não envolver empresas brasileiras? A violação de alguma norma daria ensejo à impetração de mandado de segurança? Mas onde: no Brasil (para execução da ordem no exterior...) ou na Corte estrangeira (com base na lei processual brasileira...)? A contratação sem licitação no país da sede será considerada crime (art. 89)? Quem o julgará? A Justiça brasileira, por extensão de sua competência territorial? A Justiça do outro país, com base na lei do Brasil? Essas questões, que poderiam multiplicar-se quase ao infinito, revelam o despropósito da tentativa de transportar integralmente a lei brasileira de licitações, e seu intrincado sistema, para fora de seu âmbito espacial próprio de vigência: o território brasileiro. Aliás, a própria lei 8.666/93 o reconheceu, no art. 123, quando declarou sua inaplicabilidade às repartições diplomáticas brasileiras no exterior — as quais celebram seus contratos segundo "as peculiaridades locais", observados os princípios gerais (nunca foi editado qualquer regulamento específico para elas, como a lei autorizou) — bem como no art. 32, § 6.º, *in fine*". "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", artigo publicado no livro *Contratações Públicas e seu Controle,* Carlos Ari SUNDFELD (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98-99.

III.1.5. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento

Usar o poder de compra do Poder Público para fomentar determinadas atividades tem sido uma prática na legislação de licitações e contratos. Na Lei 8.666/93, esse fenômeno é visto com clareza nas hipóteses de contratação direta em *função de políticas de fomento*, que alcançam nitida e diretamente 2 destinatários certos: entidades de pesquisa e entidades de caráter social.

III.1.5.1. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento a entidades de pesquisa

As hipóteses relacionadas às entidades de pesquisa estão transcritas a seguir:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da **pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional**, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 08.06.1994)
>
> (...)
>
> XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados (...) à **pesquisa científica e tecnológica** com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq (...) a pesquisa credenciadas pelo CNPq (...); (redação dada pela Lei n.º 12.349, de 15.12. 2010)
>
> (...)
>
> XXV - na contratação realizada por **Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia** e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (Lei n.º 10.973, de 02.12.2004);
>
> (...)
>
> XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes (incluído pela Lei n.º 12.349, de 15.12.2010);
>
> (...)

Todas essas hipóteses visam ao atendimento de entidades voltadas à pesquisa e à inovação tecnológica. É certo que contemplam situações muito diferentes, mas ainda assim

buscam um fim comum, daí a razão de serem agrupadas em conjunto. A primeira dessas situações a que a Lei preferiu isentar do dever de licitar envolve a contratação de entidade brasileira incumbida regimentalmente da pesquisa ou do ensino. Adotando-se essa hipótese, muitos contratos foram celebrados com o fim de se obter verdadeiros serviços de consultoria para órgãos e entidades estatais. Eventualmente, esse aparente desvio do dever de licitar contra a vontade da Lei pode ser apenas mais um resultado de sua falta de clareza, já que é impossível extrair da norma acima o que se entende por "pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional".

Por outro lado, em atenção ao vetor da isonomia presente na licitação, deve-se evitar a contratação de entidade que, não obstante dedicar-se à pesquisa em sentido amplo, o faz para a obtenção prática de resultados e de receitas. Diferentemente, o propósito do dispositivo, em harmonia com o fomento indireto criado por essa categoria de contratação direta por dispensa de licitação, parece ter sido o de incentivar a pesquisa enquanto atividade desprovida de compromisso com a busca de qualquer resultado específico previamente conhecido. Afinal, muitas entidades privadas e públicas dedicam-se e investem na busca de soluções práticas com o fim de obterem mais eficiência em seus negócios. Por esse critério, não seria possível estabelecer diferenciação capaz de identificar quais entidades poderiam se beneficiar da dispensa do art. 24, XIII.

Identifica-se a mesma incerteza quanto ao sentido a ser atribuído à norma ao se conferir, pelo art. 24, XIII, a possibilidade de se contratar diretamente entidade voltada ao "desenvolvimento institucional". Aplicar uma interpretação expansiva dessa expressão pode desvirtuar sem razão a dispensa prevista, assim, deve-se buscar alguma pertinência entre o objeto da contratação e as atividades comumente desempenhadas pelo futuro contratado.

Chama a atenção no dispositivo em comento, pela falta de técnica legislativa, a autorização para que se contrate sem licitação "entidade dedicada à recuperação social do preso". Ao lado da hipótese de contratação direta envolvendo entidade de pesquisa e educação, e de entidade voltada ao desenvolvimento institucional, a dispensa para contratar entidade ligada à reinserção social do preso parecer dissonante. Como se verá mais abaixo, essa é uma hipótese de contratação direta em *função de política de fomento a entidade de caráter social*.

Independentemente da entidade que se busque contratar, entre aquelas mencionadas no art. 24, XIII, deve-se preservar a relação de afinidade entre as atividades desempenhadas e o objeto da contratação. Evita-se com isso beneficiar indevida e artificialmente uma dada empresa, ao eliminar a disputa entre ela e outros interessados no momento de contratar com o Poder Público. Concomitantemente, a entidade a ser contratada com fundamento no art. 24, XIII, não deve ter finalidade eminentemente lucrativa, posto que o objetivo primordial da norma é justamente o de fomentar as atividades previstas.

Os incisos XXI e XXXI foram incluídos pela Lei Federal n.º 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que alterou diversos dispositivos da Lei 8.666/93. Esses dois incisos devem ser vistos dentro de um cenário mais amplo, que envolve especialmente a Lei Federal n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, "lei de inovação tecnológica", pela qual se criou uma política de "incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo"[65]-[66].

A lei de inovação tecnológica atribuiu objetivos específicos às Instituições Científicas e Tecnológicas – ICT que é a denominação dada por essa Lei aos órgãos e entidades estatais voltados a atividades de pesquisa[67]. Para dar conta desses objetivos, que incluem, por exemplo, o compartilhamento de equipamentos e de laboratórios com entidades privadas sem fins lucrativos[68], é que foram pensadas as hipóteses de contratação direta dos incisos XXI e XXXI.

---

[65] Lei Federal n.º 10.973, de 2.12.2004, art. 1º.

[66] Um panorama sobre o conteúdo da lei de inovação tecnológica e das mudanças implementadas por ela na Lei 8.666/93 pode ser visto no estudo de Cristina Barbosa RODRIGUES, "Lei n.º 12.349/2010: as licitações públicas assumem o papel de instrumento impulsionador da inovação tecnológica no Brasil", publicado na *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 33. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2011, p. 101-109.

[67] Lei Federal n.º 10.973/2004, de 2.12.2004, art. 2º, V.

[68] Lei Federal n.º 10.973/2004, de 2.12.2004, art. 4º. I e II.

III.1.5.2. Dispensa de licitação em função de políticas de fomento a entidades de caráter social

A contratação direta em *função de políticas de fomento* também alcança entidades de caráter social, dedicadas a atividades de interesse público, cuja previsão legislativa intensificou-se desde a edição da Lei 8.666/93. Boa parte das leis que a reformaram previram hipóteses de contratação direta para o atendimento de políticas sociais nem sempre bem definidas[69]. Essa categoria de contratação direta contempla cinco hipóteses:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de **instituição dedicada à recuperação social do preso**, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e **não tenha fins lucrativos;** (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> (...)
>
> XX - na contratação de **associação de portadores de deficiência física**, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)
>
> (...)
>
> XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as **organizações sociais**, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; (redação dada pela Lei n.º 9.648, de 27.05.1998)
>
> (...)
>
> XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por **associações ou cooperativas** formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; (incluído pela Lei n.º 11.445, de 5.01.2007)
>
> (...)
>
> XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, **para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no**

[69] As hipóteses de contratação direta em função de políticas sociais foram incluídas pela Lei Federal n.º 8.883, de 8.06.1994, Lei Federal n.º 9.648, de 27.05.1998, Lei Federal n.º 11.445, de 5.01.2007, e Lei Federal n.º 12.188, de 11.01.2010.

> **âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária**, instituído por lei federal. (incluído pela Lei n.º 12.188, de 11.01.2010)

Essas hipóteses refletem o propósito de incentivar e fomentar determinadas atividades por intermédio do elevado poder de compra da Administração Pública. Elas se dedicam, de algum modo, a criar mercado para entidades destinadas a prestar auxílio a hipossuficientes, como instituições voltadas à recuperação social do preso, associação de portadores de deficiência, associações cooperativas para coleta e comercialização de resíduos sólidos recicláveis, etc.

Entre as cinco hipóteses contempladas nessa categoria de dispensa, três delas foram incluídas através de leis que reformaram diversos aspectos da Lei 8.666/93, sendo que duas foram incluídas pela Lei 8.883/94, para contratação de entidades voltadas à recuperação social do preso e de associação de portadores de deficiência, e uma pela Lei Federal n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, para a celebração de contrato de gestão com organizações sociais.

Não é possível identificar nesses casos, portanto, que cada uma das respectivas hipóteses de contratação direta estava inserida nalguma política social mais ampla. Pelo contrário, o que se identifica é um aparente casuísmo legislativo.

Diferentemente, a contratação direta de associações cooperativas de coleta de lixo reciclável foi introduzida pela Lei Federal n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabeleceu novas diretrizes para o saneamento básico, incluindo o tratamento adequado de resíduos sólidos. Igualmente, a contratação direta voltada à prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural, no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, foi criada pela Lei Federal n.º 12.188, de 11 de janeiro de 2010, que estabeleceu uma nova política de assistência à agricultura e à reforma agrária.

Considerando seus objetivos, a criação de novas hipóteses de contratação direta pode ser salutar para estimular entidades privadas, fora do aparato estatal, a cumprirem alguma missão social. É o entendimento de Marçal JUSTEN FILHO, para quem:

> "Os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevantes. O objetivo imediato reside na satisfação de uma necessidade pública, objeto da contratação. No entanto e conjuntamente, há outro intento. Trata-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. (...)" [70].

Mas medidas tais devem ser previstas dentro de políticas amplas que deem força e sustentação à plena efetivação dos objetivos pretendidos, para que se justifique plenamente à exceção estabelecida ao dever de licitar, evitando que seja burlado.

Independentemente dessa ressalva, por outro lado, vale destacar que incentivos como esses não parecem ter sido contemplados pela Constituição Federal entre os vetores da licitação. Mesmo a Lei 8.666/93, durante muito tempo, não expressava essa vocação. Recentemente, com a edição da Lei n.º 12.349/2010, que modificou o art. 3.º da Lei 8.666/93 para incluir entre os objetivos da licitação o "desenvolvimento nacional sustentável", um novo vetor foi introduzido, que, numa intepretação aberta, permitiria incluir sob ele referidas hipóteses de contratação direta aqui abordadas.

III.1.6. Dispensa de licitação em função de especificidades do objeto

A última categoria de contratação direta por dispensa de licitação prevista no art. 24 é mais genérica e contempla três situações muito distintas entre si, como a compra e a locação de imóveis, a aquisição de bens em virtude de acordos internacionais e a aquisição e o restauro de obras de arte. Confira-se:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> X - para a **compra ou locação de imóvel** destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)

[70] Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 323.

(...)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de **acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional**, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)

(...)

XV - para a **aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos**, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

(...)

XVII - para a **aquisição de componentes ou peças** de origem nacional ou estrangeira, necessários à **manutenção** de equipamentos durante o **período de garantia técnica**, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994);

(...)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de **energia elétrica** e **gás natural** com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (incluído pela Lei n.° 9.648, de 27.05.1998);

A dispensa de licitação para a compra e a locação de imóveis pela Administração Pública, nas condições previstas pelo art. 24, X, em que "as necessidades de instalação e localização condicionem a escolha", aproxima-se da inexigibilidade de licitação. É que raramente podem ser comparados objetivamente dois imóveis considerando todos os aspectos inerentes a esse tipo de bem, como o tamanho, a posição, a altura, a localização, os acessos, etc. Uma vez que as necessidades da Administração, devidamente demonstradas, possam ser atendidas plenamente por um determinado bem imóvel, certamente nenhum outro igual – com as mesas características e localização – será encontrado. Situação distinta se verifica quando a localização do bem não é determinante para a sua escolha. Nesse caso, a princípio, há espaço para que se realize um certame.

A contratação direta para a aquisição de bens ou serviços, conforme acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional visa a evitar o travamento ou a ineficácia de acordo internacional comercial celebrado pelo Brasil por conta da exigência de se licitar, caso não houvesse a previsão do art. 24, XIV[71].

[71] O dispositivo poderia ser evitado, já que ao ratificar o acordo internacional, o Congresso Nacional deteria competência para estabelecer concretamente a dispensa de licitação e suas condições, como afirma Marçal

O art. 24, XV, é um exemplo da técnica legislativa adotada pela Lei ao prever como hipótese de *dispensa* de licitação a aquisição e a restauração de obras de arte, ao mesmo tempo em que menciona como passível de contratação direta por *inexigibilidade* de licitação a restauração de obras de arte e de bens de valor histórico, conforme o art. 25, II, combinado com o art. 13, VII. Ou seja, a Lei define como hipótese de inexigibilidade e de dispensa de licitação a um mesmo tipo de contratação.

A dispensa de licitação prevista no art. 24, XVII, que garante a contratação direta destinada à aquisição de componentes e peças necessários à manutenção de equipamentos da Administração, diretamente junto ao fornecedor original, "quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia", também se aproxima da ideia de inexigibilidade. Não faria sentido perder a garantia de determinado bem adquirido pela Administração Pública, que é expressamente contemplada nas características do objeto e nas condições de fornecimentos estabelecidas no edital de licitação e no contrato e, portanto, precificada, porque inviável a aquisição de produtos originais para a manutenção do bem. Inobstante esse comentário quanto à classificação dada pela Lei para essa hipótese de contratação direta, vale destacar ser essa previsão do art. 24, XVII, um exemplo dos pleonasmos do art. 24 para dizer o óbvio.

O art. 24, XXII, é difícil de ser classificado. Primeiramente porque estabelece uma hipótese de contratação direta que alcança a dois objetos muito distintos, a aquisição de energia elétrica e de gás natural, que são oferecidos por atores também diferentes. Em segundo lugar, o dispositivo é resultado de profundas reformas havidas no setor de energia, que reformularam o serviço de fornecimento de energia elétrica, retirando dele as características de serviço público e de prestação sob o regime de monopólio. Daí a impossibilidade de se aprofundar no estudo desse dispositivo neste trabalho[72].

JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 319. No entanto, o art. 24, XIV, elimina qualquer dúvida acerca da contratação direta nesses casos e oferece maior segurança jurídica e estabilidade ao regime legal das licitações, o que não ocorreria se o tema ficasse ao talante do Congresso Nacional a cada acordo internacional celebrado que demandasse a realização de contratações públicas.

[72] Para melhor compreender o dispositivo do art. 24, XXII, recomenda-se ler os apontamentos feitos por Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 326-328. Sobre o setor elétrico e suas reformas, sugere-se o livro coordenado por Fabio Amorim da ROCHA, *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica.* Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

III.2. Contratação direta por dispensa de licitação: resposta aos excessos da Lei 8.666/93 ou casuísmo?

A legislação de licitações sempre previu exceções ao dever de licitar. Ao analisar esses casos, nota-se que a licitação nunca foi um dever absoluto imposto pelo ordenamento jurídico à Administração Pública. E nem poderia ser, já que há verdadeira impossibilidade fática de se licitar nalguns casos. Afora a absoluta inviabilidade de licitar, desde há muito a legislação tem apresentado casos em que os valores prestigiados pela licitação – igualdade de condições na disputa e busca da melhor oferta – cedem quando contrapostos a outros objetivos. Esses casos não foram estipulados ao acaso ou por uma força oculta, do além. Foi o legislador, seja através do Parlamento ou do Poder Executivo quando no exercício de funções legislativas, quem ponderou entre os valores protegidos pela licitação e outros igualmente aceitos pelo direito, fazendo com que estes últimos sobressaíssem nos casos de contratação direta por dispensa de licitação.

Curiosamente, parece que desde o momento em que se começou a regular as contratações públicas através de procedimentos organizados previamente pela lei, já se reconhecia que esse mecanismo da licitação talvez não fosse o mais adequado para todas as situações. Ao analisar as hipóteses originárias de dispensa previstas na Lei 8.666/93 isso fica bastante claro, já que todas elas foram inspiradas na legislação anterior, o Decreto-Lei 200/67 e o Decreto-Lei n.º 2.300/86[73].

As hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação parecem ter sido estimuladas por três razões. A primeira delas está ligada aos custos inerentes da licitação (p. ex. elaboração de edital, tempo de duração do certame, riscos de impugnação e de

[73] Decreto-Lei n.º 200, de 25.02.1967: Art. "126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação. § 1.° A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei. § 2.º É dispensável a licitação: 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; e) na aquisição de obras de arte e objetos históricos; f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário; g) na aquisição ou arrendamento de imóveis destinados ao Serviço Público; h) nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos; i) nas compras ou execução de obras e serviços de pequeno vulto, entendidos como tal os que envolverem importância inferior a cinco vezes, no caso de compras, e serviços, e a cinquenta vezes, no caso de obras, o valor do maior salário-mínimo mensal". Os artigos do Decreto-Lei n.º 200/67 que tratavam de licitações foram integralmente revogados pelo Decreto-Lei 2.300/86.

paralisação, etc.) em face do valor da futura contratação. Fixando valores mínimos para se estabelecer a imposição do dever de licitar, a Lei indiretamente previu que, nestes casos, o custo da licitação não se justifica *vis a vis* o valor esperado da futura contratação. Noutras palavras, o controle e as garantias oferecidos pelo procedimento licitatório não são compensados pelos custos desse mesmo procedimento.

A segunda preocupação se refere à necessidade de celeridade da contratação. Para garantir rapidez, optou-se por afastar o dever de licitar. É o caso das hipóteses de contratação direta em *função de situação excepcional* e em *função de problemas em contratação anterior.* Quer dizer, implicitamente, a própria lei reconhece que o procedimento por ela previsto é lento e demorado, e pode, consequentemente, tornar-se impróprio quando o interesse público pretendido com a contratacão exigir maior rapidez. Surpreendentemente, parece que a lei não se preocupou em criar um procedimento capaz de proteger os valores com os quais a licitação está comprometida e garantir, também, mecanismos rápidos de contratação. Se esse fosse o objetivo, afinal, parece que não haveria razão em se prever hipóteses de dispensa de licitação que expressamente mencionam a rapidez na contratação como uma condição para a contratação direta. Ou, diferentemente, as exigências e os prazos previstos pela lei seriam mais exíguos.

A terceira preocupação que se vislumbra como influente no estabelecimento das hipóteses originárias de contratação direta está associada à proteção do sigilo de algumas informações que, tornadas públicas pela licitação, podem comprometer a segurança do País. Em que pese se tratar, do ponto de vista da análise acadêmica, de caso de inexigibilidade de licitação, a lei optou por tratá-la como caso de dispensa – o que não tem impacto maior do ponto de vista prático.

Por aí se percebe que a edição da Lei se deu em um ambiente que reconhecia suas exigências como inapropriadas à luz de outros objetivos e deveres da Administração Pública.

Em outros casos, as hipóteses de dispensa de licitação parecem meramente afirmar algo evidente: a licitação nos termos da Le 8.666/93 pode não ser *sempre* a melhor alternativa para o interesse público. É o caso, por exemplo, do artigo 24, X e XVII.

Mas o que mais chama atenção é o fato de as hipóteses de contratação direta criadas após a Lei 8.666/93 apresentarem preocupações outras, como o fomento à determinada atividade e o fato de alcançarem destinatários específicos. Com isso, atores acabaram se exonerando dos deveres e condicionantes impostos pelas regras de licitação da Lei 8.666/93, beneficiando-se da isenção de licitar. Em suma, inverteu-se completamente à lógica das contratações públicas.

Na medida em que as hipóteses de contratação direta passam a afetar atores, objetivos e finalidades díspares entre si, perde-se qualquer referência de quais valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico são suficientemente fortes para se afastar o dever de licitar, frise-se, previsto na Constituição Federal. É que ao incluir uma nova hipótese de dispensa de licitação na Lei 8.666/93, não só se afasta a sua aplicação – no que se refere às regras de licitação – como também se elimina a realização de qualquer procedimento que assegure igualdade de competição, como diz a Constituição. Quando o legislador cria, a qualquer momento e sem coerência interna clara, novas hipóteses de contratação direta, abre-se espaço para um voluntarismo injustificado e casuístico, em face da ausência de critérios e mesmo de mecanismos jurídicos para se controlar a previsão em lei de novas hipóteses de contratação direta.

Não é ao acaso que muitas das hipóteses de contratação direta afetam atores específicos e institucionalmente fortes, como as empresas estatais (art. 24, VIII, XVI, XXIII, XXVI, XXXII e § 2.º), as Forças Armadas (art. 24, XVIII, XIX, XXVIII, XXIX), as universidades e as fundações de apoio ligadas a elas (art. 24, XIII, XXI, XXV, XXXI), e o setor do agronegócio (art. 24, XXX). A capacidade de mobilização e de articulação desses atores talvez tenha influenciado na concepção das respectivas hipóteses de contratação direta incluídas após à edição da Lei 8.666/93. Assim, os atores interessados e com capacidade de mobilização e de organização, legitimamente conseguiram suprimir o dever de licitar nos casos definidos. Saber se isso está de acordo com o dever de licitar, tal qual preconizado pela Constituição Federal, é um desafio.

Esse cenário de mudanças que afastam a licitação está ligado, principalmente, à rigidez da Lei 8.666/93. Nesse aspecto, ela é um jogo de tudo ou nada; ou se licita como ela determina, ou se contrata diretamente seguindo um procedimento bastante simplório se comparado ao procedimento licitatório.

Surge então outro tema que merece destaque, relacionado à forma pela qual se efetiva uma contratação direta, por dispensa ou por inexigibilidade. Inobstante o aumento surpreendente das hipóteses de dispensa desde a edição da Lei, o processo que deve ser seguido antes da contratação direta não foi alterado. É dizer, deu-se à Administração um leque de possibilidades para o afastamento da licitação sem o fortalecimento do mecanismo processual necessário à contratação direta. O art. 26, que regula o processo da contratação direta, foi minimamente alterado desde a edição da Lei[74]. Ele permanece intacto em sua essência, como se os casos de contratação direta fossem os mesmos nesses últimos vinte anos. E isso não é trivial. As etapas que compõem o procedimento da contratação direta representam, como todo processo, um mecanismo de controle contra o arbítrio da autoridade, para se evitar a criação de padrões *ad hoc* e conferir alguma previsibilidade.

Não é só o aumento puro simples dos casos de contratação direta previstos em Lei que leva a essa crítica. A miríade de situações absolutamente distintas albergadas sob o mesmo rótulo da dispensa de licitação dá a falsa impressão de que todas elas devem ser tratadas igualmente, inclusive quanto ao aspecto processual. De fato e de direito, são situações muito diferentes as que originaram, por exemplo, a previsão de dispensa para a contratação de uma entidade de pesquisa, na forma do art. 24, XIII, e a que leva à dispensa para a contratação de material padronizado para as Forças Armadas, nos termos do art. 24, XIX. Ademais, os atores envolvidos são díspares e os mercados potencialmente afetados por essa "restrição" à competição, caso se opte pela contratação direta, também são outros. Em suma, não parece haver sentido em submeter ao mesmo processo de contratação direta todas as hipóteses de dispensa de licitação.

Independentemente dessas constatações, o artigo 24, e suas sucessivas modificações, é resultado de um vício de origem da Lei 8.666/93 ao se proclamar como *lei geral de licitações*. Não fosse assim, alternativas de licitação teriam surgido e se aprimorado para atender às necessidades específicas de situações em que a Administração,

[74] Lei Federal n.º 11.107, de 6.04.2005.

e sua multiplicidade de órgãos e entidades, deve se socorrer de contratações com a iniciativa privada[75].

III.3. Inexigibilidade de licitação

A inexigibilidade de licitação é o reconhecimento expresso, feito pela Lei, das situações em que não há viabilidade para se realizar uma licitação. Nesses casos, em tese, a licitação é impossível de ser feita.

Não se trata, portanto, de um fenômeno criado pela Lei ou de uma faculdade atribuída por ela à autoridade, como é o caso da contratação direta por dispensa de licitação. Ao invés disso, a inexigibilidade de licitação se observa em face de circunstâncias do mundo fático.

A inexigibilidade está prevista no art. 25 da Lei 8.666/93, reproduzido a seguir:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só **possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo**, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

[75] Não fosse uma lei geral de licitações tão detalhista e rígida, de modo a alcançar efetivamente todos os órgãos e entidades da Administração, para todos os tipos de contratações, novas alternativas de licitação teriam sido testadas e aprimoradas com mais facilidade ao longo dos anos. Demonstração disso é a resistência que os regimes ditos especiais de licitação encontram. Adotando-se como exemplos as objeções feitas ao pregão aplicável à ANATEL, ao regime simplificado de contratações da Petrobrás e ao RDC, vê-se com clareza que a resistência a esses modelos se sustentam na própria Lei 8.666/93 e no fato de ser ela a norma geral. Argumento comum contrário a todos esses regimes é o de que não se poderia instituir normas especiais de licitação que contrariassem a lei geral, criando exceções a sua aplicação. E como essa lei geral procurou tratar de tudo e ser aplicável a todos, não há como dela escapar. A esse respeito, vale conferir entrevista de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, na qual revela suas objeções inicialmente feitas ao pregão, e agora repetidas contra o RDC. A entrevista encontra-se no sítio [http://www.conjur.com.br/2012-ago-12/entrevista-celso-antonio-bandeira-mello-advogado-constitucionalista], acesso em 10.03.2013. A petição da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.655 – Distrito Federal, proposta pelo Procurador Geral da República contra a Lei do RDC, recebida pelo Min. Luiz Fux, também é um bom exemplo desse olhar enviesado da licitação a partir da Lei 8.666/93.

> 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.
>
> § 1.º 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.
>
> § 2.º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

O sucinto e preciso *caput* do artigo evidencia de pronto que a inexigibilidade de licitação está atrelada à "inviabilidade de competição". Afasta-se a licitação, na hipótese de inexigibilidade contida no art. 25, por impossibilidade de os interessados em contratar competirem objetivamente entre si.

Ressalte-se que a expressão "competição" a que alude o *caput* tem significado preciso no contexto da Lei e da Constituição, e se refere à disputa objetiva, em igualdade de condições, entre particulares interessados em contratar com a Administração Pública. Eros Roberto GRAU resume a ideia:

> "A *competição* de que se trata, visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. Não há *competição* (...), objetivo da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes estiver previamente circunscrito, de sorte que dele sejam excluídos algum ou alguns dos licitantes potenciais" [76]. [itálico do original]

Nesses termos, diversas razões, que extrapolam os incisos do dispositivo, podem dificultar a realização do certame em virtude da ausência dos elementos necessários à

[76] Eros Roberto GRAU. *Licitação e Contrato Administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69.

competição nos termos definidos pela Lei. É dizer, na falta de critérios objetivos que orientem a disputa em igualdade de condições entre os interessados, torna-se impossível falar em competição conforme a Lei 8.666/93 e a Constituição.

Os casos de inviabilidade de competição enunciada pelo *caput* não estão restritos às situações descritas nos incisos, que são meramente exemplificativas do que se entende por inviabilidade de competição, que pode ser identificada num conjunto de situações. Por trás delas se sobressaem ao menos três características em comum: a existência de uma única alternativa para solver as necessidades a que se busca atender – consequência da unicidade de fornecedor ou da singularidade do bem ou serviço –, a inexistência de mercado competitivo entre os particulares e a impossibilidade de se definir objetivamente os critérios de julgamento[77].

Uma vez que se verifique a presença das circunstâncias que ensejam esse tipo de contratação direta, deve-se fundamentar adequadamente as razões da inexigibilidade de modo a não restar dúvidas quanto aos elementos que a autorizariam.

As hipóteses de inexigibilidade dos incisos do art. 25 são meramente exemplificativas, daí decorre grande incerteza ao fazer uso da contratação direta por inexigibilidade. Os órgãos de controle são receosos e analisam com desconfiança contratos celebrados sem licitação com base nessa justificativa[78]. De todo o modo, é prudente

---

[77] A doutrina jurídica resume os pressupostos ou condicionantes da inexigibilidade de maneira muito semelhante, mas com algum diferenciação. Assim, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que os pressupostos da inexigibilidade são dois, que se manifestam quando "(a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse a tal propósito", *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 27.ª edição, 2010, p. 548. A leitura de Carlos Ari SUNDFELD mostra que "[e]m termos lógicos, a inviabilidade de licitação decorre: *a)* ou da *singularidade do objeto pretendido*; *b)* ou *da unicidade do fornecedor*; *c)* ou *da especificidade da operação*" [itálicos do original], *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 43. Já para Marçal JUSTEN FILHO, são quatro os quesitos que ensejam a inexigibilidade de licitação, a saber: (i) ausências de alternativas, (ii) ausência de mercado concorrencial, (iii) ausência de objetividade na seleção do objeto, e (iv) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 346-347.

[78] Confira-se o alerta feito por Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pinto de CAMPOS em estudo que tratou lateralmente sobre a inexigibilidade: "Por outro lado, apesar da burocracia e da demora que cercam os certames licitatórios, a contratação com inexigibilidade não significa o melhor dos mundos, nem para o Poder Público, nem para o contratado. Essa conclusão decorre, em grande medida, da postura dos órgãos de controle da Administração, notadamente Tribunais de Contas e Ministério Público, cuja atuação tem se

analisar os casos previstos em Lei como sendo aptos a caracterizar situação de inexigibilidade.

O enunciado do art. 25, I, é um desdobramento do quanto se disse acima sobre o *caput* do dispositivo. Trata-se da exclusividade de determinado fornecedor para a entrega de bens ou a prestação de serviços que a Administração necessita contratar, vedada a preferência de marca. A comprovação do direito de exclusividade é feita por entidades do comércio ou outras que cumpram a mesma função.

Como é a própria Administração quem especifica o objeto a ser contratado – seja a entrega de uma mercadoria ou a prestação de um serviço[79] – e as características que deve apresentar, corre-se o risco de levar ela própria à inexigibilidade prevista no art. 25, I. Por isso, a ressalva de que as especificações técnicas do que se pretende contratar devem ser elaboradas de modo a permitir que o maior número de atores participem da disputa. Como diz Carlos Ari SUNDFELD:

> "É quando escolhe as características do objeto a ser contratado que a Administração define a viabilidade ou não do certame. Tomando exemplos: se, pretendendo adquirir computadores, fixa-se naqueles com as especificidades tais que só sejam atendidas pela marca X, comercializada por um única empresa, inviabiliza qualquer licitação; se, ao contrario, admite espectro mais amplo de características, presentes nos produtos de diversas marcas, torna-a possível" [80].

O alerta feito é o de que, ao se deparar com uma situação de inexigibilidade, para ser tipificada no art. 25, I, é preciso demonstrar justificadamente que as características do objeto estão de acordo com as necessidades da Administração e não além delas. A

---

caracterizado, cada vez mais, pelo excessivo apego ao formalismo no exame das contratações governamentais. Em outras palavras, a praxe é que tais órgãos vejam com desconfiança a celebração de contratos com inexigibilidade de licitação, ainda que, em muitos casos, demonstre-se ser esse o melhor caminho para a realização do interesse público no caso concreto", "Incentivo à inovação tecnológica nas contratações governamentais: um panorama realista quanto à segurança jurídica", artigo publicado na revista *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, n.º 60. Belo Horizonte: Fórum, dez. 2006.

[79] A parte final do art. 25, I, é clara ao mencionar "obra ou serviço", pelo que a hipótese contempla não só a inexigibilidade para a aquisição de bens, como também para prestação de serviço por agente exclusivo, conforme a redação do inciso. Interpretação idêntica é a de Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 353.

[80] Carlos Ari SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 43.

inexigibilidade não pode ser provocada falsamente de modo a excluir interessados de participar do certame.

Excepcionalmente, podem ocorrer hipóteses de inexigibilidade ainda que o objeto da contratação envolva múltiplas alternativas de fornecedores e mesmo de produtos compatíveis e igualmente suficientes para atender aos objetivos pretendidos pela Administração. Verifica-se essa excepcionalidade quando é possível demonstrar que apenas um única alternativa é capaz de dar conta, ao mesmo tempo, de atender aos objetivos da contratação e aos princípios da economicidade e da eficiência devidamente comprovados. Exemplos podem ser encontrado em acórdãos do Tribunal de Contas da União, segundo os quais as razões que levam a Administração a escolher determinado bem, indicando inclusive a sua marca, podem torná-lo singular para fins de inexigibilidade. Por exemplo, nos casos em que o objeto a ser contratado necessita ter compatibilidade com algo de que a Administração já desfrute, como um programa de computador[81], ou quando o objeto a ser contratado tenha de seguir determinada padronização anteriormente eleita, como um projeto arquitetônico ou de engenharia[82].

A inexigibilidade prevista no art. 25, II, é aquela que detém maior pertinência em face do objeto deste estudo, que é a contratação direta de serviços advocatícios, como será analisado no Capítulo IV. Por ora, são apresentados comentários gerais sobre o dispositivo, seguindo o modo de apresentação até aqui adotado.

O art. 25, II, prevê a inexigibilidade de licitação para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei, desde que comprovada a singularidade do serviço e a notória especialização do prestador. São esses os serviços técnicos do art. 13:

> Lei Federal n.º 8.666/93
>
> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se **serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:
>
> I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
>
> II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

[81] TCU. Acórdão n.º 17/2010, Plenário, Rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho, j. 20.01.2010.

[82] TCU. Acórdão n.º 596/2006, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, j. 28.04.2006.

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (redação dada pela Lei n.º 8.883, de 8 de junho de 1994)

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.

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

§ 2.º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3.º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Ausentes os requisitos exigidos pelo art. 25, II – natureza singular do serviço e execução por profissional de notória especialização – aplica-se § 1.º do art. 13, que exige a realização de concurso para os casos descritos nos incisos.

A singularidade pode ser entendida como uma característica intrínseca do serviço, imprimida por quem o prestou. É o que se nota em trabalhos de natureza eminentemente intelectual. Na definição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

> "*Serviços singulares* são os que se revestem de análogas características. De modo geral são singulares todas as produções intelectuais, sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva) expressada em características científicas, técnicas ou artísticas" [83]. [itálico do original]

Já a notória especialização é definida pela própria Lei, no § 1.º do art. 25, como uma característica pessoal de quem presta o serviço, que teria uma qualidade indiscutível e reconhecida pelo mercado em que atua e por seus pares de profissão[84].

---

[83] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 17.

[84] O § 1.º do art. 25 reproduz a redação empregada no Decreto-Lei n.º 2.300, de 21.11.1986, que supriu lacuna da legislação anterior que nada mencionava quanto aos critérios de verificação da notória especialização.

Pode-se entender a notória especialização como uma qualidade do agente, que se associa à singularidade do objeto. Assim entende Carlos Ari SUNDFELD:

> "Aliás, a necessidade de contratar profissional notoriamente especializado decorre não só da lei, como da lógica do instituto. Um serviço técnico-profissional só será singular quando demandar um cunho personalíssimo; logo, a singularidade do serviço deriva da circunstância de este requerer, por parte de seu executor, uma especial qualificação. Se a Administração contratasse alguém sem especialização, estaria contradizendo o próprio fundamento da inexigibilidade" [85].

Todos os serviços contemplados pelo art. 13 são de natureza predominantemente intelectual e de caráter pessoal. Quer dizer, a execução dos serviços, justamente pelo elemento intelectual subjacente, está estreitamente ligada ao agente, seja ele uma pessoa física ou jurídica. Daí a sua singularidade que, somada à notória especialização, autoriza a inexigibilidade de licitação.

O objeto que se busca obter pela contratação direta prevista no art. 25, II, combinado com o art. 13, não se encerra com a entrega de algo que preencha determinados requisitos estabelecidos em detalhe previamente à celebração do ajuste. Ao vincular o objeto da contratação à figura do agente executor, há clara intenção de que o autor do serviço influencie, com as suas características e capacidades pessoais, no resultado final. Como aponta Marçal JUSTEN FILHO:

> "A contratação de serviços, nos casos do inc. II do art. 25, visa obter não apenas uma utilidade material. É evidente que interessa à Administração a produção de um certo resultado, mas a contratação também é norteada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento Teórico para a solução de problemas do mundo real" [86].

Dos comentários feitos acima, conclui-se que a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, tem duas características próprias, que inviabilizam a competição. A primeira

---

[85] Carlos Ari Sundfeld, *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 46.

[86] Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 13.ª edição, 2009, p. 355.

é o caráter personalíssimo da contratação, porque espera-se influenciar assim o próprio objeto final, reflexo da aptidão notável e publicamente reconhecida de seu artífice. Essa singularidade, por si só, já impediria a realização de um certame. Mas há ainda outro impeditivo a que se realize uma licitação nos termos da Lei 8.666/93, que é a impossibilidade de a Administração definir previamente as características e funcionalidades que o serviço contratado, ou seu produto final, deve apresentar. Por esse motivo, não parece haver condições de serem estabelecidos com a objetividade necessária os critérios de avaliação das propostas e mesmo dos eventuais licitantes, no que se refere à habilitação técnica.

Ao tratar especificamente do caso da contratação direta de serviços advocatícios a leitura do art. 25, II, será aprofundada.

Por derradeiro, o art. 25, III, contempla hipótese de inexigibilidade para a contratação direta de profissionais do setor artístico, desde que consagrados pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Aqui é preciso distinguir entre a contratação de profissionais do setor artístico como forma de atuação estatal no campo da cultura ou do entretenimento, dos casos de seleção de artistas para fins de premiação, ainda que mediante a entrega de algum produto. Claramente, o art. 25, II, refere-se à primeira situação, posto que a segunda se sujeita à licitação na modalidade de concurso, prevista no art. 22, I, e § 4.º.

III.4. Comentário geral sobre a inexigibilidade de licitação

Diferentemente da contratação direta por dispensa de licitação, o artigo 25 não foi alterado após a promulgação da Lei 8.666/93. Uma explicação é a de que o dispositivo da inexigibilidade reconhece situações do mundo fático que impossibilitam à licitação nos termos da Lei.

Ao falar em inexigibilidade, não se está diante propriamente de uma escolha ponderada, feita pelo legislador, entre a licitação e algum outro valor ou objetivo legítimo, que se reconhece como mais relevante em determinadas circunstâncias. A lógica por trás

da inexigibilidade não oferece outros caminhos, a não ser a desistência da contratação ou o afastamento da licitação.

Mas dentre as hipóteses de inexigibilidade, existem casos em que a natureza das situações reconhecidas pela Lei como avessas à licitação é distinta. Está-se referindo aqui às hipóteses previstas no art. 25, I e II.

Uma vez que se verifique a ocorrência da hipótese prevista no art. 25, I, o administrador público fica sem qualquer margem de escolha quanto ao potencial contratado. A exclusividade da marca ou da representação comercial inviabiliza por completo que se busque outra forma de obter o bem ou serviço necessário à Administração Pública. Já no caso do art. 25, II, geralmente usado nos casos de serviços advocatícios, há uma margem de escolha discricionária pelo administrador dentre os profissionais detentores da notória especialização.

Em outras palavras, a inexigibilidade do art. 25, I, decorre de uma situação objetivamente constatada no mundo fático e aferível com segurança: o bem ou serviço só pode ser oferecido por quem detenha o direito de explorá-lo – o seu criador ou um representante seu.

Já nos casos que reclamam a aplicação do art. 25, II, há alternativas disponíveis no universo de potenciais contratados que atendam aos requisitos previstos na norma para a contratação direta – singularidade e notória especialização. Nesses casos, para que a escolha não seja arbitrária, o gestor público deverá fundamentar sua decisão por um ou por outro contratado a partir de elementos e condições de cada caso concreto, atribuindo talvez algum valor a cada possível escolhido, ou mesmo fixando um rol de exigências mínimas que os potenciais interessados deverão preencher para serem contratados com fundamento no permissivo do art. 25, II, da Lei 8.666/93

De todo o modo, em que pese se tratar de algo óbvio, de que não se licita quando é impossível, nem por isso a previsão legal que autoriza a inexigibilidade passa a ser descartável numa cultura de Direito Administrativo e de Administração Pública naturalmente burocrática.

Uma explicação mais plausível, no entanto, para a previsão legal da inexigibilidade pode estar relacionada com a criação de um conceito que permitisse fugir da Lei 8.666/93 na ausência de autorização expressa e específica no rol da dispensa de licitação – até porque, muitas situações posteriormente incluídas como dispensa de licitação se assemelham com as características que usualmente se atribuí a casos de inexigibilidade.

IV. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

O debate envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios pelo poder público tem frequentado a pauta do Direito Administrativo há muitos anos. Ainda hoje, porém, não se chegou a um consenso, e parece que a discussão está emperrada em um nó difícil de desatar.

A questão de fundo que o tema suscita ultrapassa a aplicabilidade da regra da inexigibilidade de licitação. O problema maior que se põe é o de saber em que medida a Lei 8.666/93 pode ser aplicada a casos envolvendo a contratação de serviços advocatícios e, indo mais além, em quais casos a aplicação da Lei 8.666/93 atende efetivamente ao interesse público de se garantir à Administração a melhor contratação, prestigiando a isonomia e o ideal republicano.

O caso dos serviços advocatícios é um convite à reflexão sobre esse choque de visões. Em primeiro lugar, porque o debate sobre o tema está bem sedimentado e se encontra em um estágio maduro de evolução. Quer dizer, com o passar dos anos, os atores interessados já se posicionaram e tiveram oportunidade para desenvolver e sofisticar seus argumentos. Seja em trabalhos acadêmicos seja na atividade forense, aí incluídos os advogados, o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Outro motivo que explica a importância do tema para um debate mais abrangente sobre a licitação é o fato de que ele envolve diretamente personagens do mundo jurídico, gente que fala a mesma língua e trabalha com as mesmas preocupações. Os raciocínios, os argumentos e a lógica dessa turma são do mesmo plano e apresentam a mesma linguagem, possibilitando uma reflexão sobre as diferentes posições adotadas.

Com o material que foi produzido até aqui por ambos os lados, assumindo características das duas forças em choque, é possível saber quais os argumentos utilizados e as concepções que estão por trás deles. Dessa forma, pode-se apontar se a dissensão sobre a abrangência do dever de licitar está apenas em situações concretas, de maneira

esparsa, ou se ela vai mais além, impactando a visão que se tem sobre o instituto da licitação nos moldes atuais e sobre o Direito Administrativo.

As contratações de serviços advocatícios por inexigibilidade continuam sendo feitas pela Administração Pública, corriqueiramente. Não obstante a polêmica em torno disso já durar bastante tempo, ainda hoje o poder público continua usando da contratação direta para essa finalidade.

Parece que se trata mesmo de uma necessidade da Administração ter que se socorrer desse tipo de contratação, já que nem mesmo a atuação rigorosa dos órgãos de controle em coibir essa prática tem se mostrado capaz de frear essa tendência.

IV.1. Em quais situações o poder público e suas entidades contratam serviços externos de advocacia?

Há uma questão que se põe quando o assunto envolve a contratação de serviços advocatícios pelo poder público, questão essa anterior ao próprio debate em torno da inexigibilidade. Consiste em saber se a Administração Pública pode vir a contratar advogados de fora de seu corpo de funcionários.

O art. 132 da Constituição determina que a defesa judicial e administrativa da Administração, nos níveis distrital e estadual, será feita por procuradores de carreira, integrantes dos quadros da Administração:

> Constituição Federal
>
> Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Estaria aí contida uma regra implícita coibindo a contratação de terceiros para a realização de atividades advocatícias, independentemente de haver ou não licitação?

A contratação de serviços externos de advocacia pelo Poder Público é muito comum em prefeituras que não possuem advogados próprios, no regime estatutário ou celetista. A contratação de serviços externos pode ser feita através de uma licitação pública para terceirização nos termos fixados no contrato de prestação de serviços. Ou pode ser feita sem licitação, por inexigibilidade. Explica Márcio CAMMAROSANO:

> "Serviços profissionais de advocacia podem ser prestados à Administração Pública de três formas:
>
> a) por servidores advogados, integrantes do quadro de pessoal permanente do ente governamental (...);
>
> b) por pessoal contratado por tempo determinado, sob relação de emprego, nos termos do art. 37, IV, da Constituição da República, como em caso de urgência ou em face de necessidade de profissional de qualificação ou experiência incomum. A necessidade deve ser temporária e de excepcional interesse público;
>
> c) mediante contratação de serviços de terceiros, pessoa física ou jurídica, sem relação de emprego, sob o regime da Lei n.º 8.666/93" [87].

A contratação de advogados externos também pode estar relacionada às características de um dado problema enfrentado pelo poder público. Ainda que disponha de um corpo permanente de advogados, de uma procuradoria bem estruturada, a Administração pode se ver diante de questões jurídicas muito específicas, que fogem do dia a dia dos procuradores e que geram dúvidas e incertezas. Nesses casos, contratar um especialista pode ser a melhor saída para enfrentar adequadamente os desafios que se apresentam, como a viabilização de uma solução jurídica inovadora ou o nivelamento de forças em um litígio estratégico.

Em temas de Direito Administrativo, por exemplo, foram muitas as mudanças e inovações legislativas dos últimos anos que impactaram diretamente a Administração Pública. Parcerias público-privadas, *project finance*, lançamento de capitais de empresas estatais no mercado internacional, contratos vultosos para a construção e operação de estádios para os eventos esportivos dos próximos anos, reforma no regime de precatórios, etc. Essas novidades podem gerar insegurança em quem não está habituado a tratar delas.

---

[87] Márcio CAMMAROSANO, "Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia," artigo publicado no *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*, n.º 31. Curitiba: Zênite, set. 1996.

Nessas situações, por suas especificidades, a Administração pode ter de recorrer a serviços externos de advocacia, buscando o auxílio de escritórios e profissionais especializados.

Em hipóteses como essa, impedir que a Administração contrate profissionais especializados externos pode levar a uma desvantagem em face do setor privado com o qual ela se relaciona. Para esse aspecto, chama a atenção Adilson Abreu DALLARI:

> "(...) não se pode conceber que, em nome do interesse público, coloque-se o Poder Público em situação de inferioridade perante os particulares, que sempre podem, livremente, escolher os melhores advogados" [88].

Não parece que o ordenamento jurídico tenha estabelecido alguma reserva de mercado absoluta para a advocacia pública, em desfavor da própria Administração.

Mas também não são raros os casos em que a contratação de serviços advocatícios tem como objeto a prestação de serviços mais corriqueiros, como o acompanhamento de um dado tipo de ação judicial relativamente comum na Administração, como as ações de execução fiscal ou de desapropriação. Esses casos configurariam a necessidade de se buscar serviços externos de advocatícia? Ou haveria algum óbice jurídico a impedir essa prática?

Outro debate que foi muito presente na década de 1990, mas que ainda hoje pode ser percebido, se refere à contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público, com ou sem licitação, para a defesa pessoal de gestores envolvidos em processos judiciais decorrentes de atos praticados no exercício do mandato. O fortalecimento do Ministério Público e do Tribunal de Contas, e as leis de ação popular, ação civil e de improbidade administrativa levaram a uma avalanche de processos contra administradores públicos.

Boa parte dessas ações poderia ter por trás alguma motivação de caráter político, com o nítido objetivo de desestabilizar o gestor. Por conta dessa percepção, chegou-se a defender a possibilidade de a Administração Pública arcar financeiramente com a contratação de advogados para a defesa dos acusados. Explica Marcelo FIGUEIREDO:

---

[88]Adilson Abreu DALLARI, "Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública", artigo publicado no periódico *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n.º 2. Belo Horizonte: Fórum, abr. 1999.

> "Comum, ainda, é a contratação de advogado para a defesa de prefeito acusado da prática de crime de responsabilidade administrativa ou de improbidade. Nesses casos, muitas vezes, o ato impugnado recebeu parecer contrário da própria Procuradoria e não pode haver, *a priori*, uma condenação quanto à legalidade ou ilegalidade do ato. O prefeito tem direito à defesa, não podendo contar com o corpo jurídico da Prefeitura, parecendo natural e lógica a contratação de advogado externo (...)" [89].

Mesmo nos casos em que a Administração possuísse advogados internos, a perspectiva de serem contratados serviços externos era forte, tendo em vista que, muitas vezes, os procuradores poderiam fazer parte de outro grupo político, contaminando o direito de defesa.

Diferente, mas com alguma semelhança, tem-se o caso das agências reguladoras, que muitas vezes contam com a assessoria de profissionais integrantes dos órgãos de assessoria jurídica da Administração Pública. Nessas hipóteses, a autonomia decisória da agência ou a sua tomada de decisão pode esbarrar em orientações dadas por profissionais vinculados a outras estruturas, inclusive hierarquicamente.

Há também um bom campo para reflexão nos casos de contratação de advogados para a defesa de gestores públicos como forma de impedir que deixem de agir com medo da reação dos órgãos de controle. É o caso hipotético do administrador público que prefere deixar de lado uma solução jurídica inovadora, com medo de ser processado por desrespeitar algum princípio fluido tido por violado por alguma entidade de controle. Nesses casos, a contratação de advogados pelo poder público blindaria o gestor dessa preocupação, deixando-o mais seguro ao tomar decisões importantes.

IV.2. Quais são os problemas da contratação direta de serviços de advocacia?

A contratação direta de serviços de advocacia desperta muitas dúvidas, já que, numa primeira leitura, a disputa entre prestadores de serviços de advocacia seria possível. Em qualquer ramo do direito existem profissionais habilitados para a prestação dos mais variados tipos de serviços jurídicos. A qualidade desses profissionais é que pode variar. A

---

[89] Marcelo FIGUEIREDO, *Probidade administrativa (comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar)*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 114.

depender do problema ou da dúvida jurídica enfrentada, parece que caberá à Administração Pública decidir que tipo de profissional deseja contratar. Essa decisão pode se refletir, por exemplo, nas exigências de habilitação, numa licitação feita na modalidade de concurso, como sinaliza o § 1.º do art. 13 da Lei.

Por outro lado, os serviços de advocacia apresentam algumas peculiaridades que podem dificultar a realização de uma licitação prévia à contratação. A primeira delas é a de se estabelecer uma comparação objetiva entre os profissionais do ramo e os serviços prestados. Qual o melhor critério a ser adotado para se verificar a aptidão técnica de um advogado? Seria a análise do currículo acadêmico, levando em conta a obtenção de títulos e a publicação de artigos? Ou seria a análise do histórico profissional do advogado, analisando os escritórios em que trabalhou e as causas que defendeu? E que tal conjugar esses dois critérios? Talvez, se pudesse verificar também sua taxa de sucesso em demandas pretéritas. Mas aí não se poderia ignorar que um serviço advocatício absolutamente perfeito pode não levar, necessariamente, à vitória nos tribunais.

Na hipótese de se admitir a contratação direta por inexigibilidade, resta o desafio de se estabelecer alguns parâmetros minimamente objetivos para que se delimite o âmbito de discricionariedade do administrador ao eleger o contratado. Não parece fazer sentido, como aliás não faz em nenhum caso de contratação direta, que se afaste em absoluto o ideal republicano subjacente à licitação em benefício do administrador. Assim como licitação não é sinônimo de Lei 8.666/93, contratar diretamente também não significa descambar em arbítrio. É preciso estabelecer parâmetros minimamente isentos para se contratar por inexigibilidade.

Caso não se admita a contratação direta de serviços advocatícios, será preciso definir qual modalidade de licitação se mostraria como sendo a mais adequada. Como comparar as propostas? Como analisar se as especificidades do objeto serão efetivamente atendidas, tendo em vista que ele ainda não está perfeitamente identificado?

Não se pode ignorar que a licitação deve assegurar uma boa contratação para a Administração Pública, no que se refere ao preço estipulado e ao serviço a ser prestado. Isso quer dizer que uma das preocupações a ser considerada envolve a garantia de que, ao

final da licitação, a Administração terá uma boa equipe de advogados para assessorá-la ou para defender seus interesses em processos judiciais.

Há ainda outra dificuldade prática. No caso de um contrato para defesa judicial ou administrativa, por exemplo, não é possível saber, de antemão, por quanto tempo os serviços serão necessários. Consequentemente, fica difícil quantificar um valor imutável pré-estabelecido, como manda a Lei 8.666/93 – problema que persiste numa contratação direta.

Afora todas essas dificuldades práticas, que são levantadas como argumentos pelos detratores da licitação nesses casos, há ainda o do vínculo de confiança que deve haver entre o advogado e seu cliente. Como garantir a manutenção desse vínculo no caso de uma licitação, cujo vencedor pode não inspirar confiança em quem o contratará em nome da Administração Pública?

Da necessidade de confiança, difícil de ser alcançada em uma licitação, porque subjetiva, emergiria a singularidade do serviço. É o que diz Floriano de Azevedo MARQUES NETO:

> "Na contratação de advogado, a licitação será inexigível porque a advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado, da relação de confiança que se estabelece entre constituinte e constituído (...). Tal nexo de confiança é indissociável da pessoa do advogado, o que torna o resultado da advocacia um objeto subjetivamente singularizado" [90].

Como se adiantou no item III.4, a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, usada para fundamentar a contratação direta de serviços advocatícios, tem natureza distinta da inexigibilidade prevista no art. 25, I. É que no caso do art. 25, II, a Administração Pública pode escolher quem será o futuro contratado com relativa liberdade entre o universo de interessados que atendam aos requisitos da singularidade e da notória especialização. Considerando que a Administração tem, em tese, um conjunto de possíveis

[90] Floriano de Azevedo MARQUES NETO, "A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais", artigo disponível no sítio [http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69], acesso em 3.10.2008.

interessados, é preciso que se tenha algum critério nessa escolha. Um deles pode ser o do vínculo de confiança.

Mas como a confiança é um elemento subjetivo, que sequer está previsto dentre as condições autorizativas da inexigibilidade, algumas dificuldades emergem. Como se demonstrar a existência do vínculo de confiança? Como medir a confiança? Não vale invocar o vínculo de confiança, sem motivá-lo, para justificar a escolha de determinado agente. Não parece que o vínculo de confiança possa ser um curinga usado pelo administrador ao eleger o seu contratado dentre o universo de notórios especialistas.

Outro obstáculo emerge da Lei Federal n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, que instituiu o estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme a previsão legal que veda ao advogado angariar ou captar clientes, com ou sem a intervenção de terceiros[91]. O exercício da advocacia seria, nesses termos, absolutamente avesso a qualquer exposição ou competição explícita voltada à captação de clientela, como sói ocorrer nos certames públicos.

Como explica Alice Gonzalez BORGES:

> "O exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição (...)" [92].

Esse argumento soa juridicamente mais forte do que o do vínculo de confiança. Há, de fato, uma vedação na lei da advocacia a que se faça disputa para a captação de cliente. Mas será que foi essa a intenção da norma? A resposta parece negativa, já que o estatuto da advocacia não tratou, em nenhum de seus dispositivos, da licitação ou da contratação direta.

Levadas ao extremo, as duas circunstâncias apontadas acima – elo de confiança e o estatuto da advocacia – fariam com que a licitação para a contratação de serviços

---

[91] Lei Federal n.º 8.096, de 04.07.1994, art. 34. "Constitui infração disciplinar: (...) IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros".

[92] Alice Gonzalez BORGES, "Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia", artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n.º 206. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1996.

advocatícios seja mesmo inexigível, e talvez ilícita, em qualquer circunstância. No limite, não haveria sequer a necessidade de se examinar os critérios de singularidade do serviço ou de notória especialização do interessado. A necessidade de se ter um vínculo de confiança tornaria impossível a realização de uma licitação. Parece que essa é uma posição extrema.

IV. 3. A contratação direta de serviços advocatícios em julgamento

Uma análise dos problemas envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios que chegaram ao Poder Judiciário, em suas diferentes instâncias, pode mostrar como as polêmicas recém apresentadas em relação à contratação direta de serviços advocatícios se materializam na prática.

Ao fazer esse esforço, será possível identificar como os tribunais tem se posicionado sobre o tema e quais são os argumentos usados para sustentar a legalidade ou a ilegalidade da contratação de serviços advocatícios sem licitação.

O objetivo não é o de esgotar o assunto, ou de apresentar uma análise exaustiva da jurisprudência sobre o tema. Ao se aprofundar o estudo por intermédio da observação dos casos mais significativos que chegam aos tribunais e das decisões proferidas a partir deles, espera-se oferecer um panorama da realidade e do debate, que está longe de terminar.

Com isso pretende-se identificar quais situações levam à contratação de advogados por inexigibilidade, quais entidades adotam essa modalidade de contratação (prefeituras, empresas estatais, etc.), quais são os atores envolvidos, quais são os assuntos para os quais se busca auxílio jurídico externo (objeto do contrato), por que esses casos chegam ao Poder Judiciário e como ele decide, quais argumentos adota e qual é o seu entendimento sobre a inexigibilidade de licitação.

A escolha dos casos a seguir apresentados não se pautou por decisões paradigmáticas ou que pudessem oferecer alguma diretriz para situações futuras. A expectativa de uma análise com essa pretensão mostrou-se inviável em face das muitas peculiaridades de cada situação judicializada, com impactos na decisão final. Desse modo, optou-se por um levantamento de toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

restrita a 4 (quatro) acórdãos, e do Superior Tribunal de Justiça, em que se optou por um recorte temporal.

Feito esse levantamento, os acórdãos e os casos foram analisados, valendo-se do relatório, de modo a cumprir os objetivos propostos inicialmente no trabalho: identificar os problemas reais por trás da contratação direta de serviços advocatícios (p. ex. a que fim se prestam essas contratações, quais costumam ser os objetos, por que são questionadas em juízo, etc.), as consequências jurídicas advindas nos casos em que se considera ilegal a contratação direta de serviços advocatícios (p. ex. declaração de nulidade do contrato, ressarcimento ao erário, aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, etc.), e o discurso usado para defendê-la ou rejeitá-la.

IV.4. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação no Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência[93] do Supremo Tribunal Federal sobre a contratação direta de serviços advocatícios é restrita a 4 (quatro) acórdãos[94]. Para facilitar as referências feitas a esses casos ao longo do trabalho, optou-se por usar um apelido para cada um. Assim, tem-se:

1. **Caso Villa-Verde**. STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 72.830 – Rondônia. 2.ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.10.1995. Recorrentes: Erasto Villa-Verde de Carvalho e Luiz Ribeiro de Andrade. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

---

[93] As pesquisas que resultaram nos acórdãos identificados foram refeitas no mês de abril de 2013 no sítio de pesquisas do Supremo Tribunal Federal, incluindo acórdãos e súmulas, com as seguintes combinações: (contratação e inexigibilidade e advocacia); (contratação e (direta ou inexigibilidade) prox licitação); e (advogado e contratação).

[94] Excluiu-se da análise o caso em que se discute a Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n.º 791.811 – São Paulo. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.09.2010. Agravante: Antonio Sergio Baptista Advogados Associados S/C Ltda. Agravado: Ministério Público Federal. Inobstante a situação fática envolver a contratação direta de serviços advocatícios, a proposta de submeter o caso à repercussão geral se deu em virtude da discussão quanto à ocorrência de ato de improbidade administrativa ao se dispensar a realização de licitação nessas hipóteses. Não se trata, portanto, do objetivo central deste trabalho. No mais, a repercussão encontra-se ainda em tramitação. Sobre o instituto da repercussão geral, conferir pesquisa conduzida pela Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, no âmbito da *Série Pensando o Direito,* do Ministério da Justiça, intitulada "Repercussão Geral e o Sistema Brasileiro de Precedentes", disponível no sitio [http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D], acesso em 05.04.2013.

2. **Caso Chedid**. STF. Recurso Extraordinário n.º 466.705-3 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.03.2006. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi.
3. **Caso Pavan**. STF. Ação Penal n.º 348-5 – Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan.
4. **Caso Adyr**. STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 – Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

Em todos eles, os ministros participantes dos julgamentos decidiram pela legalidade da contratação direta de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

Três razões foram apresentadas nesses acórdãos para afirmar a inexigibilidade de licitação. São elas: (a) a natureza intelectual do serviço; (b) a ausência de critérios objetivos aptos a permitir uma disputa isonômica; e (c) o vínculo de confiança, que seria próprio dos serviços advocatícios, e impossível de ser obtido em um procedimento impessoal como é a licitação.

Identifica-se nos quatro acórdãos argumentos ligados à natureza intelectual do serviço, que ocupa papel central, e à ausência de critérios objetivos para se licitar. E em dois acórdãos também se nota o argumento do vínculo de confiança, que nesses acórdãos prepondera em relação aos outros dois argumentos[95].

O acórdão pioneiro foi proferido no julgamento do **Caso Villa-Verde**, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso[96]. O relatório apresentou a situação fática da seguinte maneira: um dos recorrentes, quando ocupante do cargo de Procurador-Geral, recomendara

[95] Caso Pavan. STF. Ação Penal n.º 348-5 – Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan, e Caso Adyr. STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 – Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

[96] Caso Villa-Verde. STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 72.830 – Rondônia. 2.ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.10.1995. Recorrentes: Erasto Villa-Verde de Carvalho e Luiz Ribeiro de Andrade. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

ao então Governador do Estado a contratação do segundo recorrente, advogado, para representar o Estado perante os tribunais superiores, em Brasília. A contratação foi feita sem licitação.

O *iter* processual até que o caso chegasse ao STF foi conturbado[97]. O Min. Carlos Velloso chegou a afirmar que o mérito do recurso estaria restrito à instância jurisdicional competente para o julgamento da ação. Não obstante, os ministros registraram seus argumentos quanto à contratação direta em si, que provocou a instauração da ação penal.

A esse respeito, o voto do Min. Carlos Velloso defendeu a legalidade da contratação, fazendo referência expressa ao parecer do Ministério Público Federal que havia opinado pelo trancamento da ação penal, com o argumento de que "os honorários pactuados não foram exorbitantes e não mereceram reparos do Tribunal de Contas".

Não foi o valor dos honorários, no entanto, o argumento central que sensibilizou os ministros do STF a decidirem pela legalidade da contratação direta.

[97] O percurso do processo até o STF pode ser resumido da seguinte maneira: a partir de uma decisão contrária à contratação direta, proferida pelo Tribunal de Contas Estadual, o Ministério Público ofereceu denúncia criminal pela prática de peculato contra os então Governador, Procurador-Geral do Estado e advogado contratado (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07.12.1940 - Código Penal. Art. 312. "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário"). A denúncia foi apresentada perante o Tribunal de Justiça de Rondônia, mas como um dos denunciados era o ex-Governador, o processo foi deslocado ao Superior Tribunal de Justiça (Constituição Federal. Art. 105. "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados". Ao receber os autos do processo no STJ, o ministro-relator os encaminhou à Procuradoria Geral da República, que deixou de oferecer a denúncia sob o argumento de que "os honorários pactuados não foram exorbitantes e não mereceram reparos do Tribunal de Contas". Com base nesse entendimento, o STJ decidiu pelo arquivamento do processo em relação ao ex-Governador, devolvendo os autos ao Tribunal de Justiça para prosseguimento do processo em relação ao ex-Procurador-Geral do Estado e o advogado. O Tribunal de Justiça entendeu que não havia razão para que o processo corresse na segunda instância, e o remeteu para julgamento pela primeira instância. O juiz da Vara Criminal da Capital de Porto Velho deu seguimento à ação quanto aos recorrentes, o ex-Procurador-Geral e o advogado. Sob o argumento de que a decisão pelo arquivamento, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, beneficiaria a todos os réus. O ex-Procurador-Geral do Estado e o advogado apresentaram habeas corpus diretamente ao STJ para o trancamento da ação penal também em relação a eles. Contra o acórdão que negou este habeas corpus é que foi proposto o recurso ordinário em habeas corpus ao STF.

O Min. Carlos Velloso, relator, proferiu o voto condutor, que foi acompanhado pelos outros ministros[98]. A razão de decidir do Min. Carlos Velloso é identificada no trecho a seguir:

> "Acrescente-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que **a matéria exige, inclusive, especialização**, certo que se trata de **trabalho intelectual**, impossível de ser aferido em termos de **preço mais baixo**. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa **sociedade que não sabe conceituar valores**. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica*". [negritos meus]

A transcrição evidencia o que teria levado à afirmação sobre a ausência de ilegalidade neste caso. Para expressar um olhar técnico e estritamente jurídico, o Min. Carlos Velloso reconheceu que a especialização do agente e a natureza intelectual do trabalho a ser desenvolvido impediriam um julgamento objetivo com base no menor preço, como geralmente pretende a Lei 8.666/93. Foi feita uma leitura literal do art. 25, II, combinado com o art. 13 da Lei.

Mais interessante do que o argumento puramente técnico, porém, foi a comparação estabelecida entre o advogado e o médico, ambos passíveis de serem contratados sem licitação, na visão do ministro. O motivo da analogia não foi a especialidade do agente ou a singularidade do objeto, que, apesar de serem os elementos que ensejam a inexigibilidade, sequer foram discutidos com atenção maior no voto ou no acórdão. A comparação foi feita para afirmar que seria um equívoco mensurar, através de valores monetários, atividades tão especiais – talvez nobres, como é a medicina e, claro, o direito –, daí a crítica a uma "sociedade que não sabe conceituar valores". É o reflexo de uma visão do mundo da advocacia.

O segundo acórdão do STF que enfrentou o tema foi proferido no julgamento do **Caso Chedid**, cujo relator foi o Min. Sepúlveda Pertence[99]. O recurso fora interposto pelo

---

[98] Além do relator, apenas o Min. Maurício Corrêa apresentou voto escrito. Os outros ministros que participaram do julgamento, Min. Marco Aurélio e Min. Francisco Rezek, declararam seus votos em ata.

[99] Caso Chedid. STF. Recurso Extraordinário n.º 466.705-3 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.03.2006. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi.

Ministério Público Estadual contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, reformando decisão da primeira instância, proferida em sede de ação civil pública, afirmou a possibilidade de contratação direta realizada por prefeitura municipal para a prestação de serviços advocatícios. Em suas razões recursais, o Ministério Público afirmou que o objeto do serviço não seria singular para os fins do art. 25, II, da Lei, e que o acórdão impugnado teria violado o art. 22, XXVII[100], e o art. 37, XXI, da Constituição que determinam, respectivamente, a competência da União para legislar sobre licitação e o dever de licitar.

Trecho do acórdão recorrido, transcrito no relatório do Min. Sepúlveda Pertence, apresenta claramente o que motivou a propositura da ação judicial pelo Ministério Público. Confira-se:

> "(...) a douta Procuradoria Geral de Justiça, em fundamentado parecer, centralizou o contraditório, **deixando 'a latere' o requisito da notória especialização** (...)
>
> Realçou o Ministério Público que: 'No caso, **não se discute** a dispensa ou inexigência de licitação, o que na verdade se analisa é a possibilidade de o Poder Público Municipal contratar profissionais, para a prestação de serviços, que por não serem singulares, poderiam e deveriam ser executados pela sua própria procuradoria jurídica (...)" [negritos do original]

O Ministério Público tomou por impertinente a discussão quanto às características do prestador do serviço, ou mesmo de seu objeto, nalguma medida, que poderiam justificar a inexigibilidade de licitação. Para o Ministério Público, o óbice à contratação direta de serviços advocatícios seria a existência de procuradoria jurídica própria do Município.

Todos os ministros reconheceram que haveria impossibilidade de se apurar a singularidade do serviço – que sequer era contestada pelo Ministério Público – num recurso extraordinário, por ofensa às Súmulas 279 e 636 do STF, que proíbem o reexame da instrução probatória e processual nesse tipo de recurso[101].

---

[100] Constituição Federal: Art. 22. "Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III". (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998).

[101] Súmula n.º 279, aprovada em 13.12.1963: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Súmula n.º 636, aprovada em 29.09.2003: Não cabe recurso extraordinário por ao princípio constitucional da

Ainda assim, foi apresentado um argumento de mérito central para o debate: a existência do vínculo de confiança entre advogado e cliente, impossível de ser medido num processo licitatório.

Foi neste acórdão que o Min. Eros Grau assentou o elemento subjetivo da confiança, como inerente à contratação de serviços advocatícios, que impediria a realização de uma licitação. E o fez nos seguintes termos:

> "Trata-se da contratação de serviços de advogado, definidos pela lei como 'serviços técnico profissionais especializados', isto é, **serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposita na especialização desse contratado**". (negritos do original)

Os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Ayres Brito e Cezar Peluso não discutiram esse argumento, mas consignaram a legalidade da contratação, apesar de decidirem pelo não provimento do recurso por ofensa às súmulas acima mencionadas.

Parece haver alguma inclinação dos ministros a favor da legalidade da contratação direta de serviços advocatícios. Qual seria o motivo, afinal, de tratarem favoravelmente do assunto em seus votos quando o fundamento da decisão seria outro, de índole formal, passando ao largo da controvérsia em torno da contratação direta?

O argumento do vínculo de confiança, externado pelo Min. Eros Grau, foi adotado noutros casos decididos pelo STF, como no julgamento do **Caso Pavan**, que teve como relator justamente o Min. Eros Grau[102].

O relatório do Min. Eros Grau apresentou o caso. O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra o então prefeito municipal de Balneário Camboriú (SC), pela prática do crime de dispensa indevida de licitação, previsto no art. 89

---

legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dadas a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

[102] Caso Pavan. STF. Ação Penal n.º 348-5 – Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan.

da Lei 8.666/93[103]. No início do mandato, a partir de recomendações feitas pela Procuradoria do Município, o prefeito determinou a abertura de processo de dispensa de licitação, por emergência, autorizado nos termos do art. 24, IV da Lei 8.666/93, para a contratação de serviços gerais de advocacia. Como justificativa, alegou a verificação de vícios, identificados por entidade de auditoria externa, em diversos atos praticados pela gestão anterior, que não poderiam ser corrigidos pelos poucos integrantes da Procuradoria do Município.

O Ministério Público assinalou dois vícios na contratação direta. O primeiro apontou que os mesmos profissionais contratados diretamente já teriam prestado serviços ao prefeito, enquanto pessoa física, antes de sua posse. Haveria, portanto, desrespeito ao princípio da impessoalidade na ausência do certame. Também não se teria demonstrado a urgência dos serviços, que segundo o contrato envolveriam apenas a realização de atividades de rotina.

Assim, para o Ministério Público, a contratação estaria viciada duplamente, porque não estariam demonstradas (a) a notória especialização e (b) a urgência que justificasse a dispensa, nos termos do art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

No curso do processo, o então acusado foi eleito para o cargo de Senador da República, deslocando-se a competência para processar o feito para o Supremo Tribunal Federal. Aproveitando-se dos atos praticados anteriormente, o Ministério Público Federal acolheu os argumentos apresentados na denúncia do Ministério Público do Estado.

O julgamento no STF começou com o voto do Min. Eros Grau, afastando a aplicação da hipótese de dispensa de licitação por emergência, mas reconhecendo que a contratação em discussão se enquadraria como inexigibilidade de licitação, uma vez presente a notória especialização dos profissionais envolvidos. Transcrevendo doutrina de sua autoria, o Min. Eros Grau reforçou o argumento anteriormente apresentado de que o elemento subjetivo da confiança inviabilizaria uma licitação. Confira-se:

---

[103] Lei 8.666/93. Art. 89. "Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa" .

> "(...) 'serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, **escolhendo o contratado** de acordo, em última instância, com **o grau de confiança** que ela própria, Administração, deposita na especialização desse contratado (...)"[104]. [negritos meus]

O argumento, na forma como foi apresentado, se aplicaria em qualquer caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação em função da notória especialização, e não só para os serviços advocatícios. Não há, no voto, esforço maior para explicar a associação entre a notória especialização, expressamente mencionada como elemento que enseja a inexigibilidade, nos termos do art. 25, II, da Lei 8.666/93, e o elemento subjetivo da confiança, sobre o qual nada menciona a norma que autoriza a inexigibilidade.

Os ministros que apresentaram votos escritos[105] não fizeram referência ao argumento da confiança, central no convicção do Min. Eros Grau – o que iria ocorrer anos depois no julgamento do **Caso Adyr**, a seguir descrito. Por outro lado, acompanharam o relator ao decidirem favoravelmente à contratação direta por inexigibilidade de licitação. Em votos curtos – de uma a duas páginas – diferentes argumentos foram apresentados por cada ministro.

O primeiro a apresentar voto, após o relator, foi o Min. Sepúlveda Pertence, que ressaltou "os títulos dos advogados contratados, que correspondem ao conceito legal de notória especialização no Estado de Santa Catarina". O mesmo entendimento expressou o voto do Min. Marco Aurélio.

O voto do Min. Cármen Lúcia dissertou mais sobre o tema, para reconhecer que não se poderia estabelecer objetivamente critérios seguros para a comparação das condições de contratação entre dois advogados. Essa inviabilidade configuraria a inexigibilidade de licitação. Vale conferir as palavras da Min. Cármen Lúcia.:

---

[104] Trecho do voto do Ministro Eros Grau, proferido no julgamento da Ação Penal n.º 348-5, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15.12.2006, em que se reproduz argumento apresentado no livro Eros Grau. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 64-65.

[105] Os votos escritos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres e Joaquim Barbosa serviram meramente para acompanhar o relator. Já os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cezar Peluso acompanharam o relator declarando seus votos em ata.

> "Um dos princípios da licitação, posto no artigo 3.º [da Lei 8.666/93], é exatamente o do julgamento objetivo. Não há como dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro?"

A partir do trecho acima, parece que não se cogita qualquer forma de comparação entre as condições de oferta para a prestação de serviços entre dois advogados. Apesar de convergentes quanto à decisão final, os votos apresentaram fundamentos próprios e distintos entre si.

O último acórdão em que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a contratação direta de serviços advocatícios foi proferido no julgamento do **Caso Adyr**, também sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence[106].

De acordo com o relatório, o Ministério Público do Estado do Paraná denunciou os dois pacientes – advogados – pela prática do crime tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93. O Ministério Público sustentou que o serviço contratado – auxílio na venda de terrenos a munícipes interessados – não se caracterizaria como singular para os fins de inexigibilidade. O argumento foi acolhido pelo Tribunal de Justiça local.

Ao proferir seu voto, após o enfrentamento de outras questões de ordem estritamente formal[107], o Min. Sepúlveda Pertence retomou o argumento da confiança, que foi usado pela primeira vez no voto do Min. Eros Grau proferido no **Caso Chedid** e desenvolvido por ele no **Caso Pavan**. Após reproduzir um trecho do voto do Min. Eros Grau no **Caso Pavan**, o Min. Sepúlveda Pertence arrematou:

> "De fato, é a associação desses dois elementos (notória especialização e confiança) – ao lado, é claro, do relevo do trabalho a ser contratado –, que permitirá concluir pela inexigibilidade de licitação".

A utilidade maior do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence não está, todavia, na sedimentação de um argumento ou na apresentação de uma fundamentação

---

[106] Caso Adyr. STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 – Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

[107] Outros argumentos foram apresentados pelos pacientes, como a extinção de punibilidade, a ocorrência de prescrição e a incompetência do Ministério Público para investigar.

uniforme da Corte ao decidir sobre a licitude da contratação direta nessas situações. A contribuição do voto está na apresentação de possíveis elementos que contribuiriam para definir o que se entende por notória especialização para fins de inexigibilidade. Acolhendo informações trazidas pela petição, o relator fez uma lista do currículo de cada paciente, com a finalidade de se certificar da notória especialização. Vale reproduzir:

> "No que toca à notória especialização, demonstra-se que o paciente Adyr Ferreira – Advogado Militante desde 1970 – fora agraciado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil com uma das mais elevadas distinções, passando a integrar a Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de membro efetivo (...).
>
> Figurou, ainda, na Consultoria Científica do CAPES para os Cursos de Pós-Graduação em Mestrado e Doutorado, exercendo, dentre tantas outras funções de seu extenso currículo (...), a de examinador de concursos (...), professor (...) e Procurador do Município de Londrina (...), onde desenvolveu atividades específicas ligadas à regularização de loteamentos, conforme reportagens jornalísticas (...).
>
> A paciente Íria Regina Marchiori, por sua vez, alem de exercer a advocacia por quase 20 anos e possuir cursos de Pós Graduação – neles incluída uma especialização em Licitações (...) –, bem como curso equivalente pela Escola da Magistratura (...), foi aprovada em concursos para Procuradoria Judicial do Município de Curitiba (...) e para Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (...)".

Se o voto apresentou com tanta clareza e detalhe o currículo dos advogados contratados sem licitação, como forma de demonstrar que possuíam ambos a notória especialização exigida pela Lei, é razoável supor que as características acima transcritas podem indicar o que o Ministro, e quiçá o Supremo, entende por notória especialização para fins de inexigibilidade.

Assim, destacam-se como elementos pertinentes à notória especialização: (i) o tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, o que se supõe atestar a experiência; (ii) alguma atuação acadêmica; (iii) a realização de cursos de pós-graduação; e (iv) a aprovação em concurso público.

O voto do Min. Sepúlveda Pertence também atentou para o fato de que a comissão de licitação, ao decidir pela contratação direta dos pacientes, cuidou de observar que a singularidade do serviço a ser executado se comprovaria pela especificidade e quantidade

das tarefas a serem realizadas, as quais já teriam sido implementadas pelo contratado noutro município da região.

Para concluir, no ponto relativo ao mérito da contratação direta, o Min. Sepúlveda Pertence reconheceu a existência de obstáculos à realização de licitação para a contratação de serviços advocatícios, independentemente do objeto do serviço ou de seu prestador. Confira-se:

> "Poupo-me, aqui, de outras considerações sobre a **extrema dificuldade de 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 tempo chamava (L. 4.215/63, art. 83) –, de qualquer atitude tendente à 'captação de clientela.
>
> (...)
>
> Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as **limitações éticas e mesmo legais a disciplina e a tradição da advocacia** trazem para o profissional". [negritos meus]

Após pugnar pela legalidade da contratação direta, em função da subsunção dos critérios eleitos pela Lei – notória especialização e singularidade – o Ministro destacou outros óbices decorrentes do ordenamento jurídico a que se licite a prestação de serviços advocatícios. Mas não deixou de mencionar sua visão, assim como fez o Min. Carlos Velloso ao proferir o seu voto no julgamento do **Caso Villa-Verde**: a disputa de preços não se coaduna com a "tradição" da advocacia.

O voto do Min. Carlos Ayres Britto acompanhou o do Min. Sepúlveda Pertence, reafirmando a verificação, no caso concreto, dos "pressupostos do artigo 25, II, com o § 1.º da Lei 8.666/93", associados ao "elemento subjetivo da confiabilidade, eminentemente subjetivo ou discricionário por parte da administração pública". Além dele, o Min. Ricardo Lewandowski apresentou voto escrito, para acompanhar o relator[108].

O estudo desses quatro acórdãos oferece um retrato de como o STF vê a contratação direta de serviços advocatícios. Para a Corte, o elemento subjetivo da confiança está presente nesse tipo de contrato e não pode ser exigido, porque inviável a sua

[108] Os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia declararam seus votos em ata.

medição, num procedimento licitatório nos moldes da Lei 8.666/93. A verificação da confiança a ser exigida de um potencial interessado em prestar serviços advocatícios ao Poder Público está incluída no âmbito da discricionariedade da autoridade contratante, que observando os critérios do art. 25, II, combinado com o art. 13 da Lei 8.666/93, pode escolher livremente o futuro contratado.

Esse é o conteúdo jurídico declarado que se extraí dos acórdãos analisados. Quando as características e especificidades dos serviços a serem executados demonstram a sua singularidade e que o seu prestador deve reunir condições pessoais próprias, de notória especialização, o STF reconhece a inexigibilidade de licitação.

No entanto, outro elemento parece incentivar o Supremo Tribunal Federal ao julgar favoravelmente os casos envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios. A visão de que é vedada a comercialização de serviços advocatícios, porque contrária à tradição da profissão, ou porque atividade tão importante não é precificada, parece permear o raciocínio dos votos que mais contribuíram para o debate, proferidos pelos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

A pluralidade de razões presentes nas decisões do STF, e o fato de as decisões proferidas terem sido todas por unanimidade – em que pese as distintas fundamentações – pode-se dizer com tranquilidade que, para o Supremo Tribunal Federal, é legal a contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação.

No entanto, deve-se anotar que, com exceção do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do **Caso Adyr**, nenhuma outra orientação foi dada para se medir a presença da notória especialização e a singularidade do serviço.

IV.5. A contratação de direta de serviços advocatícios no Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça foram encontrados 11 (onze) acórdãos pertinentes à pesquisa[109]. São eles:

1. **Caso DERSA**. STJ. Recurso Especial n.º 764.956 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Ferreira Netto Advogados, João Maria Galvão de Barros, Fernando de Jesus Carrazedo e outros, Desenvolvimento Rodoviário S/A. DERSA, Antonio Jamil Cury.
2. **Caso Baptista**. STJ. Recurso Especial n.º 488.842 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Adilson Franco Penteado e outros, e Antonio Sergio Baptista Advogados Associados e outros.
3. **Caso CLIN**. STJ. Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. Decisão. Min. Francisco Falcão, j. 14.08.2008. AgRg no Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, 02.10.2008. Agravante: Nóbrega Direito Empresarial LTDA. e Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói – CLIN. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
4. **Caso Gomes**. STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.052.231 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2009. Agravante: Luiz Manoel Gomes Junior. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.
5. **Caso Mendes**. STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.253.420 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010. Agravante: Ordem dos Advogados do Brasil Secção de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

[109] As pesquisas que resultaram nos acórdãos identificados foram refeitas no mês de abril de 2013 no sítio de pesquisas do Superior Tribunal de Justiça, incluindo acórdãos e súmulas, com as seguintes combinações: (contratação e inexigibilidade e advocacia); e (contratação e (direta ou inexigibilidade) prox licitação), no período compreendido entre as datas de 01.01.2008 e 01.01.2013. Foram descartados três acórdãos obtidos nesse levantamento: (a) STJ. EDcl na Ação Penal n.º 423 – Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Gilson Dipp, 01.08.2008, que tratava de renovação de contrato; (b) STJ. Recurso Especial n.º 1.223.496 – Paraíba. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 05.06.2012, que tratou da contratação de outro serviço; e (c) STJ. Recurso Especial n.º 1.193.885 – Goiás. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.09.2010, que se limitou a reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa independentemente de se comprovar o dolo.

6. **Caso Raposos**. STJ. Recurso Especial n.º 1.038.736 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.05.2010. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Cássio Magnani Junior e outro.
7. **Caso INSS**. STJ. Recurso Especial n.º 1.127.969 – Rio Grande do Sul. 2.ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.11.2010. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal.
8. **Caso Leão**. STJ. Recurso Especial n.º 726.175 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 22.02.2011. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Leão e Simonetti Advogados Associados S/C.
9. **Caso Cheib**. STJ. Recurso Especial n.º 1.285.378 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade, Cheib Advogados Associados, Município de Passa Quatro.
10. **Caso BADESC**. STJ. Habeas Corpus n.º 228.759 – Santa Catarina. 5.ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.04.2012. Impetrante: Cláudio Ávila da Silva Júnior e outros. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Dalirio Jose Beber.
11. **Caso Ariovaldo**. STJ. Recurso em Habeas Corpus n.º 25.267 – São Paulo. 5.ª Turma. Rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Paraná), j. 11.12.2012. Recorrente: Ariovaldo Trigo Teixeira. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A questão de mérito posta nos acórdãos encontrados nem sempre era atinente à legalidade ou à ilegalidade da contratação direta, uma vez que é assente na jurisprudência da Corte a inviabilidade de se adentrar em matéria de fatos ou que envolvam alguma análise probatória já apreciada nas instâncias julgadoras anteriores. Evocou-se com frequência, nos casos estudados, a Súmula n.º 7 do STJ[110]. Mas isso não impediu encontrar, inclusive nesses casos, o posicionamento dos ministros sobre a contratação direta de serviços advocatícios à luz da Lei 8.666/93. O que se verificou em boa parte dos acórdãos do STJ foi parecido com o que se viu nos acórdãos do STF, em que os ministros acabaram por tratar da contratação direta para declarar seu entendimento, sem que esse fosse o ponto nodal para o deslinde do litígio posto à apreciação do Tribunal.

[110] Súmula 7, aprovada em 28.06.1990: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Mas diferentemente do que se verificou no Supremo Tribunal Federal, os ministros do Superior Tribunal de Justiça não têm um posicionamento firme sobre a contratação direta de serviços advocatícios. Há casos em que o discurso foi pela legalidade da contratação direta, e casos em que a manifestação foi no sentido posto.

Observando numericamente, tem-se uma divisão de casos em que prevaleceu um ou outro posicionamento. Dos 11 (onze) acórdãos encontrados, em 4 (quatro) deles predominou o discurso pela legalidade da contratação direta, contra 7 (sete) acórdãos em que se afirmou a sua ilegalidade. Mas, como já se alertou antes, o intuito da pesquisa não é o de fornecer uma análise estatística do entendimento do Tribunal. O objetivo da pesquisa é o de apresentar um retrato dos problemas da contratação direta e o discurso circundante à inexigibilidade de licitação nesses casos.

Os acórdãos serão analisados a seguir, em subitens específicos, que separam os acórdãos em que predominou um discurso favorável à contratação direta dos casos em que o argumento prevalecente foi o de reafirmação do dever de licitar[111].

IV.5.1. A contratação direta de serviços advocatícios no STJ: posição favorável.

Os acórdãos que decidiram pela legalidade da contratação direta de serviços advocatícios, ou nos quais se identificou, com predominância, argumentos favoráveis a ela, são os seguintes:

- **Caso DERSA**;
- **Caso Leão**;
- **Caso Cheib**; e
- **Caso BADESC**.

[111] Vale observar que a divergência de entendimento no STJ, com os mesmos argumentos, também é encontrada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos julgamentos de casos envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios. Em outra pesquisa, realizada ainda no início deste trabalho, no dia 14.05.2011, no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotando-se a expressão de busca "licitação inexigibilidade", chegou-se a um resultado de 44 acórdãos em que o Tribunal enfrentou questões relacionadas à contratação direta de serviços advocatícios. Desses 32 acórdãos, 18 consideraram ilegal a contratação direta desses serviços, contra 16 que a consideraram legal. A diferença, como se vê, é relativamente pequena, o que ressalta a pluralidade de entendimentos e conflitos interpretativos.

Os casos indicados serão apresentados na ordem cronológica em que foram julgados. A começar pelo **Caso DERSA**, julgado em 14.04.2008[112].

A DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A. é uma sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Governo do Estado de São Paulo. Em 1996 e 1997, a empresa celebrou dois contratos, sem licitação, cujo objeto era a "prestação de serviços especializados de advocacia no campo do Direito Administrativo", relativos a causas envolvendo a DERSA no Tribunal de Contas. O valor considerado nos dois contratos perfazia o valor de R$ 142.500,00 (cento e quarenta e dois mil e quinhentos reais), pelo prazo total de 13 (treze) meses.

O Ministério Público propôs ação civil pública, contra a DERSA, seus dirigentes e o escritório de advocacia contratado, pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei 8.429/92[113].

Na primeira instância, a ação foi julgada improcedente, e as duas partes recorreram ao Tribunal de Justiça: o Ministério Público, para requerer a reforma da decisão, um dos denunciados, para sustentar a condenação do Ministério Público por litigância de má-fé. Os argumentos do recurso de apelação não foram acolhidos, tendo o Tribunal de Justiça reconhecido a notória especialização apta a afastar a inexigibilidade de licitação. Contra esse acórdão do Tribunal de Justiça, o Ministério Público interpôs o recurso especial que chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

O Min. Francisco Falcão, relator, reconheceu a legalidade da contratação direta, feita com amparo no art. 25, II, da Lei 8.666/93, transcrevendo trechos do acórdão recorrido que atestariam a notória especialização do escritório contratado, verificada pelo currículo dos profissionais integrantes, e a especificidade do objeto do contrato. Vale

---

[112] Caso DERSA. STJ. Recurso Especial n.º 764.956 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Ferreira Netto Advogados, João Maria Galvão de Barros, Fernando de Jesus Carrazedo e outros, Desenvolvimento Rodoviário S/A. DERSA, Antonio Jamil Cury.

[113] Lei 8.429, de 02.06.1992. Art. 11. "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência".

transcrever trecho do acórdão recorrido que foi reproduzido no voto do Mini. Francisco Falcão que dá detalhes da situação fática que levou à contratação atacada:

> "(...) Nada nos autos desmerece, nem autor se interessou em produzir provas para infirmar as afirmações da DERSA de que: '(...) possui um **quadro reduzido de procuradores**, todos absorvidos pela enorme quantidade de ações judiciais, sem possibilidade de desviar a sua atividade profissional para **assuntos que refogem** (sic) **completamente à rotina** dos trabalhos do departamento jurídico, como é o caso das questões relativas ao **Tribunal de Contas**. Tais questões de grande complexidade estão representadas por um número de **400 processos em trâmite**, a exigir constante acompanhamento, conquanto não encerrem serviços rotineiros, padronizados, ao contrário, reclamam concurso de **profissionais especializados na área do Direito Público** (....)".

O Tribunal de Justiça parece ter reconhecido que as seguintes circunstâncias de fato autorizariam a contratação direta nos termos da Lei 8.666/93: (a) um quadro reduzido de profissionais jurídicos na entidade contratante; (b) demandas que extrapolam os assuntos rotineiros da entidade; e (c) prestação de serviços jurídicos em casos envolvendo o Tribunal de Contas.

Essas circunstâncias, que na visão do Tribunal de Justiça, justificariam a inexigibilidade, de alguma maneira foram acolhidas pelo STJ ao transcrever esse trecho do acórdão para fundamentar a decisão pelo não provimento do recurso[114], já que a incidência da Súmula n.º 7 foi reconhecida no voto do Min. Francisco Falcão, o que afastaria, a princípio, a necessidade de se pronunciar sobre a questão fático probatória.

O **Caso Leão**, julgado em 22.02.2011, que se analisa a seguir, envolve a celebração de contrato para a prestação de serviços advocatícios pela Prefeitura Municipal de Pirajuí, SP, sem licitação, cujo objeto era o assessoramento ao município em "processo administrativo de apuração de irregularidades na concessão de aposentadorias de funcionários públicos municipais"[115].

---

[114] A 1.ª Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com a declaração em ata dos votos dos Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, que acompanharam o voto do relator.

[115] Caso Leão. Recurso Especial n.º 726.175 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 22.02.2011. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Leão e Simonetti Advogados Associados S/C.

O Ministério Público propôs ação civil pública, pela prática de ato de improbidade administrativa pelo então prefeito municipal e o escritório contratado, tal qual previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 e por violação aos artigos 13, § 1.º e 25, II, da Lei 8.666/93. Requereu também a anulação do contrato celebrado[116]. Para o autor da ação, o serviço contratado não seria singular, e o agente contratado não possuiria notória especialização.

O julgamento em primeira instância foi favorável à pretensão do Ministério Público, condenando os réus, e destacando como elemento de convencimento para a acolhida dos pedidos do *Parquet* a natureza corriqueira dos serviços[117]. Foi interposto recurso de apelação ao Tribunal Justiça, que proferiu acórdão reformando a decisão de primeira instância. Contra esse acórdão foi interposto o recurso especial apreciado pelo STJ.

Assim como o voto do Min. Francisco Falcão no **Caso DERSA**, o Min. Castro Meira, relator, se limitou a transcrever trechos do acórdão impugnado e aplicar a Súmula n.º 7. Um desses excertos retratou a situação:

> "A **jurisprudência** admite como válida a contratação de advogado mesmo dispondo a Administração de procuradoria jurídica (...), ainda que para não **sobrecarregar** seus funcionários advogados (...), máxime quando, ao que parece, no presente caso, os três profissionais exercem funções específicas e definidas (assessoria de gabinete, execução fiscal e ações trabalhistas (...) não abrangendo o serviço em questão (...). A excepcionalidade, a extraordinariedade, a relevância do serviço (sic) justificam a contratação especial, independentemente de licitação". [negritos do original]

Igualmente ao voto do Min. Francisco Facão no **Caso DERSA**, o Min. Castro Meira reconheceu que a circunstância fático probatória anotada no acórdão recorrido autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação.

O julgamento não terminou aí. Em voto-vista apresentado pelo Min. Herman Benjamin uma voz dissonante se fez ouvir – e ela ressoa também nos acórdãos que

---

[116] A problemática dos contratos administrativos inválidos foi enfrentada por Jacintho Arruda CÂMARA. *Obrigações do Estado Derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

[117] Conforme se extraí do acórdão impugnado, obtido no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. AC n.ª 201.297.5-4/00. 6.ª Câmara de Direito Público. Des. Rel. Evaristo dos Santos, j. 07.04.2003.

apontaram elementos contrários à inexigibilidade. Sem destoar das conclusões apresentadas no voto do ministro relator, o voto-vista começou por declarar, com ênfase, a excepcionalidade da contratação sem prévia licitação. Confira-se:

> "A contratação de serviços jurídicos pelo ente público sem prévia licitação é, insisto, medida excepcional, sendo admitida **apenas** quando **"houver inviabilidade de competição", por duas razões (e só duas): a) o objeto do contrato for absolutamente singular; b) estar objetivamente caracterizada a notória especialização do advogado"**. [negritos do original]

Infere-se do trecho acima reproduzido que há uma tendência de se afastar o argumento segundo o qual determinado objeto pode ser considerado singular em face das circunstâncias fáticas. Ao mesmo tempo, o trecho ignorou, na verificação da legalidade de contratação, o elemento subjetivo do vínculo de confiança. Em que pese esse início duro a favor da licitação, o voto-vista do Min. Herman Benjamin terminou por acompanhar o voto do Min. Castro Meira[118].

O **Caso Cheib**, julgado em 13.03.2012[119], tratou da contratação direta de serviços advocatícios, cujo escopo era a revisão e o "acompanhamento de precatórios e a defesa dos interesses" do Município de Santa Rita do Passa Quatro (MG) em ações judiciais no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no Tribunal Regional do Trabalho e nos Tribunais Superiores.

Foi proposta ação civil pública pelo Ministério Público, em que se reclamou a declaração de nulidade do contrato, sob o argumento de que o objeto não seria singular para uma prefeitura municipal, e o contratado não possuiria o elemento da notória especialização, com pedido de condenação pela prática de ato de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/92. Além desses argumentos, que são os

---

[118] A 2.ª Turma decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso, com a declaração em ata dos votos dos Ministros Humberto Martins e Mauro Campbell, que acompanharam o voto do relator.

[119] Caso Cheib. Recurso Especial n.º 1.285.378 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade, Cheib Advogados Associados, Município de Passa Quatro.

mesmos apresentados no **Caso DERSA**[120] e no **Caso Leão**[121], alegou-se que o contrato teria objeto genérico e de prestação continuada.

O voto do Min. Castro Meira, relator, adotou o roteiro que se apresentou acima: reproduziu trechos do acórdão impugnado para verificar, a partir dos elementos fáticos probatórios, se estão presentes os requisitos necessários à contratação direta. Para afirmar a legalidade da contratação por inexigibilidade, o voto destacou 3 (três) elementos aferidos pelo acórdão atacado: (a) a notória especialização do contratado; (b) o valor do contrato; e (c) o atendimento do art. 26 da Lei 8.666/93.

Vale destacar o que foi reproduzido no voto, acerca do cumprimento do art. 26 da Lei 8.666/93, pois esse argumento não apareceu em outros acórdãos analisados neste tópico, mas que está presente nos casos em que o julgamento foi pela ilegalidade da contratação direta.

> "Ademais, atendidas as formalidades do art. 26 da Lei 8.666/93, tendo sido a contratação precedida de regular procedimento em que justificada a escolha do escritório de advocacia (...), restando, ainda, instruído o procedimento com os documentos relativos à regularidade fiscal da empresa, prova de inscrição na OAB (...) e aqueles pertinentes à sua constituição".

Após, transcrever esse e mais trechos do acórdão recorrido referentes a outros elementos que autorizariam a inexigibilidade, como foi dito acima, o voto concluiu pelo não provimento do recurso especial[122].

O **Caso BADESC** é o caso mais recentemente julgado, no dia 15.04.2012[123].

---

[120] Caso DERSA. STJ. Recurso Especial n.º 764.956 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Ferreira Netto Advogados, João Maria Galvão de Barros, Fernando de Jesus Carrazedo e outros, Desenvolvimento Rodoviário S/A. DERSA, Antonio Jamil Cury.

[121] Caso Leão. Recurso Especial n.º 726.175 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 22.02.2011. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Leão e Simonetti Advogados Associados S/C.

[122] A 2.ª Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, com a declaração em ata dos votos dos Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha, que acompanharam o voto do relator.

O BADESC é a Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina[124]. Em 2010, seu diretor-presidente autorizou a contratação de um escritório de advocacia para o patrocínio de uma ação trabalhista promovida pelo Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis.

O réu e o chefe da consultoria jurídica do BADESC, que recomendou a contratação, foram denunciados pelo Ministério Público, pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. Alegou-se a inexistência de singularidade do serviço para o qual o escritório fora contratado, e a existência de corpo jurídico próprio para atuar na causa em questão.

Recebida a denúncia em primeira instância, foi impetrado habeas corpus para o trancamento da ação penal no Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, com o fundamento de regularidade da instrução processual e "existência de prova da materialidade". Contra esse acórdão do Tribunal de Justiça, os denunciados impetraram o habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça.

Os pacientes alegaram que a demanda trabalhista, proposta pelo Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis contra o BADESC, seria revestida de notável complexidade, com potencial de dano da ordem de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Como a demanda proposta pelo Sindicato dos Bancários da Grande Florianópolis beneficiaria inclusive o corpo de advogados do BADESC, a defesa da instituição restaria comprometida não houvesse o socorro a escritório externo de advocacia. Daí a razão da contratação sem licitação, por inexigibilidade, pelo valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que seria baixo se comparado com o valor total do potencial prejuízo oriundo da ação.

Em defesa da contratação direta, alegou-se que: (a) o corpo jurídico da entidade teria interesse direto na demanda proposta para a qual se contratou a prestação de serviços sem licitação; (b) o serviço a ser prestado, em que pese aparentemente corriqueiro, traria

---

[123] Caso BADESC. Habeas Corpus n.º 228.759 – Santa Catarina. 5.ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.04.2012. Impetrante: Cláudio Ávila da Silva Júnior e outros. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Dalirio Jose Beber.

[124] O BADESC é uma sociedade de economia mista, criada pela Lei Estadual n.º 4.950, de 11.11.1973, como um banco de desenvolvimento. Com a edição da Lei Estadual n.º 10.912, de 15.09.1998, foi transformada em uma agência de fomento.

consigo elevado grau de importância em virtude dos valores envolvidos; e (c) o valor cobrado pelo contratado sem licitação foi compatível com o valor da ação judicial na qual deveria atuar.

O Min. Jorge Mussi, relator, considerou todos esses argumentos. Mas iniciou seu voto por outro, o do vínculo de confiança inerente à prestação de serviços advocatícios. Confira-se:

> "(...) renomados doutrinadores vêm sustentando que a contratação de serviço técnico de natureza singular, a ser prestado por profissional de notória especialização, deve ser acompanhada da **confiança neste depositada pelo administrador público** para a consecução do objeto do contrato a ser celebrado, **requisito de natureza subjetiva** que se encontra no seu âmbito de atuação **discricionária** e **torna inviável a competição**". [negritos meus]

Esse é o "princípio da confiança", assim chamado pelo voto do Min. Jorge Mussi, que impediria a realização de uma licitação para a contratação de serviços de advocacia. Diferentemente do voto proferido pelo Min. Eros Grau, no julgamento do **Caso Pavan**[125], que foi citado no voto do Min. Jorge Mussi, o argumento da confiança não se pretendeu auto-suficiente. Após apresentá-lo, o voto passou a enfrentar os demais pontos trazidos pelas partes relacionados à norma autorizativa da inexigibilidade de licitação.

O voto consignou que a justificativa feita pelo chefe da consultoria jurídica da entidade, também denunciado pelo Ministério Público, demonstrou os elementos da inexigibilidade de licitação pelo "expressivo valor monetário" em caso de procedência da ação, e pela existência de interesse no caso por parte dos advogados que integram a consultoria jurídica da entidade. Nesse diapasão, consignou que a atuação do escritório externo era "imperiosa em razão do conflito de interesses verificados, argumento que bem se amolda ao princípio da impessoalidade". Por outro lado, a especificidade da contratação, para uma atuação específica e bem delimitada no contrato – fazendo referência especificamente à ação na qual o escritório contratado atuaria –, afasta o risco de terceirização das atividades da consultoria jurídica.

---

[125] Caso Pavan. STF. Ação Penal n.º 348-5 – Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan.

Quanto à notória especialização, levou-se em consideração o currículo do contratado acostado aos autos do processo, sem que o voto fornecesse elementos que permitissem conhecer o seu conteúdo.

Nesses termos, o voto considerou legal a contratação direta de serviços advocatícios, com base nos seguintes elementos, que também foram adotados no julgamento do **Caso Cheib**: (a) vínculo de confiança inerente à atividade de advocacia; (b) impossibilidade de se delegar a realização do objeto contratado ao quadro interno de advogados da entidade; (c) notória especialização do contratado, aferida em seu currículo; e (d) valor do contrato.

Com esses argumentos, o voto concedeu a ordem de habeas corpus, para reconhecer a atipicidade da conduta prevista no art. 89 da Lei 8.666/93[126].

IV.5.2. A contratação direta de serviços advocatícios no STJ: posição contrária.

Os acórdãos que decidiram pela ilegalidade da contratação direta de serviços advocatícios e nos quais se identificou, com predominância, argumentos contrários a ela, são os seguintes:

- **Caso Baptista;**
- **Caso Gomes;**
- **Caso CLIN**;
- **Caso Mendes**;
- **Caso Raposos**;
- **Caso INSS**; e
- **Caso Ariovaldo**.

[126] A 5.ª Turma decidiu, por unanimidade, deferir a ordem, com a declaração em ata dos votos dos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) e Laurita Vaz, que acompanharam o voto do relator.

O **Caso Baptista**, julgado em 17.04.2008[127], tratou da seguinte situação: a Prefeitura Municipal de Itatiba (SP) contratou, por inexigibilidade de licitação, escritório de advocacia para o patrocínio de causas no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O Ministério Público propôs ação civil pública, pleiteando a declaração de nulidade do contrato celebrado e a condenação do prefeito e do escritório contratado por ato de improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao Erário por danos gerados, a suspensão dos direitos públicos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público.

A ação foi julgada improcedente em primeira e segunda instâncias, contra essa última o Ministério Público interpôs o recurso especial julgado pelo STJ.

O voto do Min. João Otávio de Noronha, relator, reconheceu a importância das causas em que o escritório contratado deveria atuar, mas a existência de outras firmas habilitadas a prestar o serviço contratado impediria a contratação direta. Sobre isso, afirmou:

> "Evidentemente, não se descuida de que a aprovação das contas do município e a análise de contratos e regularidade de procedimentos licitatórios apresentam-se como relevantes para o poder público e exigem a atuação profissional atenta e eficiente dos técnicos envolvidos. Todavia, isso não autoriza a Prefeitura a entender que o escritório contratado (...) seja o único habilitado ao patrocínio de tais causas, que, conforme restou aferido dos autos, antes da contratação do mencionado escritório, era feito pelos advogados da Prefeitura. **Ademais, trata-se de serviços ordinariamente demandados pelas prefeituras de forma geral**". [negrito do original]

Na sequência do argumento segundo o qual a Administração não estaria autorizada a escolher livremente o profissional que melhor lhe aprouvesse – atendido o requisito da notória especialização, de acordo com o seu juízo – o voto complementa a ideia, afirmando o seguinte:

---

[127] Caso Baptista. STJ. Recurso Especial n.º 488.842 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Adilson Franco Penteado e outros, e Antonio Sergio Baptista Advogados Associados e outros.

> "(...) para a contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem a respectiva licitação, é necessário que sejam de natureza singular e exijam a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja **escolha está adstrita à discricionariedade administrativa**. Não obstante seja certo que a recorrida detenha tais requisitos, não é a única, havendo tantos outros igualmente hábeis". [negrito meu]

Há uma aparente contradição no argumento, tal qual transcrito, ao afirmar que se reconhece o juízo discricionário da Administração para a escolha do profissional de notória especialização, mas a multiplicidade de agentes com tal predicado prejudicaria a contratação direta. O que os dispositivos que autorizam a dispensa de licitação dizem, o art. 25, II, e o art. 13, ambos da Lei 8.666/93, na forma, aliás, como explicou o voto nos dois trechos acima, é que o serviço objeto do contrato deve se mostrar singular e demandar, por esse motivo, a atuação de um profissional com notória especialização. É diferente, portanto, de uma contratação envolvendo produtor ou representante exclusivo, cuja inexigibilidade é prevista pelo art. 25, I, da Lei, e não comporta nenhum juízo pela Administração.

Ao apreciar as consequências jurídicas da ilegalidade da contratação direta, como a declaração de nulidade do contrato, o voto afastou a condenação dos réus por ato de improbidade administrativa, ressaltando a ausência de danos ao erário em face da efetiva prestação do serviço a preço compatível com o mercado. Mencionou, também, o fato de que havia grande controvérsia quanto à interpretação dos dispositivos legais que autorizam a inexigibilidade de licitação, com reflexos nas decisões judiciais.

Mas essas ponderações foram rechaçadas pelos Ministros Herman Benjamin e Castro Meira, que votaram depois. Em seus votos, ficou assentado que a improbidade administrativa estaria configurada em face do descumprimento do dever de licitar, o que importaria em prática de ato visando fim proibido em lei, previsto no art. 11, da Lei 8.429/92[128]. Segundo esse entendimento, ao inexigir a licitação para o caso aventado no recurso, o agente automaticamente incidiria na conduta prevista como ato de improbidade administrativa.

---

[128] Lei 8.429, de 02.06.1992. Art. 11. "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...)"

De volta aos elementos que caracterizam a inexigibilidade, o voto do Min. Herman Benjamin ofereceu algumas pistas do que se entende por notória especialização para a contratação direta de serviços advocatícios. Confira-se:

> "(...) Já no que tange ao primeiro quesito, cabe lembrar que, em Direito, 'notória especialização' é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, do mundo jurídico, mesmo que regional, seja pela **longa e profunda dedicação a um tema**, seja pela **publicação de obras** e exercício de **atividade docente em instituições de prestígio**. (...)" [negritos meus]

Tal como fez o voto do Min. Sepúlveda Pertence proferido no julgamento do **Caso Adyr**[129], o voto do Min. Herman Benjamin destacou como elementos da notória especialização (a) a longa dedicação a um determinado tema, (b) a publicação de obras jurídicas e (c) o exercício de atividade docente.

Dessa forma, a decisão quanto à ilegalidade da contratação direta foi unânime entre os ministros, mas houve divergência quanto à incursão na Lei de Improbidade Administrativa, ponto em que o Min. João Otávio Noronha, originalmente designado relator, foi vencido[130].

O **Caso CLIN** foi, primeiramente, apreciado em decisão monocrática, proferida pelo Min. Francisco Falcão, em 14.08.2008. Posteriormente, em sede de agravo regimental, a questão foi submetia ao escrutínio da 1.ª Turma, cujo julgamento se deu em 02.10.2008[131].

---

[129] Caso Adyr. STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 – Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

[130] A 2.ª Turma decidiu, por maioria, dar provimento parcial ao recurso, com a declaração em ata dos votos dos Ministros Humberto Gomes Martins e Eliana Calmon, que acompanharam o voto do Min. Castro Meira.

[131] Caso CLIN. STJ. Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. Decisão. Min. Francisco Falcão, j. 14.08.2008. AgRg no Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, 02.10.2008. Agravante: Nóbrega Direito Empresarial LTDA. e Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói – CLIN. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A CLIN – Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói é uma sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Município de Niterói. Ela se dedica à limpeza urbana e à destinação adequada dos resíduos sólidos[132].

O Ministério Público estadual ajuizou ação civil pública para declarar a nulidade de contrato de prestação de serviços advocatícios, celebrado com escritório para atuar em causas de execução fiscal propostas pelo INSS. Requereu também a condenação dos réus pela prática de ato de improbidade administrativa. O *Parquet* alegou que não se observou a singularidade do serviço, prevista na Lei 8.666/93 para fins de inexigibilidade de licitação.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância, e foi interposto recurso de apelação ao Tribunal de Justiça. O acórdão proferido reformou a decisão do juiz de primeiro grau, acolhendo o argumento de que os serviços objeto do contrato não seriam singulares.

Contra o acórdão do Tribunal de Justiça foi interposto recurso especial ao STJ, pela empresa e pelo escritório, com o fundamento de que a hipótese prevista no art. 25, II, da Lei 8.666/93 incide no caso concreto, uma vez que (a) as ações para as quais se contratou a atuação do escritório envolviam valores que, juntos, somavam o montante de R$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais); (b) o escritório deteria notória especialização; e (c) não haveria dano ao Erário demonstrado, como se exigiria para fins de aplicação da Lei 8.429/92.

O elevado valor envolvido nas causas para as quais se contratou o escritório não sensibilizou o Min. Francisco Falcão a decidir monocraticamente contra o seguimento do recurso. Especialmente sobre esse tema, transcreveu parte do acórdão recorrido:

> "Dado o alto valor do contrato e existindo tanto em Niterói quanto no Rio de Janeiro, diversos escritórios igualmente capacitados para o acompanhamento processual das demandas envolvendo a entidade de economia mista, o interesse público exigia a licitação como meio de se promover a melhor escolha".

[132] Não foi encontrada a lei de criação da empresa, de modo que as informações foram obtidas com base em seu sitio eletrônico [www.clin.rj.gov.br/?a=empresa], acesso em 2.04.2013.

Vê-se que o entendimento adotado foi diametralmente oposto ao do voto dado pelo Min. Jorge Mussi no **Caso BADESC**, em que o valor do contrato, de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais, consideravelmente menor do que o do **Caso CLIN**, parece ter sido determinante para reconhecer a singularidade do objeto em função do potencial impacto econômico que a entidade sofreria caso não se contratasse auxílio externo.

Nesses termos, pela ausência de singularidade do objeto e reconhecendo a existência de outros profissionais na região que pudessem executar satisfatoriamente o serviço, o Min. Francisco Falcão negou seguimento ao recurso. Ao apreciar agravo regimental oposto contra a decisão, a 1.ª Turma manteve a decisão acompanhando seus argumentos[133].

O **Caso Gomes** foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de agravo de instrumento interposto contra acórdão denegatório de recurso especial prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[134]. A decisão monocrática de admissibilidade do agravo de instrumento foi proferida pelo Min. Luiz Fux, que confirmou o acórdão agravado, em 20.05.2009. Contra essa decisão, foi oposto agravo regimental, negado pela 1.ª Turma, em acórdão de 04.08.2009.

A Prefeitura Municipal de Nhandeara (SP), contratou, sem licitação, escritório de advocacia para a prestação de serviços de assessoria jurídica e para a defesa de atos praticados pelo chefe do Poder Executivo. O contrato foi celebrado pelo prazo de 18 (dezoito) meses, pelo valor de R$ 106.200,00 (cento e seis mil e duzentos reais).

A contratação foi impugnada em juízo, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público, para o fim de declarar a nulidade do contrato, e a imposição de sanções aos réus pela prática de ato de improbidade administrativa prevista nos artigos 10, VIII, e 11, I, da Lei 8.429/92[135].

---

[133] A 1.ª Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo, com a declaração em ata dos votos dos ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda, que acompanharam o relator.

[134] Caso Gomes. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.052.231 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2009. Agravante: Luiz Manoel Gomes Junior. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

[135] Lei 8.429/92. Art. 10. "Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º desta lei [órgãos e entidades integrantes dos Poderes de quaisquer dos entes da Federação]" e Art. 11. "Constitui ato de improbidade administrativa

O contrato foi anulado pela decisão judicial proferida em primeira instância, e os réus foram condenados a devolver parte do valor do contrato, equivalente a R$ 18.600,00 (dezoito mil e seiscentos reais). As partes integrantes dos dois pólos da *lide* agravaram a decisão, que restou mantida pelo Tribunal de Justiça.

Foi interposto recurso especial contra o acórdão do Tribunal de Justiça, negado na origem. Contra essa decisão denegatória do recurso especial, foi interposto recurso de agravo de instrumento dirigido ao STJ.

O Min. Luiz Fux recebeu o agravo, mas negou seu seguimento, sob o argumento de que a análise do recurso especial esbarraria na Súmula n.º 7. Consignou que o acórdão atacado, proferido pelo Tribunal de Justiça, analisou as circunstâncias fáticas ao concluir, *in verbis*:

> "No caso em exame, diante da farta documentação carreada aos autos (...), indicativas da **competência profissional** do advogado contratado, impõe-se consideração atinente à **singularidade de seus serviços**, cuja prestação não foi negada. (...) à evidência, o serviço contratado **não possui o signo da singularidade a ponto de tornar inexigível** a licitação e autorizar a contratação direta (...)". [negritos meus]

Como já se percebeu dos casos anteriormente analisados, a decisão poderia ter se limitado a aplicar a Súmula n.º 7, sem se pronunciar sobre a questão de mérito. No entanto, ainda que pela voz do Tribunal de Justiça, a decisão consignou sua posição sobre a contratação direta. A 1.ª Turma manteve a decisão, em julgamento de agravo regimental oposto contra ela[136].

---

que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; (...)".

[136] A 1.ª Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo, com a declaração em ata dos votos dos ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, Bendito Gonçalves e Francisco Falcão, que acompanharam o relator.

No **Caso Mendes**, julgado em 06.04.2010[137], o argumento aventado para se declarar a ilegalidade da contratação foi distinto dos apresentados até aqui. O caso envolveu a contratação de serviços advocatícios pela Prefeitura Municipal de Jundiaí (SP) sem licitação, para auxílio na prestação de contas do chefe do Executivo ao Tribunal de Contas do Estado.

O Ministério Público propôs ação civil pública, em que alegou a desnecessidade da contratação, uma vez que a Prefeitura dispunha de uma Procuradoria apta a exercer as atividades previstas no contrato. Inclusive, anteriormente à contratação, era a Procuradoria quem executava o serviço. Por esses motivos, requereu a condenação dos réus pela prática de ato de improbidade administrativa, previsto nos arts. 10 e 12, II, da Lei 8.429/92, com a consequente condenação de ressarcir o Erário, com o pagamento de multa e a proibição de contratar com o Poder Público.

A Ordem dos Advogados do Brasil requereu o ingresso na *lide*, na qualidade de assistente da sociedade de advogado, sob o argumento de que a demanda envolveria as prerrogativas dos advogados.

O Tribunal de Justiça rejeitou o pedido da OAB, afirmando que a ação não traria consequências à entidade ou a seus associados, referindo-se unicamente ao escritório envolvido. Contra esse acórdão, a OAB interpôs recurso de agravo de instrumento ao STJ, contra o qual, uma vez rejeitado monocraticamente pelo Min. Herman Benjamin, opôs-se agravo regimental. Ao apreciar o agravo regimental, o voto do Min. Herman Benjamin destacou que, na origem ficara demonstrada a desnecessidade da contratação – "a hipótese dos autos não trata de inexigibilidade de licitação, e sim de contratação desnecessária" – sendo essa, portanto, a razão da ação do Ministério Público, acolhida pelo Tribunal de Justiça[138].

---

[137] Caso Mendes. AgRg No Agravo de Instrumento n.º 1.253.420 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010. Agravante: Ordem dos Advogados do Brasil Secção de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

[138] A 2.ª Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo, com a declaração em ata dos votos dos ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins, que acompanharam o relator.

O argumento usado pelo *Parquet* não foi o da exigibilidade da licitação, mas sim da desnecessidade da contratação feita pelo Prefeitura Municipal de Jundiaí. Ao admitir que os serviços contratados poderiam ter sido prestados pelos procuradores municipais, o STJ aceitou que se analisasse, em juízo, não as condições da contratação direta, mas a própria pertinência da contratação. Esse raciocínio ultrapassa o caso dos serviços advocatícios e pode levar a questionamentos os mais diversos em qualquer contrato celebrado pela Administração.

No julgamento do **Caso Raposos**, em 04.05.2010[139], o Min. Herman Benjamin, relator, reforçou o entendimento de que a contratação de serviços de advocacia, por inexigibilidade de licitação, seria ilegal.

A Câmara Municipal de Raposos (MG), contratou para si, sem licitação, a prestação de serviços de assessoramento jurídico. Foi então ajuizada ação civil pública, pelo Ministério Público, para requerer a condenação do então presidente da Câmara e do advogado contratado pela prática de ato de improbidade administrativa, com a devolução de valores, a aplicação de multa e a suspensão dos direitos políticos dos réus.

O juiz singular julgou pela improcedência do pedido, por acarretar "a aplicação de penas por demais gravosas aos requeridos em face da conduta realizada". Dessa decisão, o Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça, que confirmou a sentença sob argumento diverso, o de que a configuração do ato de improbidade demandaria a presença de dois elementos: o efetivo prejuízo ao Erário e o dolo do agente na prática do ato ímprobo.

Contra esse acórdão do Tribunal de Justiça foi interposto o recurso especial analisado pelo STJ.

Quanto à contratação direta em si considerada, o procedimento descrito no art. 26 da Lei 8.666/93, necessário para a contratação direta, não foi observado pelo órgão contratante. Consequentemente, não se poderia atestar a singularidade do serviço e a notória especialização do contratado.

---

[139] Caso Raposos. Recurso Especial n.º 1.038.736 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.05.2010. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Cássio Magnani Junior e outro.

Diferentemente dos demais casos, em que se atentou para a ilegalidade da contratação direta em virtude da ausência de elementos intrínsecos a ela – singularidade do objeto e notória especialização do contratado –, a falta de um procedimento formal para a contratação direta foi a circunstância decisiva, neste caso, para o voto do relator. Veja-se:

> "Destarte, a falta de procedimento legal para justificar a inexigibilidade da licitação viola frontalmente o parágrafo único do art. 26 da Lei de Licitação e atenta contra o *princípio da legalidade* que rege a Administração Pública, segundo o qual toda atividade administrativa está condicionada aos estritos ditames e limites da lei". [itálico do original]

Não se discutiu as características do serviço a ser executado ou de seu prestador, bastando reconhecer a ausência do rito previsto na Lei para que se declarasse a ilegalidade da contratação.

Quanto às consequências jurídicas da contratação direta, considerada ilegal neste caso, o voto do Min. Herman Benjamin reformou o acórdão atacado para afirmar que a presença inequívoca de dolo na conduta do agente que afastou indevidamente a licitação. Numa passagem dura, afirmou:

> "O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem a realização do procedimento licitatório (...)".

A consequência do reconhecimento de ilegalidade na contratação direta por inexigibilidade de licitação, neste caso, foi das mais graves. Sem considerar ressalvas como as que foram feitas pelo Min. João Otávio de Noronha, no julgamento do **Caso Baptista**[140], a decisão final da Corte foi pela manutenção de uma condenação pesada aos acusados – se considerada toda a controvérsia, inclusive na própria Corte julgadora, a respeito do assunto.

[140] Caso Baptista. STJ. Recurso Especial n.º 488.842 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Adilson Franco Penteado e outros, e Antonio Sergio Baptista Advogados Associados e outros.

O **Caso INSS**, julgado em 23.11.2010[141], é outro que revela as dificuldades da tensão entre o dever geral de licitar e as exceções a ele autorizadas pela Lei 8.666/93. O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social.[142] O INSS dispõe de superintendências regionais e está descentralizado em diversos municípios brasileiros. Para tanto, a Lei Federal n.º 6.538, de 28.06.1978, cuidou de autorizar que os advogados autônomos poderiam ser contratados, sem concurso público ou vinculo empregatício, para atuar em nome do órgão[143].

Assim, considerando essa norma e o permissivo da contratação direta previsto no art. 25, II, combinado com o art. 13, ambos da Lei 8.666/93, a regional do INSS de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, contratou, sem licitação, 98 (noventa e oito) advogados para atuar em causas envolvendo a autarquia naquela localidade.

O Ministério Público Estadual propôs ação civil pública para a declaração de nulidade do contrato celebrado, com a cominação de sanções pela prática de ato de improbidade administrativa. Alegou a ausência de singularidades nos serviços prestado e da notória especialização dos contratados, e violação ao art. 131, § 2.º, da Constituição Federal[144], que incumbe à Advocacia Geral da União a tarefa de exercer os serviços de

---

[141] Caso INSS. Recurso Especial n.º 1.127.969 – Rio Grande do Sul. 2.ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.11.2010. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal.

[142] Lei Federal n.º 8.029, de 12.04.1990. Art. 17. "É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2° e 4° do art. 2° desta lei. Parágrafo único. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS terá até sete superintendências regionais, com localização definida em decreto, de acordo com a atual divisão do território nacional em macrorregiões econômicas, adotada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, para fins estatísticos, as quais serão dirigidas por Superintendentes nomeados pelo Presidente da República".

[143] Lei Federal n.º 6.538, de 28.06.1978. Art. 1.º "Nas comarcas do interior do País a representação judicial das entidades integrantes do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, instituído pela Lei n.º 6.439, de 1º de setembro de 1977, será exercida por Procuradores de seu Quadro de Pessoal ou, na falta destes, por Advogados autônomos, constituídos sem vínculo empregatício e retribuídos por serviços prestados, mediante pagamento de honorários profissionais".

[144] CF. Art. 131. "A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos".

representação judicial e extrajudicial da União e de suas entidades, entidade na qual o ingresso se dá por intermédio de concurso público.

Acolhendo ambos os argumentos, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região acolheu o pedido do Ministério Público, provocando o INSS e os advogados afetados a recorrem ao Superior Tribunal de Justiça.

O voto do Min. Mauro Campbell Marques, relator, manteve o acórdão recorrido, confirmando a tese lá aventada de que o art. 131, § 2.º, da Constituição teria vedado a representação da União por advogados externos. Chegou, até, a sugerir que a norma prevista no art. 1.º da Lei 8.029/90 não teria sido recepcionada pela Constituição Federal. Nesses termos:

> "Se constitui atribuição da Advocacia Geral da União, por intermédio dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, a defesa em juízo e a consultoria jurídica do Instituto Nacional do Seguro Social e das demais autarquias federais, **a recepção pela nova ordem constitucional da norma que permite o exercício de tal atividade por terceiros é de duvidosa técnica jurídica**". [negritos meus]

Esse argumento extrapola o caso presente e pode muito bem se aplicar a quaisquer outros envolvendo a contratação de serviços externos de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública Federal, e também Estadual, porquanto a previsão do art. 132 da Constituição Federal prevê na mesma direção[145].

O **Caso Ariovaldo**, julgado em 11.12.2012[146], é o derradeiro caso exemplificativo da postura do STJ ao apresentar argumentos contrários à contratação direta por inexigibilidade de licitação.

---

[145] CF. Art. 132. "Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas".

[146] Caso Ariovaldo. Recurso em Habeas Corpus n.º 25.267 – São Paulo. 5.ª Turma. Rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Paraná), j. 11.12.2012. Recorrente: Ariovaldo Trigo Teixeira. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O caso é muito simples. No ano de 2005, o prefeito do Município de Iguape, São Paulo, contratou sem licitação a prestação de serviços advocatícios, no campo do direito do trabalho, inobstante a Prefeitura Municipal possuir quadro próprio de advogados[147].

O Ministério Público propôs ação penal contra o prefeito, pela incursão no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93. Condenado em primeira instância a 3 (três) anos de detenção, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e à pena pecuniária, o réu apelou ao Tribunal de Justiça.

Seu principal argumento foi o de ter feito a contratação direta com base na inexigibilidade de licitação autorizada pela Lei 8.666/93, tendo escolhido para a celebração do contrato o escritório de um conhecido seu, que já havia lhe prestado serviços bem sucedidos anteriormente.

Não é possível inferir do acórdão impugnado a interpretação a seguir, mas faria sentido que o réu tivesse contratado seu conhecido justamente por ter nele a confiança de serviços bem executados anteriormente[148].

No julgamento do recurso em habeas corpus interposto pelo réu para requerer o trancamento da ação penal, o voto do Min. Campos Marques (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Paraná), relator, acolheu os argumentos do Ministério Público, sustentados na origem, para manter o acórdão atacado. Consignou que não há natureza singular no serviço e que os profissionais contratados não demonstraram possuir notória especialização em direito do trabalho.

---

[147] Conforme se extraí do acórdão impugnado, obtido no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. Apelação n.ª 0003602-39.2006.8.26.0244. 15.ª Câmara de Direito Criminal. Des. Rel. Ribeiro dos Santos, j. 20.01.2011.

[148] Há alguma semelhança com a "crônica jurídica" do antigo empresário que ao ser eleito prefeito e tornar procurador chefe seu antigo advogado, vê o antes criativo causídico obstar todas as soluções para uma administração supostamente eficiente. Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 5.ª edição, 2010, p. 102-108.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repetiu-se a exaustão que a contratação direta, em suas diferentes modalidades, não pode ser usada ao talante do legislador. Mas não se pode ignorar que realizar uma licitação pode ter muitos inconvenientes, e por isso a legislação autorizou o seu afastamento em alguns casos. Fechar os olhos para isso pode inviabilizar o funcionamento da Administração e causar graves prejuízos ao interesse público tutelado, justamente, pelas normas que prevêem a contratação direta, além de provocar graves prejuízos ao gestor público.

Como visto no Capítulo II, há um consenso na doutrina jurídica quanto ao dever de licitar e à excepcionalidade da contratação direta. Os valores protegidos pela licitação são intrínsecos ao Estado Republicano e Democrático de Direito. Não se cogita abrir mão deles.

No entanto, identificar a licitação com o regime legal da Lei 8.666/93 é um equívoco. O vício de origem dessa lei é justamente o seu grande trunfo de se pretender aplicável a toda a Administração Pública e em todas as circunstâncias. Esse olhar enviesado, que tudo lê e interpreta através da Lei 8.666/93, contaminou o sistema das contratações públicas no Brasil. O surgimento de inúmeros regimes alternativos é um indicativo dessa constatação. Mas esses regimes mantiveram a sua aplicação subsidiária, preservando a lógica da Lei 8.666/93, exceto pelo RDC.

Por isso, os órgãos de controle, e mesmo a doutrina jurídica, tendem a interpretar qualquer procedimento de contratação como submisso aos imperativos da Lei 8.666/93, ignorando suas distorções e os problemas que os regimes alternativos procuraram corrigir.

Como demonstrado no Capítulo III, a saída encontrada para fugir dessa distorção foi o aumento dos casos de contratação direta. As mais variadas situações passaram a dar ensejo à dispensa de licitação. Entidades absolutamente distintas se viram isentas do dever de licitar, sem justificativa aparente. Esse movimento foi feito sem que se adaptasse o processo da contratação direta. Desconsiderou-se assim as diferenças entre as hipóteses autorizativas da dispensa de licitação, que poderiam dar ensejo a procedimentos específicos de contratação direta, levando em conta as peculiaridades de cada caso.

Novamente, está-se diante de uma distorção provocada pela universalidade da Lei 8.666/93. Não fosse sua abrangência, outros procedimentos menos rígidos e adaptados à realidade de cada entidade da Administração Pública teriam sido criados, inclusive por normas infra legais. Os valores da licitação, em que pese inegociáveis, podem ser alcançados por procedimentos alternativos.

Mas ao invés disso, o que se assistiu nos últimos anos foi a proliferação de normas feitas *ad hoc*, inseridas na Lei 8.666/93, para afastar de entidades específicas o cumprimento do dever de licitar.

A problemática envolvendo a contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação, é reflexo direto das falhas ao redor da Lei 8.666/93 e da política legislativa de reforma do sistema legal das licitações como um todo.

Como se expôs no Capítulo IV, deixando de lado a alegação de que haveria uma reserva de mercado aos advogados públicos, parece claro que a Administração se vê obrigada a se socorrer de serviços externos de advocacia para melhor atender ao interesse público. Ao mesmo tempo, a Administração Pública se vê obrigada a atender demandas cada vez mais complexas, sem condições de se aparelhar internamente para dar conta delas.

A *alta* Administração Pública do Governo Federal, dos Governos dos Estados ou das capitais não representa a realidade da Administração Pública brasileira. Os casos analisados mostram que as prefeituras de cidades pequenas continuam a se socorrer de serviços externos de advocacia para resolver problemas aparentemente simples. Nenhum dos casos analisados tratou de contratação para viabilizar um sofisticado projeto de reforma legislativa, ou para modelar juridicamente uma parceria público-privada milionária.

Ao revés, o que se viu foram prefeituras terem de recorrer a serviços jurídicos externos – **Caso Chedid** – para atuação junto ao Tribunal de Contas e defesa de atos praticados pelo Chefe do Poder Executivo – **Caso Cheib, Caso Baptista, Caso Mendes** – ou para a condução de processos administrativos internos – **Caso Leão**. Todas essas

demandas são geradas por atividades corriqueiras em prefeituras. Mas nem por isso se pode afastar o signo da singularidade ou da notória especialização.

Nos casos analisados, nota-se que muitas vezes o ente contratante não possuía pessoal adequado ou em quantidade suficiente para dar conta do serviço delegado a terceiros. Às vezes, essa circunstância mostrou-se suficientemente forte para afastar o dever de licitar – **Caso Leão** –, em outras não – **Caso Baptista**. Não está claro, nos acórdãos lidos, o que vale para se contratar diretamente em situações assim.

Também foram encontrados casos envolvendo a contratação de serviços advocatícios por entidades de economia mista – **Caso DERSA, BADESC, Caso CLIN**. Sequer se aventou, nesses casos, que a natureza empresarial dessas entidades poderia justificar maior autonomia, inclusive para a contratação de serviços jurídicos externos. O argumento usado nesses casos, favoravelmente à contratação direta, foi a falta de pessoal interno para o atendimento do objeto da contratação direta – **Caso DERSA** – ou a impossibilidade de contar com ele – **Caso BADESC**.

Os dois conjuntos de casos referidos acima mostram que os argumentos usados ao se discutir a inexigibilidade estão relacionados a circunstâncias de fato. Considerou-se, na formulação dos argumentos contrários ou favoráveis à inexigibilidade, as condições concretas de cada caso. E parece ser esse mesmo o caminho, tendo em vista o caráter abstrato da norma que prevê a inexigibilidade.

Identificou-se também argumentos extremos, como o de que o vínculo de confiança afastaria por si só a licitação – **Caso Chedid** e **Caso Pavan** – e o de que a existência de mais de um profissional de notória especialização imporia o dever de licitar – **Caso CLIN**. Nenhuma dessas premissas podem ser tomadas *a priori*. O vínculo de confiança, isoladamente considerado, pode levar a arbitrariedades, como a que aparentemente se viu no **Caso Ariovaldo**.

A confiança não é um curinga para legitimar a inexigibilidade de licitação. O elemento subjetivo da confiança, em que pese estar presente na relação entre advogado e cliente, não foi contemplado na Lei 8.666/93 para autorizar a inexigibilidade. Deveras, esse elemento subjetivo da confiança tem consequências diferentes na relação privada entre

advogado e cliente, que pode, no limite, contratar como patrono um amigo ou um parente sem qualquer qualificação mais apurada apenas porque tem confiança nele. Não se pode admitir isso no campo das relações envolvendo a Administração Pública. O vínculo de confiança é um elemento forte para, entre os detentores da notória especialização, justificar a escolha de um determinado profissional. Até porque, como se viu no **Caso Adyr** e no **Caso Baptista**, não parece ser tarefa fácil medir a notória especialização.

Tomando como referência os elementos indicativos da notória especialização trazidos pelo Min. Sepúlveda Pertence no **Caso Adyr**, é preciso considerar a realidade que circunda a entidade contratante, e o fato de que não é possível dizer quem é mais ou menos notório especialista a partir só da análise do currículo – este, isoladamente considerado, é pouco ou nada relevante numa ação judicial.

Para além do imbróglio jurídico no tema da inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios, as consequências advindas de uma contratação tomada por ilegal por dispensa indevida do procedimento licitatório são devastadoras. Os problemas advindos da declaração de nulidade do contrato são muitos e a responsabilização do gestor público, que não necessariamente realiza a contratação para locupletamento seu ou de terceiros, são gargalos que precisam se eliminados. É preciso equilíbrio para que não se prive a Administração Pública de contar com o auxílio de profissionais de excelência, e de sua confiança, em contratos que só podem ser feitos sem licitação.

Sem ignorar a necessidade de uma ampla reforma no sistema brasileiro de licitações, o panorama apresentado no trabalho, condensado nessas breves conclusões, mostra que o instituto da contratação direta precisa ser revisto. Sofisticar o procedimento previsto no art. 26 da Lei 8.666/93, para que considere as diferenças entre as variadas hipóteses de contratação direta no momento da contratação, é tarefa das mais importantes. É medida salutar estabelecer procedimentos simplificados de seleção como alternativa à contratação direta em geral, sem cair no erro de querer impor a esses procedimentos simplificadas todas as exigências da Lei 8.666/93. A doutrina jurídica e os órgãos de controle – Ministério Público, Tribunais de Contas e Poder Judiciário – precisam aceitar que licitação não é sinônimo de Lei 8.666/93, ou a contratação direta só vai crescer e o poder público usará cada vez menos da licitação.

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. Prefácio, in SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1.ª edição, 1992.

AZEVEDO MARQUES, Floriano de. "Os grandes desafios do controle sobre a Administração Pública", in Paulo Modesto (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira – Estudos sobre a proposta da Comissão de Especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. "A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais", in *Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*, disponível em [http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69], mar. 2008.

_____. "Inexigibilidade de licitação por razão de segurança nacional" in *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n.º 16. Belo Horizonte: Fórum, abr. 2003.

_____. "Normas Gerais de Licitação – Doação e Permuta de Bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de Disposições da Lei Federal 8.666/93 aos Entes Federados (comentários a acórdão do STF na ADI n.º 927-3-RS)", in *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, n.º 12. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 173-191.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BORGES, Alice Gonzalez. "Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia", in *Revista de Direito Administrativo – RDA*. n.º 206. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1996.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Obrigações do Estado Derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMMAROSANO, Márcio. "Breves anotações sobre a contratação de serviços profissionais de advocacia", in *Informativo de Licitações e Contratos – ILC*. n.º 31. Curitiba: Zênite, set. 1996.

CASSESE, Sabino. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1994.

_____. *La Crisis del Estado.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. "Inexigibilidade de licitação para contratação de fundação universitária", in *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n.º 40. Belo Horizonte: Fórum, abr. 2005.

_____. "Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa", *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. n.º 64. Belo Horizonte: Fórum, nov. 2010.

_____. "Contratação de serviços de advocacia pela Administração Pública", *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. n.º 2. Belo Horizonte: Fórum, abr. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Sérgio & FIGUEIREDO, Vera Lúcia. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3.ª edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa (comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar)*. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. "As leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas", in CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1275-1296.

_____. "Em defesa do Regime Diferenciado e Contratações", in *Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*, disponível em [www.sbdp.org.br/arquivos/material_ver.php?idConteudo=89], acesso em fev. 2013.

_____. ROSILHO, André, "Existe licitação para alem da lei 8.666/93?", in *Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*, disponível em [www.sbdp.org.br/arquivos/material_ver.php?idConteudo=89], acesso em fev. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13.ª edição. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da lei complementar n.º 123 atinentes a licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

MACHADO D' AVILA, Vera Lúcia. *Inexigibilidade de licitação. Notória Especialização. Exclusividade,* in DI PIETRO, Maria Sylvia; Oliveira Ramos, Dora Maria de; *et all*. *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo: Malheiros.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª ed., 2012.

_____. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 16.ª ed., 2012.

_____. "Constituição de 1988: catalisadora da evolução do direito administrativo?", artigo publicado na *Revista do Advogado*, v. 99. São Paulo: IASP, 2008, p. 100-107.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 1.ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro.* 15.ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo.* São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. "Mecanismos de consenso no Direito Administrativo", in *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, in ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Licitação na modalidade de pregão*. 2.ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Fabio Carneiro Bueno. *Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços advocatícios,* in SCARPINELLA BUENO, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). *Improbidade administrativa (questões polêmicas e atuais)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Véras. "A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei n.º 12.349/10", *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 38. Belo Horizonte, jul./set. 2012, p. 9-30.

PINTO, Henrique MOTTA; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratação de advogados pelo poder público e licitação: o que diz o STF?* in *Informativo Direito Público e Cultura Jurídica da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp*, disponível em [http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=3], mar. 2008.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ministério da Justiça: Brasília, 1968.

ROCHA, Fabio Amorim. *Temas Relevantes no Direito de Energia Elétrica.* Rio de Janeiro: Synergia, 2012.

RODRIGUES, Cristina Barbosa. "Lei n.º 12.349/2010: as licitações públicas assumem o papel de instrumento impulsionador da inovação tecnológica no Brasil", *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, n.º 33. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2011, p. 101-109.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros: 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do 'placar eletrônico',* in ARAGÃO, Alexandre

Santos de; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 523 a 569.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.) *Contratações Públicas e seu Controle.* São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos.* São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. "Processo Administrativo: um debate sobre o problema de sua conceituação e classificação", in VALDIVIA, Diego Zegarra; ONETO, Victor Baça. *La Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Palestras, 2011, p. 189-210.

_____. *Fundamentos de Direito Público.* São Paulo: Malheiros, 5.ª edição, 2010.

_____. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. "Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime jurídico dos contratos administrativo", *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 41. Belo Horizonte: Fóum, jan./mar. 2013, p. 57-72.

_____; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. "Regime da contratação de obras públicas por emergência", *Interesse Público – IP*, n.º 69. Belo Horizonte: Fórum, set./out. 2011, p. 23-35.

_____. SOUZA, Rodrigo Pagani; PINTO, Henrique Motta. "Empresas semiestatais", *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n.º 36. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez./2011, p. 75-99.

_____. SOUZA, Rodrigo Pagani. "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", *Contratações Públicas e seu Controle,* Carlos Ari SUNDFELD (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98-99.

_____. "Licitação nas Estatais: Levando a Natureza Empresarial a Sério", *Revista de Direito Administrativo,* n.º 245. Rio de Janeiro: Atlas, 2007, p. 13-30.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, José Murilo de Carvalho (org.). São Paulo: 34, 2002.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Informações Gerenciais de Contratações e Compras Públicas – janeiro a dezembro de 2012. Disponível no sitio [http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Manuais/01-01_A_12_INFORMATIVO%20COMPRASNET_DadosGerais.pdf], acesso em 10.04.2013.

Acórdãos citados

STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 72.830 – Rondônia. 2.ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 24.10.1995. Recorrentes: Erasto Villa-Verde de Carvalho e Luiz Ribeiro de Andrade. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

STF. Recurso Extraordinário n.º 466.705-3 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.03.2006. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi.

STF. Ação Penal n.º 348-5 – Santa Catarina. Plenário. Rel. Min. Eros Grau, j. 15.12.2006. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Leonel Arcângelo Pavan.

STF. Habeas Corpus n.º 86.198-9 – Paraná. 1.ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17.04.2007. Pacientes: Adyr Sebastião Ferreira e Íria Regina Marchiori. Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

STJ. Recurso Especial n.º 764.956 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Ferreira Netto Advogados, João Maria Galvão de Barros, Fernando de Jesus Carrazedo e outros, Desenvolvimento Rodoviário S/A. DERSA, Antonio Jamil Cury.

STJ. Recurso Especial n.º 488.842 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.04.2008. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorridos: Adilson Franco Penteado e outros, e Antonio Sergio Baptista Advogados Associados e outros.

STJ. Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. Decisão. Min. Francisco Falcão, j. 14.08.2008. AgRg no Recurso Especial n.º 1.055.031 – Rio de Janeiro. 1.ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão, 02.10.2008. Agravante: Nóbrega Direito Empresarial LTDA. e Companhia Municipal de Limpeza Urbana de Niterói – CLIN. Agravado: Ministéiro Público do Estado do Rio de Janeiro.

STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.052.231 – São Paulo. 1.ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux, j. 04.08.2009. Agravante: Luiz Manoel Gomes Junior. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

STJ. AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.253.420 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.04.2010. Agravante: Ordem dos Advogados do Brasil Secção de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

STJ. Recurso Especial n.º 1.038.736 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04.05.2010. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Cássio Magnani Junior e outro.

STJ. Recurso Especial n.º 1.127.969 – Rio Grande do Sul. 2.ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.11.2010. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Ministério Público Federal.

STJ. Recurso Especial n.º 726.175 – São Paulo. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 22.02.2011. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Leão e Simonetti Advogados Associados S/C.

STJ. Recurso Especial n.º 1.285.378 – Minas Gerais. 2.ª Turma. Rel. Min. Castro Meira, j. 13.03.2012. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade, Cheib Advogados Associados, Município de Passa Quatro.

STJ. Habeas Corpus n.º 228.759 – Santa Catarina. 5.ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.04.2012. Impetrante: Cláudio Ávila da Silva Júnior e outros. Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Paciente: Dalirio Jose Beber.

STJ. Recurso em Habeas Corpus n.º 25.267 – São Paulo. 5.ª Turma. Rel. Min. Campos Marques (desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Paraná), j. 11.12.2012. Recorrente: Ariovaldo Trigo Teixeira. Recorrido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. AC n.ª 201.297.5-4/00. 6.ª Câmara de Direito Público. Des. Rel. Evaristo dos Santos, j. 07.04.2003.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP. Apelação n.ª 0003602-39.2006.8.26.0244. 15.ª Câmara de Direito Criminal. Des. Rel. Ribeiro dos Santos, j. 20.01.2011.