WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Dirceu Vaz Gonçalves

Lajeado, junho de 2012

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Dirceu Vaz Gonçalves

Monografia apresentada no Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Eduardo Schröder Prediger

Lajeado, junho de 2012

“Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, então somos companheiros”.

Ernesto Che Guevara

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a duas pessoas muito especiais em minha vida. Em primeiro, à minha querida filha Sophia, por quem atribuo meus esforços e dedicação nesta longa e difícil jornada. Em segundo, e não menos importante, a minha incomparável e querida irmã Ana Cláudia, a qual foi responsável pela idealização deste sonho, incentivando, e apoiando, tanto psicológica, quanto financeiramente.

A estas, a minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao concluir o presente trabalho, desejo mostrar toda minha consideração e gratidão àqueles que estiveram ao meu lado durante este percurso.

Primeiramente, minha gratidão ao meu orientador, André Eduardo Schröder Prediger, do qual possuo elevada admiração e respeito, muito obrigado professor.

A meus pais, Clebes J. D. Gonçalves e Nita L. V. Gonçalves; meus queridos irmãos Ana Cláudia, Leonardo e Rita de Cássia Vaz Gonçalves; minha tia/mãe Jacira M. F. Vaz. A todos, por depositarem em mim a esperança, o apoio moral e assistência no pelejar deste sonho, além de terem contribuído para minha formação pessoal e social, minha imensa gratidão.

A minha linda filha Sophia Soares Gonçalves, pela paciência, tolerância e compreensão com a minha ausência e pelas vezes que deixei de brincar com ela. Muito obrigado minha princesinha.

À família Rodrigues, Dorvandil Rodrigues (sogro), e Teresinha Kraemer Rodrigues (sogra), e em especial, a minha querida amada, companheira e parceira, Bárbara Cristina Kraemer Rodrigues, por me incentivar, instigar, e me agüentar em momentos tensos no galgar deste trabalho, minha inexpressável gratidão.

Por fim, a minha grande amiga Eduarda S. Mallmann, que esteve ao meu lado no decorrer do curso, auxiliando, rindo e chorando junto a mim.

MUITO OBRIGADO A TODOS!

RESUMO

A presente monografia analisa a possibilidade legal de a Administração Pública contratar serviços jurídicos mediante inexigibilidade de licitação. Inicia-se o estudo descrevendo noções gerais sobre o Direito Administrativo, diferenciando o ramo do Direito Público do Privado, passando a expor considerações relativas ao Estado e os aspectos históricos do Direito Administrativo no mundo e, em especial, no Brasil, conceituando e elencando suas fontes. Posteriormente faz uma abordagem sobre a Administração Pública, expondo considerações à cerca dos atos e contratos administrativos e a extinção destes. Analisa, também, a licitação pública seus princípios norteadores, assim como, a obrigatoriedade de licitar e os casos previstos na Lei nº 8.666/93, que determinam a exclusão da obrigatoriedade de licitar, tratando com mais afinco o instituto da inexigibilidade de licitação e seus pressupostos. Por fim, faz uma abordagem na questão relativa a inexigibilidade de certame licitatório para contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública, desde que presentes os pressupostos legais exigidos em lei.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Contrato Administrativo. Contrato de serviço. Licitação Pública. Serviços jurídicos. Inexigibilidade de licitação.

ABSTRACT

This monograph analyzes the legal possibility of the Public Administration to hire legal services through waiver of bidding. It begins by describing the study general notions about administrative law, distinguishing the branch of the Public Private Law, going to expose considerations on the status and historical aspects of administrative law in the world and especially in Brazil, and conceptualizing their elencando sources. Subsequently makes an approach on government, exposing the considerations about the acts and administrative contracts and the extinction of these. It also analyzes the bidding its guiding principles, as well as the mandatory bid and the cases provided for in Law No. 8.666/93, which determine the exclusion of mandatory tender, trying harder the enforceability of the institute and its bid assumptions. Finally, does one approach the question of enforceability of the event bidding for procurement of legal services by the public, provided that the present legal requirements required by law.

KEYWORDS: Public Administration. Administrative Contract. Service contract. Bidding. Legal services. Waiver of bidding.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CF/88 - Constituição Federal de 1988

Nº. – Número

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

TCU – Tribunal de Contas da União

WWW - world wid web, espécie de “teia de alcance mundial”, via internet

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO 13
2.1 Direito Privado e Direito Público 14
2.2 O Estado 17
2.3 Aspectos históricos do Direito Administrativo 22
2.4 Direito Administrativo brasileiro 26
2.4.1 Conceito de Direito Administrativo 28
2.4.2 Fontes do Direito Administrativo 31

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 38
3.1 Conceito 38
3.2 Ato administrativo 42
3.3 Contrato administrativo 47
3.4 Contrato de serviço 51
3.5 Extinção do contrato administrativo 55

4 A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 59
4.1 Conceito de Licitação 60
4.2 Principiologia do processo licitatório 63
4.3 Obrigatoriedade de licitar 68
4.4 Exclusão da obrigatoriedade de licitar 70
4.4.1 Inexigibilidade de licitação 72
4.4.2 Pressupostos essenciais à inexigibilidade de licitação 74
4.5 Inexigibilidade para contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública 77

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 80

REFERÊNCIAS 84

1 INTRODUÇÃO

A licitação consiste em importante instrumento de formalização de contratos celebrados pela Administração Pública. Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88), este certame recebeu status de princípio constitucional, gerando observância obrigatória nos contratos administrativos realizados pelos entes federados e Administração Indireta.

Para poder entender o fundamento e a importância do procedimento licitatório, no tocante aos vínculos jurídicos gerados entre os entes federados com os particulares, se faz mister uma breve retrospectiva no direito brasileiro.

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro, pelo Decreto Nº 2.926, de 14 de maio de 1862, o qual regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Posteriormente a cargo do Decreto Nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922, foi criado o código de Contabilidade Pública da União, que tratava do procedimento concorrencial. Nota-se que nos primórdios das legislações, usava-se o termo “concorrência”, posteriormente substituído pela terminologia “licitação”.

Apesar da criação de várias Leis e Decretos ao longo dos anos, regulamentando o certame licitatório, estes tratavam do assunto de forma muito superficial. Somente após a promulgação do Decreto – Lei Nº 2.300 de 21 de novembro de 1986, a matéria sobre licitação ganhou maior abrangência.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988, o tema em questão ganhou sua devida importância. A Carta Magna definiu, majestosamente, que a Republica Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Com a democratização do sistema, sobreveio aos cidadãos direitos e deveres, cabendo ao Estado, por meio de seus órgãos e entes, a atribuição de fazer valer-lhes seus direitos e garantir o cumprimento das obrigações. Expressamente no Artigo 37, caput, a CF/88 dita que a Administração Pública reger-se-á, obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse escopo, o Estado para cumprir com suas obrigações, visando a garantir condições dignas de vida ao seu povo, por vezes busca amparo na esfera privada, seja buscando obras, serviços, compras ou alienações. Diante de tal necessidade, surgem os contratos administrativos, os quais, com base em um acordo de vontades, a Administração Pública sela com o particular um compromisso bilateral, com o objetivo de dar continuidade aos seus serviços.

Surge então, com a necessidade de contratar um particular, para a prestação de determinado serviço, alienação ou efetuar compras, o procedimento chamado de “Licitação Pública”, regulada pela Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993, a qual veio a regulamentar o art. 31, inciso XXI, da CF/88. A licitação é o processo pré-contratual, a qual terá por dever garantir, a todos os particulares interessados em participar do certame, igualdade de condições. Não obstante, a Lei de Licitações prevê determinadas exceções que dispensam a concorrência.

Assim, o presente trabalho tratará sobre a contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública por meio de inexigibilidade de licitação pública. Não raro são os casos de necessidade de se contratar profissionais capacitados para atuarem em demandas envolvendo a Administração Pública. Em consideração a Legislação regulamentadora, a qual prima pela concorrência, embora preveja situações excepcionais, das quais exima o ente público do certame, resta saber quando e de

que forma a Administração Pública, possuidora ou não de corpo jurídico próprio, poderá contratar serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de licitação, sem infringir o princípio constitucional da impessoalidade. Oportuno também analisar a questão pertinente à concorrência entre profissionais da advocacia, visto que o Código de Ética e Disciplina da OAB proíbe o mercantilismo.

O segundo capítulo trata sobre noções gerais do Direito Administrativo, distinguindo o ramo do Direito Privado e do Direito Público, passando a abordar questões relativas ao Estado e o surgimento do Direito Administrativo no mundo e no Brasil, bem como, conceituando-o e abordando as suas fontes normativas.

No terceiro capítulo são tratadas, questões a respeito da Administração Pública, como gestora do interesse público. São estudados os atos e contratos administrativos, analisando o contrato de serviços e, por fim, em quais situações se dá a extinção do contrato administrativo.

Por último, o quarto capítulo, foco do presente trabalho, trata do estudo sobre a possibilidade de contratação de serviços jurídicos pela Administração pública, utilizando esta, a inexigibilidade de licitação. O estudo trata do instituto da licitação, seus princípios norteadores, quando e como ocorre a exclusão da obrigatoriedade de licitar e por fim, o fator que determina a contratação direta de serviços jurídicos.

Com relação ao modo de abordagem, optou-se pela pesquisa qualitativa, haja visto se almejar a identificação da natureza e do alcance do tema a ser investigado, utilizando-se, para tanto, da análise pormenor do tema, buscando as interpretações possíveis para o fenômeno jurídico em análise, que no presente trabalho abordará a inexigibilidade de licitação pública na contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública.

O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico é o dedutivo, tendo em vista que parte de argumentos gerais para particulares. Inicia-se pela evolução histórica brasileira do certame licitatório utilizado pela Administração Pública nas aquisições de bens, serviços e alienações, passando pela análise geral da Administração Pública, seus atos administrativos, licitações públicas e contratos administrativos, até alcançar, especificadamente, o que se pretende responder, no intuito de se averiguar a possibilidade da Administração Pública contratar serviços

jurídicos por meio de inexigibilidade de licitação pública, com base na lei nº 8.666/93 em complementação ao art. 37, inciso XXI, da CF/88.

A pesquisa, ainda, pode ser classificada como bibliográfica, pois buscou apresentar solução ao problema proposto, utilizando-se, para tanto, livros de doutrina e de referência e de sites especializados. Ademais, são adotadas técnicas documentais, com a utilização de legislação e jurisprudência.

Entende-se que o tema é de relevância, tanto pessoal como profissional, considerando-se a importância de se garantir a lisura e transparência da atuação da Administração Pública, diante das relações jurídicas com os particulares.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo é uma disciplina relativamente recente da ciência jurídica, posto que conta com pouco mais de dois séculos de existência confirmada. Com isso, não é nada singela a tarefa de definir o que vem a ser esta disciplina, assim como, sua função e suas peculiaridades. Em geral, todas as áreas do Direito são muito amplas, necessitando um cuidado redobrado. Porém, cumpre salientar, assim como se verá, posteriormente, no presente estudo, que o Direito Administrativo tem por função regular a função estatal e fazer cumprir os mandamentos constates da Carta Magna.

Diante desse contexto, ao iniciar o estudo proposto no presente trabalho, faz-se necessário analisar qual ramo do Direito, está inserida a disciplina do Direito Administrativo.

A seguir far-se-á um estudo sobre a origem e formação do Estado, ou seja, que época se deu e o motivo determinante, o qual ocasionou a sua origem, com respaldo nas teorias que o suscitam, passando, também, a analisar os seus elementos constitutivos.

Por fim, para que haja uma melhor compreensão do tema proposto, será necessária uma breve exposição à cerca do Direito Administrativo, bem como o aspecto histórico de como surgiu no mundo e sua evolução. Verificando, também, sua origem, influência e evolução no Brasil, ademais, tratando, de seu conceito e as fontes dessa disciplina jurídica.

2.1 Direito Privado e Direito Público

O Direito é o conjunto formado por princípios e regras, impostas pelo Estado, de forma a regular a vida social dos indivíduos, impondo limites a esses, como forma a buscar um determinado equilíbrio.

O Direito divide-se em dois grandes ramos, o Direito Privado e o Direito Público, sendo o último subdividido em externo e interno. A divisão se dá em virtude das diferentes relações existentes entre os cidadãos entre si, assim como desses com o Estado. É mister entender a conceituação e a distinção destes ramos e suas subdivisões.

O Direito privado tem como escopo regular as relações entre particulares, sejam esses, pessoas físicas ou jurídicas. Desta forma, o Direito Privado está alicerçado com base na autonomia de vontade. Não obstante, poderá o Estado figurar em ações de direito privado, desnudo da sua condição de poder. Nesse sentido, Meirelles (2010, p. 38), destaca que o Direito privado tutela principalmente os direitos individuais, de forma a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e disposição de seus bens, seja na relação entre particulares, seja entre estes e o Estado.

Acrescenta Faria:

> Há, por conseguinte, normas destinadas a proteger direitos individuais genuinamente privados voltadas para o interesse das pessoas e dos respectivos bens patrimoniais, inclusive industriais e comerciais. Além disso, normas da mesma natureza cuidam das relações civis, estabelecendo instituição da família e proteção da mesma, além da proteção de outros bens jurídicos (FARIA, 2001, p. 36/37).

Como visto, figuram, internamente no Direito Privado, em relação ao objeto protegido, o Direito Civil e o Direito Comercial. Nesse aspecto, há de se fazer referência a três correntes doutrinárias divergentes com relação ao Direito do Trabalho, das quais, a primeira, entende que essa disciplina do Direito faz parte da esfera pública, a segunda, julga ser o Direito trabalhista pertencente à esfera privada

e, por fim, uma terceira corrente que prega a disciplina Trabalhista ser *sui generis,* por conter normas do Direito Público e outras sujeitas ao Direito Privado.

Nesse contexto, Faria (2001, p. 37) esclarece que "[...] o Direito do Trabalho já figurou, no passado, na chave do Direito Privado. Hoje, para a maioria dos autores, o seu lugar é entre os ramos integrantes do Direito Público".

O Direito público disciplina as relações jurídicas em que predomina o interesse do Estado como garantidor da ordem pública e do interesse público, em detrimento do direito individual. Nessa esfera, o Estado figura com prerrogativa de supremacia em relação aos particulares.

Nesse aspecto, Araújo conceitua Direito público:

> Direito público refere-se às relações em que predominam os interesses de ordem pública, das quais o Estado participa usando de suas prerrogativas de autoridade e soberania. As regras, nesse campo, disciplinam a vida da comunidade como tal considerada, o relacionamento dos particulares com a entidade que os congrega em coletividade ("Estado"), ou mesmo entre esta e os indivíduos que para ela trabalham, ou ainda as relações entre Estados distintos, regulando, portanto, os interesses estatais e sociais, mas só reflexamente os individuais (ARAÚJO, 2010, p. 25).

Acrescenta Edimur Faria (2001), mencionando que, enquanto o Direito Privado está relacionado com normas destinadas a proteger os direitos individuais, voltadas ao interesse das pessoas e de seus bens patrimoniais, o Direito Público por outro lado, está voltado para o interesse público, englobando sob sua vigia o Estado, a Administração Pública, a segurança pública, a proteção ambiental, esta, envolvendo, fauna e flora, por fim, a proteção da saúde pública e do bem-estar social.

Como bem ensina Mello (2008, p. 55), o Direito Público "[...] resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade".

Não obstante, o Direito Público é dividido em externo e interno. O Direito Público Externo tem como objetivo regular a relação entre os Estados Soberanos,

bem como as atividades individuais internacionalmente, a exemplo, tem-se o Direito Internacional Público e o Privado.

Já o Direito Público Interno tem como foco a regulação dos interesses estatais e sociais, obedecendo às divisas nacionais. Como exemplo Meirelles (2010, p. 38), refere o Direito Penal, Administrativo, do Trabalho, Processual, etc... . Segundo o doutrinador, a ciência jurídica está em constante aprimoramento, em conseqüência, surgem diversas disciplinas autônomas.

Na mesma linha:

> O direito público pode ser considerado em seus aspectos externos, disciplina relações entre Estados soberanos e atividades, inclusive dos indivíduos, no plano internacional (Direito Internacional), e Interno, dentro dos limites em que cada Estado exerce sua soberania, tutelando então os interesses sociais e estatais, e disciplinando suas estruturas políticas, jurídicas e administrativas, através do Direito Constitucional (inclusive eleitoral), do Direito Tributário, do Direito Penal, do Direito Processual e, naturalmente, do Direito Administrativo (ARAÚJO, 2010, p. 25).

Desta forma, denota-se que o Direito Administrativo, assim como o Direito Constitucional, Penal, Tributário e também Processual, estão relacionados intrinsecamente no Direto Público, tal afirmativa encontra respaldo no mais pacífico entendimento doutrinário brasileiro.

> O Direito Administrativo, quanto a ser ou não parte do Direito Público, não oferece nenhuma preocupação ou dúvida. É porção desse ramo sob qualquer dos dois principais critérios acolhidos pela doutrina para distinguir os esgalhos em que se fraciona o Direito, ou seja, o do interesse público e o do sujeito da relação jurídica com prerrogativas de autoridade (GASPARINI, 2006, p. 2).

Isso posto, verifica-se, indubitavelmente que, em havendo na relação jurídica o pressuposto do interesse público e figurando em um dos pólos desta a Administração Pública atuando na qualidade de ente estatal, restará configurada a relação de Direito Público, bem como de Direito Administrativo.

Feitas essas considerações à cerca das distinções entre Direito Público e Direito Privado e suas subdivisões, cumpre analisar, a seguir, a origem do Estado, sua evolução e seus elementos caracterizadores, vez que este no presente estudo vem representado pela figura da Administração Pública.

2.2 O Estado

O ser humano, desde os primórdios, visando a necessidade de coexistir, buscou a convivência pacifica em sociedade, limitando para tanto sua total liberdade em "favor de algum comando coordenador da respectiva coletividade" (Araújo, 2010, p. 25). Tal "comando" criado pelo homem de forma a regular a vida dos indivíduos, conviventes em sociedade, visava defender o interesse comum a todos, inclusive contra inimigos, e, contudo buscando o progresso e o bem-estar de sua sociedade, surgindo, desta forma, o gérmen da idéia de Estado (Araújo, 2010).

A palavra "estado" vem do latim ***status***, com o significado de "estar firme". Nesse sentido ensina Dallari (2009, p. 51):

> [...] significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em "O Príncipe" de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estado* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII (DALLARI, 2009, p. 51, grifos do autor)

A respeito da origem do Estado, o autor menciona três posicionamentos fundamentais:

> [...] a) Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. b) Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período [...]. Segundo esses autores, que, no seu conjunto, representam ampla maioria não houve concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar. c) A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas (DALLARI, 2009, p. 52 e 53).

De forma a definir um conceito Ideal para Estado, Conti (2001, p. 2), utilizando-se das palavras de Ferreira Filho, conceitua o Estado como "uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana e globalmente eficaz". Para Dallari (2009, p. 119), Estado é "como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território". No mesmo aspecto, leciona Friede (2006, p. 35), que, em se tratando de um conceito contemporâneo, Estado é toda associação ou grupo de pessoas, localizadas em um mesmo território e dotado de soberania.

Não obstante, aduz ainda que, "em síntese, um agrupamento humano em território definido, politicamente organizado, que, em geral, guarda a idéia de Nação (Friede, 2006, p. 35)"

A par de tais conceitos a respeito da origem do Estado, Dallari (2009, p. 53), ensina que:

> Ao se estudar as causas do aparecimento dos Estados é preciso, antes de tudo, lembrar que há duas questões diferentes a serem tratadas: de um lado, existe o problema da formação *originária* dos Estados, partindo de agrupamentos humanos ainda não integrados em qualquer Estado; diferente dessa é a questão da formação de novos Estados a partir de outros preexistentes, podendo-se designar esta forma como *derivada* (DALLARI, 2009, p. 53, grifos do autor).

Nesse prisma, para uma melhor compreensão, Dallari (2009) aponta, a respeito da formação originária do Estado, dois grupos de teorias. O primeiro grupo

afirmando a formação “natural” ou “espontânea” do Estado, para tanto, não havendo coincidência quanto à causa entre elas, porém, tendo em comum, que o Estado se formou naturalmente e não por um ato voluntário. O segundo grupo, divergente quanto à causa, sustenta, a formação contratual do Estado, apresentando em comum a crença de que o Estado se formou pela vontade de alguns homens, senão, te todos.

Em se tratando de formação derivada, que, conforme o autor, é a teoria atualmente mais utilizada pela majoritária doutrina, há dois processos opostos de formação de novos Estado, igualmente usados na atualidade, sendo esses, o fracionamento e a união de Estados. O primeiro é caracterizado pelo desmembramento de parte do território de um Estado, para a constituição de um novo Estado. Em quanto o segundo processo, a união de Estados, surge quando dois ou mais destes unem-se, formando um novo Estado e adotando uma Constituição comum (Dallari, 2009, p. 56/57).

Isto posto, com base na conceituação de Estado como sendo “a coletividade (uma ou mais nações) política e juridicamente organizada, em uma determinada área territorial, e dotada de soberania” (Araújo, 2010, p. 26), é plausível elencar e comentar os elementos constitutíveis do Estado Moderno, quais sejam, o elemento humano do povo, o elemento físico do território e o elemento subjetivo da soberania.

Partindo do pressuposto “povo” que se destaca como elemento basilar e originário do Estado, visto que, sem este não há que se falar em nação. É “o somatório de todos os cidadãos do Estado presentes no território pátrio e no exterior” (Friede, 2006, p.53).

Em relação ao termo “nação”, empregado por alguns autores, ao se referirem a “povo”, discorda Dallari (2009, p. 95):

> Outra expressão largamente usada com o sentido de povo e que tem sido causa de grande imprecisão, provocando confusão até mesmo nas legislações, é *nação*. Com efeito, surgido no século XVIII com a pretensão de ser a expressão do povo como unidade homogênea, o termo *nação* adquiriu grande prestígio durante a Revolução Francesa, sendo utilizado para externar tudo quanto se referisse ao povo [...] (DALLARi, 2009, p. 95, grifos do autor)

Para o autor, entende-se como povo “o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano” (Dallari, 2009, p. 99/100).

O segundo elemento constitutivo do Estado, o território, apontado como elemento físico, “em sua concepção elementar, pode ser definido como a base física do Estado” (Friede, 2006, p. 56), onde a soberania é exercida de forma plena. Para Friede (2006) o território engloba o solo, o subsolo, as ilhas marítimas, as ilhas fluviais e lacustres, a plataforma continental, o mar territorial (projeção de 12 milhas náuticas a partir da costa), o espaço aéreo e os mares interiores.

Com base na lição de Dallari (2009), o território delimita a ação da soberania do Estado, sendo que dentro dos limites territoriais a ordem jurídica é mais eficaz. Afirma o autor que a perda temporária do espaço físico, denominado, território, não implica na extinção do Estado, o qual continua a existir até que se torne impossível a reintegração deste com os demais elementos caracterizadores do Estado.

Por último, o elemento subjetivo, a soberania, que no entender de Friede (2006), é o poder que o povo, organizado jurídica e politicamente, faz valer no seu território a totalidade de suas decisões.

Com relação à importância desse elemento leciona Meirelles:

> Não há nem pode haver Estado independente sem Soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontrastável de organizar-se e de conduzir-se segundo a vontade livre de seu Povo e de fazer cumprir as suas decisões inclusive pela força, se necessário. A vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado (MEIRELLES, 2010, p. 61).

Sendo assim, verifica-se que o poder soberano conforme Dallari (2009, p. 80), “não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, importando apenas que seja absoluto, não admitindo confrontações e que tenha meios para impor suas determinações”,

apesar de que, na atualidade, encontra-se disciplinado juridicamente no tocante a sua aquisição, exercício e sua perda (Dallari, 2009).

Assim sendo, analisados os elementos constitutivos do Estado, é mister tratar da forma atual de Estado no Brasil, qual seja, o Estado Federal. Leciona Dallari (2009) que nas tradicionais classificações em matéria de Estado, existe o chamado Estado unitário e Estado federal. Enquanto o primeiro possui um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político, o segundo conjuga vários centros de poder político autônomo.

No Brasil, o federalismo foi implantado sob a ótica legal-constitucional, conforme Friede (2006, p. 151), “em 15 de novembro de 1889, indiscutivelmente, já era ensaiado, algum tempo antes, como uma das reivindicações do Manifesto Republicano de 1870”.

Esclarece o autor:

> Posteriormente, a primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, reafirmava a forma federativa do Estado brasileiro, estatuindo as diretrizes fundamentais de sua estruturação (inicialmente, segundo alguns autores, de nítida feição bifacetada) (FRIEDE, 2006, p.153).

No entendimento de Dallari (2009), o Estado Federal é uma espécie de Estado e não uma forma de governo. O autor define ainda que o Estado Federal é formado pela união de Estados.

Cabe ressaltar que o Estado Federal teve seu nascimento nos Estados Unidos da América, sob a égide de sua Constituição de 1787. Os constituintes norte-americanos tiveram forte influência por Montesquieu, o qual desenvolveu a teoria da separação dos poderes, no livro O Espírito das Leis 1748 (*L'Esprit des lois*), publicado em 1748 (Dallari, 2009).

Atualmente, no Brasil Federal, conforme Meirelles (2010, p. 63), a organização política “compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municipios”.

Com relação a organização da administração, dispõe Meirelles (2010):

> Nesse campo estrutural e funcional do Estado atua o moderno Direito Administrativo organizatório, auxiliado pelas contemporâneas técnicas de administração, aquele estabelecendo o ordenamento jurídico dos órgãos, das funções e dos agentes que irão desempenhá-las, e estas informando sobre o modo mais eficiente e econômico de realizá-las em beneficio da coletividade (MEIRELLES, 2010, p.64).

Nesse prisma, o Direito Administrativo trata de impor regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal (Meirelles, 2010).

Feitas as devidas considerações, a cerca da natureza do Estado, e os elementos que o compõem, frisando, contudo, a forma atual de Estado, no Brasil, cumpre analisar o Direito Administrativo, o qual, como se verá, regula as atividades do ente-estatal “Administração Pública”, o qual é o sujeito da relação do presente estudo.

2.3 Aspectos históricos do Direito Administrativo

O Direito Administrativo, como ramo autônomo da ciência jurídica, embora de origem recente, surgiu na França, no final do século XVIII e início do século XIX, muito embora a função administrativa de qualquer Estado ou sociedade, por mais simples e rudimentar sua organização, sempre existiu. De tal modo, não há que se falar em inexistência de normas administrativas anteriores a esta época. Esclarece Di Pietro (2010, p. 01): “[...] o que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito [...]”.

Assim, como forma a elucidar o surgimento do Direito Administrativo, se faz necessário, primeiramente, um breve relato histórico acerca da evolução dos povos e da sociedade.

No período denominado Idade Antiga, o qual carece de acervo histórico relativo as formas de poder, contudo na Antiguidade oriental (Índia, China, Assíria,

Babilônia), os traços teológicos destacavam-se como base ou fundamento do poder supremo dos “chefes”, os quais emanavam suas ordens e de pronto eram atendidos, característica esta do Direito Administrativo (Gasparini, 2006).

Na Grécia e Roma, período da Antiguidade clássica, as cidades possuíam serviços administrativos, os quais geravam direitos e deveres aos administrados. Conforme Gasparini (2006, p. 38) “A história das repúblicas helênicas revela a existência de numerosos institutos destinados à manutenção da ordem interna e à defesa das cidades contra os ataques externos”.

Na Idade Média, período compreendido pelo século V ao XV, o qual se estendeu até o Renascimento, destacam-se o período feudal e comunal, época das monarquias, onde todo o poder emanava do soberano, pelo qual, sua vontade era a lei, e os cidadãos, denominados de servos ou vassalos deviam plena obediência (Di Pietro, 2010).

O período feudal não contribuiu com regras administrativas, em virtude de não haver condições adequadas para o desenvolvimento destas. Contudo, há resquícios de serviços administrativos como leciona Gasparini (2006, p. 39) “[...] a exemplo da requisição de recursos humanos e materiais para a guerra e de dinheiro para os gastos do senhor feudal”.

Na fase da administração comunal, os burgos medievais, organizados em comunas, apontavam para uma forma de governo mais democrática, por influência dos burgueses e das corporações de artes e ofícios.

Na mesma linha:

> Mas ainda não se tinham condições de liberdade e democracia que pudessem favorecer a criação de um Direito que fosse, além da disciplina da estrutura administrativa, um instrumento de garantia dos cidadãos, oponível até mesmo ao Estado. Na verdade, a partir dos primórdios da Renascença, observou-se um recrudescimento das formas governamentais absolutistas em toda Europa (com poucas exceções), que só principiou a regredir na época (1789) da Revolução Francesa (ARAÚJO, 2010, p. 30).

Dessa forma, a inexistência de democracia e liberdade, impedia a criação de um instrumento capaz de garantir direito e obrigações aos cidadãos. Na Idade Moderna, marcada pela Revolução Francesa, de 1789, a qual tratou de abolir a forma antiga da sociedade dominada pela realeza, passando do Estado de Polícia ou absolutismo para o Estado de Direito, acabou trazendo consigo alterações sociais, políticas e econômicas ao país.

Com efeito, surge o princípio da tripartição do Poder, com base na Teoria da Separação dos Poderes (*L'esprit des Lois*, 1748, Charles Louis de Sécondat, Barón de La Brède ET de Montesquieu), ou seja, surgem as funções legislativa, executiva e judiciária. Desta forma, passa o Poder Executivo a submeter-se às leis estatuídas pelo Poder Legislativo, dando o arbítrio lugar à legalidade.

Surge então, no século XIX, o Direito Administrativo, tendo como seu marco inicial uma lei francesa de 1800, conhecida por Lei de 28 do pluvioso do ano VIII, a qual organizou juridicamente a Administração Pública na França, dotando a Administração de poder para compelir os administrados a obedecer a suas ordens, conforme corrobora a doutrina brasileira:

> O que hoje conhecemos por Direito Administrativo nasceu na França. Mais que por leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes (MELLO, 2008, p. 38).

Di Pietro reforça a idéia:

> Tendo o Direito Administrativo francês nascido como o direito concernente a um sujeito – Administração Pública -, é natural que se entendesse que sua organização, seus direitos, prerrogativas e obrigações fossem regulados por normas próprias, diversas daquelas que disciplinam as relações particulares (DI PIETRO, 2010, p. 7).

Na Alemanha, ao contrário do que ocorreu na França, o Direito Administrativo surgiu de forma lenta e gradual e não uniforme, em virtude na demora da unificação político-administrativa dos Estados germânicos, que veio a ocorrer com a Constituição de 1870, conforme informa a autora:

> Enquanto na França o Direito Administrativo surgiu após a revolução, que rompeu inteiramente com o sistema anterior, na Alemanha não houve a mesma ruptura, pois resultou, esse ramo do direito, de longa evolução, não processada pela mesma forma nos diferentes Estados (DI PIETRO, 2010, p. 8).

Na Itália, o Direito Administrativo desenvolveu-se de forma peculiar, trazendo para si, conforme explica Araújo (2010, p. 33), influências como: [...] o Direito Administrativo francês, da escola legalista e casuísta, e o alemão, do tecnicismo às vezes até exagerado, em feliz meio-termo.

Por fim, o Direito Administrativo no “common Law”, aplicado na Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte, Irlanda do Sul, País de Gales, Estados Unidos da América, Canadá (exceto região de Quebec) e outros, diferentemente dos países filiados ao sistema de base romanística, tem como fonte principal o precedente judiciário, ou seja, o direito comum, criado por decisões judiciárias.

Importante é o ensinamento extraído da leitura abaixo:

> Embora também possua como fonte o direito escrito e legislado (Statute Law), caracteriza-se pela predominância do costume e da prática sobre a teoria e a doutrina, e, em conseqüência, pela importância do precedente judiciário: a aplicação da lei ou decisão ao caso concreto terá sempre presente o pronunciamento anterior das Cortes de Justiça sobre a matéria, o que lhe dá nítido caráter jurisprudencial e costumeiro, ou seja, "general immemorial custom of common Law from time to time declared in the decisions of the Courts of Justice" (costume geral e imemorial, assim declarado de época a época, por decisões das Cortes de Justiça), ou então, "a parte da lei inglesa que é criada não pelas disposições legislativas, mas por decisões judiciárias, e que devem ser localizadas nos repertórios de casos decididos" (ARAÚJO, 2010, p. 34).

De certa feita, o Direito Administrativo, nos dois sistemas (o europeu continental e o common Law) sofreram grande expansão, e hodiernamente, ainda estão em processo de evolução.

2.4 Direito Administrativo brasileiro

O Direito Administrativo, no Brasil, teve sua evolução gradativamente de acordo com o desenvolvimento da sociedade, diferentemente de outros países, que tiveram o surgimento deste ramo, com base no rompimento abrupto da situação jurídica local.

No Brasil colonial, ao tempo das Capitanias Hereditárias, os donatários destas eram detentores de poderes absolutos, sem limites, delegados pelo rei de Portugal, para atuarem dentro de suas circunscrições territoriais. Para tanto, possuíam poderes que alcançavam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça.

Assim, elucida Araújo:

> Mesmo na época dos Governos Gerais, embora houvesse certa repartição de atribuições entre o Governador-Geral, o Provedor-Mor e o Ouvidor-Geral, o primeiro, que até teve, em certa ocasião, o título de vice-rei, concentrava, na prática, os poderes, desempenhando, como Capitão-Mor das Capitanias, as funções de legislação administração e justiça (ARAÚJO, 2010, p. 39)

Em 1642, criou-se o Conselho Ultramarino, órgão este, com intuito de fixar o império português sobre as colônias e exercer o controle administrativo, a decisão sobre o movimento marítimo para a Índia, definindo as embarcações, a equipagem e as armas, o provimento de todos os ofícios de Justiça e Fazenda e a orientação dos negócios tocantes à guerra, exceto, conforme Araújo (2010, p. 39) "[...] os do Conselho da Fazenda e da Mesa da Consciência e Ordens (assuntos religiosos) [...]".

Passado ao Regime Imperial, sob a égide da Constituição brasileira de 1824, observa-se que não houve a tripartição dos Poderes, e sim a divisão das atividades do Estado, adotando quatro Poderes, sendo estes, o Poder Executivo, o Legislativo o Judiciário e o Poder Moderador. Este último era presidido pelo Imperador, conforme ensina Faria (2001, p. 5), tendo por funções "[...] semelhantes às do Conselho de Estado francês e julgava questões de natureza jurídico-administrativa, mas aplicando o Direito Privado".

Em meados do ano de 1827, em observância a Lei 2ª, surgem os cursos jurídicos e instaladas as Faculdades de Direito nas cidades de São Paulo e Olinda, muito embora a disciplina de Direito Administrativo não estar inclusa na grade curricular. Somente após o Decreto n. 608, de 16 de agosto de 1851, a referida disciplina tornou-se obrigatória, tornando esta fase foi muito importante para o desenvolvimento do estudo do Direito Administrativo.

Nesse aspecto Araújo acrescenta:

> A partir da metade do século XIX, rendendo-se à influência francesa que, de resto, predominava em nossa cultura, e era incentivada pelo próprio imperador D. Pedro II, o Direito Administrativo passa a ser incluído nos programas das Faculdades de Direito (Decreto n. 608, de 16-8-1851), tendo sido instalada a cátedra da disciplina na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1856, cujo primeiro regente foi Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça. Praticamente é o batismo do Direito Administrativo brasileiro, já acompanhando as modernas tendências européias e, de certa forma, preparando o terreno para a era republicana (ARAÚJO, 2010, p. 40).

A partir da Constituição de 1891, a qual estatui o Estado Republicano, é que a Administração Pública passou a disciplinar-se, efetivamente, sob a égide do Direito Administrativo. Contudo, somente com a chegada da Constituição de 1934, a disciplina jurídica administrativa obteve grande desenvolvimento em virtude da expansão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Assevera Di Pietro (2010, p. 21) que “O Estado deixa sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social”.

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual adota os princípios do Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo é beneficiado com grandes inovações, podendo-se citar o alargamento do princípio da legalidade, a democracia participativa, a aplicação do princípio da subsidiariedade e a substituição do quadro de servidores públicos por mão de obra terceirizada.

A partir de então, juntamente com a evolução do Direito Administrativo brasileiro, o déficit doutrinário neste ramo, que encontrava respaldo de autores estrangeiros, passa a ser suprido por vasta gama de doutrinadores brasileiros, restando às influências administrativas estrangeiras, servirem, tão somente, de subsídio para as soluções de conflitos brasileiros internos.

2.4.1 Conceito de Direito Administrativo

O Direito Administrativo brasileiro, com a promulgação da CF/88, foi beneficiado com um elevado número de preceitos, nunca antes visto nas Constituições anteriores a vigente. Sua elaboração permitiu a exposição de um capítulo para tecer disposições acerca da Administração Pública, a qual é regida por esta disciplina.

Para tanto definir o que seja Direito Administrativo, é uma tarefa um tanto complexa em razão de haver distintos conceitos conforme o critério doutrinário adotado. Nesse aspecto, ensina Rafael Maffini (2008):

> Em verdade, existem vários critérios de definição do Direito Administrativo, alguns dos quais já de há muito ultrapassados, mas cuja referência se faz importante para a compreensão do que atualmente se deva entender por Direito Administrativo. Um aspecto, contudo, é recorrente em todos os critérios de definição: o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público, embora tal referência esteja sendo cada vez mais mitigada por vários fenômenos de privatização, como acima referido (MAFFINI, 2008, p. 27).

No mesmo entendimento, corrobora Ely Lopes Meirelles(2010):

> A diversidade das definições está a indicar o desencontro doutrinário sobre o conceito de Direito Administrativo, variando o entendimento consoante a escola e o critério adotado pelos autores que procuram caracterizar seu objeto e demarcar sua área de atuação (MEIREILLES, 2010, p. 39).

Diante do exposto, para a doutrina majoritária, Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que regulamenta a organização e os exercícios das atividades do Estado e dos demais organismos públicos, com o intuito de garantir a realização do bem-social e a supremacia do interesse público. Veja-se algumas definições extraídas da doutrina:

> O Direito Administrativo é o conjunto de normas jurídicas pertencentes ao Direito Público, tendo por finalidade disciplinar e harmonizar as relações das entidades e órgãos públicos entre si, e desses com os agentes do Estado, na realização da atividade estatal de prestar o bem-social, excluídas as atividades legislativas e judiciárias (FARIA, 2001, p. 52).

Di Pietro (2010) conceitua o Direito Administrativo como:

> [...] o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (DI PIETRO, 2010, p. 47).

Para Meirelles (2010, p. 40) o Direito Administrativo "[...] 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".

Como visto anteriormente os conceitos doutrinários do Direito Administrativo podem ser elaborados de formas distintas, dependendo da conotação do autor e da obra, porém, prevalecerão algumas características, assim como, que, este pertence ao ramo do Direito Público, vez que, com base nas palavras de Araújo (2010, p. 25), seguindo os critérios "[...] do 'interesse dominante', (supremacia do interesse público sobre o do particular, prerrogativa de autoridade, seja pelo do 'sujeito da relação jurídica', com as autarquias, fundações e entidades criadas pelo Estado".

Ademais, é considerado como Direito não codificado, em razão de não poder ser reunido em uma única lei. Suas normas podem ser encontradas em várias leis específicas, assim chamadas de legislações esparsas. A título meramente exemplificativo tem-se a Lei de Licitações e a Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante a codificação do Direito Administrativo, atualmente, encontra-se três posições doutrinárias divergentes. Esclarece Meirelles como também se posiciona (2010):

> A questão da codificação do Direito Administrativo tem colocado os doutrinadores em três posições: os que negam suas vantagens, os que admitem a codificação parcial e os que propugnam pela codificação total. Filiamo-nos a esta última corrente, por entendermos que a reunião dos textos administrativos num só corpo de lei não só é perfeitamente exeqüível, a exemplo do que ocorre com os demais ramos do Direito, já codificados, como propiciará à Administração e aos administrados maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas (MEIRELLES, 2010, p. 48).

De tal modo a divergência em relação a uma possível codificação se dá principalmente em torno da natureza dinâmica do Direito Administrativo. De outra banda, existe o argumento de que tanto a União Federal, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, são dotados de competência para editar o Direito administrativo, tornando-o, desta forma, incodificável.

Com relação à corrente, a qual defende a codificação parcial do Direito Administrativo, justificam ser possível a codificação das matérias já bem elaboradas cientificamente e administrativamente, as quais não são sujeitas a modificações temporárias e cujas leis são nacionais. Sobre a teoria da codificação parcial Gasparini (2006, p. 33) explica que os estudiosos que defendem essa corrente ”[...] propugnam pela reunião tão-só de normas que disciplinam algumas das matérias reguladas pelo Direito Administrativo, a exemplo das relacionadas com a caça e pesca, a água, a mineração, o servidor e as comunicações”.

Diante desse contexto, Meirelles (2010) invoca o Código Administrativo de Portugal, sugerindo este, como modelo à codificação administrativa brasileira, adaptando-a, contudo, as tradições e ao regime político brasileiro.

Feitas essas ponderações passa-se para a análise exclusiva das fontes do Direito Administrativo, a qual se tornará indispensável para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico.

2.4.2 Fontes do Direito Administrativo

A palavra fonte, conforme a concepção mais antiga significa, o “lugar de onde brota a água” é o “nascedouro do curso de água”. Juridicamente, fonte se traduz no conjunto de modos pelos quais o Direito é formalizado, ou seja, exterioriza-se para coletividade.

Na disciplina jurídica administrativa, observa-se que, não há um entendimento unânime entre os autores com relação às fontes. Há autores que entendem que a doutrina é fonte de exteriorização do Direito, enquanto outros pregam que não. Com relação à jurisprudência, há doutrinadores que não a incluem no rol de fontes do Direito Administrativo, em razão de que a Administração Pública, por estar vinculada ao princípio da legalidade, não pode fundamentar seus atos na doutrina, nos costumes ou na jurisprudência, devendo ficar adstrita somente à lei (GASPARINI, 2006).

A doutrina majoritária entende que o Direito Administrativo brasileiro tem como suas principais fontes norteadoras: a lei, doutrina, jurisprudência e os costumes. Em se tratando de Direito Administrativo, a lei é a fonte primária, abrangendo desde a Constituição Federal até os regulamentos executivos, impondo aos indivíduos e ao próprio Estado, o seu poder normativo. Devendo ser entendida em sentido amplo. Contudo, não é considerada fonte do Direito Administrativo toda e qualquer lei. Nas palavras de Gasparini (2006, p. 28), são consideradas fontes na disciplina administrativa "[...] tão-só as que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, ou, em outras palavras, as que dispõem sobre relações que interessam ao Direito Administrativo".

Nesse aspecto há que se frisar que no âmbito espacial de validade da lei administrativa, deverá ser obedecido o princípio da territorialidade, vez que todas as unidades federativas possuem competência para legislar sobre a disciplina.

Nesse sentido Araújo Informa sobre o respectivo tema:

> O que importa frisar é que, em matéria de Direito Administrativo, para os respectivos âmbitos, a competência para legislar e dispor é comum a todas as unidades federativas, sendo excepcional a legislação de caráter nacional nessa matéria, quase sempre decorrente de disposição constitucional expressa (ARAÚJO, 2010, p. 59).

Importante salientar que, a autonomia para legislar a respeito de matéria administrativa, deverá estar em consonância com as discriminações constitucionais sobre competências dos entes políticos.

No aspecto vigência, a lei administrativa deverá observar o que dispõe a Lei Complementar federal n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, a qual versa sobre elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, em observância ao que prescreve o art. 59 da CF/88, revogando-se, desta forma, a LICC (Lei de Introdução ao Código Civil), no que com ela conflitar (GASPARINI, 2006).

Explica o autor:

> Por essa lei complementar (art. 8º), a vigência da lei, inclusive a administrativa, será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação', para as leis de pequena repercussão (GASPARINI, 2006, p. 28 e 29).

Sendo assim, deverá ser obedecida a *vacacio legis,* e quando for o caso, constar expressamente o que está sendo revogado do texto original. Como fonte secundária, a doutrina se figura em uma construção teórica aplicada ao Direito Positivo, materializada em livros, artigos, pareceres, etc, auxiliando na elaboração de leis, nas decisões contenciosas e não contenciosas e, em determinados casos, auxiliando na obscuridade da própria lei. Conforme Furtado (2007, p. 66), a doutrina tem por principal função "[...] de explicar, de esclarecer aos aplicadores do Direito acerca do correto conteúdo das normas administrativas, indicando a melhor interpretação ou as interpretações possíveis destas normas".

Há que se ressaltar que a doutrina é de caráter universal, pois na indagação para a formação do Direito, conforme ressalva Faria (2001, p.58), "[...] se recorre tanto aos autores nacionais quanto aos estrangeiros".

Sobretudo, acrescenta Araújo (2010):

> Seu patrimônio constitui-se das obras e estudo dos juristas, de seu ensinamento e opinião sobre a aplicabilidade e sua extensão, relativamente às leis e outras normas jurídicas, das conceituações dos institutos jurídicos, da comparação com o direito estrangeiro, e que influenciam a formação do direito positivo: por essa razão, a doutrina é considerada, também no âmbito do Direito Administrativo, como fonte mediata do Direito, que se faz sentir especialmente como fonte supletiva de omissões ou deficiências da lei, como repositório dos princípios e conceitos do Direito e principalmente como atividade interpretativa dos textos legais e sua aplicação (ARAÚJO, 2010, p. 64).

Não obstante, apesar de a doutrina levar à construção de uma dogmática jurídica, auxilia, também, para a crítica do ordenamento jurídico com fundamentos teóricos para a jurisprudência dos tribunais.

A jurisprudência possui participação fundamental no Direito Administrativo, à medida que, baseada na reiteração dos julgamentos de mesmo sentido, auxilia nas soluções de casos concretos idênticos, porém, possui a característica de não vincular as decisões dos magistrados:

> A jurisprudência, entretanto, não obriga quer a Administração, quer o Judiciário, porque não vigora entre nós o princípio norte-americano do *stare decises*, segundo o qual a decisão judicial superior vincula as instâncias inferiores, para os casos idênticos (MEIRELLES, 2010, p. 47).

Nos países anglo-saxões, regidos pelo *common law*, a regra, é que o precedente vincula a decisão dos tribunais inferiores.

Contudo, a CF prevê em seu art. 102, §2º, que a decisão definitiva de mérito proferida pelo STF (Supremo Tribunal Federal), em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, opera o poder vinculante:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> [...]
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante [...]

Desta feita, o efeito vinculante operará sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo. Importante ressaltar, ademais, a existência de decisões reiteradas, proferidas por tribunais administrativos, denominadas de jurisprudências administrativas, as quais são fontes secundárias.

O costume, que no Direito Administrativo, em virtude da deficiência normativa, tem a função de auxiliar, ou seja, atua como elemento informativo da doutrina, embora tenha sua utilidade reduzida em virtude do princípio da legalidade, o qual vincula os administradores às normas jurídicas.

Este como fonte não escrita do Direito caracteriza-se pela prática reiterada uniforme de comportamento tido como obrigação legal (GASPARINI, 2006). Diferentemente dos países britânicos onde predomina o direito costumeiro, no Brasil, a aplicação do costume, no ordenamento jurídico, depende que a lei o acolha para tornar-se obrigatório (ARAÚJO, 2010)

Em razão da parca legislação à cerca do Direito Administrativo, o costume, nesse ramo, também chamado de praxe burocrática, ainda exerce influência aos administradores e administrados, que se utilizam desta para suprir a lei ou atuar conjuntamente com a doutrina (MEIRELLES, 2010).

Informa Furtado:

> Se por costume os administradores adotam determinada interpretação das normas jurídicas, a fonte primária será aquela de onde surgiu a norma – a lei, o decreto, a jurisprudência etc. O costume contrário à lei é fonte tão-somente de ilegalidade e não pode ser argüido como pretexto para favorecer servidores públicos ou particulares ou para manter práticas, infelizmente, ainda freqüentes em nosso Direito (FURTADO, 2007, p. 68).

Assim, o costume no Brasil, é fonte secundária, ou seja, supletiva ao Direito positivado, influenciando nos casos de deficiência ou omissão da lei. Adverte-se, contudo, que no caso de conflito entre a lei e o costume, prevalece à primeira.

Não obstante ao entendimento majoritário da doutrina acerca das fontes do Direito Administrativo como sendo à lei, doutrina, jurisprudência e costume, existem proposições fundamentais que se encontram na base de toda a legislação, “os princípios”, os quais no presente estudo serão analisados, individualmente, no capítulo reservado à Administração Pública.

Seguindo o ensinamento de Araújo (2010), no Direito Administrativo existem as fontes formais que, por excelência é a lei, às fontes organizadas, onde se tem a jurisprudência e a doutrina e por fim, as fontes inorganizadas, que influem indiretamente no direito positivo, sendo estas, o costume, a praxe administrativa e os princípios.

Componentes de vasta importância no sistema normativo brasileiro, os princípios condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. A terminologia "princípio" traz a idéia de início, ou, onde tudo começa. Contudo, em termos jurídicos, a palavra ganha dimensões por demais importantes significando alicerce, base.

Diogenes Gasparini considera:

> Constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade.
> [...]
> Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão [...] (GASPARINI, 2006, p. 6 e 7).

Há doutrinadores que classificam os princípios quanto a sua natureza. Desta forma ensina Di Pietro (2010), com relação aos princípios, citando o autor José Cretella Júnior (Revista de informação Legislativa, v 97:7):

> a) **onivalentes** ou **universais**, comum a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente; b) **plurivalentes** ou **regionais**, comuns a um grupo de ciência, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o principio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas; c) **monovalentes**, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei; d) **setoriais**, quem informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal etc (DI PIETRO, 2010, p. 62, grifos do autor).

Nesse passo, os princípios, especialmente no Direito Administrativo, ganham elevada importância frente à deficiência normativa em razão de permitirem a correta interpretação do sistema jurídico, suprindo as deficiências normativas e auxiliando na elaboração de novas normas.

Os princípios, normalmente, não constam no Direito Positivo, sendo apenas mencionados, a exemplo do art. 37 da CF/88, em que passa a enumerar os princípios regentes da Administração Pública (Gasparini, 2006).

Adverte o autor que, "[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma" (Gasparini, 2006, p. 7). A falta de atenção a um princípio implicará em ofensa a todo o sistema de comando e não a um, especificamente. Sendo a transgressão a mais grave forma de inconstitucionalidade ou ilegalidade, dependendo do escalão do princípio que foi desrespeitado, pois representa rebelação contra todo o sistema (Gasparini, 2006).

Em capítulo específico à Administração Pública, a CF/88, como já mencionado anteriormente, esta, disciplinou a obediência daquela aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Feitas as devidas considerações á cerca do Direito Administrativo, cabe analisar no próximo capítulo a Administração Pública, acima de tudo, ancorada na Constituição Federal.

Isso posto, necessário advertir que não se pretende realizar uma abordagem exaustiva de cada um dos princípios, tampouco abordar todos os existentes no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro. Contudo, elencar-se-ão os principais princípios do Direito Administrativo, ou seja, o suficiente para compreensão da sua operatividade na disciplina jurídica administrativa.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é formada pelo conjunto de órgãos e agentes do Estado, que tem o poder de gestor e por função, garantir a satisfação das necessidades vitais coletivas da sociedade, entendidas estas como à educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, dentre outros direitos previstos no artigo 6º da CF/88.

No estudo proposto a esta pesquisa científica, o sujeito em pauta é a Administração Pública direta, da qual parte de suas atribuições constitucionais, são em função de critérios políticos, técnicos, gerenciais dentre outras, transferidas por meio de lei.

Assim, no presente capítulo, pretender-se-á conceituar a Administração Pública, bem como tratar dos atos administrativos , e por fim tratar da previsão legal que confere ao referido órgão público, o poder de contratar com particulares, em razão ver atendidos seus anseios e da população, sempre atendendo ao interesse público.

3.1 Conceito

Primeiramente, é mister abordar os significados da palavra “administração”, que apesar de conter mesma grafia, possui distintos empregos, conforme elucida Araújo (2010). Para o doutrinador, a palavra possui vários significados, dentre eles, o conjunto de órgãos administrativos, atividade de gerir bens e interesses públicos ou privados. No mesmo raciocínio, o estudioso menciona que: “O sentido técnico-jurídico, que nos interessa, é oposto ao de propriedade: concerne a poderes de

gerência e *conservação*, ao invés de poderes de *disponibilidade* e *alienação*"(Araújo, 2010, p. 149).

Araújo (2010), em relação ao significado da palavra "administração", ensina que Administração privada tem por finalidade a gerência de bens ou interesses particulares, enquanto, tratando-se de fins relacionados ao Estado, utiliza-se o termo "administração pública", desta forma, caso seja a expressão "Administração" grafada com "A" maiúsculo, refere-se à máquina administrativa do Estado, seus órgãos e entidades. Quando grafada com "a" minúsculo, a palavra administração, tem como significado a atividade de administrar, ou seja, atividades administrativas.

Di Pietro reforça o ensinamento sobre a expressão "Administração Pública":

> a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo (DI PIETRO, 2010, p. 49).

Isto posto, a Administração Pública é formada pelo conjunto dos órgãos, serviços e agentes do Estado, com a finalidade de realização dos objetivos do Governo. Conforme Gasparini (2006), os autores ao definirem a expressão Administração Pública, adotam vários critérios, a saber, sobressaindo-se o critério negativista ou residual, o formal e o material:

> Com base no primeiro o negativista, administração pública é toda atividade do Estado que não seja legislativa e judiciária. [...] Pelo critério formal, também denominado orgânico ou subjetivo, a expressão *sub examine* indica um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas. [...] De acordo com o critério material, também chamado de objetivo, é um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas. [...] Pelo critério formal é sinônimo de Estado (Administração Pública); pelo material, equivale a atividade administrativa (administração pública) (GASPARINI, 2006, p. 45, grifos do autor).

Frente às definições, estruturação e funções da Administração Pública, que giram em torno do atendimento as necessidades do povo, figuram dois princípios basilares do Direito Administrativo, de suma importância, sendo estes o princípio da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público. O primeiro destaca-se evidenciando que os interesses privados não podem prevalecer sobre os interesses da coletividade (Justen Filho, 2005). O segundo, conforme a magistral lição de Mello (2008) comporta que, se a coletividade possui uma necessidade, cabe ao órgão administrativo saná-la, não facultando ao agente público a discricionariedade entre cumprir e não cumprir.

Destarte, visto que a Administração Pública tem como função, a realização dos objetivos do Governo, sendo também adstrito à supremacia do interesse público sobre o privado, bem como à indisponibilidade do interesse público, é necessário traçar um diferencial entre este e aquele:

> Comparativamente, podemos dizer que governo é a atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumento de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo (MEIRELLES, 2010, p.66).

Nesse contexto, o Decreto-lei 200, de 25.2.67, com alterações posteriores, tratou de regular a estrutura administrativa, da organização federal, restando à Administração Pública subdividir-se em direita e indireta:

> Nos termos do Decreto-lei 200, Administração direta é a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4º, I), e Administração indireta “é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas” (art. 4º, II) (MELLO, 2008, p.152).

No que concerne a organização do Estado e da Administração em relação à divisão política do território nacional, à estrutura dos Poderes, à forma de Governo, a investidura dos governantes e aos direitos e garantia dos governados, segundo Meirelles (2010), é matéria de competência do Direito Constitucional. Seguindo o ensinamento do autor, posterior as disposições constitucionais que moldam a organização política do Estado soberano, nasce, através da legislação complementar e ordinária, “a organização administrativa das entidades estatais, de suas autarquias e empresas estatais instituídas para a execução desconcentrada e descentralizada de serviços públicos e outras atividades de interesse coletivo” (Meirelles, 2010, p. 63).

Assim, o Governo e a Administração, ambos sujeitos abstratos, criados pela Constituição e pelas leis, atuam por intermédio de suas entidades, de seus órgãos e de seus agentes. Nesse aspecto, Meirelles (2010) elucida à respeito dos Órgãos públicos e agentes:

> Órgãos públicos – São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica (MEIRELLES, 2010, p. 69).

Em razão do exposto, a Administração Pública ao desempenhar sua atividade administrativa gerindo o interesse da coletividade, conforme os mandamentos da Carta Magna brasileira, e visando cumprir com o principio da continuidade, o qual prevê que os serviços públicos devem ser prestados de forma continuada, realiza uma série de atos para atender os anseios da sociedade, para tanto, buscando por vezes auxilio na esfera particular, contratando com terceiros.

3.2 Ato administrativo

De início cabe esclarecer a dificuldade em conceituar o que vem a ser ato administrativo, em vista este ser dotado de subjetividade, podendo levar a diversos entendimentos. Conforme Faria (2001), apesar das diversidades conceituais encontradas na doutrina, nada obsta a perfeita compreensão do que vem a ser o conteúdo essencial do ato.

Ressalta-se, no presente estudo, a diferença entre ato administrativo dos atos da Administração, razão pela qual, Bandeira de Mello (2008), citando o autor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, prescreve que o ato da Administração em virtude de não ser regido pelo Direito Administrativo e não possuir força jurídica, não se qualifica como ato administrativo.

Araújo (2010) adverte para outra distinção relativa ao tema, esclarecendo a particularidade de ato jurídico e de ato administrativo. Aduz o autor que o primeiro é gênero, enquanto o segundo é espécie. Esclarecendo melhor, ato administrativo é todo aquele que produz efeito jurídico, possuindo finalidade pública.

Verificadas as distinções técnicas, cabe conceituar o ato administrativo, que, como bem ensina Meirelles (2010, p. 153), é toda “[...] manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.

Acrescenta o autor com relação às condições para que um ato da Administração Pública seja considerado ato administrativo:

> Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores [...]; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal (MEIRELLES, 2010, p. 154).

Alexandrino e Paulo (2010) vão além, expondo que no âmbito dos atos jurídicos, o ato administrativo peculiariza-se por ser manifestação ou declaração do órgão público, agindo nessa qualidade, ou de particulares exercentes das prerrogativas públicas, sendo estes, devidamente investidos em funções públicas.

Não obstante, os Poderes Legislativo e Judiciário, poderão praticar atos administrativos, quando no exercício atípico de função administrativa, visto que esta é típica, porém, não exclusiva, do Poder Executivo (Maffini, 2008). Destaca o autor que tais atos praticados pelo Legislativo ou Judiciário, devem ser considerados no sentido material e não no sentido formal, pois, não são praticados por agente competente, que no referido caso, é o Poder Executivo.

Segundo Mazza (2012), o referido ato cumpre importante função no controle sobre as atividades da Administração Pública. Acrescenta o autor que esta não pode iniciar qualquer atuação sem que, para isso, exista a prévia expedição do ato, servindo-lhe de fundamento.

Inseridos no assunto em tela, existem fatores determinantes, dos quais o ato administrativo exterioriza sua função. Sendo estes: a perfeição, a validade e a sua eficácia.

Leciona Mello (2008), que ato administrativo perfeito é aquele que, completa o ciclo necessário a sua formação. É válido quando em absoluta conformidade com a lei e por fim, eficaz, quando se torna disponível para produzir seus efeitos próprios, não mais dependendo de qualquer evento posterior.

Esclarece o autor:

> a) perfeito, válido e eficaz – quando, concluído seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e está disponível para deflagração dos efeitos que lhe são típicos; b) perfeito, inválido e eficaz – quando, concluído seu ciclo de formação e apesar de não se achar conformado às exigências normativas, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes; c) perfeito, válido e ineficaz – quando, concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou

> autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora; d) perfeito inválido e ineficaz – quando, esgotado seu ciclo de formação, sobre encontrar-se em desconformidade com a ordem jurídica, seus efeitos ainda não podem fluir, por se encontrarem na dependência de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou termo inicial, ou aprovação ou homologação dependentes de outro órgão) (MELLO, 2008, p. 382)

Cumpre, desta forma, apontar que o ato administrativo é formado por cinco elementos, considerados requisitos de validade, uma vez que, em desacordo com a lei que regula a ação popular (Lei Nº 4.717/1965), será considerado, em regra, um ato nulo, dependendo do vício apontado. É o que prescreve a referida lei no seu artigo 2º:

> Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
> a) incompetência;
> b) vício de forma;
> c) ilegalidade do objeto;
> d) inexistência dos motivos;
> e) desvio de finalidade.

Analisam-se cada um dos elementos, sendo estes, competência, forma, objeto, motivo, e por fim, a finalidade:

No elemento "**competência**", elucidam Alexandrino e Paulo (2010), é o poder legalmente conferido ao agente público para o efetivo exercício das atribuições inerentes de seu cargo. Os autores citando o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, enumeram que são características da competência: exercício obrigatório, irrenunciável, intransferível, imodificável e imprescritível. Os autores chamam a atenção para o vício de competência, advertindo que, havendo tal vício, nem sempre acarretara em um ato nulo. Este vício comporta convalidação, salvo se a competência for em razão de matéria ou de competência exclusiva.

Contribui Meirelles (2010), afirmado que:

> Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração (MEIRELLES, 2010, p. 155).

Porém, a outorga de competência expressa, transfere ao agente a legitimidade necessária à integral realização dos fins previstos em lei.

O elemento "forma" é o modo de como o ato administrativo se exterioriza. Nesse aspecto, existem discussões doutrinárias em relação a este elemento ser ou não vinculado. Determina a Lei Nº 9.784/1999, em seu artigo 22, que os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, a não ser que a lei expressamente exija. Porém a corrente doutrinária majoritária entende que, com base no artigo 2º, da Lei da Ação Popular, que a inexistência de forma acarretará a inexistência do ato, por outro lado, a inobservância desta, torna o ato nulo (Gasparini, 2006).

Esclarece Di Pietro:

> No Direito Administrativo, o aspecto forma do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, que pelos demais Poderes do Estado (DI PIETRO, 2010, p. 208).

Como ilustra a autora, à obediência a forma não implica em completa rigidez, salvo se a lei expressamente exigir, o recomendável é a formalização, com regra, visto que tudo fica documentável e sujeito a verificações a qualquer tempo (Di Pietro, 2010).

O "objeto" é o conteúdo material do ato. Ensina Gasparini (2006) que o conteúdo do ato pode ser "[...] a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação, a extinção, a declaração de direitos, ou a imposição de obrigações aos administrados ou ao próprio Estado".

Araújo (2010) ao tratar sobre os vícios relativos ao objeto, indica que a ilicitude deste, no ato administrativo, configura-se quando está em desacordo com a lei, ou então, não condiz com o interesse público que motivou o referido ato.

Elemento “motivação”, explica Furtado (2007) que ao praticar um determinado ato administrativo, visando um determinado fim, requer-se um motivo ou uma finalidade. Dessa forma, o autor exemplifica:

> O motivo para a concessão de aposentadoria compulsória é o implemento da idade; para a concessão de aposentadoria voluntária, a existência de requerimento por parte de servidor que preenche os requisitos legais; de licença para servidor tratar de interesse pessoal, a existência de requerimento de servidor que preencha as exigência legais; de licença maternidade, o nascimento ou adoção da filha ou filho de servidora; de autorização para porte de armas, o requerimento por porte de quem preenche os requisitos legais (FURTADO, 2007, p. 265/266).

Em razão da inexistência de um motivo, atribuível a Administração, no tocante ao interesse público, configurar-se-á vício insanável, tendo em vista a inexistência do referido interesse público para determinar a sua devida finalidade (Araújo 2010).

Por fim, o elemento “finalidade”, segundo Mazza (2012, p. 207), é “[...] o objetivo de interesse público pretendido com a prática do ato”. A finalidade é sempre um elemento vinculado, não cabendo ao agente público determiná-la e sim a lei (Alexandrino e Paulo, 2010). Posto isso, os autores acrescentam:

> a) uma finalidade geral ou mediata, que é sempre a mesma, expressa ou implicitamente estabelecida na lei: a satisfação do interesse público; b) uma finalidade específica, imediata, que é o objetivo direto, o resultado específico a ser alcançado, previsto na lei, e que deve determinar a prática do ato (ALEXANDRINO E PAULO, 2010, p. 442).

Não identificadas qualquer uma das finalidades, geral ou específica, restará configurado o vício insanável do presente ato, devendo para tanto ser anulado.

Acrescentam os autores que existindo o vício de finalidade, estará o agente público agindo com abuso de poder (Alexandrino e Paulo, 2010).

Feitas as devidas considerações à cerca dos atos administrativos, passa-se a analisar o Contrato Administrativo.

3.3 Contrato administrativo

Diferentemente dos atos administrativos que decorrem essencialmente de atos unilaterais da Administração Pública, o contrato administrativo é acordo de vontades de que participa o referido órgão público, com a finalidade de satisfazer suas necessidades.

A expressão “contrato”, conforme ensina Mukai (2004), designa “[...] todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos... um negócio jurídico bilateral e comutativo [...]”. Significa dizer que este evento jurídico é realizado entre duas ou mais pessoas, gerando obrigações e vantagem às partes. Esta relação jurídica vem disciplinada pelo Direito Privado, encontrando fundamento legal da relação, na Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro).

O Contrato Administrativo, como visto anteriormente, é realizado pela Administração com terceiros, visando atender interesse público, para tanto, sendo submetido a regime jurídico de direito público (Mukai, 2004). Adverte-se, contudo, que a Administração pode, também, celebrar contratos privados.

A CF/88, em seu inciso XXI do artigo 37, dispôs que “ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...]”. Ao passo que a Lei nº 8.666/93 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública), veio a regulamentar o referido dispositivo constitucional, abarcando normas e procedimentos, para assegurar o contrato administrativo e os procedimentos a serem adotados em vista desse.

Em razão do exposto, nas sabias palavras de Meirelles (2010, p. 215), o contrato administrativo pode ser conceituado como “[...] o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Ademais, a própria Lei nº 8.666/93, traz em seu corpo, mais precisamente no § único do artigo 2º, o conceito para contrato administrativo:

> Art. 2.º [...]
> Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Posto tais afirmativas, há que se frisar determinadas características que diferem o contrato regido pelo direito público para um contrato privado, como por exemplo, a existência de cláusulas exorbitantes em que dão a Administração Pública privilégios unilaterais, ao passo que no contrato de direito privado, tais benefícios são ilícitos. Assim, prescreve o artigo 58 da referida lei:

> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
> I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
> II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
> III - fiscalizar-lhes a execução;
> IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
> [...]

Em análise ao primeiro inciso, do artigo em comento, destaca-se que a justificativa que dá autonomia a Administração Pública para que modifique, unilateralmente, o contratado, se dá em razão da supremacia do interesse público e sua indisponibilidade. Nesse sentido Furtado explica:

> O interesse público é não só o fundamento da mutabilidade nos contratos administrativos, como também irá definir seu real limite. É exatamente em nome dessa mutabilidade dos contratos administrativos que a Administração, buscando sempre a realização do interesse público, poderá promover alterações contratuais unilaterais, dentro dos limites indicados no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, [...] (FURTADO, 2001, p. 224)

A mutabilidade contratual citada pelo autor, com base no artigo 65, §1º da Lei nº 8.666/93, dispõe que o contratado fica obrigado a aceitar os acréscimos ou supressões feitas nas obras, serviços ou compras, em percentuais pré-estabelecidos nesta lei.

Analisando o inciso II, do artigo 58 da lei em comento, Di Pietro (2010) explica que, são 04 (quatro) os motivos para que aja rescisão unilateral por parte desta. Em primeiro, o inadimplemento da obrigação com culpa, sendo hipóteses desse, o não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, lentidão, atraso injustificado, dentre outros. Em segundo, o inadimplemento sem culpa, que abrange o desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato. Em terceiro, por razões de interesse público e por, em quarto lugar, a rescisão contratual em razão de caso fortuito ou de força maior.

O inciso III do artigo 58 da Lei nº 8.666/93, segundo a autora, prevê a exigência de que um representante da Administração seja especialmente designado para fiscalizar e acompanhar a execução do contrato administrativo.

Trata o inciso IV, do artigo em comento, da aplicabilidade de penalidades em razão da inexecução total ou parcial do contrato, com base no artigo 87, da Lei nº 8.666/93. Nesse caso, Furtado (2001) esclarece que, na aplicação das sanções, observado o direito a ampla defesa do contratado, este poderá ter acesso as acusações que lhes são imputadas, podendo defender-se. Contudo, observado o direito de defesa e concluído pela aplicação de penalidade, em razão da supremacia da Administração, esta, além de aplicar a sanção poderá também executar, sem a necessidade de intervenção judicial.

Além destas cláusulas expressas, constantes no artigo 58, outras constam no texto da lei, de forma dispersa, a exemplo, tem-se a retenção de créditos e

exigências de garantias, exceção de contrato não cumprido e por fim a anulação do contrato.

Em se tratando de retenção de créditos e exigências legais, Furtado (2007) leciona que, em havendo, na execução do contrato, prejuízos causados pelo contratado, observado o disposto no artigo 79, I da Lei nº 8.666/93, que caberá rescisão contratual cumulada com a execução de garantias, sendo a retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração, com base no artigo 80, IV da referida lei.

No caso de exceção de contrato não cumprido, o autor esclarece que se o contratado deixar de cumprir o avençado, a Administração tem por direito não pagar o que seria devido ao contratado, além de aplicar-lhe sanção administrativa. Situação inversa, não se aplica, ou seja, se a Administração estiver inadimplente com sua prestação, o contratante não poderá opor exceção de contrato não cumprido. Nesse sentido, o artigo 78, inciso XV prevê que, constitui motivo para a rescisão contratual, o inadimplemento em período superior a 90(noventa) dias, por parte da Administração.

E, por fim a anulação do contrato, como ensina Furtado (2007), é o "[...] exemplo da manifestação de superioridade da Administração sobre o contratado a possibilidade de a Administração anular o contrato, assim como a retomada do objeto contratual [...]". Tal hipótese se dá em razão da ilegalidade apontada no contrato.

Nesse prisma Di Pietro elucida:

> Em se tratando de ilegalidade verificada nos contratos de que é parte, a Administração tem também o poder de declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que elas ordinariamente deveriam produzir, além de desconstituir os já produzidos. É o que consta no artigo 59 da Lei nº 8.666/93. Se a ilegalidade for imputável apenas à própria Administração, não tendo para ela contribuído o contratado, este terá de ser indenizado pelos prejuízos sofridos (DI PIETRO, 2010, p. 274).

Desta forma, a anulação do contrato não implicará no dever da Administração adimplir o contratado pela parte já executada do contrato, tão pouco, exonera-a de apurar eventuais responsabilidades de seus servidores na hipótese de haver vício que aja dado motivo a invalidação do contrato.

Ademais, o contrato administrativo deve obedecer a determinadas exigências, a exemplo pode-se mencionar que este deve vir precedido de licitação pública e, posteriormente, atendendo a forma prescrita em lei, procedimento, competência e finalidade, ressalvados os casos previstos em lei.

Isso posto, a título exemplificativo, cita-se os principais tipos de contratos administrativos, geralmente empregados pela Administração, como forma a zelar pelo interesse público, sendo estes o contrato de obra pública, contrato de fornecimento, contrato de concessão e por fim, o contrato de serviços. Este último, em razão do tema da presente monografia, merece um estudo mais detalhado no item posterior.

3.4 Contrato de serviço

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 6º, inciso II, define serviço, como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração [...]”, elencando, para tanto, exemplos de atividades, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Contudo, apesar de trazer em seu texto definições de determinadas atividades que poderão ser desempenhadas pela Administração, de forma indireta, por meio de contratação de terceiros, a referida lei trás definições não claras a respeito de “obras” e “serviços”.

Assim esclarece Justen Filho à cerca do tema:

> A maior dificuldade teórica reside na diferenciação entre os conceitos de "obra" e de "serviço", cuja definição, aliás, é muito precária. Mas o problema não apresenta maior relevância prática, uma vez que os serviços que podem ser confundidos com obras são sujeitos ao regime jurídico delas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 281).

Segundo o autor a presente lei faz referência a obras e serviços de engenharia, impondo a ambos um único e mesmo regime jurídico .

Para Furtado (2001) o administrador deverá analisar, caso a caso, com extrema observância ao objeto, se o contrato é de obra ou de serviço. Explica o autor que a lei estabelece uma lista taxativa das atividades que se enquadram na definição de obra, enquanto que o rol de atividades relacionadas à definição de serviço é meramente exemplificativo.

Há que se frisar que, quando se fala em contrato de serviço, no presente estudo, este, está relacionado com os serviços privados prestados à Administração Pública, e não com os contratos firmados por esta, para a prestação se serviços públicos. Nesse sentido, Alexandrino e Paulo (2010) esclarecem que serviços públicos são aqueles destinados a atender necessidades ou conveniências da população, devendo, para tanto, serem efetuados por meio da celebração de contrato de concessão ou de permissão de serviço público, observada, sempre, a precedência de ato licitatório.

Araújo (2010) vai além explicando que na prestação de serviço há o fator predominante da atividade humana, citando a mão de obra, especializado ou não, ou de serviços criativos no material empregado na construção já existente, ou com relação a outro tipo de bem ou objeto.

O autor aponta outra diferença entre "serviço" e "obra". O valor estimado para licitação, com relação a serviços comuns, são sempre inferiores àqueles estabelecidos em lei para a contratação obras e serviços de engenharia.

Desta forma, conceitualmente, com base em Meirelles (2010, p.263), contrato de serviço "[...] é todo o ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados".

Chama atenção o autor para a distinção em relação aos serviços, para a contratação administrativa, uma vez que, esses, em razão de suas particularidades, influenciam na formação e no conteúdo do contrato, classificando-se em: serviços comuns, serviços técnico-profissionais e trabalhos artísticos.

Assim, com base em Araújo (2010), caracteriza-se serviço comum, outros serviços que não os de engenharia, para tanto, não exigindo habilitação especial, somente a habilitação profissional ou legal.

Adverte Meirelles à cerca do tema:

> Os serviços comuns devem ser contratados mediante prévia licitação, para que a Administração possa obtê-los nas melhores condições de execução e de preço, uma vez que é geralmente grande o número de pessoas e firmas com as mesmas possibilidades de realizá-los satisfatoriamente (MEIRELLES, 2010, p. 264).

O certame licitatório, nessa situação, mostra a sua grande relevância, visto que gerará, a todos os interessados, a possibilidade de contratar com a Administração Pública.

Ademais, acrescenta Gasparini (2006) que, os contratos comuns de serviço destacam-se, não somente pela obrigatoriedade de licitar, como também na forma de execução do serviço, que se dará sob o regime de empreitada ou tarefa.

Serviços técnico-profissionais, esclarece o autor, são todos aqueles que para serem executados, haverá a necessidade de comprovar a habilitação legal do executante, sendo privativos de determinada profissão ou categoria profissional. Meirelles (2010, p. 264) corrobora dizendo que “essa habilitação varia desde o simples registro do profissional ou firma na repartição competente até o diploma de curso superior oficialmente reconhecido”.

Furtado (2001), chama atenção para uma subdivisão dentro da categoria serviços técnico-profissional em: serviços técnico-profissionais generalizados e serviços técnico-profissionais especializados. Adverte que tal divisão se faz

importante, em razão de que, enquanto esse admite contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação, para aquele o certame é obrigatório.

Assim, Meirelles (20100) esclarece que, são chamados serviços técnico-profissionais generalizados, aqueles que não exigem maiores conhecimentos, teóricos ou práticos. Para tanto, em regra, exige prévia licitação, considerando que há a possibilidade de competição entre os interessados que executam tal serviço, em igualdade de condições e, também, em caráter profissional.

Os serviços técnico-profissionais especializados geram diferenciada importância, ao passo que, em razão de exigirem maiores qualificações por parte de quem os realiza. Nesse contexto elucida Gasparini:

> Os serviços técnico-profissionais especializados são os que exigem para sua execução profissionais habilitados, selecionados mediante concurso, com a estipulação de prêmio ou remuneração, conforme determinado pelo § 1º do art. 13. Esses serviços, enumerados taxativamente no art. 13 do Estatuto federal Licitatório, são: I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos e executivos; II – pareceres, perícias e avaliações em geral; III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI – treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal; VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico (GASPARINI, 2006, p. 722).

Para o autor o contrato de serviço não exige, para sua celebração, autorização do Poder Legislativo, contudo, em tese, exige licitação e após celebrado o contrato, há que ser feita a devida publicação.

Por fim, os trabalhos artísticos que, conforme ensina Meirelles (2010, p.265), “[..] são os que visam à realização de ‘obras de arte’, em qualquer campo das chamadas ‘belas artes’[...]”. O autor caracteriza o serviço artístico como profissional, muito embora, garanta que este serviço possa ser realizado por pessoas amadoras e qualifica-o como serviço técnico em razão de pressupor que o executante necessita de conhecimentos teóricos e práticos, havidos ou não através de cursos de formação artística.

Desta forma, afirma o autor a necessidade de prévia licitação, sob a modalidade “concurso”, quando, para a contratação não importar os atributos pessoais do contratado. Caso contrário, quando o artista for de caráter renomado, a contratação se dará por meio de inexigibilidade de licitação, conforme autoriza o artigo 25, inciso III da Lei nº 8.666/93.

Realizadas as ponderações necessárias no tocante ao contrato de serviço, passa-se à análise da extinção do contrato administrativo, a qual põe fim a relação jurídica, existente, entre o órgão estatal e o particular.

3.5 Extinção do contrato administrativo

É sabido que o contrato administrativo é uma relação jurídica, bilateral, isto é, as partes acordam por sua manifestação livre de vontade, gerando, assim, obrigações recíprocas. Assim, nas sábias palavras de Araújo (2010, p. 721), “[...] a forma natural de extinção do contrato administrativo é o seu cumprimento, ou melhor dizendo, a conclusão (execução integral) de seu objeto [...]”.

Acrescenta Meirelles:

> Concluído o objeto do contrato, segue-se sua entrega, pelo contratado, e recebimento pela Administração, mediante termo ou simples recibo, como vimos acima. O recebimento definitivo importa o reconhecimento da conclusão do objeto do contrato, operando sua extinção (MEIRELLES, 2010, p. 237).

Porém, a extinção desta relação jurídica pode dar-se por motivos adversos a execução integral do objeto pactuado. São formas de extinção do contrato administrativo: a extinção por término do prazo contratual, a extinção por rescisão e a extinção por anulação, sendo que, estas duas últimas se darão por atuação da Administração Pública ou do Poder Judiciário, ou podendo dar-se por meio de acordo entre as partes.

A extinção por término do prazo contratual, como explica Meirelles (2010), ocorre quando da estipulação de tempo determinado, observado que o prazo ajustado contratualmente é de eficácia do negócio jurídico pactuado. Para tanto, expirando-se o prazo acordado, extingue-se o contrato, não importando a fase de execução do objeto.

Ademais, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 57, § 3º, veda a celebração de contrato com prazo de vigência por tempo indeterminado. O caput do referido dispositivo fixa, o que vem a ser a regra, que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

A extinção do contrato por rescisão, obedecerá a lista exaustiva constante no artigo 78 da Lei nº 8.666/93. A título meramente exemplificativo, elenca-se o descumprimento das cláusulas contratuais, o cumprimento irregular das referidas cláusulas, a lentidão no cumprimento do objeto, etc. Meirelles (2010) chama à atenção para esta modalidade de extinção contratual, em razão de importar na prematura cessação do contrato, em meio a sua execução.

Verificado algum dos motivos elencados no artigo 78 da referida lei, aplicar-se-á a rescisão do contrato com base no artigo 79, o qual prevê 03(três) tipos de extinção contratual, sendo estas, a rescisão administrativa, a amigável ou a rescisão judicial.

A rescisão administrativa é prerrogativa da Administração, conforme ensina Meirelles (2010), uma vez que, por ato unilateral, em decorrência de inadimplência do contratado ou por motivo de interesse público, o órgão público põe termo à execução, assumindo o objeto, sem que para isso aja intervenção judicial.

A rescisão amigável deverá se dar por mútuo consentimento, em razão de o interesse particular coincidir com o interesse público. Furtado (2001, p. 252) explica que “não basta a manifestação do contratado visando à obtenção da rescisão do contratado para que este se desfaça”. Nesse caso, o administrador terá que justificar a conveniência da rescisão com relação ao interesse público.

A rescisão judicial poderá acontecer a pedido tanto da Administração, como também, à pedido do contratado. Meirelles (2010) explica que este tipo de rescisão

contratual é o meio obrigatório para o contratado buscar o rompimento do contrato, enquanto que para a Administração é facultativa, em virtude, dessa, dispor do poder de operar a rescisão administrativa.

O autor menciona cinco casos que o contratado poderá solicitar a rescisão:

> a) a supressão de obras, serviços ou compras, além dos limites legais; b) suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a cento e vinte dias; c) atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração; d)a não liberação, por parte da Administração, da área, local ou objeto para execução do contrato, nos prazos ajustados; e) ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada (art. 78, XIII a XVII) (MEIRELLES, 2010, p. 254).

Nesse caso, o autor prescreve que a ação judicial se dará pelo rito ordinário, podendo o autor cumular pedido de indenização, retenção, compensação e outros efeitos relativos às relações contratuais.

Por fim o termo do contrato por meio de anulação deste, o qual decorrerá em razão de verificação de irregularidade em sua formalização ou em cláusula essencial. Meirelles (2010) aponta como irregularidades, a fraude em licitação, quando a lei a exige, ou quando o ajuste confronta normas legais no conteúdo negocial. Ademais, o contrato administrativo legalmente apontado como nulo, não gerará direitos ou obrigações entre as partes, visto que a nulidade descaracterizará qualquer vínculo entre estes.

Explica Meirelles (2010, p. 239) que “[...] a anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, pelo quê opera efeitos ex tunc, retroagindo às suas origens, estando, como é natural, sujeita à decadência ou a prescrição”.

Por fim, o autor explica que a anulação do contrato, quando feita pela Administração, deverá ser formalizada mediante decreto, despacho ou termo circunstanciado, apontando devidamente os motivos que levaram à ilegalidade, ou os dispositivos legais que restaram infringidos.

Feitas as devidas considerações à cerca da Administração Pública, bem como a realização de seus atos administrativos e da contratação administrativa com

terceiros. Resta, no presente estudo, analisar o procedimento prévio a formalização dos contratos administrativos, chamado de Licitação pública, suas características e princípios norteadores, a fim de elucidar a possibilidade ou não, da contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública, invocando, para tanto, a previsão legal da inexigibilidade de licitação, constante na Lei nº 8.666/93.

4 A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Diante da importância da correta utilização dos recursos públicos e visando impedir que o Administrador público, às rédeas da situação, usufrua de sua condição privilegiada, para então, adquirir ou executar obras ou serviços, sem a devida observância ao interesse público, a CF/88 em seu art. 37, inciso XXI, tratou de prever a obrigatoriedade de licitar para, posteriormente, a Administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderem contratar com terceiros. Visando regulamentar o referido artigo constitucional, em 07 de junho de 1993, foi sancionada a Lei nº 8.666, que, com o objetivo de estabelecer normas gerais à cerca das licitações e contratos administrativos referentes a obras, serviços, compras e alienações, também excepciona exceções relativas ao certame licitatório.

De outra banda, aja visto a gama de processos envolvendo a Administração Pública, figurando como pólo passivo, torna-se necessário que o órgão público, por vezes, busque patrocínio jurídico fora do seu quadro de servidores.

Nesse aspecto, o presente capítulo terá como foco abarcar o importante tema que é a licitação, expondo, também, a principiologia deste procedimento seguida da exclusão da obrigatoriedade de licitar.

Por fim, abordar-se-á a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública, de forma a analisar se a referida exceção ao procedimento licitatório, não contraria os princípios constitucionais.

4.1 Conceito de Licitação

Primeiramente, cumpre relembrar que a atuação da Administração Pública, é totalmente diferente da forma de agir dos particulares, visto que, o regime jurídico aplicado a estes é distinto daqueles. Conforme preceitua Mello (2008), os particulares são livres para praticarem qualquer ato, ou desenvolver atividades, desde que não existam proibições previstas em lei. Enquanto que a Administração, em razão do previsto no art. 37 da CF/88, somente pode agir, ou seja, praticar atos, de acordo com o que prevê a lei.

Conforme a breve regressão histórica trazida à tona por Cretella Júnior (2002), a licitação ganhou novo sentido a partir do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que introduziu a Reforma Administrativa Federal, passando o referido certame a designar o gênero de procedimento administrativo. Este procedimento, cita o autor, equivale ao instituto da concorrência pública que era regulado pelo Código da Contabilidade Pública de 28 de janeiro de 1922, ao passo que, nesse ponto, restou revogado.

Posteriormente a CF/88 trouxe em seu texto, mais precisamente, insculpido no art. 37, XXI, constante do capítulo VII, que trata da Administração Pública, a regulamentação para que o ente público através de processo licitatório, possa contratar com a esfera privada, havendo como objeto, obras, serviços, compras e alienações:

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

Não obstante, a Carta Magna dispôs em seu art. 22, inciso XXVII, que é de competência privativa da União legislar à respeito das normas gerais de licitações e contratações, em todas as modalidade, efetuadas pelos poderes e diversos níveis de governo. Em referência, Jacoby Fernandes (2011), aludi que:

> A competência privativa da União, nos termos elencados no art. 22, inadmite, em regra, competência legislativa concorrente de outras esferas de governo. Só mediante lei complementar da União é que os Estados poderão legislar sobre questões específicas (JACOBY FERNANDES, 2011, p. 28).

Contudo, o autor esclarece a admissibilidade dos Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios legislarem, sobre o tema, de forma supletiva, sob a égide do art. 118 da Lei nº 8.666/93, em questões que esta lei expressamente autoriza ou em casos omissos desta. Por outro lado, a edição de normas concorrentes somente se dará após a edição de lei complementar, em questões específicas, de natureza regional.

Portanto, necessitando a Administração Pública de contratar com privados para a execução de um dos casos específicos, constantes, do inciso XXI, do art. 37 da Carta Magna, será necessário adotar o procedimento licitatório, o qual visa proporcionar ao ente público a aquisição, a venda ou uma prestação de serviço da forma mais vantajosa, ou seja, menos onerosa.

Quanto ao conceito de licitação, pode-se referir que é:

> [...] 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 preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2008, p. 514).

Diante disso, pode-se apontar duas finalidades do procedimento licitatório, conforme ensina Gasparini (2006). A primeira, como bem transcreve a lei, é a

possibilidade de a Administração obter a proposta mais vantajosa, ou seja, aquela que melhor aos seus interesses e de forma menos onerosa. A segunda finalidade é garantir igualdade e oportunidade a todos que desejam contratar com o órgão estatal.

Dadas as premissas referentes ao procedimento licitatório, urge analisar brevemente as modalidades de licitação, estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 e a modalidade “pregão”, imposta pela Lei nº 10.520/02. Primeiramente estabelece-se a diferença entre tipo de licitação e modalidade de licitação. Conforme Maffini (2008) entende-se por tipo, o critério objetivo empregado no julgamento para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Nesse sentido, o autor, com base no art. 52 da Lei nº 8.666/93, menciona serem quatro os tipos previstos em lei, sendo estes: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e por fim maior lance ou oferta. De outra banda, Maffini (2008, p. 139), define modalidade como sendo o “[...] procedimento a ser adotado para a condução do certame licitatório”. O autor ainda chama atenção que o referido procedimento, invariavelmente, será composto de um tipo e uma modalidade de licitação.

Concorrência, para Meirelles (2010) é a modalidade de licitação empregada para contratos de grandes valores admitindo-se, para tanto, a participação de quaisquer interessados em participar do certame, estejam estes cadastrados ou não, desde que atendidas as condições do edital e obedecendo ao preceitos da antecedência mínima prevista em lei, da ampla divulgação pelo órgão oficial e pela imprensa local.

Tomada de preços Maffini (2008) declara ser a modalidade em que participarão os interessados já cadastrados ou que atendam as condições exigidas para o devido cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento da proposta.

Convite, para esse autor, é a modalidade de licitação aplicada para os interessados do ramo atinente ao objeto, não necessariamente cadastrados, escolhidos e convidados em número não inferiores a três participantes, pela unidade administrativa. A referida unidade administrativa deverá fixar em local apropriado, cópia do instrumento de convocação.

A modalidade de licitação denominada leilão, conforme ensina Meirelles (2010), é utilizada na venda de bens móveis e imóveis. Maffini (2008, p.140) vai além, referindo ser o leilão utilizado na "[...] alienação de bens móveis inservíveis (não afetados) para a Administração Pública, de bens legalmente apreendidos ou penhorados [...]". Referentes aos bens imóveis, o autor refere que a aquisição destes deverão ter se dado em razão de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.

Por fim, o pregão, modalidade normatizada pela Lei nº 10.520/2002, utilizada para aquisição de bens ou serviços comuns. Conforme Maffini (2008), esta modalidade de licitação tem como característica a celeridade e racionalidade à contratação feita pela Administração.

Desta forma, restando analisado o breve histórico legalista do procedimento licitatório, passando a verificar as características essenciais do referido certame e suas modalidades, há que ser analisada a principiologia deste procedimento, visto que a licitação está vinculada aos seus princípios regentes.

4.2 Principiologia do processo licitatório

A Lei nº 8.666/93, ao regulamentar o procedimento licitatório, além de indicar as finalidades do certame, discriminou em seu texto princípios jurídicos vinculadores da atividade estatal no que tange os contratos administrativos. Assim ensina, Cretella Júnior (1998), em referência a importância dos princípios para a licitação

> A palavra princípio é termo análogo, isto é, suscetível de inúmeros sentidos, todos, porém, ligados pelo menos por um ponto de contato comum. Princípio é, antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípio, nesse sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 124).

Esclarece o digníssimo autor que cabe à principiologia expor os princípios, definido-os e classificando-os, sob prismas diversos.

Destarte, preconiza o art. 3º da Lei nº 8.666/93:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos (Grifos nossos).

Após a breve análise acerca do que vem a ser "princípios" no ordenamento jurídico relativo, há que se estudar individualmente os constantes da licitação, sejam eles, expressos ou implícitos, dos quais se destacam, o princípio da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e por fim o do julgamento objetivo

O princípio da legalidade trata que a Administração Pública somente poderá atuar de acordo com o que a lei determina ou permite expressamente. No ensinamento de Meirelles (2010), significa dizer que o administrador está adstrito a lei, inviabilizado de desvio ou afastamento destas, sob pena de praticar, na sua atividade funcional, ato inválido ou responder disciplinarmente, civilmente ou até penalmente, conforme o caso.

Importantes são os esclarecimentos do jurista Mello (2008):

> Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção (MELLO, 2008, p. 944).

Araújo (2010) leciona que nas licitações o referido princípio é de extrema importância na elaboração do edital convocatório ou convite, pois este ditará a conduta da Administração e dos licitantes.

Impessoalidade ou isonomia prescreve Maffini (2008, p. 132) que “[...] tais princípios possuem significados que muito se aproximam, chegando, em alguns casos, ao ponto da identidade”. Conforme Furtado (2001), é a regra que a Administração em suas atividades para bem atender ao interesse público, não poderá valer-se de beneficiar ou perseguir pessoas ou empresas.

Nesse aspecto, prevê o art. 3º, § 1º, I da Lei nº 8.666/93:

> Art. 3º [...]
> § 1º É vedado aos agentes públicos:
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991

O referido preceito deixa claro que apesar da Administração buscar o melhor negócio, não poderá valer-se de qualquer tipo de proteção ou restrição com relação aos proponentes. Justen Filho (2005, p.312), leciona que “a impessoalidade é a emanação da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade”. Acrescenta o autor que o ato convocatório deverá conter critérios objetivos, obstando que o julgamento se confunda na preferências ou escolhas do julgador.

Segundo Justen Filho (2005, p.313), com relação ao princípio da moralidade, “a licitação deve ser norteada pela honestidade e seriedade”. Refere o autor que este princípio é aplicável tanto a Administração quanto aos licitantes que participam do procedimento de licitação. Nesse parâmetro, Maffini (2008, p. 133) acrescenta que “[...] se for constatada qualquer providência abstrata ou concreta imoral ou ímproba, ela deverá ser invalidada”. É o posicionamento de Araújo (2010) com relação ao referido princípio:

> Não se trata de moralidade convencional, mas de moralidade jurídica, que é atingida pela observância dos princípios administrativos como supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade estrita, igualdade, impessoalidade, com algo mais que é a decisão do agente sobre o que é honesto ou desonesto, moral ou imoral, pois muitas vezes o que é formalmente legal pode não ser honesto ou moral, e o ato pode ser praticado de forma a prevalecer, na sombra, o interesse imoral, ilegítimo e inconfessável (ARAÚJO, 2010, p. 551).

Ademais, o presente princípio, conforme Furtado (2001), vincula a conduta do Administrador e dos participantes do certame, impedindo possível realização de conluio entre estes, o que se caracteriza como crime, por estar previsto em lei.

O princípio da publicidade constante no § 3º do art. 3º da Lei nº 8.666, expõe que a licitação não será sigilosa, devendo ser acessíveis ao público todos os atos de seu procedimento. Porém a lei ressalva quanto ao conteúdo das propostas, que somente ganharão publicidade após a respectiva abertura. Meirelles (2010) alerta que todos os atos serão públicos, porém, o ato do julgamento poderá ser realizado em ambiente fechado, sem que os interessados estejam presentes.

Araújo (2010) dispõe que a publicidade do procedimento licitatório garante sua lisura, ademais, garante também, o direito e interesse dos licitantes, até mesmo dos administrados. Clama o autor que a publicidade é requisito para a eficácia externa do certame, bem como, serve de controle da legalidade dos atos da Administração, em razão de que possibilita eventuais impugnações.

Justen Filho (2005, p.313) explica à respeito da publicidade, que, “parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta”.

O princípio da probidade administrativa, conforme Meirelles (2010), significa dizer que é dever de todo o administrador público agir de forma proba, não obstante estar previsto constitucionalmente. Ressalta o autor que a improbidade acarreta ao administrador público a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e devido ressarcimento ao erário, conforme prevê a lei e sem prejuízo a ação penal cabível.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, prescreve Maffini (2008), que a Administração ao instaurar o certame licitatório, através de um instrumento convocatório, seja ele, edital ou carta-convite, constarão, neste, normas básicas de condução, que deverão ser obedecidas, tanto pela Administração quanto pelos licitantes interessados. Nesse sentido informa Meirelles (2010):

> [...] a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art.41) (MEIRELLES, 2010, p. 285).

Desta forma, conforme o autor, depois de estabelecidas as regras do procedimento licitatório, não caberão alterações para este. Caso seja averiguada inviabilidade no decorrer do certame, a Administração deverá torná-lo inválido.

Sobre o princípio do julgamento objetivo Furtado (2001) chama atenção para à Lei nº 8.666/93, a qual "[...] procura sempre que possível, estabelecer critérios objetivos da atuação administrativa, retirando do administrador toda a subjetividade possível".

A própria Lei nº 8.666/93, estabelece em seu art. 44, critérios para o julgamento do certame licitatório, como exemplo cita-se o menor preço, a melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta. Furtado (2001) aponta que, com relação ao princípio do julgamento objetivo, os critérios objetivos de julgamento deverão constar no edital convocatório.

Por fim, examinados os principais princípios norteadores do certame licitatório, cabe ressalvar, conforme Martins Júnior (2004), que os princípios vinculam a atividade estatal, isso posto, a violação a princípio jurídico poderá acarretar a invalidação do ato jurídico transgressor.

Examinada a principiologia do processo licitatório, caberá analisar à seguir o obrigatoriedade de licitar, frente ao princípio da supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade.

4.3 Obrigatoriedade de licitar

Como visto anteriormente no sub-item 4.1 do presente estudo, a CF/88 no art. 37, inciso XXI, tratou de regrar a obrigatoriedade de licitar aos órgãos e entidades governamentais, para os fins de contratação de obras, serviços, compras e alienações. Meirelles (2010) chama atenção para as empresas estatais, as quais, dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, que, apesar de poderem ter regulamento próprio, estarão sujeitas às normas gerais da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 regulamentando o disposto na Carta Magna à cerca do certame licitatório, também, trouxe em seu texto, a previsão legal da obrigatoriedade de proceder a licitação nos casos de contratação com terceiros:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.
> Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Observa-se que o art. 2º da Lei nº 8.666/93 utiliza a expressão “serão necessariamente precedidas de licitação”. O referido termo foi utilizado com o intuito de resguardar os casos excepcionais que estarão desobrigados de serem precedidos pela licitação, seja por dispensa ou inexigibilidade.

A CF/88, por força do art. 37, caput e inciso XXI, conforme Mello (2006), determinou a obrigatoriedade de licitar, ressalvados os casos específicos, às pessoas de Direito Público de capacidade política, às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. Em linha paralela,

Cretella júnior (1998, p. 111), expõe que “a licitação é pressuposto indispensável da contratação. Contrato celebrado pela Administração com terceiros é nulo, se não houver o respectivo procedimento licitatório”. Dentre esses aspectos, Furtado (2001), acrescenta que a obrigatoriedade de licitar é de tamanha importância, que alguns doutrinadores a veneram como se fosse princípio constitucional da Administração Pública. Tal afirmativa do autor encontra veracidade nas palavras do jurista Araújo (2010):

> [...] a licitação é, ela própria, um princípio (agora **constitucional**), decorrente de outros, como os da indisponibilidade e supremacia do interesse público, e é restrição à liberdade de escolha do contratante. Também se refere aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa (ARAÚJO, 2010, p. 531, grifos do autor).

Nada obstante a esse importante entendimento, Meirelles (2010) esclarece que a obrigatoriedade de licitar, não importa somente na compulsoriedade do procedimento licitatório, como também na modalidade prevista em lei para a espécie, uma vez que, infringe os princípios moralidade e eficiência Administrativa. Exemplifica o autor mencionando a utilização da modalidade mais simples de licitação, quando o caso concreto exige a mais complexa, ou, a utilização desta, que por sua vez, é mais onerosa, quando o objeto do certame não a comporta.

Por sua vez, o ato de contratar sem que para isso o órgão estatal esteja amparado por lei, poderá acarretar em conseqüências para o administrador. Assim prescreve Furtado (2001):

> A esse respeito, se o administrador celebrar contrato sem ter licitado, fora das hipóteses autorizadas em lei, é importante observar que estará ele cometendo crime (Lei nº 8.666/93, art. 89). Ademais, poderá vir a responder administrativamente, tendo suas contas julgadas irregulares, o que implicará a aplicação de multa e sua inelegibilidade, nos termos da Lei nº 8.443/92 e da Lei Complementar nº 64/90, respectivamente (FURTADO, 2001, p.58).

Destaca o autor que o administrador poderá, além do referido anteriormente, ser acionado judicialmente na esfera civil, podendo vir a ser condenado, arcando com seu patrimônio pessoal para ressarcir ao poder público, caso tenha causado prejuízos ao erário.

Tecidas as considerações à cerca da obrigatoriedade de licitar, como regra, prevista constitucionalmente, passa-se a analisar a exceção a esse princípio, ou seja, as hipóteses legais, garantidoras da exclusão da obrigatoriedade de licitar.

4.4 Exclusão da obrigatoriedade de licitar

Como tratado no item 4.3, relativa a obrigatoriedade de licitar, com base no art. 37, inciso XXI da CF/88, a regra para os contratos administrativos é a precedência de procedimento licitatório, o qual terá por finalidade obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, visando, também, proporcionar a todos interessados em contratar com essa, igualdade de condições e ampla concorrência.

Em que pese a regra ser a obrigatoriedade de licitar, o dispositivo supracitado abarcou, também, a exceção, possibilitando aos órgãos estatais a contratação com particulares, sem que para isso necessite proceder ao certame licitatório, desde que em extrema observância a Lei nº 8.666/93. Nesse âmbito, Araújo (2010) discorre à cerca do exposto:

> Ao inverter a regra da liberdade contratual clássica do direito privado, o que se almeja, conforme as idéias liberais que vicejaram nos dois últimos séculos, no direito público, é a proteção do indivíduo contra o arbítrio, resguardando não a liberdade do Estado para contratar, mas a do indivíduo para concorrer ao contrato desejado pela Administração: eis porque a contradição é apenas aparente ou lógica, sendo como é o princípio corolário dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e finalidade pública (ARAÚJO, 2010, p. 557).

Assim, o autor informa que na existência de determinados casos, em que, em razão do objeto, pessoas e circunstâncias do que a Administração pretende contratar, não há como afastar a liberdade do referido órgão em proceder ao negócio jurídico sem a precedência de licitação.

Destarte, a contratação de obras, serviços, compras e alienações, que ocorre sem a precedência de certame licitatório, é denominada de “contratação direta”. Justen Filho (2005), trata a referida contratação, como modalidade anômala de licitação. Dispõe o autor que este tipo de contratação pressupõe um procedimento formal prévio, em que a Administração poderá verificar a melhor escolha para atender as suas necessidades. Discorre, ainda, que o procedimento referido, será um procedimento administrativo de seleção de interessados, onde a Administração, no exercício de sua prerrogativa discricionária, fixa as formalidades que lhe couberem.

À cerca da contratação direta, Niebuhr (2011) leciona que a Administração Pública deverá zelar por procedimento que atente para o interesse público, nesse passo, explica:

> Contratos firmados sem licitação pública devem guardar conformidade aos princípios norteadores da atividade administrativa, entre os quais se destacam os da legalidade, moralidade, publicidade, e eficiência, pois previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, e outros, de largo conteúdo normativo, como os da razoabilidade e proporcionalidade. Tudo porque a ausência de licitação pública não derroga os princípios jurídicos administrativos, que incidem em todos os quadrantes de atuação da Administração Pública, vinculando a ela pautas de quilate superior, cujo teor lhe desnudam a essência (NIEBUHR, 2011, p. 65).

Imperioso ressaltar, que a contratação direta, visa atender a satisfação do interesse público. O Administrador ao formalizar a contratação por meio da exceção prevista no art. 37, inciso XXI da CF/88, deverá fazê-lo, somente, em prol da coletividade, jamais para saudar suas aspirações pessoais.

Em razão do exposto, a Lei nº 8.666/93, introduziu, no tema relacionado aos contratos administrativos da Administração Pública, duas hipóteses de contratação direta, a dispensa e a inexigibilidade de licitação. A primeira subdivide-se em licitação dispensada e licitação dispensável.

Licitação dispensada encontra previsão legal no art. 17, incisos I e II da Lei nº 8.666/93. No presente caso, Furtado (2001, p. 64) explica que “o administrador, ainda que queira, não poderá realizar a licitação”. A discricionariedade do

administrador, nesse aspecto, dá-se em razão do seu próprio objeto o qual estará vinculado ao adquirente.

A licitação dispensável prevista no art. 24 da Lei nº 8.666/93, explica Furtado (2001) que o administrador, desejando, poderá proceder ao certame licitatório. Discorre Araújo (2010) que as hipóteses de dispensabilidade de licitação, dividem-se em quatro espécies: em razão do menor preço (art. 24, I e II); em razão do contratante e do contratado (art. 24, VIII, XIII, XIV, XXII, XXIII e XXIV); em virtude de situação ou fato excepcional (art. 24, III, IV, V, VI, VIII, IX e XXI); e por fim, em virtude do objeto do contrato (art. 24, X, XI, XII e art. 17, I e II).

A licitação inexigível encontra amparo no art. 25, da Lei nº 8.666/93. Conforme Meirelles (2010), torna-se inexigível a licitação, em virtude de inviabilidade de competição em razão do objeto pretendido, ou da pessoa que executará o objeto de interesse da Administração.

A inexigibilidade de licitação, em razão de ser um dos focos da presente monografia, será tratada com mais afinco no próximo item, o qual tratará o assunto mais detalhadamente.

4.4.1 Inexigibilidade de licitação

A licitação pública como visto ao longo do presente estudo, caracteriza-se em garantir a proposta mais vantajosa aos órgãos governamentais, e viabilizar aos interessados em contratar com estes, o direito a competirem, entre si, de forma isonômica.

A Lei nº 8.666/93 ao regulamentar os contratos da Administração Pública e instituir normas para licitações, tratou de regulamentar, também, exceções como as vistas no item 4.4, referente a exclusão da obrigatoriedade de licitar. Desta forma, trata o tema em comento, da inexigibilidade de licitação.

A inexigibilidade de licitação, conforme ensina o saudoso professor Meirelles (2010), ao contrário do referido no primeiro parágrafo, caracteriza-se “[...] quando há

impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, pelos objetivos sociais visados pela Administração". Niebuhr (2011) conceituando a inexigibilidade, vai além:

> A inexigibilidade resulta da inviabilidade da competição e se refere, por conseqüência, aos limites intrínsecos da licitação pública, que é espécie de disputa, de competição. Se, em determinados casos, a competição se revela inviável, falece a licitação pública, que a pressupõe. A inexigibilidade depende de situação fática, não, necessariamente, de normas jurídicas (NIEBUHR, 2011, p. 16).

Nesse aspecto, constatada a inviabilidade de competição, não haverá a possibilidade jurídica de proceder ao certame licitatório, desta forma, tornando-se independente da vontade do legislador.

O art. 25 da Lei nº 8.666/93, excepcionou, expressamente, três hipóteses que se darão por meio de inexigibilidade de licitação:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Destaca-se que o rol das hipóteses elencadas no referido artigo, não é taxativo. Explica Gasparini (2006), que devido a expressão, "em especial", constante na parte final do art. 26, o texto remete a uma mera exemplificação dos casos que se darão por ausência de licitação.

O autor destaca, ainda, a necessidade de justificativa para se contratar com base nas hipóteses de inexigibilidade. A justificativa deverá obrigatoriamente estar assinada pelo agente responsável pela análise da viabilidade ou não de licitação. Restando comprovada a inviabilidade de licitar, o processo deverá passar pela autoridade superior, a qual ratificará a justificativa e enviará para publicação. Destaca-se que a Lei nº 8.666/93 dispôs a cerca do prazo de três dias para o agente responsável encaminhar à autoridade superior, o referido processo que deverá constar o ato declaratório de inexigibilidade, acompanhado da justificativa, das condições propostas para a contratação, as sanções aplicáveis em caso de descumprimento contratual e demais cláusulas. Por conseguinte, a autoridade superior deverá promover em cinco dias, contados da data do recebimento do processo, a devida ratificação e publicação em imprensa oficial. Atenta Mello (2008) que a observância ao devido procedimento legal é condição de eficácia dos atos para a contratação por meio de inexigibilidade de licitação.

Após caracterizado, devidamente, o que vem a ser inexigibilidade de licitação, mister se faz analisar os pressupostos essenciais para a posterior contratação por meio deste instituto.

4.4.2 Pressupostos essenciais à inexigibilidade de licitação

A Lei nº 8.666/93 contemplou em seu art. 25, hipóteses que, em razão de suas peculiaridades, inviabilizam a concorrência. Justen Filho (2005), por sua vez, expõe a dificuldade de apontar todas as situações que poderão tornar inviável o certame licitatório. Contudo, com base nos incisos do referido dispositivo da lei em comento, pode-se elencar os motivos que levam a pressupor a inviabilidade de competição:

O inciso I do artigo em comento dispõe sobre exclusividade de fornecimento. Meirelles (2010) aduz que a inviabilidade, no presente caso, dá-se em razão da existência de produtor ou fornecedor exclusivo, para tanto, não sendo passível de competição em virtude de preço ou de qualidade do objeto pretendido.

Nesse aspecto, o autor distingue a exclusividade industrial da exclusividade comercial. Ao passo que a primeira refere-se a um único produtor existente no País, é cristalino que se o objeto é única e exclusivamente produzido e fornecido por este produtor, a Administração se verá obrigada a adquirir deste. Por outro lado, se o objeto for fornecido por vendedor ou representante comercial, ocorrerá a possibilidade de existirem outros ofertando o mesmo material.

Registra Meirelles (2010):

> Para a Administração, a exclusividade do produtor é absoluta e afasta sumariamente a licitação em qualquer de suas modalidades, mas a do vendedor e do representante comercial é na praça, tratando-se de convite; no registro cadastral, no caso de tomada de preços; no País, na hipótese de concorrência (MEIRELLES, 2010, p. 296/297).

Em que pese o registrado anteriormente, embora a exclusividade do produtor ou vendedor enseje a inviabilidade de concorrência, o autor chama atenção em razão de que a lei proíbe a preferência por marca. No tocante a aquisição de produtos padronizados, a exceção sobrevém, quando destinado ao apoio logístico das Forças Armadas.

Araújo (2010) acrescenta que, em havendo exclusividade de fornecimento, esta, deverá ser devidamente comprovada por órgão de registro do comércio do local que se realizaria a licitação, ou por Sindicato, Federação ou Confederação patronal, ou ainda, entidade equivalente.

O inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, dispõe sobre a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, enumerados no art. 13, da referida lei. A cerca do assunto Meirelles (2010) informa haver consenso doutrinário em que pese os referidos serviços técnicos serem desempenhados por profissionais, que além de possuírem habilitação técnica e profissional, hajam aprofundado em estudos no exercício da profissão, em pesquisas científicas, ou, possuírem cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento.

Araújo (2010) complementa informando que, para dar-se a contratação direta por inexigibilidade de licitação, depende o profissional de haver sua notoriedade e

conceito profissional, no campo de sua especialidade, reconhecidos por seus pares. Explica o autor que notoriedade distingue-se de habilitação profissional, visto que, aquela, nem todo o profissional habilitado possui. Ainda, refere que, a notoriedade deve ser comprovada por documentos que a atestem, como a título exemplificativo, estudos, experiências, publicações, aparelhamento, equipe técnica etc..

O inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93 dispõe em relação de que os serviços técnicos para serem contratados por inexigibilidade de licitação deverão ser de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Nesse sentido Niebuhr (2011) explica à cerca de singularidade do objeto:

> a) Singularidade em sentido absoluto é o bem de que só existe uma unidade. Um selo do qual se emitiu apenas um exemplar ou, se emitidos vários, os demais foram destruídos é objeto singular único em sentido absoluto. b) Singular em razão de evento externo é o bem a que se agrega significação particular excepcional. Uma espada utilizada em acontecimento histórico relevante é objeto que se tornou único por força de fator externo que se incorporou nele [...]. Singularidade em razão da natureza íntima do objeto é o bem que se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor (NIEBUHR, 2011, p. 143).

Desta forma, guardando o objeto características próprias que o distinguem dos outros produtos (singularidades), torna-se inviável compará-lo em certame licitatório.

Com relação a notória especialização, o conceito encontra-se esculpido no parágrafo 1º do art. 25, da Lei nº 8.666:

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

Assim, Furtado (2001, p. 93) leciona que “o legislador procurou fornecer parâmetros minimamente objetivos para disciplinar e conter dentro de limites razoáveis o grau de subjetividade inerente a esse dispositivo”. Contudo, o autor revela haver grande margem discricionária, podendo disciplinar sobre notória especialização.

Por fim, o último pressuposto encontra-se disposto no inciso III do art. 25, da lei nº 8.666/93, tratando da contratação de profissional do setor artístico. Relativo ao tema Araújo (2010) prescreve que a contratação de profissional do ramo artístico poderá se dar por inexigibilidade de licitação, de forma similar a contratação de serviços técnicos profissionais, visto que o motivo que inviabiliza a competição é a individualização do profissional. Nesse prisma, conforme Meirelles (2010), há que se observar a consagração do artista pela crítica especializada ou da opinião pública.

Feitas as devidas considerações à cerca dos pressupostos essenciais à inexigibilidade de licitação, cumpre analisar, a seguir, a contratação de serviços jurídicos pela Administração por meio de inexigibilidade de licitação pública.

4.5 Inexigibilidade para contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública

O assunto em tela é tema de relevantes discussões e ponderações diante dos Tribunais brasileiros, dispondo da licitude da contratação de serviços advocatícios, por parte da Administração Pública, inexigindo, para tanto, o certame licitatório. Cabe ressaltar que, em regra, a contratação de serviços jurídicos exige dos profissionais, habilitação legal, experiência e especialização em determinada área de atuação, o que, conforme indica Jacoby Fernandes (2011, p. 614), são “amplamente encontrados no mercado”, por tanto, passível de concorrência.

Diante deste contexto, Furtado (2001, p. 95), aponta que, “para o patrocínio de causas judiciais ou administrativas, como visto, depende de prévia licitação”. Contudo, o autor esclarece que em razão das particularidades de determinada causa

judicial, em que, devido a notória especialização de determinado profissional, este teria condições de defender os interesses da Administração, justificando sua contratação direta.

Assim, Mello (2008) de forma explícita, aduz sobre a singularidade do serviço a ser prestado:

> Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isto, irrelevante que seja prestado por "A" ou por "B", não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido (MELLO, 2008, p. 540).

Desta feita, tal afirmativa possui respaldo na combinação do art. 25, inciso II, com o art. 13, ambos da Lei nº 8.666/93, em razão de que, havendo os pressupostos autorizadores da contratação direta, afasta-se o procedimento licitatório.

Assim, nada obstante que o serviço a ser prestado conste, implícito ou explicitamente, no rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, atinente aos serviços técnicos profissionais especializados, Rigolin (1991), aponta sabiamente:

> Serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular. As duas características andam sempre juntas (o adjetivo "especializados" indica a natureza singular dos serviços referidos. Não tendo natureza singular, perdem os serviços a característica de especializados...). Esta é a última e a mais refinada espécie de serviços profissionais existentes; pelo elevado grau de especialização que exige do prestador, e pela inalienável e necessária característica pessoal do resultado, esse serviço tem o que se denomina natureza singular, quer dizer, aquele particular e inconfundível de cada prestador (RIGOLIN, 1991, p. 143).

Ou seja, a singularidade do serviço, está intimamente ligada ao objeto que se quer contratar. Contudo a majestosa doutrina vem entendendo que o profissional, seja, somente ele, ou em equipe, serão possuidores de natureza singular subjetiva.

Furtado (2001) alerta que o TCU (Tribunal da Contas da União), em parte de suas decisões, considera irregular a contratação direta de serviços advocatícios, apontando, para tanto, a ausência de singularidade dos serviços a serem prestados, porquanto em que, em outras hipóteses ficaram claramente demonstradas a regularidade da contratação, em vista da complexidade e características singulares.

Em referência, o TCU, com relação aos serviços jurídicos, possui jurisprudência pacificada reconhecendo a inexigibilidade de licitação para contratação de advogados, desde que, presente a natureza singular. Desta forma, prescreve a súmula nº 264/2011:

> A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização, de acordo com o art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, só tem lugar quando se trate de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.

O TCU possuía anteriormente a súmula nº 39, que em razão da inovação legislativa e jurisprudencial, em Acórdão de nº 1.437/2011, deu nova redação ao seu entendimento, restando aprovada em plenário a súmula nº 264.

Por fim, cumpre salientar a incapacidade subjetiva de se mensurar o valor do patrocínio ou defesa de causas judiciais, visto que o certame licitatório visa obter para a Administração a proposta mais vantajosa. Outrossim, o art. 34, IV, do Estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), veda ao advogado angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros. Em paralelo, o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu art. 5º, prescreve a incompatibilidade do serviço da advocacia com qualquer procedimento de mercantilização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública, como órgão gestor e garantidor da satisfação das necessidades coletivas variadas, encontra-se, por vezes, presente nas relações jurídico-processuais, assim como os particulares, buscando a solução de controvérsias, em razão de direitos, faculdades, obrigações e sujeições, figurando seja ativamente quanto passivamente. Em que pese nas relações processuais, as partes necessitarem ser representadas por seus patronos, com a Administração Pública não é diferente. Esta necessita de advogado legalmente habilitado para a defesa de suas causas.

Diante disso, cumpre ressaltar que a Constituição Federal estabelece o livre arbítrio aos Administradores Públicos disciplinarem a cerca da estruturação administrativa, a qual poderá criar seu corpo jurídico próprio, a fim de atender as suas demandas judiciais.

A questão relevante insurge-se sobre a capacitação técnica dos servidores, em atuarem em demandas de trato comum, ou seja, corriqueiros. Por outro lado, tem-se o enfrentamento de causas de alta complexidade e de grande repercussão, envolvendo, também, valores elevados, com riscos de uma defesa inadequada descambar e por fim, levar a sucumbência da ação judicial, onerando a Administração, se não tratada com o devido esmero e conhecimento necessário.

Em razão do exposto, a Administração Pública revestida de sua prerrogativa de contratar com particulares, prevista constitucionalmente no artigo 37, inciso XXI, e devidamente regulamentada na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), busca na esfera privada, profissionais da advocacia capazes de satisfazerem suas necessidades,

celebrando a chamada contratação direta, ou seja, despida do dever de proceder ao certame licitatório.

O assunto ganha extrema relevância, ao passo que surgem discussões perante o Tribunal de Contas da União e nos Tribunais de Contas dos Estados, bem como, significativos números de ações impetradas pelo Ministério Público, questionando a utilização da contratação direta para serviços jurídicos por parte da Administração Pública.

Assim, esta monografia ocupou-se em apresentar, no primeiro capítulo, os aspectos gerais que envolvem o Direito Administrativo, com as devidas ressalvas à cerca do Direito Privado para o Direito Público. Visibilizou-se que este, disciplina as relações jurídicas em que predomina o interesse do Estado como garantidor da ordem e do interesse público, em detrimento dos direitos individuais. Tratou-se, também, do Estado, sua origem até os tempos modernos, focando principalmente no Direito Administrativo, como este surgiu no mundo e, em especial, a sua introdução no Brasil, destacando suas fontes.

O segundo capítulo teve por base uma análise à cerca da Administração Pública como órgão encarregado de gerir os interesses e necessidades da coletividade, bem como, seus atos e contratos administrativos. Este último como forma subsidiária a garantir o melhor atendimento do interesse público e a continuidade dos serviços. não obstante, verificou-se as formas possíveis de extinção dos contratos formalizados pela Administração. Ademais, tratou-se de analisar, em especial, os contratos de serviços, em razão das contratações de serviços técnico-profissionais especializados, os quais em razão das suas especificidades, sobressaem-se em relação aos demais serviços técnico-profissionais considerados generalizados.

Como o objetivo geral, a presente monografia estava centrada na possibilidade da contratação de serviços jurídicos na Administração Pública por meio de inexigibilidade de licitação. Na sequência, foram discutidas questões com referência a licitação, procedimento pelo qual objetiva-se adequar a melhor proposta para as obras, serviços, compras, e alienações, assegurando igualdade de condições a todos os interessados em contratar com a Administração. Nesse

sentido, adequando-se a prestação de serviços indireta por particulares, visando a regra da obrigatoriedade de licitar, ou mediante a exceção, com base na exclusão da obrigatoriedade de licitar, devidamente observados o disposto nas hipóteses previstas na Lei de Licitações, visando não ferir os princípios legais do certame.

Ademais, foram tratados os pressupostos essenciais à inexigibilidade de licitação com base na exclusividade de fornecimento, diante de produtor ou fornecedor exclusivo, passando a analisar os serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, enumerados no art. 13, da Lei de Licitações. Por fim, os serviços de profissional do setor artístico, em que pese a consagração do artista pela crítica especializada ou da opinião pública.

Por fim, foi analisada a inexigibilidade para contratação de serviços jurídicos pela Administração Pública, combinando desta forma, o art. 25, inciso II, com o art. 13, ambos da Lei de Licitações, criando assim, o respaldo de que para haver a possibilidade de contratação direta, haja a comprovação da natureza singular e da notória especialização do profissional escolhido para a satisfação do serviço a ser empregado.

Diante da análise do problema proposto para este estudo, qual seja: a possibilidade da Administração Pública contratar serviços jurídicos por meio de inexigibilidade de licitação pública, pode-se concluir que a Administração Pública, possuidora ou não de corpo jurídico na estruturação do quadro de seus servidores e, considerando as especificidades encontradas nas atividades dos advogados; respeitando a legislação disciplinadora desta; e por fim, visando a melhor satisfação dos interesses da Administração Pública, resta evidenciada a impossibilidade de submeter os profissionais da advocacia ao certame licitatório, para o patrocínio ou defesas de causas judiciais ou administrativas junto a Administração.

Desta forma, há que se aplicar a exceção, por meio de inexigibilidade de licitação pública, e não a regra consoante a Lei de Licitações, em que pese, observada a natureza singular do objeto a ser contratado, ou seja, a alta complexidade deste, exigindo para tanto, a atuação de um profissional dotado de notória especialização.

Outrossim, no caso de a Administração Pública não possuir corpo jurídico próprio ou, se possuírem e haver excesso de demandas, sobrecarregando a carga de trabalho dos servidores da Administração - e estas serem consideradas de natureza corriqueira e não possuírem caráter singular, não exigindo notória especialização - significativa parcela de escritórios de advocacia, com profissionais devidamente habilitados, poderão satisfazer os serviços, ou seja, a contratação deverá ser precedida de licitação pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Método, 2010.

ARAÚJO, Edemir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 23 abr. 2012.

_____. Lei nº 8.666, de 07 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 19 mar. 2012.

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 22 mai. 2012.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 23 abr. 2012.

_____. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 30 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas União. Processo nº TC-012.209/2009-3. Acórdão nº 1.437/2011 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Julgado em: 01/06/2011. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=1437&anoAcordao=2011&relator=VALMIR%20CAMPELO> Acesso em: 22 mai. 2012.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 2. ed. Lajeado: Univates, 2012. E-book. Disponível em: <www.univates.br>. Acesso em: 15 maio 2012.

CONTI, José Maurício**. Federalismo Fiscal**. São Paulo: Manole, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. revista e atualizada. Editora Forense, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 4ª ed. Belo Horizonte, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitação e Contratos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11ª ed. revista e atualizada. Editora Saraiva, 2006.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direita sem licitação**. 9ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. Malheiros Editores, 2008.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em <http://www.oab.org.br> Acesso em : 22 de mai. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 1991.