

Contornos jurídicos necessários para análise da contratação direta de escritórios de advocacia por ente público — entre a discricionariedade administrativa, a ilegalidade e a infração penal

Ney Fayet Júnior*

Alexandre Schubert Curvelo**

Introdução. 1. Noções elementares: a discricionariedade e os limites para o exercício da função administrativa nas licitações públicas. 1.1. Da contratação direta: elementos gerais. 1.1.1. A dispensa de licitação [como exercício da competência discricionária]. 1.1.2. Da indevida dispensa de licitação: entre a ilegalidade e o ato de improbidade administrativa. 1.2. Da inexigibilidade de licitação como exercício da competência discricionária. 1.3. Da inexigibilidade indevida de licitação: entre a ilegalidade e o ato de improbidade administrativa. 2. A natureza dos serviços advocatícios e a possibilidade (legítima) de “terceirização”. 3. A análise da contratação direta de escritórios de advocacia do ponto de vista substancial a partir da jurisprudência do STF. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Em nossa sociedade atual, tem sido uma constante, notadamente a partir de núcleos acadêmicos orgânicos, a consolidação de um discurso de preservação (e, fundamentalmente, de ampliação) de uma consciência republicana (orientada às melhores virtudes democráticas), a cuja realidade diferentes esforços (intelectuais e políticos) se têm conjugado na busca da criação de uma alternativa por intermédio da qual a longa tradição de menoscabo com a coisa pública possa ser, em um primeiro momento, enfraquecida e, a seguir, eliminada de nosso horizonte histórico e social. E o menosprezo com a *res* pública vem de ser especialmente percebido em contextos licitatórios, em cujo ambiente grassa uma vinculação perniciosa entre, de um lado, comportamentos funcionais que desatendem a *standards* republicanos e coletivos e, de outro, motivações e interesses ilegítimos sob o ponto de vista da ordem democrática. Essa observação posta à entrada do texto nos remete, assim, à necessidade imperiosa de bem compreender (e, com isso, avaliar) as condutas em licitações públicas, catalogando-as à luz de alguns critérios substanciais por meio dos quais mais facilmente poder-se-iam identificar ações desvinculadas dos compromissos insertos em nossa ordem constitucional. Não pretendemos inovar o tema; o objetivo em mira é tão somente o de, no plano geral, pôr em destaque os princípios e regras que devem ser utilizados em procedimentos licitatórios; e, no plano específico, de discutir a sua projeção a uma hipótese concreta (de grande interesse e atualidade, vinculada à contratação direta de escritórios de advocacia por procedimento de dispensa ou de inexigibilidade de licitação).

Não resta dúvida de que o procedimento licitatório se compõe de atos vinculados e discricionários, modulados por lei, cujo duplo objetivo é, a um só tempo, o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública (princípios da eficiência e eficácia) e o de garantir a mais ampla participação de todos os potencialmente

interessados na prestação do serviço ou fornecimento do bem (princípio da isonomia).

Os graus de vinculação e discricionariedade são facilmente constatáveis na análise das normas que compõem o corpo da Lei 8.666/93; porém, parece-nos que se expressam com maior amplitude na contratação direta (procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação). No presente ensaio, depois de discorrermos brevemente sobre ambos os institutos, suas principais características e peculiaridades, abordaremos questões relevantes do ponto de vista do entendimento jurisprudencial, notadamente com o fito de analisarmos a tênue linha divisória existente entre a legítima atuação discricionária (para a realização da contratação direta) e a prática de conduta ilegal ou de crime licitatório, tomando, como exemplo, a contratação de escritórios de advocacia por procedimento de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

1. Noções elementares: a discricionariedade e os limites para o exercício da função administrativa nas licitações públicas

No campo do Direito Administrativo, sobretudo por força do princípio da legalidade, devemos anotar que a necessidade de fortalecimento institucional da Administração Pública fez com que, em um primeiro momento, em matéria de licitações públicas, a tendência legislativa originária se estabelecesse no sentido de limitar o campo da discricionariedade administrativa¹.

Desse modo, fortaleceu-se a noção segundo a qual os procedimentos licitatórios não poderiam ser guiados (apenas) no exercício da competência discricionária dos agentes públicos; tampouco de que os contratos públicos poderiam ser celebrados a partir de critérios determinados em razão de juízos de conveniência e oportunidade; e, por fim, também se chegou à conclusão de que esta é uma atividade condicionada pelo ordenamento jurídico como um todo, e não apenas pelas regras legais².

No entanto, essa noção originária esbarrou em diversos problemas de ordem prática, tornando os procedimentos morosos, burocráticos, ineficazes, inefetivos e antieconômicos. Não por outro motivo é que a tendência atual é a de inversão de fases nos demais procedimentos (como ocorre, por exemplo, na modalidade pregão³) e,

¹ Marçal Justen Filho (2016, p. 84) esclarece que a “ seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse. Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela Administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros predeterminados”.

² SUNDFELD, Carlos Ari, 2009, p. 19-28.

³ O pregão — modalidade de licitação introduzida pela Lei 10.520/02 — inovou ao inverter as fases do procedimento licitatório. Atualmente, projetos de alteração na Lei

mais recentemente, busca-se ampliar o alcance do procedimento potencialmente mais célere de todos, o RDC⁴.

A questão reside muito mais em estabelecer os limites do exercício da discricionariedade legítima, o que resta bem caracterizado ao se avaliar que a atividade do agente público, ao fim e ao cabo, se encontra harmonizada com os princípios norteadores da atividade administrativa.

Consoante destaca a doutrina, depende o procedimento licitatório da ocorrência de alguns pressupostos, a saber: (a.) pressuposto lógico; (b.) pressuposto jurídico; e (c.) pressuposto fático⁵; à míngua de qualquer deles, os potenciais objetivos a que se destina o certame não serão alcançados.

Parte-se da premissa segundo a qual o procedimento licitatório, na conformação estrutural que a lei de licitações e contratos formalmente lhe impõe, somente será excepcionado no exercício da competência discricionária da Administração Pública, seja em hipótese

Geral das Licitações são no sentido de promover a mesma alteração de fases para todas as demais modalidades licitatórias.

⁴ A Lei 12.462/11 instituiu, no Brasil, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e contratos necessários à realização (i.) dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, (ii.) Copa das Confederações FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, (iii.) obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), (iv.) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS, (v.) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, (vi.) das ações de segurança pública, (vii.) das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, dentre outras situações temporárias também já esgotadas pelo decurso do tempo ou pela revogação da autorização legal. O regime diferenciado é dotado de alta discricionariedade e marcado pela existência de mecanismos que objetivam dar celeridade ao processo licitatório e fluidez na fiscalização dos contratos administrativos que dele decorrem. Atualmente, tramita projeto de Lei do Senado (PLS) 559/13 que objetiva revogar as Leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2016, p. 532. O pressuposto lógico, em primeiro lugar, surge como de índole natural, isto é, para a ocorrência da licitação, é indispensável a existência de pluralidade de ofertantes ou a pluralidade de objetos. Prossegue o autor: “dita impossibilidade é reconhecida já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. Tal pressuposto diz, então, que o tema do chamado ‘objeto singular’ e com o tema identificado como caso de ‘ofertante único ou exclusivo’”. Corresponde, em segundo lugar, ao pressuposto jurídico aquele capaz de permitir a verificação, pelo menos em tese, e sempre *a priori* (tendo em vista o fato de que dita decisão administrativa ocorre ainda no âmbito da [assim chamada] fase interna), de que a realização do certame se apresenta como o meio apto de atendimento ao interesse público de que se reveste a contratação. Em outras palavras: se o procedimento — que justamente se destina à obtenção da otimização de resultados (princípio da vantajosidade) —, do ponto de vista das contratações públicas, não for o instrumento adequado ou o meio capaz de alcançar tal finalidade, inexistente o pressuposto jurídico de realização do certame público. A existência de potenciais licitantes interessados, o que tem o condão de conformar o que se pode designar de mercado, por fim, deflagra o pressuposto de índole fática. Nesse particular, “seria inviável, por exemplo, abrir-se um certame licitatório para obter o parecer de um jurista famoso, os serviços de um consagrado advogado para uma sustentação oral, ou uma cirurgia a ser efetuada por um renomado especialista” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2016, p. 533).

de dispensa, seja de inexigibilidade de licitação, se (e somente se) fundamentadamente for demonstrada a ocorrência de hipótese legítima de conveniência e oportunidade administrativa aptas ao ensejo da contratação direta que se mostre eficaz à Administração Pública; nesses casos, compreendemos, inclusive, que, para fins de atendimento aos controles interno, externo e social, o agente público possui o ônus de demonstrar a efetividade⁶ da contratação e a inexistência de dano ao erário se fosse possível realizar o certame público.

Ao sustentar a necessidade de maior efetividade no que diz respeito à motivação da decisão administrativa de contratação direta nas licitações públicas, impende-nos ressaltar, não se quer estabelecer maior formalismo que aquele exigido no âmbito dos procedimentos licitatórios; ao contrário, o tema de fundo do presente ensaio, conforme será destacado, reside justamente em traçar os contornos específicos e indispensáveis de uma hermenêutica mais substancial e menos formal dos procedimentos administrativos.

Releva-nos notar, assim, que uma interpretação que leva em consideração os aspectos substanciais dos aludidos procedimentos vê nos princípios das licitações (art. 3º da LCC) a base para que se sigam apenas as formalidades essenciais àquilo que garante a fundamentalidade do certame público, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade⁷.

Como é cediço, permite-se afastar a regra constitucional (art. 37, inc. XXI) da licitação, como procedimento administrativo prévio à celebração de contratos administrativos, apenas na ocorrência de duas hipóteses que, com diferenças de grau, são previstas na LCC, sob a natureza de exercício de função administrativa de natureza discricionária⁸: a dispensa e a inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25 da LCC).

1.1. Da contratação direta: elementos gerais

Trataremos de ambas as situações de contratação direta (dispensa e inexigibilidade) como recorte específico de nossa abordagem, apenas nas situações em que poderiam, em tese, dirigir-se à contratação de serviços de advocacia.

⁶ Isso porque o princípio da eficácia também vincula o exercício da atividade administrativa; em outras palavras, “no que concerne ao princípio da eficácia, consagrado no art. 74 da CF, embora em sincronia com a eficiência e com a economia, goza de autonomia. Prescreve que o administrador público está obrigado a cumprir e atingir diligentemente as metas (mensuráveis) e os objetivos fundamentais da Carta” (FREITAS, Juarez, 2009, p. 128).

⁷ Nesse rumo, veja-se o MS 5869/DF, Relª. Minª Laurita Vaz, 1ª Seção; DJ 7.10.02.

⁸ Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 272) avalia: “(...) excetuando-se a hipótese de emergência tratada no inc. IV do art. 24, todas as outras hipóteses de dispensa de licitação são discricionárias”. Contrariamente, Eros Grau (1991, p. 30), ao destacar que “a verificação de determinado caso de inexigibilidade de licitação não é operada no círculo da formulação de um juízo de oportunidade, discricionário, pela Administração, mas sim mediante a formulação, por ela, de um juízo de legalidade”.

Antes disso, porém, é preciso assentar certas premissas, especialmente a de que a contratação direta ocorrerá com a formalização de um *procedimento administrativo*, sendo que, nos momentos antecedentes à contratação, a atividade administrativa é muito semelhante àquela desempenhada previamente ao estabelecimento da disputa pública, pois existe a obrigatoriedade (vinculação) de demonstração *motivada* da necessidade de contratação, elaboração de projetos, verificação de previsões orçamentárias e, igualmente, demonstração das condições de aptidão do futuro contratado de acordo com os preceitos estabelecidos nos arts. 27 a 31 da LLC, os quais estabelecem a documentação indispensável à fase de habilitação⁹.

Nesse cenário, não há como deixar de considerar que o elemento mais importante do aludido procedimento administrativo, no que se vincula à validação e legitimidade, diz respeito com a necessidade de motivação da contratação.

E isso ocorre porque o procedimento administrativo de contratação direta se cinge a excepcionar a regra constitucional do inc. XXI do art. 37 da CF cuja previsão é a de que, ressalvados os casos previstos na legislação, as obras, os serviços e as compras da Administração Pública direta e indireta serão contratados mediante licitação pública que assegure a igualdade de participação; é dizer, de outro modo, que a contratação direta, *a priori*, viola a regra de igualdade na participação de certames públicos estabelecida constitucionalmente. Mas mesmo que assim não fosse, isto é, que não houvesse a violação no plano constitucional da exigência, cuida-se da incidência específica do art. 50, inc. IV, da Lei 9.784/99, cuja obrigatoriedade de motivação é expressa para decisões que dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório.

Não se olvide que, como regra geral, o art. 50 determina a motivação como requisito indispensável de validade de todos os atos administrativos¹⁰, ressalvados apenas os chamados meros atos

⁹ A fase de habilitação é caracterizada por um excessivo grau de vinculação. Nada obstante a isso, a redação dos dispositivos constantes dos artigos referidos leva a imprecisões de interpretação quanto ao seu alcance, o que muitas vezes tem o condão de causar prejuízos aos licitantes. Em função disso, as cortes superiores já se manifestaram que, “no procedimento licitatório, as cláusulas editalícias não de ser redigidas com clareza e precisão, de modo a evidenciar perplexidades e possibilitar a observância pelo universo de participantes” (STJ, MS 5.655/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Seção, DJU 31.8.98). “1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital (art. 37, XXI, da CF, e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei 8.666/93), sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previstos. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique o prazo, presumem-se válidas a realização de novo pleito” (STF, RMS-AgR 24555/DF, 1ª T., Rel. Min. Eros Grau, DJU 2.12.06).

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2008, p. 104. No mesmo passo, ver, por exemplo, o que destaca Marçal Justen Filho (2016, p. 258), quando sustenta: “a validade de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório depende de uma

administrativos, decifráveis por sua evidente singeleza e porque não afetam direitos ou interesses legitimamente tutelados.

Tratando-se de decisão obrigatoriamente motivada¹¹, ainda que de natureza discricionária, passa a ser amplamente sindicável pelo Poder Judiciário, sobretudo a partir da teoria dos motivos determinantes¹² e pelo exame negativo de legalidade de seu mérito — o assim chamado exame do demérito. Além da determinação genérica constante da lei de processo administrativo, o ato administrativo de dispensa ou inexigibilidade possuirá os seguintes elementos de vinculação: (a.) caracterização da situação excepcional, anômala; (b.) razão ou justificativa da escolha do fornecedor ou executante do serviço; (c.) justificativa do preço, com demonstrativo a partir do valor de mercado; (d.) documento de aprovação dos projetos e pesquisa aos quais os bens serão alocados, tudo de acordo com o que determina o parágrafo único do art. 26¹³ da LLC.

motivação, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem entender”.

¹¹ Como informa Carlos Pinto Coelho Motta (p. 313), “o art. 26 constitui (...) um fator inibidor de excessos e larguezas na interpretação das exceções à regra da licitação, e confirma ainda um dos princípios mais caros ao direito administrativo, qual seja, o da motivação. Para os efeitos do dispositivo, a motivação consiste na explicitação do fundamento legal da dispensa, da inexigibilidade ou do retardamento, com as razões factuais que induziram à opção, e também sua finalidade”.

¹² “O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, da finalidade e da moralidade administrativa” (STJ, AgRg no RMS 15.350-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., DJU 8.9.03). A importância da motivação, entendida como aquela que efetivamente cumpre o desiderato da transparência no âmbito da atividade administrativa, classificação de anulável do ato administrativo expedido sem a observância desse indispensável pressuposto, sendo que, como arremata Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 197), “a ausência de motivação ou sua deficiência substancial torna anulável o ato administrativo”.

¹³ Com o fito de atender ao preceito de efetividade nos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação, adequando o controle interno, externo e social sobre o exercício dessa atividade administrativa, concomitante à observância do dispositivo em comento, devem ser observadas as seguintes etapas: (a.) abertura de processo administrativo próprio, específico, contendo todos os elementos e documentação como se fosse realizado o procedimento licitatório (de acordo com os arts. 24 e 25 da LLC); (b.) documentação relativa aos atos praticados pela autoridade competente (art. 26 da LLC, e arts. 15, 16 e 17 da LC 101/00); (c.) parecer jurídico prévio (inc. VI do art. 38 da LLC, e art. 42 da Lei 9.784/99); (d.) pesquisa de mercado (art. 10, inc. V, da Lei 8.429/92; arts. 25, § 2º, e 43, inc. IV, da Lei 8.666/93; art. 47, § único, inc. I, da LC 101/00); (e.) projeto básico em caso de obras e serviços de engenharia (art. 7º); (f.) ato de ratificação (art. 26 da LLC), sendo que o extrato da publicação deve ser acostado *a posteriori*; (g.) comprovação de regularidade fiscal junto ao FGTS e à Seguridade Social (de acordo com o que estabelecem as Leis 8.036/96, 8.212/92, 9.032/95, arts. 2º e 4º, e ainda a LC 123/06, art. 42); (h.) termo de contrato, incluindo a respectiva proposta (art. 54, § 2º) na hipótese de ser obrigatória a avença (art. 62) e a garantia de cumprimento do art. 13, § 3º, no caso específico (art. 61, § único) todos da Lei 8.666/93; (i.) prévio registro do respectivo contrato no SIASG, ou nos sistemas próprios, devendo ser efetuada a transferência eletrônica de dados (nos termos sucessivos das LDOS da União) com consulta ao CADIN (art. 6º da Lei 10.522/02); e (j.) empenho prévio (art. 60 da Lei 4.320/64). O TCU tem entendimento consolidado no sentido de que a justificativa deverá discriminar os custos unitários de materiais e

Nesse rumo, ainda que a escolha do fornecedor possua caráter eminentemente discricionário, podendo o agente público optar de acordo com a sua conveniência e oportunidade, dita liberdade não se pode estender além dos limites qualificados legalmente e, no plano material, da substancial eficácia imanente ao ajuste (atendimento ao interesse público que a contratação encerra).

Se, de um lado, a conformação dos procedimentos de dispensa e inexigibilidade encontra nos requisitos referidos similaridade, de outro, não há como atribuir uma regra geral de aplicabilidade indistinta a ambos; ao contrário, não configura novidade afirmar que os procedimentos, na essência, possuem nítido caráter heterogêneo, seja no que diz respeito aos motivos de fato por que ocorrem, seja por decorrência dos motivos de direito a partir dos quais a lei lhes impõe justificção. Nas palavras de JUSTEN FILHO:

As hipóteses de contratação direta são bastante heterogêneas entre si. Isso impede o estabelecimento de padrões, aplicáveis a todos os casos. Mas há princípios gerais aplicáveis de modo uniforme. Um exemplo facilita o raciocínio. Não é possível assemelhar os casos de contratação direta fundada em emergência e em exclusividade de fornecedor. No primeiro caso, há dispensa de licitação e a Administração não dispõe do tempo necessário ao exame mais aprofundado do mercado. No segundo, existe inexigibilidade e a Administração, mesmo dispondo de tempo para pesquisar no mercado, não pode contratar senão como um determinado fornecedor. Logo, as cautelas e procedimentos a adotar em cada uma das hipóteses são diferentes. Em ambos os casos, porém, a Administração tem o dever de buscar a melhor contratação possível, em face das circunstâncias, adotando todas as providências que o caso poderia exigir. Assim, será viciada a contratação se a Administração qualificar como 'emergência' situação destituída de aptidão para colocar em risco valores essenciais tutelados pelo ordenamento. (...). Também será viciada a contratação quando a Administração concluiu existir um único fornecedor porque não realizou as pesquisas necessárias acerca da situação¹⁴.

A contratação direta como procedimento atende ao preceito elementar e de caráter essencial para a Administração Pública consistente na viabilização dos controles que se fazem indispensáveis sobre o exercício da função administrativa, não só aqueles levados a efeito por métodos formais, mas, sobretudo, aqueles que permitem visualizar efetivamente o substancial atendimento aos preceitos que norteiam os ajustes públicos. É bem de ver, nesse contexto, que a efetiva documentação dos instrumentos que compõem o processo administrativo de contratação direta constitui dever dos servidores públicos envolvidos, ônus do contratado e direito do cidadão (alicerçado no princípio da transparência), a cuja responsabilidade a lei atribui as consequências e penalidades pertinentes, nas esferas cível, penal e administrativa. Dessa forma, o procedimento administrativo de

serviços desenvolvidos no objeto contratual (TCU, Acórdão 3.047/04, Ata 41/04, DJU 30.11.04).

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 391.

contratação direta que atenda aos preceitos legais, formal e substancialmente, se insere no âmbito do exercício adequado da função administrativa, alinhando aos postulados essenciais de regência do Direito Administrativo.

A LLC, tonificando a necessidade de atendimento ao princípio da publicidade nos certames e contratos públicos, institui como necessária (sob pena de ineficaz) a publicação dos extratos atinentes ao procedimento de contratação direta¹⁵, o que viabiliza (ainda mais) as formas de exercício do controle de legalidade (e legitimidade) sobre esses atos administrativos. Pela formatação legal estabelecida pelas normas gerais da LLC, portanto, o procedimento de contratação direta apenas se legitima, no esquadro dos princípios e das normas do regime jurídico-administrativo, por atender plenamente aos mesmos preceitos elementares das contratações públicas e concretamente aos seus dois pilares constitucionais: a isonomia entre os fornecedores iguais e o tratamento distintivo aos que ou atendam às peculiaridades legítimas de determinado contexto fático e/ou jurídico ou que demonstram a invulgaridade para a distinção específica para atendimento de uma necessidade e, em qualquer caso, a vantajosidade das propostas.

É preciso destacar, por fim, que o exercício da competência discricionária para condução e estabelecimento do procedimento de contratação direta implica em plena vinculação¹⁶ do agente público aos princípios estabelecidos no art. 3º da LLC, na conformação que os princípios da Administração Pública lhe emprestam (art. 37 da CF). Ou seja: na medida em que se possa fundamentar a contratação direta sem ofensa aos princípios fundamentais da Administração Pública e aos específicos contemplados pela legislação de regência da LLC.

1.1.1. *A dispensa de licitação [como exercício da competência discricionária]*

Caracteriza-se o procedimento de dispensa do certame licitatório, antes de tudo, pela possibilidade (faculdade e, portanto, competência discricionária) de realização ou não da disputa, a critério de uma legítima decisão administrativa; não por outro motivo é que o desígnio é no sentido de que o certame público, nas situações elencadas exaustivamente no art. 24 da LLC, é dispensável¹⁷. Se é dispensável,

¹⁵ Como condição de eficácia do ato administrativo (art. 26 da LLC).

¹⁶ Tal qual avalia Juarez Freitas (p. 107), “importa sustentar que a discricionariedade vinculada aos princípios não significa extinguir o juízo de ‘merecimento’. Simplesmente significa que há porção de vinculação que acompanha a discricionariedade. E esta não prejudica, senão que se legitima, ao deixar de se auto-referenciar no espaço demasiado fluido das vontades meramente particulares, inconciliáveis com a índole democrática do Estado Constitucional”.

¹⁷ Não se confunde a licitação dispensável (art. 24 da LLC) com a dispensada (art. 17 da LLC), situação em que, segundo parte da doutrina, não haveria discricionação, tendo em vista o fato de que a lei já determinaria tais hipóteses como *a priori* dispensadas; nesse sentido, PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, 2007, p. 259-70. Não concordamos com tal entendimento, pois em ambas as hipóteses o legislador *autoriza/possibilita* a

com efeito, é porque a realização do procedimento licitatório é possível, até mesmo viável, pela presença de elementos capazes de concretamente viabilizar a competição; porém, não é estabelecido o procedimento licitatório em virtude de que a situação de fato e/ou de direito é constatada pelo agente público a quem a lei confere a competência para decidir. Nesse cenário, é preciso ponderar que a norma jurídica que estabelece a dispensa de licitação institui previamente a situação de fato, no entanto, é o agente público, através da motivação e da comprovação documental, que permite o preenchimento da norma jurídica. Sublinhe-se: a lei permite ao agente optar pela dispensa, todavia, a sua adoção apenas será legítima quando decorrer de decisão necessariamente motivada (e vinculada aos princípios da licitação).

O pressuposto básico para que se possa cogitar do procedimento de dispensa é, portanto, a possibilidade de se estabelecer o regime de competição entre potenciais fornecedores/prestadores de um determinado serviço para a Administração em igualdade de condições. De acordo com o que preceitua a doutrina, “a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida”¹⁸.

O intérprete administrativo, nesses casos, parte da compreensão de que existe a possibilidade concreta (viabilidade, ao menos, potencial) do estabelecimento do chamado regime competitivo entre os fornecedores de um determinado setor do mercado; no entanto, com caráter de exclusividade, decide justificadamente demonstrando que, embora viável, o procedimento é inconveniente, inoportuno¹⁹, ou até mesmo antieconômico. Para GASPARINI, “a dispensabilidade da licitação, quando autorizada, só libera a Administração Pública da promoção do procedimento de escolha da melhor proposta”²⁰. É dizer (no plano de controle do procedimento de contratação direta), em outras palavras, que a contratação direta levada a efeito apenas atenderá ao postulado da eficácia da contratação pública se efetivamente se mostrar ajustada ao objetivo estabelecido pela lei, o qual não será necessariamente (apenas) econômico²¹.

contratação direta, não se tratando de exercício de competência vinculada. A bem da verdade, a principal distinção entre a licitação dispensada e a dispensável reside em que no primeiro caso, o dispositivo se dirige apenas às hipóteses em que a Administração aliena bens e direitos.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2016, p. 534.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 294.

²⁰ GASPARINI, Diógenes, 2008, p. 521.

²¹ Veja-se que, quando a lei autoriza a contratação de instituições privadas com desígnios específicos de atendimento a interesses públicos, como é o caso do inc. XX (“na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”), o objetivo é, antes de atender ao critério da economicidade, o atendimento de uma finalidade social consubstanciada na celebração de contrato administrativo cujo resultado seja capaz de fomentar a

De um modo geral, são agrupadas as hipóteses de dispensa de licitação (art. 24 da LLC) para fins meramente didáticos, em função: a) do custo econômico da licitação (incs. I e II); b) do tempo necessário para realização do procedimento licitatório (incs. III, IV, XII, e XVIII); c) da inexistência de benefício potencialmente verificável na realização da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXII, XXVI, XXVIII); e d) função extraeconômica da contratação por meio da licitação (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII)²².

Dessa maneira, parte-se da premissa segundo a qual incumbe ao agente público decidir, com exclusividade (reforça-se a ideia apenas para destacar o limite ao exercício do controle jurisdicional), se optará ou não pela realização do procedimento licitatório, sendo que apenas a decisão será legítima se atender, formal e materialmente, o que foi determinado pelo art. 24. Ressalte-se que a previsão (das diversas hipóteses de dispensa do procedimento licitatório) não tem (e não deve ter) o condão de inverter o sentido do instrumento: cuida-se de uma legítima exceção à regra constitucional da competição pública, que apenas se sustenta juridicamente quando atendidos os preceitos vinculantes e inafastáveis ao ajuste público; ou seja: se, por um lado, o procedimento de dispensa permite a decisão (discricionária) de não atendimento à regra da licitação, podendo ele optar entre duas ou mais

atividade de instituição cujos desígnios são de inclusão social ou atendimento aos portadores de necessidades essenciais. Note-se que “o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado” não significa que a contratação será mais economicamente vantajosa do que se o certame fosse realizado.

²² As situações previstas nos incs. XXII, VIII, XVI, XXIII são tão peculiares que não permitem agrupamento nas demais. Por outro lado, a classificação das hipóteses em que a licitação é dispensável, entretanto, leva-nos a concluir que, em diversas circunstâncias, a faculdade de não realização do procedimento é praticamente uma imposição lógica, como é o caso do inc. II, isto é, em que ocorre a dispensa em razão do (ínfimo) valor do objeto a ser contratado. A mesma situação, porém, pode ensejar maior amplitude do controle administrativo. Pela regra do dispositivo, o custo econômico da licitação faz com que o procedimento não seja realizado, ou seja, o custo econômico para realização do certame licitatório, com alocação dos servidores envolvidos, realização das publicações, etc., é superior ao benefício potencialmente dela decorrente. Ressalvadas as questões relativas às vedações de fracionamento de objeto de contratação, modificações supervenientes excessivas de valor e impossibilidade de desnaturação do objeto contratado, entendemos que um criterioso exame da aludida contratação direta poderia, em tese, anular contratação a partir da teoria dos motivos determinantes, a partir da seguinte análise e na ocorrência de alguns requisitos: o interessado (potencial licitante) fosse preterido em mais de uma oportunidade e, comprovadamente, manifestasse interesse em participar de certame público; apresentasse proposta compatível com o valor de mercado ou inferior ao valor de mercado; e demonstrasse possuir condições para habilitação em certame público. Na ocorrência da situação aludida, em tese, restaria evidente a discricionabilidade para a realização da contratação direta por parte da Administração Pública uma vez que, como se disse, se trata de situação em que a lei reputa a licitação dispensável; no entanto, manifestado o interesse por um potencial licitante, a motivação do ato de dispensa pode ser sindicada a partir da teoria dos motivos determinantes, vinculando de forma determinante a situação de fato e de direito relativa à expedição daquele ato administrativo.

soluções igualmente válidas²³, por outro, não permite a desvinculação da contratação aos demais princípios da LCC.

²³ A questão da discricionariedade, de há muito, é debatida no Direito Administrativo. Themistocles Brandão Cavalcanti, acolhendo as lições de Laun, ao trabalhar o tema da discricionariedade, aduzia a possibilidade de distinção entre o chamado poder discricionário subordinado à lei e o poder discricionário propriamente dito. A diferença constatada, com efeito, dizia respeito à existência de uma escala entre um e outro, uma verdadeira diferença de discricionário e arbítrio. Na primeira situação, há o pressuposto de que uma determinação legal, uma norma jurídica legal, releva à autoridade executora a possibilidade de apreciar as circunstâncias e peculiaridades de cada caso. O segundo “poder” parte de uma amplitude maior, pois, nele, a autoridade recebe uma ordem disjuntiva. É dizer, noutros termos, que o legislador faculta à autoridade administrativa maior número de possibilidades, ou seja, uma maior faculdade de escolha no modo pelo qual pretende executar a norma jurídica (CAVALCANTI, Themistocles Brandão, 1964, p. 63). A crítica a tal orientação — não sonhada pelo autor — foi adequadamente procedida por Adolph Merkl; para ele, a distinção entre os atos discricionários e os condicionados não poderia assumir caráter absoluto, mas, antes disso, estaria centrada na ideia de que existe um conteúdo maior ou menor do elemento de discricionariedade (MERKL, Adolph, 1975, p. 198). Para Hartmut Maurer, há uma dupla vinculação da Administração à lei. Se, por um lado, os governantes e administradores dependeriam do parlamento e das leis por ele promulgadas, por outro, submeter-se-iam também ao controle judicial. Contudo, isso não implicaria, segundo o autor, uma atividade administrativa esmagada ou sufocada, pois “a Administração possui não só uma legitimidade própria, jurídico-constitucional e democrática, mas também é forte o suficiente para afirmar a sua posição entre o parlamento e os tribunais” (MAURER, Hartmut, 2001, p. 45-8). Por muito tempo afirmou-se que ao Poder Judiciário não competia exercer qualquer tipo de controle sobre os atos administrativos discricionários. Ernst Forsthoff (1969, p. 142) descrevia o poder discricionário como significando que o ordenamento jurídico teria sempre como válido tudo aquilo que fosse julgado oportuno pela Administração, desde que estivesse de acordo com o interesse geral do povo. A jurisprudência era uníssona quanto à exclusiva competência da Administração Pública para formular juízos de conveniência e oportunidade, dentro da esfera discricionária conferida pela lei. O que desde sempre parece que foi aceito pela doutrina é a ideia de que “il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire”. Dito de outra forma, “a competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão com toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela” (FORSTHOFF, Ernst, p. 144). Atualmente, a doutrina não discrepa dessa noção inicial acerca da discricionariedade. José Cretella Júnior (1999, p. 553) define o poder discricionário como aquele que permite que o agente se oriente livremente com base no binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente o terreno demarcado pela legalidade. O agente seleciona o modo mais adequado de agir tendendo apenas ao elemento fim. Para José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 54), “poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. Diógenes Gasparini (p. 550) refere que “discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve”. Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 529), a seu turno, aponta que “discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. Marçal Justen Filho (2016, p. 341) define a discricionariedade como um “dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso

O procedimento de dispensa de licitação, ao fim e ao cabo, não configura meio anômalo de licitação²⁴, mas, sim, exercício típico (e legítimo) de competência discricionária da Administração, que, por sua natureza, não afasta a aplicação dos princípios da isonomia, da vantajosidade das propostas e, por fim, da legalidade.

1.1.2. *Da indevida dispensa de licitação: entre a ilegalidade e o ato de improbidade administrativa*

A infração ao disposto no art. 24 da LLC, isto é, dispensar a licitação fora das hipóteses ali previstas é, nos termos da legislação, conduta tipificada como improbidade administrativa, nos termos do que preceitua o disposto no inc. VIII do art. 10 da Lei 8.429/92, cuja redação é a seguinte:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Para a prática da conduta tipificada como improbidade administrativa, no entanto, é necessário caracterizar o intento de dispensar a licitação fora das possibilidades previstas no art. 24, isto é, imprescindível é, para fins de condenação, que se prove, de modo irrefutável, ter o agente dolosamente (elemento subjetivo) dispensado o procedimento, na esteira do que tem decidido STJ²⁵. Aqui, no entanto, deve-se fazer uma pequena ressalva: o dispositivo em causa apenas faz referência à hipótese da dispensa de licitação; no entanto, parcela da doutrina entende não ser possível realizar-se uma interpretação tão restritiva do preceito, pois

a idéia fundamental do texto é coibir o indevido alargamento das hipóteses em que não é exigida a licitação, logo, sob este prisma, dispensa e inexigibilidade se equivalem, sendo importante observar que

concreto”. Este dever-poder, portanto, não pode ser identificado nem como uma liberdade, nem como uma faculdade a ser exercida segundo juízo de conveniência pessoal. Para o autor “é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao poder público”. Juarez Freitas (p. 128), por fim, conceitua a discricionariedade administrativa como a “competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”.

²⁴ Em tal diapasão, vide, por todos, JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 294.

²⁵ Nesse caminho: RESP 734.984/SP; Min. Luiz Fux; 1ª T.; DJE 16.6.08; no mesmo sentido, ainda os seguintes precedentes: RESP 658.415/RS, RESP 604.151/RS, RESP 626.034/RS, RESP 758.639/PB, RESP 534.575/PR.

a conduta do administrador que declara ser inexigível o procedimento licitatório é tão nociva quanto a daquele que o dispensa, pois é sustentada a absoluta impossibilidade fática de sua realização. O vocábulo utilizado é inadequado, mas a ‘ratio’ da norma é clara, cabendo ao intérprete romper as fronteiras da incoerência para abrigar-se sob o manto da justiça que emana da teleologia da norma e da própria dicção do ‘caput’ do art. 10²⁶.

A questão, uma vez mais, volta-se à necessidade de efetiva motivação do ato de dispensa, como bem alerta a doutrina:

a motivação da dispensa, no entanto, é geralmente relevante, porque nem sempre uma dispensa indevida resulta de atuação dolosa ou sequer culposa, podendo encaixar-se nas margens de erro do administrador. Sabe-se da possibilidade de que o sujeito queira favorecer amigos, ou receber vantagens indevidas, ainda que não de caráter econômico (por exemplo: vantagens políticas), mas não se pode construir presunção contrária aos indícios de boa-fé. Por isso, nem toda a dispensa indevida, errônea, haverá de constituir infração²⁷.

Conforme bem ressaltado pela doutrina, na esteira do entendimento jurisprudencial, para a configuração do ato de improbidade administrativa não basta que tenha havido culpa na decisão de não realização do procedimento licitatório²⁸, porquanto a mera violação ao princípio da legalidade, o só descumprimento formal da regra que determina a realização do certame, *a priori*, não enseja a qualificação do ato tipificado como improbidade administrativa. Isso porque

pode haver dispensa — no mais abrangente sentido da expressão — com suporte em normas jurídicas controvertidas, caracterizando-se assunto como polêmico e defensável, da mesma forma como pode ocorrer essa mesma dispensa com franca e inequívoca violação dos comandos legais²⁹.

Entre o conceito estrito de ilegalidade e a prática de um ato de improbidade administrativa existe uma diferença (de grau) no que diz respeito ao desatendimento da lei; no entanto, ao passo que a ilegalidade

²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, 2008, p. 347.

²⁷ OSÓRIO, Fábio Medina, 2007, p. 347. No mesmo sentido: PAZZAGLINI FILHO, Marino, 2006, p. 60 e segs.; FIGUEIREDO, Marcelo, 2004, p. 102 e segs.; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos, 2007, p. 92; PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende, 2003, p. 96 e segs.; DINAMARCO, Pedro da Silva, 2003, p. 332 e segs.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2014, p. 783; ZAVASCKI, Teori, 2006, p. 117.

²⁸ O debate sobre o tema é enfrentado, com pequenas variações, nos seguintes julgados do STJ: RESP 621.415/MG, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ 30.5.06; RESP 269.683/SC, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, DJ 3.11.04; AgRg no RESP 479.812/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 14.8.07; RESP 842.428/ES, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ 21.5.07; RESP 658.415/RS, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ 3.8.06; RESP 626.034/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 5.6.06; RESP 534.575/PR, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ 29.3.04.

²⁹ OSÓRIO, Fábio Medina, p. 347.

decorre do descumprimento formal e direto do preceito normativo, o ato de improbidade obedece a uma tipologia específica, decorrente do princípio da tipicidade, também exigível, segundo sustentamos, como decorrência do princípio da legalidade, no Direito Administrativo³⁰. Mas não é só. A presença do elemento volitivo intencional de descumprimento da norma que determina o estabelecimento do certame licitatório determina um exame substancial, aproximado do que materialmente o descumprimento da lei provoca: ou seja, antieconomicidade do contrato entabulado, o dano ao erário decorrente da dispensa indevida, o favorecimento pessoal ou de terceiro relacionado à contratação direta.

Dessa forma, uma coisa é certa: a ilegalidade, eventualmente, detectável na dispensa indevida de licitação, nem sempre conformará um ato de improbidade administrativa (e quanto menos uma conduta penal punível).

A multiplicidade de incisos do art. 24 da LLC impede o exame detalhado de todas as situações em que, pelo menos em tese, se poderia incorrer na prática da ilegalidade ou da prática de ato de improbidade administrativa. Para melhor adequação temática, cumpre-nos analisar ao menos as hipóteses relacionadas à dispensa de licitação por emergência, tendo em vista o fato de que, nas palavras de PEREIRA JÚNIOR, “os abusos na dispensa de licitação por suposta emergência multiplicam-se, sendo possível afirmar que o volume das aquisições sem licitação suplanta o daquele decorrente da competição pública, graças, em parte, à aplicação descriteriosa do permissivo da emergência”³¹. Para JUSTEN FILHO, o dispositivo refere-se “aos casos em que o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis”³².

É preciso ponderar, nesses casos, que a própria lei é bastante efetiva no que diz respeito à delimitação do âmbito de atuação discricionária no que se relaciona a essa forma de contratação direta; em primeiro lugar, existe a necessidade de caracterização comprovada, documentalmente, da situação emergencial — sua imprevisibilidade ou inevitabilidade, se previsível; em segundo lugar, a limitação temporal para efetivação da contratação é outro fator decisivo no sentido de restringir o âmbito de discricionariedade, consubstanciado na impossibilidade de sua prorrogação; e, por fim, o fato de que os bens e os serviços contratados devam ser (diretamente) ligados ao atendimento da situação emergencial, e não para outras necessidades administrativas, ainda que prementes, ou também justificáveis por motivos outros. Em resumo: a demonstração da urgência para a realização da contratação deve ser concreta e efetiva no sentido da potencialidade do dano já existente ou na iminência de ocorrer; da mesma forma, há de ser evidenciado que a contratação se afigura como

³⁰ Ver: STJ, RESP 751.634/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 2.8.07.

³¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, 2007, p. 265.

³² JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 302.

a via legitimamente adequada para redução ou eliminação do dano advindo da situação anormal. O que se pretende com a dispensa, nesse esquadro legalmente definido, é que a contratação direta se viabilize como sendo o instrumento redutor da assimetria criada pela situação urgente, considerando que o bem jurídico tutelado (com a contratação direta) se sobrepõe ao interesse legítimo dos integrantes do mercado que, em tese, poderiam se habilitar a um certame público para prestação dos serviços.

Em um dos precedentes que serão a seguir examinados³³, o STF entendeu que não constitui crime a contratação de advogados, com fundamento na hipótese do inc. IV do art. 24, apenas porque foi possível verificar que a aludida contratação se amoldava ao instituto da inexigibilidade de licitação: é dizer, apenas porque foi possível constatar que, substancialmente, a contratação encontrava fundamento, ainda em procedimento diverso, nos princípios da LLC, entendeu pela inexistência de dolo específico e, portanto, pela inexistência de elemento caracterizador do tipo penal capaz de dar ensejo à condenação. Nada obstante a isso, não configurada a infração penal, a contratação ainda poderia ser examinada à luz da responsabilidade administrativa e cível respectivas. Ocorre que, na prática, muitas vezes, a situação de emergência decorre da proposital inércia da autoridade competente (omissão antijurídica, portanto), voltada ao benefício de poucos, em detrimento daqueles que, potencialmente, poderiam participar dos certames públicos.

Um dos grandes problemas verificáveis da exegese do texto legal é que não há uma correta distinção entre a fonte causadora da situação emergencial, bastando a existência do risco (comprovado) de dano para que se autorize a contratação direta.

Para além da configuração do ato de improbidade administrativa, a dispensa de licitação, fora das hipóteses previstas no artigo referido, constitui crime, nos termos do art. 89 da LLC³⁴.

³³ AP 348-5/SC, Rel. Min. Eros Grau, TP, DJ 3.8.07.

³⁴ A análise do art. 89 da LCC revela a existência de dois tipos penais distintos: de um lado, constitui crime a conduta quando praticada (exclusivamente) pelo agente estatal encarregado de deliberar sobre a observância ou não da licitação; e, de outro, no parágrafo único, existe o tipo penal que envolve a conduta de terceiro, quando tenha concorrido ou obtido, de qualquer modo, benefício da contratação direta indevidamente levada a efeito pela Administração. A figura descrita no *caput* do artigo exige a atuação (conduta comissiva, portanto) de servidor público (na acepção ampla do art. 84), tendo em vista, sublinhe-se, que a decisão relacionada à efetivação ou não de um certame ou do contrato direto, nas suas duas modalidades, constitui ato exclusivo de agente a quem tenha a lei atribuído competência para o exercício da função administrativa para efetivar tal contratação. No tocante ao tipo descrito na norma, objetivamente considerado, as expressões “dispensa” e “inexigência” de licitação são utilizadas no sentido próprio dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93 (e, diga-se, abrangem, ainda, os casos do art. 17, I e II). Não remanesce qualquer dúvida a respeito da incidência do dispositivo quando o agente ignora as hipóteses previstas para a contratação direta e, da mesma forma, quando lança mão de expediente fraudulento para simular a presença dos requisitos que permitem a aplicação da regra de exceção aos certames públicos. Considere-se, também, que a inobservância das formalidades inerentes às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação somente

Verificando-se as hipóteses do art. 24, é possível constatar que a contratação de escritórios de advocacia, em tese, se enquadra apenas: a) II (em razão do valor)³⁵; b) VII (quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis); e c) XI (na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições anteriores oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido).

1.2. Da inexigibilidade de licitação como exercício da competência discricionária

De há muito, trazendo a carga do que dispunha o vetusto art. 23 do Decreto-Lei 2.300-86, conceituava a doutrina a inexigibilidade de licitação como sendo o certame materialmente de impossível realização. Pela atual conceituação legal, nos termos do art. 25, não se tem definição das situações em que a licitação é inexigível, tendo em

é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso). Se os pressupostos da contratação direta estiverem presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante (nesse sentido, ver julgado do STF, AP 348-5/SC, P., Rel. Min. Eros Grau). A existência de dano ao erário constitui, na adequada leitura do disposto no art. 89, elemento essencial para a configuração do crime ali previsto, não sendo punível a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune, dessa forma, é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração (nesse rumo, os precedentes do STJ APN 375, CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves; APN 261, CE, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon; APN 323, CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves; HC 52.942, 6^a T., Rel. Min. Nilson Naves). No que concerne ao elemento dito subjetivo, reitera-se que não basta apenas o intento nefasto de deixar de praticar o procedimento licitatório (ou que por si só já configura ilegalidade), visto que, se assim o fosse, a só vontade de deixar de levar a efeito o procedimento implicaria em necessidade de admitir-se modalidade culposa (nesse sentido, o seguinte julgado do STF: HC 86.198/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

³⁵ Entendemos que a hipótese do inc. IV, contratação decorrente de urgência ou emergência, para serviços advocatícios, apenas realiza-se em situações extremadas em que for comprovadamente inviável o estabelecimento do certame licitatório. Nesses casos, é certo, a caracterização da situação urgente/emergencial não decorre de impossibilidade criada pela desídia de agentes públicos em realizar o certames públicos em situação previsível ou previsível de conseqüências calculáveis, pois a situação veiculada na norma jurídica apenas tem lugar quando se tratar de evento invencível, imprevisível ou previsível, porém de conseqüências inevitáveis. Figure-se, por exemplo, o caso em que o certame licitatório para a contratação de escritórios de advocacia é suspenso em razão de decisão judicial ou de decisão cautelar proferida por Tribunal de Contas. Impossibilitada a Administração de levar a efeito o procedimento, no entanto, permanecendo a necessidade e caracterizada a situação emergencial, poder-se-ia cogitar da contratação de escritório de advocacia para suprir a ausência do serviço profissional, apenas pelo período necessário ao atendimento da necessidade, o que, de acordo com o entendimento do STF, não constitui crime, e, segundo entendemos, igualmente não configuraria nenhuma das hipóteses de ato de improbidade administrativa.

vista que não pretendeu o legislador elencar situações — de cunho exaustivo ou taxativo — a partir das quais estaria o agente público desonerado da realização do procedimento licitatório. Ao contrário, o *caput* do art. 25 enuncia o caráter geral da inexigibilidade como capaz de abarcar quaisquer das hipóteses de inviabilidade de competição. O que fez o legislador foi, assim, apenas estabelecer hipóteses de cunho exemplificativo, as quais abarcam a maioria das situações envolvendo as contratações públicas.

O cotejo do estabelecimento normativo entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação permite-nos estabelecer, ao menos, uma certeza: a principal distinção entre ambas reside no grau de discricionariedade existente na decisão administrativa que opta por uma ou outra hipótese de contratação direta. Vejamos o seguinte posicionamento doutrinário:

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significa deixar de obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares. Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei 8.666/93. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa³⁶.

A inexigibilidade está relacionada, portanto, a uma impossibilidade de estabelecimento (viabilidade) do regime de competição, o que pode decorrer de situação fática estabelecida pelos mercados de fornecedores, pela vedação ético-profissional, por exemplo, ou por situações peculiares de uma determinada localidade, de um contexto de mercado que se impõe ao interesse da Administração Pública. Em tais casos, caracterizada a impossibilidade, e configurada a necessidade da contratação, teoricamente inexistente margem de liberdade para o agente, ressalvando o caso de não haver competição, mas de existirem diferentes fornecedores, situação em que seria viável

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 362. Em outros termos, “a licitação só tem razão de ser nas hipóteses em que se pode instaurar uma competição entre os licitantes interessados em negociar com a entidade, em princípio, obrigada a licitar. Inexistindo essa possibilidade, torna-se inútil o certame e absurda a sua exigência” (GASPARINI, Diógenes, p. 550); ou, ainda, “a licitação é inexigível quando, por quaisquer motivos, fáticos ou jurídicos, possa caracterizar-se a inviabilidade de competição” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, 2014, p. 183).

optar por um deles, em caráter discricionário. O procedimento de dispensa deve partir do pressuposto de que é possível a realização do certame licitatório porquanto viável estabelecer o regime de competição, no entanto, em face da ocorrência de uma das circunstâncias de fato descritas na norma jurídica, no contexto e realidade da entidade administrativa, poderá atender (mais) aos postulados da Administração Pública a decisão de não realizar o certame, e sim de levar a efeito a contratação direta. Com relação à intensidade da discricionariedade e da vinculação existente entre ambas as hipóteses de contratação direta, a inexigibilidade afigura-se mais próxima da vinculação à impossibilidade fático-material de estabelecimento do regime de competição, sendo que a discricionariedade apenas seria verificável no momento em que o agente público optasse pela contratação de um entre diversos fornecedores ou prestadores de serviço (nas hipóteses, por exemplo, dos incs. II e III do art. 25). A dispensa de licitação, nesse contexto, possui maior intensidade na competência discricionária ante a possibilidade de, a um só tempo, mostrar-se juridicamente viável e legítimo realizar ou não realizar o procedimento; e grau de vinculação, nesta hipótese, se resume aos limites ou situações de dispensabilidade dos certames (de acordo com o art. 24).

Em síntese: a inexigibilidade constitui uma inviabilidade (material) cuja abertura conceitual determina a não realização do certame sob o enquadramento de situações não alinhadas taxativamente na lei, mas sempre fundamentadas na impossibilidade de competição, impondo-se ao administrador de forma vinculada, restringindo sua margem de decisão apenas com relação — quando isso se mostrar possível — ao contratado. A dispensa do procedimento de licitação, por sua vez, pressupõe uma maior margem de decisão ao agente, podendo ele optar ou não pela realização do certame, sendo que ambas as decisões, se atenderem aos postulados da lei, serão igualmente válidas.

O enfoque de nosso estudo privilegia, assim, o elemento (de natureza dos atos administrativos) de aproximação entre um e outro instituto: a discricionariedade administrativa e os limites de juridicidade para que o seu exercício seja legítimo.

O *caput* do art. 25 estabelece que a inexigibilidade ocorrerá quando houver a inviabilidade de licitação, ou, dito de outra forma, quanto não estiverem presentes os requisitos viabilizadores do certame, notadamente: i. ausência de alternativas (quando existe apenas um sujeito apto a fornecer o produto ou a prestar o serviço); ii. ausência de mercado concorrencial (ainda que houvesse mais de um prestador em um mesmo setor, inexistia competição entre os mesmos); iii. ausência de objetividade na seleção do objeto (natureza personalíssima da atuação do particular impede que se possa efetuar o julgamento objetivo de uma proposta, impossibilitando a licitação); e iv. ausência de definição objetiva da prestação a ser executada (quando não se pode definir, previamente, o conteúdo da atividade material a ser prestada).

Diferentemente do art. 24, o art. 25 não estabelece situações fechadas, taxativas, de caráter exaustivo, apenas referindo-se à regra geral da impossibilidade de licitar — prevista no *caput* — e às situações exemplificativas de seus incisos.

Quadra, para o presente estudo, a análise dos (assim definidos como) serviços técnicos especializados, os quais poderão ser contratados de acordo com o que determina a lei, na conjunção entre o art. 25, inc. II, e o art. 13. Para a realização das aludidas contratações constitui lugar comum, tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial, afirmar a exigência conjugada dos seguintes requisitos: o objeto singular da contratação e a notória especialização do contratado. Acerca do primeiro requisito, assim se manifesta a doutrina:

a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa³⁷.

A singularidade do objeto, portanto, diz respeito à existência de características individuais, próprias e específicas que o particularizem e o distingam:

notória especialização, para o efeito de exonerar a Administração de prévia contratação de serviços, tem como critério básico para a sua conceituação jurídica a singularidade do objeto, isto é, que a sua matéria ou teor estejam atribuídos de conotação peculiar³⁸.

Ainda que se trate de um objeto cuja natureza seja ordinária (como, por exemplo, uma ação judicial), a singularidade está em que a referida demanda se singulariza por versar sobre vultosas somas em recursos públicos ou ainda por tratar de questões jurídicas que exorbitam do conhecimento comum dos advogados, ou seja, por guardar peculiaridades distintivas das demais, naquela situação específica. O TCU, nesse particular, em alguns julgados, tem considerado irregular a contratação de escritórios de advocacia em face da ausência de demonstração da singularidade dos serviços a serem prestados (Decisão nº 80/98, 2ª Câmara, Ata nº 11/98, e Decisão nº 906/98, Ata nº 48/97). Em outros julgamentos (a exemplo da Decisão nº 167/99, Plenário, Ata nº 12/99), a contratação dos serviços de advocacia foi considerada regular em face de sua complexidade e característica singulares, sendo apontadas as seguintes regras para que ocorram as contratações:

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2016, p. 529.

³⁸ MAYER, Luiz Rafael, 1992, p. 270.

1) a circunstância de entidade pública ou órgão governamental contar com quadro próprio de advogados não constitui impedimento legal a contratar advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, desde que a natureza e as características de singularidade e complexidade desses serviços sejam de tal ordem que se evidencie não poderem ser normalmente executados pelos profissionais de seus próprios quadros, justificando-se portanto a contratação de pessoa cujo nível de especialização a recomende para a causa; 2) o exame da oportunidade e da conveniência de efetuar tal contratação compete ao administrador; a quem cabe analisar e decidir, diante da situação concreta de cada caso, se deve promover a contratação de profissional cujos conhecimentos, renome ou grau de especialização sejam essenciais para a defesa do interesse público que lhe cabe resguardar, e que não encontrem paralelo entre os advogados do quadro pessoal da entidade sob sua responsabilidade; 3) a contratação deve ser feita entre advogados pré-qualificados como os meios aptos a prestar os serviços especializados que se pretende obter; 4) a contratação deve ser celebrada estritamente para prestação de serviço específico e singular; não se justificando firmar contratos da espécie visando a prestação de tais serviços de forma continuada³⁹.

Quanto à notoriedade de especialização do contratado, segundo requisito para viabilizar a contratação pelo procedimento de inexigibilidade de licitação, preceitua a doutrina:

diz-se notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorra do desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com sua atividade, permitindo inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado. A expressão indiscutivelmente, que figura no conceito, aliada a essencial, contribui para tornar a notoriedade 'avis rara', retirando-lhe o uso correto, e frequente que a caracterizava durante a vigência do Decreto-lei 2.300/86⁴⁰.

A doutrina e, posteriormente, a jurisprudência, têm agregado ao requisito da notoriedade o aspecto da confiabilidade, a ser considerado nessa hipótese de inexigibilidade:

Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação. Entendo, não obstante, que 'serviços técnicos profissionais especializados' são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, a Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo (...). Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo — é incompatível com a atribuição de

³⁹ TC 019/893/93-0, Decisão nº 494/94, Plenário, Ata nº 36.

⁴⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho, p. 306.

exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (...). A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo na inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade de licitação (...). — STF, HC 86.198-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., DJU 29.6.07”⁴¹.

Sob tais circunstâncias, é possível concluir que nem toda contratação de parecer jurídico torna inexigível o procedimento licitatório; nem toda demanda ordinária, *a priori* comum, exige a contratação de advogados por meio de licitação, se estiverem presentes os requisitos da singularidade do objeto e da notoriedade da especialização do contratado.

Possível perceber, assim, que o exercício da função discricionária pelo agente público no que diz respeito aos procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação é elemento que identifica (e aproxima) ambas as hipóteses de contratação direta. Em essência, a análise acerca da substancialidade dessas contratações em nada difere em ambos os casos, ocorrendo o controle sobre os atos administrativos que fundamentam as contratações diretas a partir dos mesmos paradigmas, sob o influxo dos mesmos princípios, apenas sofrendo a modulação de regras específicas (dos arts. 24 e 25).

Daí por que a questão se cinge, também aqui, em explorar em que grau e medida essa discricionariedade será legítima para não implicar a violação do disposto no art. 89 da LLC ou no art. 10, inc. VIII, da LIA.

1.3. *Da inexigibilidade indevida de licitação: entre a ilegalidade e o ato de improbidade administrativa*

Da mesma forma que se reputa antijurídica a contratação pelo procedimento de dispensa (fora das hipóteses do art. 24), quando verificada a viabilidade de competição, por qualquer dos motivos que a ensejam, verifica-se a ocorrência da infração disciplinada no mesmo dispositivo tipificado na LIA. A ideia-base, identificada quando da análise do procedimento de dispensa de licitação, é de que para a configuração do ato de improbidade administrativa não basta a mera ocorrência de ilegalidade⁴²; em outras palavras, verificada a ocorrência da contratação direta — fundamentada na inexigência de licitação — sem que haja a efetiva demonstração de inviabilidade de competição, não necessariamente configurado estará o ato de improbidade administrativa. É preciso, assim, reconhecer que o procedimento de contratação direta viciado está em sua origem quando estabelecida a vantagem (ilegítima) ou direta para o agente que conduz o mesmo ou para o contratado, em detrimento dos postulados que determinam as

⁴¹ GRAU, Eros, 1995, p. 64-5.

⁴² Nesse sentido: TJRS, ACP 70006884738, 22ª CC, Relª. Rejane Bins, j. 7.10.03.

licitações públicas como expressões dos princípios da isonomia e da vantajosidade. Isso porque, consoante tem aduzido a doutrina,

reduzir a noção de ato ímprobo à de ato inválido, porém, não é a melhor orientação a seguir. É certo que todo ato ímprobo é inválido, mas nem todo ato que tenha vício de validade configura improbidade administrativa. E prossegue: As severas penas previstas na Constituição para aqueles que praticam ato de improbidade (art. 37, § 4º) já conduzem à conclusão de que ato de improbidade não é uma simples violação da ordem jurídica. A moralidade administrativa, para fins de probidade, não pode ser considerada como sinônimo de legalidade. Para que um ato possa ser considerado como ímprobo deve contrariar o ordenamento jurídico em condição especial; deve ofender a moralidade administrativa. É preciso a vontade positiva do agente administrativo de incorrer na ilicitude; o agente deve ter o propósito de alcançar objetivo vedado pelo direito; é preciso que esteja caracterizado o móvel de alcançar resultados contrários à moralidade⁴³.

A questão cinge-se, antes de tudo, em delimitar o próprio conceito de improbidade administrativa, tendo em vista a estreita (porém, distinta) relação jurídica estabelecida entre os princípios da legalidade e da probidade administrativa, pois, segundo a doutrina:

pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário⁴⁴.

Assim, é preciso assentar, ainda uma vez, a premissa segundo a qual a mera conduta em desacordo com a lei não configura o ato de improbidade administrativa, pois classificar como improbidade toda e qualquer conduta ilegal nesse quadro seria generalizar, indevidamente, as consequências de preceito constitucional restritivo e, mais que isso, qualificativo de determinadas condutas e comportamentos, violando diretamente o texto maior (§ 4º do art. 37). Na síntese de FREITAS:

a probidade é subprincípio de notável significação jurídica e política: o ato ímprobo não é um ato somente ilegal, mas antijurídico. E mais: de antijuridicidade agravada, por assim dizer, pela intenção inequivocadamente desonesta. Eis a tônica do ato ímprobo⁴⁵.

Ímproba será a conduta, portanto, qualificada pelo elemento de má-fé, caracterizado pela desonestidade, pela imoralidade do agente no trato ou exercício do cargo ou função pública, particularmente, de acordo com o que tem assentado a jurisprudência superior⁴⁶.

⁴³ PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende, 2003, p. 113.

⁴⁴ JUNQUEIRA, Aristides, 2003, p. 88.

⁴⁵ FREITAS, Juarez, p. 128.

⁴⁶ Vide os seguintes precedentes: RESP 734.984/SP, 1ª T., Rel. p/a Min. Luiz Fux, DJ 16.6.08; RESP 658.415/RS, 2ª T., Relª. Minª. Eliana Calmon, DJ 3.8.06; RESP

É claro que a abertura conceitual do art. 25, aliada à possibilidade de atendimento meramente formal aos ditames da LLC, facilita a contratação ilegal e a prática de atos de improbidade administrativa dessa natureza; no entanto, a conformação de um procedimento de contratação direta ajustado aos postulados da lei, consoante defendido aqui, conduz à possibilidade de ampliação do controle legítimo da contratação pública, reduzindo os danos que dela possam advir.

2. A natureza dos serviços advocatícios e a possibilidade (legítima) de “terceirização”

A hipótese envolvendo a contratação (ou terceirização) de serviços advocatícios não dispensa alguns comentários prévios. Em primeiro lugar, é preciso destacar que a advocacia pública, exercida por servidores de carreira, dotados de todas as garantias previstas na Constituição e nos regimes estatutários próprios, deve ser favorecida; e, para além disso, ter seu desempenho acrescido com auxílio da terceirização, por exemplo, quando o movimento pela contratação do terceirizado se dá em função da necessidade de agregar-se conhecimento técnico científico à atividade desenvolvida pelo quadro de procuradores. Considere-se igualmente válida, em um segundo momento, a situação em que a contratação é direcionada para possibilitar a diminuição de custos para a entidade administrativa, o que pode ser demonstrado a partir de documentação contábil necessária a tanto. Segundo JUSTEN FILHO, o movimento natural no âmbito da Administração Pública é de natureza endógena, é dizer, deve voltar-se para o quadro próprio de advogados para a solução dos seus problemas jurídicos. No entanto, a valorização do quadro próprio de advogados celetistas ou estatutários, de caráter permanente vinculados à instituição, não invalida a possibilidade de terceirização dos serviços ou de parcela dos serviços advocatícios, pois

a decisão de terceirização reflete uma avaliação fundada em critérios de economicidade. A manutenção de quadro permanente de advogados pode gerar custos muito mais elevados do que a contratação de escritórios externos. Por outro lado, pode haver situações em que exijam profissionais altamente qualificados, que não se disponham a se vincular de modo permanente e contínuo a entidade administrativa⁴⁷.

A inexigibilidade para a contratação dos serviços advocatícios se insere no âmbito daqueles designados serviços técnicos profissionais especializados, de acordo com o art. 13, inc. V. São eles:

- I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

604.151/RS, 1ª T., Rel. p/a Min. Teori Zavascki, DJ 8.6.06; RESP 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 5.6.06.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 393.

- III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;**
- VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Como se pode ver, no rol dos serviços ali descritos, a prestação de serviços advocatícios, compreendendo o patrocínio de causas de natureza judiciais ou administrativas em favor dos entes públicos, está incluída entre os serviços técnicos. Por outro lado, preceitua o art. 25 da citada Lei:

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

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

§ 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.

Pelo cotejo dos dispositivos, é perceptível que, do ponto de vista jurídico, em atendimento aos princípios que norteiam as licitações públicas, *a priori*, a contratação direta de serviços advocatícios sob o fundamento da inexigibilidade de licitação não se mostra antijurídica (tampouco antieconômica). Na precisa lição de BANDEIRA DE MELLO:

Em face do inciso II do art. 13 (contratação de profissional de notória especialização), pode-se propor a seguinte indagação: basta que o serviço esteja arrolado entre os previstos no art. 13 e que o profissional ou empresa sejam notoriamente especializados para que se configure a inexigibilidade da licitação, ou é necessário algo mais, isto é, que nele sobreleve a importância de sua natureza singular? Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente a serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contratado possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado ‘de natureza singular’, logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13. 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. Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar — e diretamente — um profissional de notória

especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmo padronizados que, ou não haveria espaço para ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevantes e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço⁴⁸.

Não há justificativa, salvo de conteúdo meramente econômico, para que a contratação direta de serviços advocatícios ocorra para o patrocínio de causas repetitivas e sem relevância especial. Necessário seria que tal causa fosse de uma singularidade, de uma complexidade tal que exigisse a contratação de um advogado ou de uma banca de advogados de renome, com notoriedade ou comprovada especialização na área de atuação.

Assim, verificada situação anômala, ou ainda a necessidade de, por exemplo, redução de custos de uma procuradoria, a Administração pode optar pela terceirização, hipótese em que deverá decidir pela realização de certame licitatório, por exemplo. Consideremos, no esquadro dos princípios públicos, que, se a situação fática for a de reduzir custos de uma procuradoria e transferir o patrocínio de causas de natureza singela, a exemplo de execuções fiscais, não há liberdade para inexigir procedimento licitatório; porém, há certa margem de discricionariedade para dispensá-lo em razão do valor ou realizar o procedimento licitatório em uma de suas modalidades. De outro modo, se se tratasse de uma causa de natureza singular, que demandasse a contratação de um profissional diferenciado, de comprovada notoriedade e conhecimento técnico invulgar, ante a complexidade da questão jurídica, em tese, ainda assim, poder-se-ia cogitar da realização de um procedimento licitatório (na modalidade técnica e preço) que envolvesse escritórios de advocacia ou de contratação direta por inexigibilidade de um escritório capitaneado por notório especialista. Nesses casos é possível notar que o grau de discricionariedade para realizar a licitação e para inexigir o procedimento, aqui, ocorre, coincidentemente, na mesma medida. Formalmente, as hipóteses dos arts. 24 e 25 da LLC são bastante distintas, consoante já foi demonstrado; no entanto, sob o aspecto de sua natureza, encontramos, apenas, alguma semelhança no que se refere ao fato de que, em um dado momento, no exercício da função administrativa, se vai alinhar aos preceitos da competência discricionária.

Nos termos demonstrados, a análise dos dispositivos conjugados dos arts. 13 e 25, inc. II, somente é inexigível quando o serviço for de natureza singular. Assim, para que a contratação seja admitida pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Judiciário, de acordo com a doutrina, “não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado”⁴⁹.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 2008, p. 579.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2014, p. 357.

Igualmente, segundo entendimento doutrinário, é suficiente reconhecer que o objeto da contratação seja diverso daquele normalmente executado pelos profissionais que integram os quadros da Administração; é necessário, ao contrário, demonstrar se tratar de profissional cuja qualidade exorbita da vulgaridade do trabalho técnico, apto, portanto, ao enfrentamento do problema, *a priori*, com distinção invulgar⁵⁰. O entendimento mais corrente a respeito da questão induz à conclusão de que somente os serviços advocatícios dotados de singularidade e que exijam profissionais de notória especialização serão passíveis de contratação direta, por se enquadrarem em uma das modalidades de inexigibilidade de licitação. Para os demais serviços advocatícios, o Poder Público deverá se valer de quadro próprio de advogados, contratados por meio de concurso público, ou ainda poderá estabelecer, se assim for o caso, procedimento licitatório formal, que, no entanto, deverá guardar compatibilidade com a natureza da profissão.

É preciso não descurar, inicialmente, que a implantação do procedimento licitatório pressupõe a possibilidade do estabelecimento do regime de competição entre potenciais competidores em igualdade de condições para o oferecimento de propostas de prestação de serviços ou fornecimento de bens. No entanto, algumas atividades profissionais, norteadas por seus princípios ético-profissionais, como é o caso dos médicos, e, mais especificamente, dos advogados, têm, em sua base, limites rígidos de atuação, a partir dos quais a competição, por exemplo, apresenta-se como atividade muitas vezes vedada, em especial quando se estabelece, como é o caso dos procedimentos licitatórios, a prática de lances de menor preço, por exemplo⁵¹.

Some-se a isso o fato de que a advocacia, por natureza, é uma atividade caracterizada pelo exercício pessoal, ainda que, na prática, muitas vezes, esse aspecto seja de difícil constatação. A advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado. Tanto é assim que o CED da OAB, em seu art. 15, obriga que o mandato seja outorgado individualmente aos advogados, mesmo quando reunidos em sociedade. Nesse rumo, surge uma aparente incompatibilidade do procedimento licitatório estabelecido na Lei 8.666/93 com a disciplina profissional dos advogados. É justamente essa incompatibilidade que fundamenta alegações no sentido de que todo e qualquer serviço advocatício seria de natureza singular, justificando, destarte, a sua contratação direta. Para essa corrente, a advocacia estaria impregnada

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 375.

⁵¹ Isso porque o art. 7º do CED da OAB e o art. 43, inc. IV, do Estatuto da OAB são expressos ao vedar o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela. Contudo, a disputa entre advogados em uma licitação nada mais é do que o oferecimento de serviços profissionais com o intuito de captar clientela (no caso o Poder Público). Ademais, o CED da OAB, em seu art. 5º, estabelece que *o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*. Entretanto, a disputa em uma licitação é o exemplo perfeito da ideia de mercantilização.

de engenho e arte profissionais, o que caracterizaria uma atividade dotada de singularidade subjetiva⁵².

A tese da singularidade subjetiva foi adotada pelo STF para fundamentar a inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados em diversos precedentes, em ações penais, entre os quais se destacam os seguintes: HC 86198/PR, Min. Sepúlveda Pertence; HC 72830/RO⁵³. Ainda que se tenha tal entendimento no âmbito da jurisprudência do STF, multiplicam-se as demandas judiciais (ações de improbidade, ações populares e ações penais) e os apontamentos pelos Tribunais de Contas por decorrência da contratação direta de escritórios de advocacia, conforme aponta a doutrina:

Tais iniciativas são movidas por três raciocínios, todos aviltantes à profissão. Um, há a aversão à advocacia liberal, autônoma e independente. Nesta linha de pensar, são frequentes os posicionamentos que querem interditar que o Estado contrate a prestação de serviços jurídicos de profissionais que com ele não possuam vínculo empregatício ou funcional. É o que chamo da ideologia da exclusividade da carreira pública, que se adotada acabaria por impedir que a Administração conte, em temas específicos e complexos, com os melhores especialistas. Dois, há o viés de desqualificar a advocacia como um afazer impregnado do engenho e arte profissional. É o que chamo de tentativa de redução da advocacia a uma prestação vulgar, um bem fungível, uma atividade sem maiores predicados. Três, o mais ardiloso dos móveis, há a tendência ao processo de retaliação contra a atuação do advogado. São cada vez mais comuns os processos ajuizados por quem, atuando como parte numa ação civil pública ou numa ação de improbidade, se depara com um profissional aguerrido e, inconformado com a renhida demanda, retalha o profissional questionando os fundamentos de sua contratação⁵⁴.

Segundo parcela da doutrina, há uma clara incompatibilidade entre o dever de licitar e a contratação de advogados⁵⁵, tendo em vista

⁵² MARQUES, Floriano Azevedo, 2007, p. 39-42.

⁵³ As decisões ressaltam, em diferentes circunstâncias, a inexistência do dever de licitar, quando presentes os requisitos da notória especialização do advogado, da confiança entre administração e advogado e da relevância do trabalho contratado. Também aparece a preocupação em se verificar a presença de honorários com valores razoáveis e da existência de serviço efetivamente executado em proveito da Administração Pública.

⁵⁴ MARQUES, Floriano Azevedo, p. 42.

⁵⁵ Nessa senda, veja-se também o seguinte excerto: “a singularidade dessa prestação de serviços está fincada nos conhecimentos individuais de cada profissional da advocacia, impedindo, portanto, que a aferição da competição seja plena, pois ‘não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. (...)’. Vamos mais além por entender que a singularidade do advogado está obviamente interligada à sua capacitação profissional, o que de certa forma inviabiliza o certame licitatório pelo fato de não ser aferido o melhor serviço pelo preço ofertado. Ou, em outras palavras, os profissionais que se destacam nos vários ramos do direito geralmente não competem em processo licitatório por ser totalmente inviável a sua cotação de honorários em face de outras formalizadas por jovens advogados em início de carreira. Não vai nessa afirmação nenhum demérito aos jovens advogados, pois, como sabiamente afirmado por Calamandrei, ‘a juventude nunca é melancólica porque tem o futuro diante dela’ (MATTOS, Mauros Gomes de, 2002, p. 512).

a natureza da atividade desenvolvida pelo profissional advogado, como também a legislação profissional. Parece-nos, no entanto, equivocado dizer que em qualquer caso descabe a contratação de advogados por intermédio de procedimento licitatório, pois o procedimento licitatório da modalidade “melhor técnica”, ao contrário da modalidade “pregão” ou “menor preço”, por exemplo, privilegia, evidentemente, aspectos relacionados à capacidade objetivamente aferível do profissional, de um grupo de profissionais ou de uma banca de advogados⁵⁶.

Certo, o elemento caracterizador para a contratação direta por procedimento de inexigibilidade será a natureza singular do serviço a ser prestado ou a existência de elementos capazes de tornar uma causa, em tese, vulgar, em um contrato diferenciado, necessitando o trato invulgar da matéria por profissional altamente especializado. Dessa forma, serviços advocatícios comuns objetivados em contratação direta quando a causa não exija especialidade para sua condução podem ser considerados ilegais e constituir na prática delitiva prevista em lei. De outro lado, sempre que não se tenha um serviço singular — e que qualquer profissional em condições normais for capaz de prestar o serviço em questão — não será viável o procedimento de contratação direta, pois nem a Constituição nem a lei permitem que atividade absolutamente comum seja objeto de contratação direta (salvo nas situações de dispensa em razão do custo econômico da licitação, urgência ou em função da pessoa jurídica contrata, licitação deserta) segundo critérios subjetivos (discricionariedade).

Da mesma forma, não é possível afirmar que todo serviço singular *a priori* exige licitação, sendo possível estabelecer o procedimento até mesmo entre escritórios de alto nível técnico sem violar os princípios ético-profissionais.

3. A análise da contratação direta de escritórios de advocacia do ponto de vista substancial a partir da jurisprudência do STF

Como vimos, no presente artigo, inúmeras são as divergências a respeito do modo de aplicação das regras da LLC à contratação de escritórios de advocacia para a prestação de serviços à Administração Pública. A análise aqui proposta, ao fim e ao cabo, busca equacionar o problema, ressaltando que o STF, a partir de uma interpretação, na medida adequada, substancial — e consequencialista — das contratações diretas de advogados, destaca os princípios que devem nortear a atividade nas licitações públicas.

O primeiro precedente é o *RHC 72830/ RO*, de relatoria do Min. Carlos Velloso. A hipótese dos autos versava sobre a contratação de um advogado, sem licitação, para defesa do Estado de Rondônia perante os Tribunais Superiores. O Tribunal de Contas daquele Estado declarou

⁵⁶ De conformidade com a doutrina, por exemplo, se se fizesse licitação por critério de menor preço para a contratação de advogados, mesmo assim, haveria de se exigir alta especialidade técnica dos profissionais (JUSTEN FILHO, Marçal, 2016, p. 372).

ilegal a contratação, por ofensa à LLC; argumentos de fato e de direito que levaram o Procurador de Justiça em atuação perante aquele órgão a oferecer a denúncia.

No voto condutor do julgado, deixando à margem do debate as questões formais atinentes à formatação da aludida contratação direta, o ministro relator deu início à sua análise apontando dois elementos (também destacados pelo MP junto àquela Corte), a saber: (i.) a verificação de que os valores dos honorários pactuados não foram fixados em patamar exorbitante; (ii.) a cogitação, entre os contratantes, de que a remuneração fosse revertida para a Administração Pública. Ultrapassando tais questões iniciais, o voto condutor do julgado passou a utilizar indistintamente o termo dispensa de licitação, isto é, sem tratar do tema a partir da conceituação básica encetada no art. 24 da LLC. Foi assentada, assim, a premissa de que a atividade desenvolvida por profissional advogado, em razão de sua natureza (intelectual), dispensa o procedimento de licitação, não podendo ser ela aferida em procedimento para verificação de ofertas de preço mais baixo. Na oportunidade, o julgador entendeu que a contratação de profissional advogado

dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para a realização de uma cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que tem por missão, a defesa da *res publica*⁵⁷.

Na sequência, o relator entendeu que a existência de irregularidades não importa na consolidação de infrações criminais, por ausência de comprovação do elemento doloso na prática delituosa, até porque a premissa do julgador é a de que a singularidade do objeto inexige (ainda que utilize o termo dispensa) a licitação. Ou seja, deixou-se de lado no aludido julgamento a análise formal de descumprimento dos preceitos e regras públicas (e, portanto, a ilegalidade sob o aspecto cível e administrativo), para verificar que foi demonstrada substancialmente a possibilidade de celebração do ajuste. No voto, também, e de modo expresso, o relator refere que “as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas não chegam a tipificar conduta delituosa”, considerando, também “que os honorários foram modicamente arbitrados e os serviços efetivamente prestados, serviços que resultaram em benefício para o Estado”.

Verifica-se, no voto condutor do julgado, que a distinção existente entre os conceitos jurídicos de dispensa e inexigibilidade de licitação não foram considerados para fins de enquadramento das condutas nos tipos penais, sendo utilizados indistintamente.

⁵⁷ RHC 72830/RO, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 16.2.95.

Preponderou, pelo que se vê, o entendimento acerca da natureza jurídica dos serviços advocatícios e suas características próprias, capazes de afastar, para fins penais, o enquadramento de condutas *a priori* típicas. Segundo o relator, portanto, os serviços advocatícios guardariam peculiaridades ínsitas e capazes de determinar o que se assemelha a uma impossibilidade *a priori* de não submissão à concorrência pública.

Na linha do precedente citado, o STF, sendo a relatoria do Min. Eros Grau, AP 348-5, DJU 03.08.2007, TP, decidiu pela atipicidade de conduta que, em tese, poderia enquadrar-se no tipo penal do art. 89 da LLC. Segundo a acusação, reforçava a tese da prática delituosa a violação ao princípio da impessoalidade, aduzindo que o elemento subjetivo da escolha do advogado teria o condão de reforçar o argumento da prática delituosa. O voto condutor, da lavra do Min. Eros Grau, buscou no Direito Administrativo e em argumentos de hermenêutica jurídica aplicada a solução para o caso, estabelecendo, para tanto, duas premissas que, segundo aduz, devem alinhar-se na resolução de tais casos: (i.) a contratação de advogado se insere no âmbito de atividade de natureza subjetiva, baseada fortemente na questão da confiança, sendo que tal análise, nas contratações públicas, com exclusividade, é inerente ao agente público responsável pelo ajuste; (ii.) a subjetividade da escolha, baseada na confiança, afasta a objetividade, característica inafastável dos certames públicos (princípio da objetividade do julgamento); e (iii.) a notória especialização do contratado. Para o ministro relator, “o crime tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/63 só se configura se ocorrer o seu antecedente lógico, isto é, o ilícito administrativo”. Estabelece, assim, que a natureza da atividade em si permite enquadrar a contratação na hipótese de inexigibilidade de licitação, reforçando o entendimento de que a escolha (discricionariade) para entabulação do ajuste é de competência exclusiva do agente público, âmbito em que é defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se.

O ministro, nessa linha de argumentação, ponderou, contrariando o entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais de Contas, que “os serviços técnicos profissionais especializados’ são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contrato de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, a Administração, deposite na especialização desse contratado”. Vale dizer: “nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços — procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo — é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93)”.

Na mesma linha de argumentação, inclusive com expressa adesão aos argumentos, em parte colacionados do precedente citado, foi

o voto condutor do *HC 86.198/PR*, de 29.6.07, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Tratava-se, na espécie, de contratação de advogados para a venda de áreas públicas, tendo sido levada a efeito denúncia pela prática dos crimes previstos nos arts. 89 e 92 da LLC, por entender-se que não se faziam presentes os pressupostos que autorizam a contratação direta por inexigibilidade de licitação, notadamente em função da ausência de comprovação da singularidade do objeto do ajuste administrativo. Aduziu o ministro relator, para afastar o julgamento do TJPR e da acusação, que “de fato, é a associação desses dois elementos (notória especialização e confiança) — ao lado, é claro, do relevo do trabalho a ser contratado — que permitirá concluir pela inexigibilidade da licitação”. Na conclusão do voto, o ministro apontou para as circunstâncias que corroboram a tese de absolvição a partir da natureza dos serviços advocatícios, aduzindo reconhecer “a extrema dificuldade da licitação de serviços de advocacia, dada a série de empecilhos que a ética profissional do advogado, em particular – e dos profissionais liberais em geral —, veda o que o Estatuto da OAB chama — pelo menos no meu tempo chamava (L. 4.215/63, art.83) —, de qualquer atitude tendente à ‘captação de clientela’”. E, por fim, arremata: “se é para oferecer antes um trabalho profissional para que, entre os concorrentes, a administração escolha um, seria uma licitação paradoxal: ela começaria pela execução do trabalho. Se for para disputar preço, parece de todo incompatível com as limitações éticas e mesmo legais que a disciplina e a tradição da advocacia trazem para o profissional”.

O raciocínio jurídico empregado para a solução das causas criminais em apreço, que envolvem o crime de (fora dos casos previstos na LCC) contratar advogados para a condução de processos, denota importância para os seguintes elementos: (i.) ausência de dano ao erário; (ii.) natureza dos serviços contratados; e (iii.) legitimidade da escolha do profissional (a discricionariedade administrativa e a questão da confiança). Tais argumentos, entretanto, não são colhidos de uma análise meramente formal dos textos jurídicos que possibilitam levar a efeito tais contratações e muito menos do entendimento amplamente difundido pelos Tribunais de Contas.

A substancialidade da análise aqui referida, antes de tudo, determina uma inversão de raciocínio para o enquadramento das situações. É que, pela sistemática estabelecida pelos tipos penais, o movimento teoricamente seria invertido; para que se incorra na prática delituosa, pelo exemplo do art. 89, deve o agente não observar a LLC no tocante aos procedimentos legais para dispensa ou inexigibilidade. Ao observar-se, portanto, a ilegalidade — pelo não cumprimento dos dispositivos do procedimento —, automaticamente, estaria configurada a hipótese criminosa. Se, no entanto, for levada a efeito a inversão de raciocínio, isto é, se primeiro forem verificados os elementos que configurariam a conduta criminosa – (i.) intenção, baseada na confiança para contratar os profissionais, (ii.) que os serviços executados por advogado são intelectuais e na grande maioria dos casos invulgares,

(iii.) ausência de dano ao erário – pode-se afastar tanto o enquadramento na figura típica penal quanto na esfera de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Não obstante o avanço de posições adotadas em casos concretos, não há unanimidade sobre o tema na Corte Suprema. Atualmente, tramitam no STF a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n° 45 e o Recurso Extraordinário 656.558, com repercussão geral reconhecida, com um único voto até agora proferido pelo relator do caso, Min. Dias Tóffoli:

no caso especial da advocacia, dada a série de empecilhos impostos pela essência da profissão, norteadas pela ética profissional, torna-se latente a dificuldade de se proceder ao procedimento licitatório para a contratação desses serviços. Aliás, dispõe o art. 34, IV, do Estatuto dos Advogados, a Lei 8.906/94, que constitui infração disciplinar ‘angariar ou captar causas, com ou sem intervenção de terceiros’. (...). A vedação de condutas tendentes à captação de clientela também está contida expressamente no art. 7° do Código de Ética e Disciplinar da OAB. (...). Considero, ainda ser de todo incompatível com as limitações éticas e legais a disputa pelo preço”.

Na citada ADC n° 45, a AGU manifestou-se favorável à contratação direta de escritórios de advocacia, com a ressalva de que não seria a única forma de contratação o procedimento de inexigibilidade, por entender que nem todos os serviços de advocacia são singulares⁵⁸.

O Conselho Nacional do MP, por sua vez, publicou a Recomendação n° 36, de 14 de junho de 2016, que externa as seguintes diretrizes:

A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do MP que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação (...).

Os posicionamentos das duas instituições, como se vê, estão amparados em visão mais substancialista de aplicação das regras jurídicas em comento, alinhando-se ao conjunto mais robusto de julgamentos do STF, conquanto ainda não se possa tomar por pacífica e indene às controversas o tema, seja porque pende de julgamento tanto a ADC referida quanto às múltiplas ações em tramitação perante a Corte Suprema (em número maior de cem, segundo notícia a imprensa⁵⁹).

Considerações finais

⁵⁸ A petição apresentada veiculou o despacho n° 00664/2016, do CGU.

⁵⁹ Vide notícia, disponível em 22.1.17, site Conjur (www. <https://www.conjur.com.br/2017-jul-05/constituicao-permite-contratar-advogado-licitacao-opina-pg>)

Os diversos modos de interpretar uma norma jurídica, a partir do regime em que ela se contextualiza, não permitem, de modo estanque, afastar matizes diferentes, princípios que, na integração do Direito, permitem que seja atingido o *telos* do sistema jurídico em sua totalidade.

No curso do tempo, a jurisprudência superior tem demonstrado que o conteúdo material (substancial) das normas jurídicas se sobrepuja aos alinhamentos formais a elas inerentes, de tal modo que se permite integrar conteúdos, preservando as unidades indispensáveis (princípios), objetivando uma aplicação mais alinhada com os desideratos constitucionais do Estado democrático de Direito. Uma análise que se quer substancial das regras incidentes sobre as potenciais ilegalidades (e, por vezes, tipificadas como crimes) inerentes aos certames públicos, sem prejuízo da boa aplicabilidade do conjunto de princípios e regras que conformam regime licitatório, busca, justamente, tonificar aquilo que de mais importante a LLC estabelece (em confluência com a CF): os princípios reitores do regime jurídico-administrativo, no contexto constitucional.

A interpretação calcada nos critérios substanciais em matéria de contratações públicas para prestação de serviços de advocacia atende, a um só tempo, aos postulados reitores da Administração Pública e àqueles que disciplinam o exercício da advocacia no contexto de função essencial à Justiça; e, mais que isso, como função indispensável ao Estado democrático de Direito na manutenção de garantias e direitos fundamentais.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. Freitas Bastos: São Paulo, 1964.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Pedro da Silva. “Requisitos para a procedência das ações por improbidade administrativa.” *In Improbidade administrativa: questões polêmicas e*

atuais. SCARPINELLA BUENO, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coords.). São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelles: Emile Bruylant, 1969.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

———. “Inexigibilidade de licitação: aquisição de bens e serviços que só podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico.” *In Revista de Direito Público*, nº 100/ 37, out./dez. 1991.

JUNQUEIRA, Aristides. “Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro.” *In Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. SCARPINELLA BUENO, Cássio; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coords.). São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016.

———. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Floriano Azevedo. “A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais.” *In Revista do Advogado (São Paulo)*, v. 93, p. 39-42, 2007.

MATTOS, Mauro Gomes de. “Contratação direta dos serviços advocatícios.” *In O contrato administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAYER, Luiz Rafael. **Licitação**. Concurso. Elaboração de projetos. Notória especialização. Parecer. L123. RDA nº 129, 1992.

MERKL, Adolph. **Teoría general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1975.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: RT, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PORTO NETO, Benedicto Pereira; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. “Violação ao dever de licitar e a improbidade administrativa.” *In* **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. 2ª ed. Forense, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Como reformar as licitações.” *In* **Revista Interesse Público**. Ano XI, 2009, n° 54.

ZAVASCKI, Teori. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.