

## Da inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado por ente público e a possibilidade concreta de concorrência

### *The non-requirement for tender for hiring lawyer for public entity and the concrete possibility of competition*

Waldemar Carolino de Abreu Neto<sup>1</sup>, Anne Izabelly Oliveira de Sousa<sup>2</sup>, Alyson Francisco de Moura Sousa<sup>3</sup>

**RESUMO:** O dever de licitar é inerente à Administração Pública, uma vez que esta não dispõe do arbítrio de contratar com qualquer pessoa, a não ser aquela que melhor aproveite ao ente público. Como exceção a esta regra, o próprio diploma que rege a matéria apresenta exceções, tratadas como casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Nesta última, grande polêmica gira em torno da situação de inexigibilidade de licitação na contratação de advogados por município, em face da situação de burla à legislação, confrontada com a impossibilidade teórica de concorrência entre estes profissionais. Assim, é objetivo geral dessa pesquisa analisar a situação de inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados pelos municípios e a possibilidade de concorrência. Para possibilitar a construção dos aspectos teóricos da monografia, perseguindo o objetivo elencado, emprega-se como método de investigação o dedutivo e como método procedimental o histórico, auxiliado pelo comparativo, tudo fazendo mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica aplicada em textos legais, doutrinários, jurisprudenciais e científicos. Como resultado, mediante o desenvolvimento teórico embasado em referências especializadas na temática, tem-se que a possibilidade de concorrência é possível, desde que respeitados os preceitos traçados pelo STF, quando da análise do assunto, que, de todo modo, não pôs fim ao debate e à dúvida sobre o caso.

**Palavras-chave:** Licitação. Advogado. Município.

**ABSTRACT:** The duty to bid is inherent in Public Administration, since it does not have the discretion to contract with any person, unless that best make the public entity. As an exception to this rule, the statute governing the matter itself has exceptions, treated as cases of exemption and waiver of bidding. In this last, great controversy revolves around the status of waiver of bidding in hiring lawyers by municipality, given the situation of fraud legislation, confronted with the theoretical impossibility of competition between these professionals. Thus, the general objective of this research is to analyze the situation waiver of bidding for hiring lawyers by municipalities and the possibility of competition. To enable the construction of the theoretical aspects of the monograph, pursuing the objective part listed, is employed as a research method and deductive method as procedural history, aided by comparison, doing everything by using the technique of literature applied in legal texts, doctrinal, jurisprudential and scientific. As a result, through the theoretical development grounded in specialist referrals in the subject, has the possibility of competition is possible, provided they comply with the precepts outlined by the Supreme Court, when analyzing the subject, which, in any case, did not end the debate and doubt about the case.

**Keywords:** Bid. Lawyer. County.

\*Autor para correspondência

Recebido em 01.02.2014 e aceito em 04.02.2014

<sup>1</sup>Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais- FAFIC- waldemarc Carolino@hotmail.com

<sup>2</sup>Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais- FAFIC- alysonsousa@hotmail.com

<sup>3</sup>Bacharel em Serviço Social – FAFIC – bellynaoliveira@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública goza de prerrogativas que não são extensíveis aos particulares. Tudo isso com o propósito de preservar o interesse público, que se sobrepõe ao privado. Todavia, em que pese o privilégio conferido, os administradores precisam respeitar determinadas regras, dado que não lhes é facultado fazer tudo aquilo que convém, mas apenas o que a lei autoriza.

Diante dessa peculiaridade, o dever de licitar é uma obrigação aos entes públicos, que, ao contratar com o particular, necessitam visar sempre a proposta mais vantajosa.

Ocorre que, nem sempre a disputa entre os particulares que pretendem contratar com o setor público é possível, seja em função de flexibilização da supramencionada regra legal, seja em função da própria impossibilidade de concorrência no caso concreto. Nestas situações, estar-se-á diante de casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, circunstâncias que são previstas no próprio diploma regulador da matéria, qual seja, a Lei n. 8.666/93.

Questão controvertida ocorre quando se discute a possibilidade de contratação, por ente público municipal, de advogados, sem que haja o necessário procedimento licitatório. Isso porque, de um lado, não há possibilidade de promoção de concorrência entre profissionais da advocacia e, de outro, a situação de contratação de tais profissionais, sem concurso público, poderia desencadear uma fraude ao que dispõe a própria lei.

Sendo assim, esta monografia tem como objetivo analisar a situação de inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados pelos municípios e a possibilidade de concorrência. Quanto aos objetivos específicos: apresentar o instituto da licitação, alocando-o em uma abordagem histórica; definir inexigibilidade de licitação dentro deste contexto; analisar a possibilidade de concorrência entre advogados; apresentar os posicionamentos jurisprudenciais sobre a matéria.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos, onde se abordou o conceito, espécies e modalidades de licitação; as definições de dispensa e inexigibilidade; e a problemática em torno das contratações de profissionais que prestam assessoria jurídica aos municípios, abordando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, em especial a solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Para atingir os escopos do presente trabalho, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica na área do Direito Administrativo, utilizando-se, primordialmente, do método de abordagem dedutivo, mediante a análise de obras literárias, artigos científicos, textos legais e posicionamentos jurisprudenciais, através da aplicação dos métodos de procedimento histórico e comparativo; mediante o emprego da técnica de pesquisa teórica.

A problemática abordada é de suma importância, de modo que a discussão aqui travada tem como finalidade fomentar a pesquisa sobre o fenômeno em evidência, possibilitando uma melhor análise acerca deste ponto polêmico.

## LICITAÇÃO E O ESTADO DE DIREITO

Diferentemente dos particulares, na Administração Pública não se é permitido adquirir bens, alienar ou locá-los, contratar a execução de serviços ou obras sem que haja, preliminarmente, o procedimento licitatório, de acordo com a lei. A licitação constitui um procedimento obrigatório, pelo qual os entes da administração pública direta e indireta deverão fixar contrato com terceiros, que, através da competição, escolherão a proposta mais vantajosa. A esse respeito, a Constituição Federal prevê:

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

Nestes termos, Melo (2011, p. 528) expõem que:

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

Deste modo, percebe-se que a finalidade do processo de licitação é selecionar a proposta mais vantajosa, permitindo a participação dos particulares de forma isonômica, sem favorecimentos pessoais, o que será mais bem detalhado no decorrer do trabalho.

### 2.1 O processo licitatório como dever republicano

No Brasil, perdurou durante 21 anos o regime imperialista. Com o golpe militar de 15 de novembro de 1889, que depôs Dom Pedro II, o Brasil abandona o termo Império. Após a ação simbólica da Proclamação da República, pelo Marechal Deodoro da Fonseca, em 15 de novembro de 1889, novamente é estabelecido um tipo de regime e, assim, ocorre um novo período da história

brasileira, que denomina-se Brasil República, que perdura até os dias de hoje.

Iniciada a República, era imprescindível a preparação de uma nova Constituição, pois a anterior dava seguimento aos ideais da monarquia. A constituição de 1891 afirmou, com certeza, alguns avanços de maneira política, embora mostrasse algumas restrições, pois simbolizava os interesses das aristocracias agrárias do país. A constituição nova implantou o sufrágio universal para todos os cidadãos (salvo para as mulheres, militares com a patente baixa e os analfabetos). A constituição estabelece, ainda, o presidencialismo e o voto desimpedido.

Bonavides (2004, p. 220) dispõe que “presidencialismo no Brasil é verificar que os primeiros republicanos eram parlamentaristas e não lhes passava pela cabeça a consagração do sistema presidencial”.

Depois da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorreram modificações expressivas no sistema político e econômico do país, com a ampliação da indústria, abolição do trabalho escravo, a transferência de pessoas para os centros urbanos, oriundas do núcleo rural, e, juntamente, o surgimento da inflação.

As essenciais inovações dessa Constituição, datada de 24 de fevereiro de 1891, como destaca Ferreira Filho (1990, p. 314) são: instituição do aspecto federativo de Estado e do aspecto republicano de governo; estabelecimento da independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; criação do voto com menos limitações; separação entre a Igreja e o Estado, a religião católica o seu status de religião oficial não era mais assegurado; e a instituição do *habeas corpus*.

Depois da ascensão ao poder de Getúlio Vargas e, por essa razão, com a promulgação de um novo texto constitucional, maiores conquistas foram implementadas ao ordenamento jurídico. Com efeito, a Constituição de 16 de julho de 1934 traz maior poder ao governo federal; voto secreto e obrigatório, a partir dos 18 anos de idade, e já com direito de voto às mulheres, mas mantendo impedido do voto os mendigos e os analfabetos; fundação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; edição de leis trabalhistas, que determinarem jornada de trabalho de oito horas por dia, descanso semanal e férias com percepção de salários; mandado de segurança e ação popular.

Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolvendo o Congresso e, assim, outorgando ao país, sem nenhuma consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a anulação dos partidos políticos e o fortalecimento do poder nas mãos do dirigente supremo do Executivo. Carta essa datada de 10 de novembro de 1937.

Em se tratando de algumas medidas adotadas, destacam-se: supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa, instituição da pena de morte; derrogação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; limitação das prerrogativas do Congresso Nacional; autorização para suspensão da isenção parlamentar; prisão e exílio de adversário do governo; e pleito indireto para o cargo de presidente da República, com mandato de seis anos.

Posteriormente ao fim do estado novo, nova Constituição fora promulgada, em data de 18 de setembro de 1946, readquirindo a linha democrática de 1934.

As medidas adotadas foram a restauração dos direitos individuais, o termino da pena de morte e da censura. A Carta também restituía a independência ao Executivo, Legislativo e Judiciário e restituía a estabilidade entre esses domínios, além de transferir aptidão a estados e municípios. Seguindo outra medida, que foi a edificação com direção a eleição direta para presidente da República, sendo o mandato, neste caso, com prazo de cinco anos.

Em 1964 foi instalado o regime militar, como destaca Ataliba (2001, s/p) que, assim, preservou o Congresso Nacional, mas controlava o Legislativo. Sendo assim, o Executivo dirigiu ao Congresso uma sugestão, uma oferta de Constituição que foi confirmada e consentida pelos parlamentares e publicada no dia 24 de janeiro do ano de 1967.

Essa Constituição conservou a Federação, com expansão da União, e empregou a eleição indireta para presidente da República, através de Colégio Eleitoral constituído pelos integrantes do Congresso e delegados apontados pelas Assembléias Legislativas. Em seguida, o próprio Judiciário também chegou a experimentar mudanças, e, assim, foram interrompidos os abonos dos magistrados.

Dentre outras medidas pode-se destacar: suspensão de alguma reunião de caráter político; censura aos recursos de informação, estendendo-se ao teatro, a música e ao cinema; interrupção do *habeas corpus* para os denominados crimes políticos; decretação do estado de sítio, pelo Presidente da República, em algum dos casos denunciados na Constituição; e a concessão para mediação nos estados e municípios.

Passada mais de uma década, por meio da Emenda Constitucional nº 26, em 27 de novembro de 1985, foi convocada uma nova Assembléia Nacional Constituinte, com a incumbência de criar um novo texto constitucional, que refletisse a realidade do meio social pelo qual passava o país, que passava por um processo de redemocratização, posteriormente ao marco final do regime militar.

A nova Carta devotou cláusulas transformadoras com o intuito de modificar relações econômicas, sociais e políticas, atribuindo direito de sufrágio aos jovens de 16 anos e aos analfabetos. Novos direitos trabalhistas foram estabelecidos, como diminuição da jornada semanal de trabalho que passava de 48 para 44 horas, férias remuneradas, com o acréscimo de mais um terço do salário, e seguro desemprego.

Atribuindo, assim, uma espécie como hoje em dia vigora, o princípio da igualdade.

Como dispõe em seu texto, Moraes (2012, p. 35), afirma que:

a igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente a entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não

recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

Somente com a Constituição Federal de 1988 sanou-se a dúvida atinente ao dever de licitar, se este era instituto do direito administrativo ou do direito financeiro, tendo prevalecido a primeira corrente.

Cuida-se de um procedimento administrativo formal pelo qual o Poder Público, por meio de critérios isonômicos, públicos e pré-estabelecidos busca selecionar a alternativa mais vantajosa para a celebração de um negócio jurídico. A licitação é constituída por diversas fases em uma ordem cronológica.

A licitação não tem natureza contratual, pois ao término da licitação o vencedor não está contratado e não tem direito adquirido ao contrato, tendo apenas uma mera expectativa de direitos.

A **licitação** foi incorporada no direito público brasileiro há, pelo menos, cento e quarenta anos atrás, pelo Decreto nº. 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações das tarefas, a cargo do Ministério da Agricultura, Comercio e Labutas Públicas. Depois da edição de diversas outras leis que trataram de forma menor do assunto, o comportamento licitatório chega ao final, a ser fundado, na esfera federal, pelo Decreto nº. 4.536, de 28.01.22, que dispõe sobre o Código de Contabilidade da União.

A começar do antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o método licitatório veio progredindo, com o objetivo de reconhecer, às contratações públicas, maior eficiência, sendo, por fim, organizando através do Decreto-Lei nº. 200, de 25.02.67 (arts. 125 a 144), que determinaram a reestruturação administrativa federal, sendo ampliado posteriormente, com a edição da Lei nº. 5.456, de 20.06.68, às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-lei nº. 2.300, de 21.11.86, atualizado em 1987 pelos Decretos-lei nº2.348 e 2.360, estabeleceu, pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das **Licitações** e Contratos Administrativos, agregando normas gerais e especiais referidas à matéria.

A Constituição de 1988 simboliza um virtuoso progresso na institucionalização e democratização da Administração Pública. Não obstante os textos constitucionais antecedentes apreciarem os mecanismos arrolados ao acesso da função pública e ao regimento do funcionalismo estatal, a autentica constitucionalização da Administração Pública foi realizada pela Carta de 1988.

A partir de 1988, a **licitação** recebeu posição social de princípio constitucional excelente, de cumprimento obrigatório pela Administração Pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, ao averiguar o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, observar-se que a obrigatoriedade no ato de **licitar** é princípio constitucional, unicamente sendo dispensada ou inexigida nas circunstancias expressamente prenunciadas em Lei.

Com base nestas informações, preceitua Moraes, (2012, p. 378), que o “legislador constituinte, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilevidade do patrimônio público determinou no art. 37, XXI, da Constituição Federal, a regra da obrigatoriedade da licitação”.

O princípio do dever de **licitar** se encontra profundamente anexo aos rudimentos da indisponibilidade e preeminência do interesse público que são princípios norteadores da atividade estatal.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei 8.666, de 21.06.93 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), em efeito imediato, que disciplina as **licitações** e contratos da Administração Pública. Essa Lei determina cinco modalidades **licitatórias**: tomada de preços, concorrência, concurso, convite, e leilão. Essas modalidades ficam definidas no art. 22 da Lei Federal nº. 8.666/93.

### A obrigação de licitar por parte do Estado

A competência para a realização do procedimento licitatório é da União, no entanto, como destaca Andrade (2009, p. 143), “de acordo com o art. 22, XXVII, da CF/1988, a competência para legislar sobre normas gerais de licitação é da União, cabendo aos Estados e Municípios legislar para suplementar a lei federal, de forma a atender suas peculiaridades”.

Neste viés, acentua Melo (2011, p. 531):

A competência para legislar sobre licitação assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto, compete à União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo que cada qual legislará para si própria em sua esfera específica.

O art. 1º da Lei nº. 8.666/93 dispõe a respeito das entidades que devem licitar, sendo elas: a Administração Pública Direta e Indireta, os fundos especiais e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Além do mais, em algumas hipóteses, é possível a contratação sem a necessidade de licitação. Com efeito, em certos casos, previstos no art. 17, I e II, da Lei nº. 8.666/93<sup>1</sup>, o mencionado diploma esclarece não ser

<sup>1</sup> Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:



necessária a realização da licitação, por razões de interesse público. Nestes, a licitação é dispensada, ocorrendo ainda

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômicas, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
  - b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
  - c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
  - d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
  - e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
  - f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.
- [...]

outras situações que estão descritas no art. 24 da mesma lei, em que compete ao administrador decidir pela realização ou não da licitação.

A contratação de subsidiárias e contratadas com fulcro no art 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93 somente é admitido 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 (MEIRELLES, 2013, p. 308).

### **Princípios da licitação**

De acordo com Lei nº. 8.666/93 são princípios da administração pública a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade entre os licitantes, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

O princípio da legalidade encontra-se explicitado no art. 4º do referido diploma, que descreve: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

Pelo princípio da impessoalidade, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo (2010, p. 536), “[...] encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”.

O princípio da moralidade impõe a administração e aos licitantes agir em conformidade com a ética e a lealdade.

O princípio da igualdade entre os licitantes “é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou no convite, favoreçam um em detrimento dos outros [...]”. (MEIRELLES, 2011, p. 288).

Pelo princípio da publicidade, os atos e termos da licitação devem ser expostos aos interessados. Fala-se no dever de transparência. Destaca-se que deve ser respeitado o sigilo na apresentação das propostas. Neste prisma, nas palavras de Lopes (2011, p. 288), “é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas”.

A probidade administrativa constitui dever de todo administrador público, pelo qual deverá agir com moralidade e honestidade em suas atividades.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto no art. 41 da Lei de Licitações, descrevendo que “a Administração não pode descumprir

as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Sobre este aspecto, pontua Meirelles (2011, p. 290):

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar a sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto, vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

Pelo princípio do julgamento objetivo, nas lições de Hely Lopes Meirelles (2010, p. 286), “é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas”. Mais adiante, o mesmo autor dispõe que “visa afastar o discricionaríssimo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério pré-fixado pela Administração [...]”.

#### **A importância da licitação e a probidade administrativa**

Improbidade constitui o agir desonesto e falso. Flávia Cristina (2009, p. 236), discorrendo acerca da etimologia da palavra, assevera: “O termo improbidade é de origem latina – *improbitate* – e significa, dentre outras acepções, desonestidade, falsidade, desonra, corrupção.” Desta forma, para que o administrador público consiga alcançar o seu objetivo de atender aos interesses públicos, deverá, para tanto, agir com probidade, em outras palavras, agir honestamente, não visando o proveito próprio.

Sobre a probidade administrativa, Meirelles (2013, p. 299) acentua:

A probidade administrativa é dever de todo administrador público, mas a lei a inclui dentre os princípios específicos da licitação (art.3), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A probidade na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4º), que pode conduzir a “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Para alguns doutrinadores este se confunde com o princípio da moralidade, por dispor do mesmo objeto, a ética, honradez e semelhantes.

Sobre a moralidade administrativa, Melo (2010, p. 119) acentua:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar em conformidade com princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio direito, configurando *ilicitude* que a sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Nas contratações públicas, é cediço que a conduta dos administradores públicos e licitantes deve ser lícita e não afrontar a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

Destaca-se neste sentido, como um princípio norteador da licitação. A licitação tem como finalidade prestar serviços, vender produtos ou alienar bens para a administração pública, devendo, para tanto, estar em observância ao que prescreve a lei e ao que dizem os seus princípios, para ocorra com regularidade, de forma a proporcionar o bem estar e os interesses da sociedade.

#### **DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO**

O Direito Administrativo tem princípio histórico, pautado no *jusnaturalismo*, quando assegura que o direito tem, como essencial finalidade, o interesse público coletivo, resguardando o bem-estar. Assim, o Direito Administrativo se tornou positivo e, a cada período, adquire mais força, em se tratando de fiscalização, publicidade dos atos da administração pública, com oportunidades pelo administrador sobre o administrando, a estes submetendo, no que dispõe a Lei.

Meireles (2009, p.40), abordando o tema, esclarece que o “Direito administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Em face da prevalência do interesse público, que norteia esse ramo do direito, o estudo da licitação, um processo que tem como visão o amparo do bem comum em benefício de uma coletividade, sem privilégios e com total disponibilidade jurídica, mostra-se de suma importância.

Para Meireles (2009, p. 274):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

## **Os pressupostos legais para a definição do processo licitatório da Lei nº 8.666/93**

A Lei nº 8.666/93 não conceitua o que seja o instituto da licitação. Porém, conforme mencionado no capítulo anterior, esta nada mais é do que “a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual” (DI PIETRO, 2013. s/p).

Todavia, a partir do art. 6º, o supramencionado diploma legal, elenca uma série de definições que são inerentes ao procedimento licitatório. Assim, pela fácil interpretação extraída dos incisos, será apresentada apenas a conceituação trazida pela lei, conforme segue transcrita, por desnecessária maior explicação neste aspecto.

[...]

Art. 6º Para os fins desta Lei considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV - Alienação - toda transferência de domínio de bens a terceiros;

V - Obras, serviços e compras de grande vulto - aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei;

VI - Seguro-Garantia - o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos;

VII - Execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/94)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) (VETADO)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos

de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

XIII - Imprensa Oficial - veículo oficial de divulgação da Administração Pública, sendo para a União o Diário Oficial da União, e, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, o que for definido nas respectivas leis; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/94)

XIV - Contratante - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Como se pode notar, todas as definições são de suma importância ao procedimento licitatório, já que constituem elementos ou institutos presentes no conjunto de atos praticados pela administração. Destacando assim desde a obra, até a comissão criada pela administração.

### Fases da licitação

1ª Fase: Instrumento convocatório - O edital é característico feito no ato administrativo e assim pode ter desacertos que são impugnados judicial ou administrativamente, também sendo aceito rogo de justificação para os funcionários representantes da licitação nas formas do artigo 40 e os demais da Lei nº 8666/93, caso haja modificações no edital, neste caso terá que ser reeditado. “A intenção de licitar é divulgada pela publicação de aviso com o resumo do edital, sendo o edital o instrumento convocatório de todas as modalidades de licitação, com exceção ao convite” (ANDRADE, 2012, p. 178).

O edital ainda poderá ser demonstrado como aquele feito que limitam os objetivos da licitação,

estabelecendo assim seu tipo, modalidade, as sanções efetuadas aos licitantes que venham a faltar e ao contratado faltoso que também viesse futuramente a deixar de comparecer, tendo assim ainda a oportunidade de recursos e sua jurisdição e competência. Nos adjuntos do edital deve ter uma nota que venha no futuro contrato ser assinado.

2ª Fase: Qualificação – A qualificação dos participantes da licitação (artigo 27 a 31 da Lei 8666/93) tem que ser posta em prática mediante exibição da habilitação jurídica, financeira, econômica e qualificação técnica, juntamente com apresentação de dos documentos relativo ao método fiscal e trabalhista.

Seguindo este pensamento, cada um dos licitantes apresenta diversos documentos em envelope não violado e lacrado, dissociado da proposta, onde os mesmos afirmam sua habilidade sob as variadas perspectivas acima arroladas. E como bem dispõe Gabriel (2010, p. 183) em seu texto doutrinário, “o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é aquele que vincula a Administração e licitantes ao cumprimento das regras previstas no edital”.

Logo mais, o licitante deve obedecer ao disposto no artigo 7º inciso XXXIII da Carta Magna, no qual trará da abstenção de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menor de idade (18 anos) e de todo e qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis), salvo na condição de aprendiz, e sendo a partir de quatorze anos.

Habilitação é o período de atuação em que a Administração analisa a capacidade do candidato, para assim poder fazer uma futura contratação. A falta de habilitação conduz a exclusão do licitante no tempo da decisão das propostas, ainda que seja uma condição prévia a esta etapa. Vale como um componente na ação de aferir para um futuro contrato seu, que é de praxe, aliás, a visão final da licitação. A própria Constituição refere-se ao processo de licitação, apontando que este “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (ar. 37 XXI).

Na visão do professor Carvalho Filho (2010, s/p), são considerados cinco aspectos que determinam a habilitação do candidato:

**Habilitação Jurídica:** A primeira perspectiva relata sobre a harmonia decisiva ou jurídica do candidato, especialmente no que tange à sua personalidade jurídica e a exibição em seguida de alguns itens, conforme o caso: da carteira de identidade, o contrato social, sua inscrição no registro próprio e outros. Na habilitação jurídica discute-se além do mais, questão da possibilidade jurídica de fazer parte do concurso.

**Habilitação Técnica:** A primeira se trata da inscrição no órgão de classe. Um dos mais conhecidos é o CREA; a segunda presta o serviço de comprovação que o candidato já concedeu serviço semelhante a terceiros, de modo que é feito por meio de atestados providos por pessoas de direito público ou privado, em conformidade, inscritas nas associações profissionais legais como assim dispõe o art. 30, Par. 1º, do Estatuto; e por último a terceira, para justificar que a estrutura da empresa é conciliável com a figura e a dificuldade da coisa contratada.



Controvérsias ocorrem em razão da cláusula jacente de alguns editais licitatórios na qual são asseguradas condições para que os que estão participando atendam a deliberadas exigências de ordem técnica, além dos atestados comprovem os serviços prestados a demais pessoas públicas ou privadas, como reza o art. 30, par. 1º. Tendo como objetivo demonstrar sua aptidão profissional. Em alguns entendimentos, é notável que o edital firme acordos especiais para tal ratificação, em convenção com a complexidade do pretexto do contrato que possa haver no futuro, e tendo como princípio o art. 37, XXI, da CF/88, que tem como exigência a qualificação técnica. Esta seria a melhor posição, de modo que, não exista a intenção de lesar o princípio da competitividade que orienta as contratações na Administração. Também não tendo como impedir que, em certas circunstâncias particulares, sejam estabelecidas condições próprias que apontem a qualificação que de melhorias aos participantes.

A lei requer a prova da habilidade técnica nos efeitos da pessoa jurídica que esta participando, e não dos especialistas que fazem parte do quadro, como reza o art. 30, par. 1º, I. Sendo assim o porquê de exigirem os atestados em nome próprio.

Em se tratando dos profissionais, são exigidos conforme a lei, seus nomes e comunicados ao órgão licitante e apontados os que vão ser os autores pelos trabalhos (art. 30, II), sendo que esses profissionais tem o dever de participar do feito ou serviço da licitação, concordando com colocação de outra pessoa em seu lugar se essa pessoa possuir maior experiência igual ou superior (art.30, par. 10).

**Qualificação Econômica Financeira:** Todos esses fatores fazem pressentir que o licitante tem “capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato”. (MEIRELLES, 2009, p. 303). Tais requisitos são exigidos para uma situação como essa: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; certidão negativa de falência e concordatas; e garantia de, no máximo, 1% do valor estimado para contrato.

Visando a importância da contratação, pode a Administração determinar obrigação de um capital mínimo, ou de bens que sejam líquido mínimo, se assim estiver disposto no edital. O capital referido acima e o patrimônio, entanto, não deverão ultrapassar os 10% do valor estipulado para o devido contrato, disposto assim no art. 31, par. 2º e 3º. A menção que é feita ao capital mínimo e ao patrimônio líquido também mínimo, tem por obrigação adequar aos preços efetivos na data que se devem exibir as propostas e apreciações, não sendo permitido em momento anterior, pois é de maneira licita até atualizar os valores para ficarem pertinentes com a data da apresentação das ofertas e propostas que venham a ocorrer.

**Regularidade Fiscal:** Não deixando de destacar que, durante todo o período do contrato, a Administração deve verificar se o contratado por eles está recolhendo medianamente os impostos previdenciários.

Estes significados são de grande valor. Nas lições de Mello (2010, p. 594):

No que tange à prova de regularidade com as fazendas Públicas, anotou que já não mais se fala em “quitação” com a Fazenda Pública, mas em “regularidade” com o Fisco, que pode abranger a existência do débito consentido e sob o controle do credor. Donde, será ilegal o edital que exija prova de quitação. Além disto, o licitante pode haver se insurgido contra o débito por mandado de segurança ou outro meio pelo qual o questione ou questione seu montante. Há de se ter por certo que “a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição”. Donde, se a parte estiver litigando em juízo sobre o pretendido débito, tal circunstância não poderá ser um impedimento a que participe de licitações.

3ª Fase: Exame – Decisão e escolha das propostas: O licitante que não tiver agilidade na segunda fase será desabilitado e terá que ser devolvido a ele o seu envelope da proposta da mesma maneira que foi entregue, sem violação. Os que legitimamente forem habilitados, seus envelopes serão abertos para a licitação.

Em seguida, serão julgadas as propostas conforme o edital e assim, será estabelecido o método de classificação. Os que não cumprirem os seguintes requisitos: proposta seria; firme e concreto, será desclassificado. Ainda cabendo recurso administrativo se for considerado desabilitado ou desclassificado nos termos do artigo 109 da Lei de Licitações, em seguida encaminhado e endereçado para a comissão avaliadora, para tentar assim uma retratação; dando sequência caso não consiga a retratação, a comissão levará o recurso ao superior competente. Com prazo de cinco dias para este recurso depois da intimação do ato. Continuando habilitado até a decisão do julgamento. Dando sequência com a homologação da licitação, efetuada pela comissão superior, ou a invalidação da mesma, sendo esta será de modo parcial ou total, como bem versa Gabriel, (2010, p. 186), em seu texto doutrinário que “todos os atos do certame licitatório são públicos, com exceção das propostas, que devem ser mantidas em sigilo absoluto (princípio do sigilo da proposta) até o momento correto da abertura e divulgação, sob pena de crime previsto no art. 94 da Lei 8666/93”.

Ocorrendo a homologação, dará sequência a adjudicação, declarando-se o primeiro classificado como ganhador da licitação e subsequentemente que sua meta e proposta sejam aceitas, em algum contrato futuro. E chegando-se ao fim do processo licitatório, será chamado de adjudicatário o vencedor da licitação.

Em continuidade para que seja mais nítida as exigências da Lei 8666/93 vale ressaltar o Art. 40 em seu inciso VI que narra os critérios fundamentais para a efetiva participação em um processo licitatório, critérios estes que se encontram no inciso VI mencionado no artigo que foi neste citado.

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

(...)

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

Neste artigo 27 é exposta a relação da documentação exigida para o início da habilitação por parte de todo e qualquer interessado em participar de licitações:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

No que se refere o artigo 28 da Lei 8666/93, a Habilitação jurídica é a habilidade oriunda de toda pessoa física ou jurídica para desempenhar direitos e absolver obrigações, comprovadas através de documentos exigidos neste artigo, como pode ser visto a seguir:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

O artigo 29 que versa sobre a Regularidade fiscal explanando que a mesma é o estado de quem se encontra em situação regularizada com o fisco federal, estadual, distrital e municipal, através de documentos arrolados.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Salientando que a lei 8666/93 em seu art. 29 exige também, que, além de regularidade para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, exige-se a comprovação regular com o FGTS e o sistema de Seguridade Social.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o

cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

A Lei 8666/93 em seu artigo 30 analisa caso a caso para a devida comprovação de competência e instrução profissional de qualquer pessoa interessada em fazer parte do meio de processos licitatórios através de documentos expedidos por órgãos licitantes, e assim verificar a capacidade de cada membro que faz parte da equipe técnica responsáveis pelos trabalhos que futuramente venham a ser realizados.

Qualificação econômico-financeira é a capacidade ou a responsabilidade pela obrigação financeira e econômica consequentes do contrato firmado, demonstrada pela apresentação de contabilidade do último exercício social, certidão negativa de falência ou concordata e prestação de garantia real ou fidejussória, no qual esteja limitada a 1% do valor considerado da contratação (ANDRADE, 2010).

Para uma maior fundamentação aos artigos expostos anteriormente neste, nada melhor que buscar amparo em obras de renomados autores que versam sobre tal assunto, como por exemplo, Andrade (2010, p. 184) que reza o seguinte:

Será verificada a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços. As propostas classificadas serão ordenadas de acordo com o critério de avaliação previsto no edital. Assim como quanto aos envelopes relativos as qualificações, a abertura dos envelopes contendo as propostas devera ser feita sempre em ato publico previamente designado.

Palavras estas desferidas por Andrade (2010, p. 177) que narra muito bem a fase inicial de avaliação de documentos para se adentrar ou estiver apto a participar de um processo licitatório, documentos estes que também estão explícitos no art. 31 da mesma Lei:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08/06/94)

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso,

fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditiva da habilitação. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/05/98)

§ 3º A documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

§ 6º O disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

Após a devida avaliação de toda a documentação exigida em edital e os interessados sendo considerados aptos a participar de tal processo, passa a serem avaliados mais alguns critérios para o andamento da

licitação como versa o artigo 33 da lei 8666/93 que esta neste sendo ressaltado:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira observada o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Sendo assim, o artigo referenciado acima destaca, em amplo entendimento, mais um dos meios da fase de licitação, em se tratando do consorcio de empresas, desde o consorcio nacional (brasileiro) ao estrangeiro, de todos os modelos e formas mais diversas permitidas pela lei regente.

### Modalidades de licitação

Sob essa perspectiva, tem-se a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e o pregão, estando assim previstas na Lei n. 8.666/93, exceto

o pregão, que foi incluído como modalidade de licitação através da Lei n. 10.520/2002.

Para que se tenha uma compreensão real do motivo de ser inexigível ou dispensável a licitação é essencial informar do que trata a licitação em qualquer uma de suas descrições.

Na concorrência, é aceito que qualquer um faça parte da licitação, pois ela deve ser empregada na alienação de bens imóveis, nas permissões de direito real de habito, nas autorizações e concessões dos serviços públicos e, não deixando de citar, nas licitações internacionais.

Dispõe a Lei 8.666/93 sobre esta modalidade:

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

Em razão, as contratações de maior grandeza ou maior valor devem ser através de licitações conforme a modalidade concorrência; a tomada de preços é reservada para as contratações de valor mediano, e o convite para as contratações de um valor menor. De proporção, o leilão e o concurso ficam adequados para coisas específicas. Em se tratando do pregão, este é uma modalidade que pode ser proferida somente para a obtenção de bens e serviços comuns.

Assim dispõe Andrade (2009, p.186)

É precedida de ampla publicidade, devendo o edital prever prazos para apresentação de propostas de 30 (regra geral) e de 45 dias (para os tipos de melhor técnica ou técnica e preço, ou ainda se o contrato celebrado contemplar empreitada integral). Conta-se o prazo da ultima publicação na imprensa do aviso contendo o resumo do edital.

Na tomada de preços, conforme mencionado, para contratações de menor vulto, é o método utilizado para aqueles que já se encontram registrados no cadastro da Administração, ocorrendo que a Lei 8.666/93 outorga a participação dos interessados que não cadastrados e que demonstrem compreender as condições de cadastramento.

Assim, expõe a Lei 8.666/93, em seu art.22, parágrafo segundo:

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



É modalidade apontada para contratos de volumes médios aceitando a participação de interessados cadastrados previamente, ou conforme citado acima, que apresente sua documentação até o terceiro dia antes da data da admissão das propostas.

Como relata Andrade (2009, p. 186):

Podem concorrer apenas os interessados que estejam previamente inscritos em cadastro administrativo organizado em função de ramos de atividade. Mas aqueles ainda não cadastrados que, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, preenchem todas as condições de cadastramento previstas nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93, também poderão participar.

Este registro adequa a inscrição que atende a qualificação de interessados em pactuar, segundo sua área de atuação, substituindo a exibição de parte da documentação.

O convite, por sua vez, é a modalidade de licitação que deve ter, no mínimo, três negociadores do meio referente a seu objeto, inscritos ou não, escolhidos e pela unidade administrativa. Podem fazer parte também aqueles que, não tendo sido convidados, estiverem cadastrados na respectiva especialidade e proferirem seu interesse com antecedência de vinte e quatro horas da exibição das propostas.

Esta modalidade é um dos meios mais simples, pois se destinam às contratações de menor valor. Três interessados, registrados ou não na repartição licitante, pelo convite, no qual substitui o edital, e assim são chamados a apresentar suas propostas no prazo de cinco dias úteis. A divulgação é relativa, porquanto se exige apenas a afixação no local apropriado, ou seja, na própria repartição. Qualquer interessado poderá participar desde que, vinte e quatro horas antes da data final, apresentem sua proposta, manifestando, assim, seu interesse. Se o procedimento se repetir para o mesmo objeto ou assemelhado, a licitante deverá convidar, no mínimo, mais um cadastro e não convidado nos anteriores. O número de três convidados é mínimo, podendo optar-se por convidar número superior de cadastros.

Andrade (2009, p. 187), neste sentido, dispõe que “por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de três licitantes, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”.

O julgamento tanto poderá ser realizado por comissão como por servidor único. A ordem de serviço ou a nota de empenho podem substituir o instrumento do contrato, dando início à execução do que foi pactuado.

O concurso é modalidade garantida para a seleção de trabalhos intelectuais, por meio da instituição de prêmio ou pagamento aos vencedores. O edital deve ser publicado com precedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, com a maior divulgação possível.

A esse aspecto, também leciona Andrade (2009, p. 187) que esta “modalidade destinada à disputa

entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes do edital”.

Os interessados apresentam seus trabalhos, segundo as exigências fixadas no instrumento convocatório, que serão selecionados e submetidos a julgamento. O prazo de quarenta e cinco dias é mínimo, podendo ser ampliado segundo as características do trabalho a ser apresentado.

Dois tipos de leilões são comuns na legislação. O leilão a que reza a Lei de Licitações e o pacto no Plano Nacional de Desestatização.

O leilão, segundo a Lei n. 8.666/93, é a modalidade obrigatória para: Venda de bens moveis inservíveis para a Administração; Venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados; Venda de bens imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

Relata Gabriel (2010, p.196) “O leilão é aberto a qualquer interessado. Dispensa-se fase de habilitação. O tipo de licitação é o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Há leiloeiro. O prazo para apresentação das propostas é, no mínimo, de 15 dias”.

Essa modalidade pode ser comum, realizada por leiloeiro oficial e regida por lei própria (Decretos n. 21.981/32 e 22.427/33), observadas as peculiaridades da Administração licitante; é o leilão administrativo próprio para as alienações descritas acima, como, por exemplo, os objetos apreendidos em rodoviárias, aeroportos, postos de fronteira e demais.

É admitido também para a alienação de ações, dissolução de sociedades com alienação de seus ativos, locação, comodato, concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos, para cumprimento do Plano Nacional de Desestatização. Nas privatizações admite-se a aplicação dessa modalidade licitatória, regida atualmente pelas Leis n. 8.031/90 e 9.491/97.

A união, Estados, Distrito Federal e Municípios podem adotar a modalidade denominada pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim compreendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (Lei n. 10.520 de 2002).

No mesmo sentido, afirma Gabriel (2010, p.197) que “será comum, então, um objeto sofisticado, desde que não necessite de análise técnica. Em outras palavras, são bens e serviços comuns os padronizados, simples, ordinários, rotineiros, habituais, tradicionais no mercado”.

A Lei n. 8.666/93 é aplicável subsidiariamente para as contratações realizadas com o emprego dessa modalidade, como assim dispõe em seu art. 9º, sendo obrigatório o critério do menor preço no julgamento das propostas como também dispõe em seu art. 4º, X.

A aquisição de bens e a contratação de serviços por meio das Agências Reguladoras, complementares da Administração Federal, podem ocorrer conforme a modalidade consulta. Mesmo a lei não definindo esta modalidade, ela ordena o cumprimento de todas as normas

de licitação, além de impedir o seu emprego para as contratações de trabalhos de engenharia e obras.

Desta feita, tendo sido afirmada a obrigatoriedade, em regra, de licitar por parte dos órgãos da Administração Pública, cumpre, no próximo capítulo, discutir acerca das exceções à presente regra, em especial quanto à contratação de advogados pelo poder público, para prestar assessoria jurídica em casos determinados.

## INEXIGIBILIDADE E DISPENSA DE LICITAÇÃO

Em que pese a licitação ser obrigatória, a própria lei trata de hipóteses em que este procedimento não é necessário, bem como, em determinadas ocasiões, é impossível de ocorrer. É o que se tem por dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ha situações em que a contratação precedida de licitação é inviável porque inviável se mostra a competição. Sempre que impossível a realização de disputa de propostas, caracterizada estará a hipótese de inexigibilidade de licitação. A lei enumera as hipóteses em que a Administração não está obrigada a proceder à licitação, contratando diretamente (Lei n.º. 8.666/93 art. 17, I e II). Tais contratações têm por objeto, em regra, as alienações de bens públicos e, por isso, subordinadas sempre ao interesse público, ao interesse social e a avaliações prévias.

### Definição de inexigibilidade

Dentro das contratações diretas, temos a forma de inexigibilidade, que é tudo aquilo que deixa de ser exigível, ou seja, que não é obrigatório a formalização de um procedimento licitatório. Licitação inexigível é aquela licitação impossível de ser realizada, haja vista a dificuldade e a complexidade de se realizar a competição.

No entendimento de Andrade (2009, p.158) sobre as formas legais de inexigibilidade da licitação afirma:

De acordo com o art. 25 da Lei 8.666/93, a inexigibilidade ocorrerá quando houver *inviolabilidade de competição*, já que a pluralidade de objetos e de ofertantes se constitui em pressuposto lógico de licitação. Ex.: não será possível instaurar procedimento licitatório para a compra de um livro raro, pois trata-se de objeto único.

A inexigibilidade de licitação ocorre quando ha impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negocio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Em suma, falta o pressuposto da competição.

A licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender as exigências da Administração no que concerne a realização do objeto do contrato.

## Da hipótese de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de advogados

A contratação de serviços jurídicos sem a antecedência de licitação tem sido motivo para continuar-se ajuizando ações de improbidade administrativa, pelo Ministério Público, em face dos gestores públicos municipais, sendo, igualmente, causa de frequentes problemas diante dos Tribunais de Contas.

Neste diapasão, segundo o art. 25, inciso III, da Lei n. 8.666/93,

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

[...];

III – para 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;

[...].

Em se tratando do artigo citado, que faz referencia à evidente especialização, é necessário exibir o seu § 1º, que considera 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.

Dando sequência, o art. 13, inciso V, pondera entre os serviços técnicos profissionais especializados a proteção ou resistência das causas judiciais ou administrativas.

Seguindo a tese de que o princípio da licitação é a norma e o contrato direto, a exclusão, nas palavras dispostas pela Constituição Federal vigente, o § 1º do art. 13 da Lei n. 8.666/93 supõe que os serviços cogitados técnicos profissionais personalizados terão que ser, primeiramente, apurados por meio de concurso, salvo nos meios de inexigibilidade.

Pois bem, assim sendo, os serviços especializados, tratados pela lei, devem conter o que se chama de natureza singular, devendo, assim, serem contratados os profissionais ou empresas que tenham notória especialização na área.

Temos que concordar que as exigências decretadas na lei se reúnem, e que de modo correto, seja caracterizado a hipótese de inexigibilidade da ocupação que faz com que a competição seja inviável e que o serviço seja único. Então, os trabalhos que suspende natureza singular podem ser apreciados como aqueles estranhos e raros. No sentido de que só podem ser concedidos por uma delimitada pessoa, com a finalidade de configurar a hipótese de inexigibilidade à exigência legítima.

Tratando-se assim, devemos expor a ideologia de Mello (2010, p.557) que, em juízo sobre o tema, entende que:

um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa [...] o serviço, então, absorve e traduz a expressão subjetiva e, pois, singularidade de quem o fez, no sentido de que - embora outros, talvez até muitos, pudessem também fazê-lo - cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais.

Aplicando o entendimento ao setor da advocacia, esclarece Pereira (2013, p. 03) que, “em tese, pode haver dois ou mais juristas igualmente qualificados para justificar a realização de um concurso, contudo, em razão da peculiaridade do trabalho intelectual desenvolvido, não é possível compará-los, seja em razão de preço do serviço, seja em razão de técnica”.

Concluindo seu pensamento com veemência, o mesmo autor dispõe (2013, p. 04):

Com a devida *vênia* daqueles que assim entendem, temos que a melhor interpretação do art. 13 da Lei de Licitações é no sentido de que todo e qualquer serviço advocatício pode ser contratado de modo direto, desde que respeitados as já descritas hipóteses de natureza singular do serviço e notório saber do profissional ou sociedade contratada.

No que dispõe o artigo legal supracitado, ele não limita a proposta ou defesa de ações judiciais ou administrativas a uma única condição, impedindo a natureza contínua, não tratando também de qualquer impedimento de advogados a praticar a inexigibilidade no meio licitatório. Estando presentes seus requisitos, é perfeitamente autorizada a contratação direta, não sendo preciso investigar se estão presentes profissionais internos.

Analisando um caso concreto sobre o tema, o STJ, nos autos do Recurso Especial nº 687.307-GO, definiu:

EMENTA: Ação Civil Pública. Contratação de serviço de advocacia e assessoria. Licitação - Inexigibilidade. 1. Para a configuração de inexigibilidade do processo licitatório é mister que existam os serviços técnicos

especializados como a singularidade da prestação, conforme ressaltou a própria Lei 8.666/93, caso contrário, não há como amparar hipótese em que se almeja a não realização de licitação. In casu, além do preenchimento dos requisitos da lei de quanto à inexigibilidade, há, também, que se ressaltar que a contratação de advogado pelo município dispensa licitação, pois trata-se de trabalho intelectual, o que torna difícil a sua aferição em relação a preços mais baixos.[...].

Conforme o entendimento jurisprudencial apresentado, não há ilegalidade, segundo aquele tribunal, na contratação direta de advogados por ente público municipal.

No âmbito dos Tribunais de Contas, todavia, o entendimento é mais restrito.

O TCE de Minas Gerais, por exemplo, admite a contratação direta apenas a situações específicas, sem caráter de continuidade, conforme acórdão exarado no Processo Administrativo nº 711.020 (MINAS GERAIS, 2009): “apesar de ser imprescindível a realização de licitação prévia para a prestação de serviços contínuos de advocacia, inexistente óbice legal à contratação direta de profissional qualificado quando o objeto se referir a casos específicos”.

O TCE de Santa Catarina, por seu turno, só admite tal contratação em casos de substituição de pessoal efetivo, em face da urgência (SANTA CATARINA, 2010):

É cabível a contratação de profissional do ramo do direito, desde que devidamente justificada para atender específicos serviços (administrativo ou judicial) que não possam ser realizados pela assessoria jurídica dada a sua complexidade e especificidade, configurando necessidade dos serviços de profissional (jurista) de notória especialização, hipótese em que a contratação, por inexigibilidade de licitação, se dará nos termos dos artigos 25, II, parágrafo 1º, combinado com o artigo 13, V e § 3º, e 26 da Lei Federal 8.666/93, observados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública e observando-se, também, os arts. 54 e 55, da Lei Federal nº 8.666 de 21.06.93.

O Tribunal de Contas da União, finalmente, apenas reforça a excepcionalidade da contratação (BRASIL, 2011): “As contratações de advogado por inexigibilidade não serão necessariamente ilegais, desde que, para serviços específicos, de natureza não continuada, com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro”.

O TCU, conforme de depreende do último acórdão, admite a possibilidade de concorrência entre advogados, entendimento este que já foi objeto de várias decisões daquele tribunal, conforme segue (BRASIL, 2010):

No que concerne à contratação de advogado por notória especialização, sem a realização de prévio procedimento licitatório, muito embora fosse louvável a preocupação do gestor no sentido de evitar prejuízos advindos de ação trabalhista movida pelo Sindicato da Categoria – SINDSCOCE, concluiu o relator inexistir “razoabilidade na contratação com base no inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93”, defendendo, por isso, a manutenção do acórdão recorrido em seus exatos termos. Ponderou que uma cidade do porte de Fortaleza teria, certamente, grandes causídicos habilitados na área trabalhista interessados em participar da competição, caso esta tivesse sido aberta pela administração do CREA/CE

A competição, tratada no último acórdão, entre os advogados interessados em prestar assessoria ao ente público, entra em conflito com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e com o Código de Ética da profissão.

Com efeito, dispõe o art. 34, inciso IV, da Lei n. 8.906/94:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

O art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB torna ainda mais clara a impossibilidade de competição, ao afirmar que “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização”.

As referidas disposições do Código de Ética da OAB levam a conclusão de que a atividade advocatícia é incompatível com a natureza em si do processo licitatório.

Para o Supremo Tribunal Federal, a contratação direta é possível, mediante o procedimento de inexigibilidade de licitação, mas desde que observadas algumas condicionantes, como a confiança que a Administração Pública detém pelo profissional e a notória especialização deste no tema, conforme se extrai do Acórdão proferido nos autos da Ação Penal nº 348/SC (BRASIL, 2007):

Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau

de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente.

Conforme se extrai da decisão transcrita, a solução apresentada pelo STF está longe de pôr fim ao debate travado sobre o assunto, já que o elemento confiança, a ser analisado como integrante dos requisitos a aferir a situação de contratação direta, é extremamente subjetivo, deixando um lastro de incerteza para a avaliação do fenômeno.

De outra banda, muito embora não tenha logrado êxito em especificar qual o procedimento adequado, o STF firmou posicionamento de que a contratação de advogados não depende de licitação, desde, é claro, que se observem os requisitos mencionados no citado acórdão.

## CONCLUSÃO

O Estado evoluiu e, com isso, os institutos jurídicos ligados ao bom desenvolvimento das atividades públicas ganharam novos ares. Não há dúvidas de que, para a Administração Pública em regra geral atender aos fins colimados em lei, deve atentar para a regra prevista na Constituição Federal, que dispõe sobre a obrigatoriedade de licitar nas contratações celebradas pelos entes públicos.

É dever da administração pública, licitar, para realizar obras, serviços e compras, regra esta, que não deve ser entendida como absoluta. Muito embora esse dever seja algo que deve ser observado como regra geral, o próprio ordenamento jurídico confere exceções, ao permitir que o ente público contrate, em situações determinadas, sem a necessidade de um procedimento licitatório, com o que se convencionou tratar de dispensa e inexigibilidade. Da relação entre contratante e contratado



surge a dispensa de licitação para a contratação direta dos profissionais de direito.

Esta última, no que pese não haver grandes controvérsias quanto a sua utilização, em determinadas hipóteses, como o caso da contratação de advogados por ente público, aponta para um direcionamento tortuoso, já que, se de um lado, a concorrência se mostra incabível ou mesmo não recomendável, de outro, a aceitação da contratação direta, sem qualquer critério objetivo a ser observado, culmina com a franca possibilidade de fraude à lei e à Constituição. Ademais, a função de assessoria jurídica aos entes públicos deve ser prestada por profissionais de carreira, de modo que a utilização do expediente de forma desarrazoada aniquila o também dever de realizar concurso público para admissão de pessoal. Destaca-se que não há o que falar em ilícito, posto que a contratação se encaixa dentro das hipóteses excepcionais de inexigibilidade de processo licitatório. Doutro norte, a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado, deve ser aplicada também aos órgãos da administração pública indireta, ou seja, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e sociedades de economia mista e ainda, onde o poder público esteja minimamente presente.

Restou-se evidenciado que processo licitatório não se vislumbra com a atividade advocatícia haja vista contrariar princípios relativos à classe, ensejando consequências negativas em virtude da corrupção entre elas.

Debruçados sobre o tema, os tribunais não firmaram posicionamento coeso. Pelo contrário, os tribunais de contas entendem ser possível a competição, ao passo que os tribunais judiciais tomam esta por incabível, apesar de acordarem no sentido de que a contratação deva ser sempre excepcional, não devendo tomar o lugar do concurso público.

O Pretório Excelso, quando instado a se manifestar sobre o caso e encerrar a discussão, cingiu-se a traçar critérios inobserváveis na prática, concluindo, porém, pela regularidade da contratação direta, de sorte que a polêmica permanece aberta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávia Moura de. **Direito Administrativo**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

ATALIBA, Geraldo. **Republica e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição da República de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.666, de 21 de jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.906, de 04 de jul. 1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n. 348/SC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2167063>> Acesso em: 23 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 687.307/GO**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401403800&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 21 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Informativo 109/2012**. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/informativos/info\\_licitacoes/Informativo%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos%20n%C2%BA%20109\\_2012.doc](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/informativos/info_licitacoes/Informativo%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos%20n%C2%BA%20109_2012.doc)> Acesso em: 21 nov. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GABRIEL, Ivana Mussi, **Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALACHIAS, Eduardo. **História da Licitação**. Disponível em: <<http://licitacoescontratospublicos.blogspot.com.br/2011/07/historia-da-licitacao.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2013. iadas, compartilhadas para que os torturadores não saiam impunes.