

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

WLADEMIR SOARES CAPISTRANO

**CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

NATAL/RN

2019

WLADEMIR SOARES CAPISTRANO

**CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Administrativo apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. M.Sc. Edinaldo Benício de Sá Júnior.

NATAL/RN

2019

**Catalogação na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos**

Capistrano, Wlademir Soares.

Contratação direta de serviços advocatícios pela administração pública / Wlademir Soares Capistrano. – Natal, 2019.

51 f.

Orientador: M.Sc. Prof. Edinaldo Benício de Sá Júnior.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Licitação – Monografia. 2. Improbidade – Monografia. 3. Inexigibilidade – Monografia. 4. Contratação de advogado – Monografia. I. Sá Júnior, Edinaldo Benício de. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 342.9

WLADEMIR SOARES CAPISTRANO

**CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Administrativo apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN) como requisito final para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Aprovado em: 30/03/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.Sc. Edinaldo Benício de Sá Júnior
Orientador

Prof. Dr. Leonardo Oliveira Freire
Membro

Profa. M.Sc. Kathy Aline de Medeiros Silva
Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que ao longo de minha vida escolar despertaram em mim o gosto e a curiosidade pela leitura, em especial aos muitos excelentes professores que tive, desde as primeiras letras do ensino fundamental.

Aos colegas da Segunda Turma de Especialização em Direito Administrativo do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), um grupo pequeno que soube aproveitar ao máximo os ricos debates que tivemos em sala de aula.

Aos meus sócios no Escritório de Advocacia, não somente pelo constante apoio e incentivo na busca da qualificação acadêmica e do aperfeiçoamento profissional, mas também pela discussão contínua que temos sobre os mais diversos temas jurídicos, em especial do Direito Administrativo.

Ao qualificado corpo de professores do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN), todos sempre dispostos a despertar nos alunos o interesse pelo debate e pela pesquisa jurídica.

Ao Professor Benício de Sá pela preciosa orientação neste trabalho e pelo permanente acompanhamento durante o curso.

Aos meus pais, Antônio e Neta, ao meu filho, Lucas, e à minha esposa, Marta, incansáveis na tarefa de exigir o meu esforço e dedicação nas tarefas profissionais, e no aplauso ao mínimo êxito que obtenho, sem vocês a luta seria impossível.

RESUMO

Este estudo discute a necessidade de licitação para contratação de serviços advocatícios, bem como a caracterização de improbidade administrativa a partir dessa prática. Utilizando o método dedutivo, com amplas pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, quer revelar se é juridicamente sustentável a contratação direta de advogado pela Administração, via procedimento de inexigibilidade de licitação. Para tanto, procura deslindar o formato das contratações públicas, além de investigar o significado e alcance do instituto da improbidade administrativa. Analisa ainda o sentido do agir advocatício, apresentando a advocacia como atividade pautada no elemento confiança. Registra, então, que a licitação é a regra das contratações públicas, somente podendo ser afastada excepcionalmente, nos casos de dispensa ou inexigibilidade. Conclui que advogados podem ser contratados via inexigibilidade de licitação, desde que revelada a singularidade do objeto e a notória especialidade do profissional, de forma que se justifique o patrocínio de profissional com habilidades extraordinárias. Do contrário, a contratação direta poderá inclusive gerar condenação por improbidade administrativa.

Palavras-chave: Licitación. Improbidade. Inexigibilidade. Contratação de advogado.

ABSTRACT

This study discusses the need of public procurement for contracting legal services as well as the characterization of administrative dishonesty from this practice. Using deductive reasoning, with extensive bibliographical research and case law research, it aims to reveal if the direct attorney recruitment by the Administration, through unenforceability of public procurement is legally sustainable. To do so, it seeks to unravel the format of public contracting, in addition to investigating the meaning and scope of administrative dishonesty. It also analyzes the meaning of legal action, presenting advocacy as an activity based on the element of trust. It shows, then, that the public procurement is the rule of the public hirings, only being able to be exceptionally removed, in cases of exemption or unenforceability. It concludes that lawyers can be hired via unenforceability of public procurement, as long as they reveal the singularity of the object and the notorious specialty of the professional, in a way that justifies the sponsorship of a professional with extraordinary abilities. Otherwise, direct hiring may even generate condemnation for administrative dishonesty

Keywords: Public procurement. Administrative dishonesty. Unenforceability. Attorney recruitment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O SENTIDO DA ADVOCACIA E AS FORMAS DO SEU EXERCÍCIO	9
2.1 AS FORMAS PELAS QUAIS A ADVOCACIA PODE SER EXERCIDA	10
3 A LICITAÇÃO COMO REGRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
3.1 CONTRATAÇÃO DIRETA: a possibilidade da administração pública contratar sem realizar licitação	17
3.1.1 Dispensa de licitação	17
3.1.2 Inexigibilidade de licitação	19
3.2 NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO E DE PROCEDIMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA	22
4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O SERVIDOR PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM PARTICULARES	24
4.1 DAS IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS QUE IMPLICAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO	24
4.2 DAS IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS QUE IMPLICAM LESÃO AO ERÁRIO	26
4.3 DAS IMPROBIDADES QUE IMPLICAM VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
4.4 CONDUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA RELAÇÃO COM PARTICULARES	30
5 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS	33
5.1 ADVOCACIA E LICITAÇÃO	36
5.2 POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS VIA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	39
6 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O advogado é essencial à concretização da justiça. Em seu mister, o profissional da advocacia postula em favor de seu constituinte, instrumentalizando os seus direitos em Juízo. Tal importância se verifica qualquer que seja a natureza ou condição do constituinte, inclusive no caso de esse ser um ente público, quando, aliás, estar-se-á tentando viabilizar o próprio interesse público. Buscando, então, preservar seus interesses jurídicos, os entes públicos não raramente se valem da contratação direta – isto é, sem licitação – de advogados particulares, realidade ainda mais impositiva nos casos em que o órgão não conta com uma assessoria jurídica especializada regular.

Ao mesmo tempo, cada vez mais as ações (e omissões) dos gestores públicos têm sido objeto de controle pelos órgãos competentes, o que chega a flertar com uma “criminalização” dos agentes públicos, vigiados incessantemente que são.

Não que a fiscalização e a auditoria dos serviços públicos sejam maléficas. Muito ao contrário, a vigilância e a adoção de políticas anticorrupção (“compliance”) pela Administração tendem a trazer mais eficiência para as coisas públicas. Todavia, não se pode olvidar que os agentes públicos, mesmo os mais competentes, estão sujeitos à tomada de decisões que nem sempre são as melhores, e “criminalizar” essa atuação pública tornaria o seu exercício um fardo pesado demais, que os mais aptos e preparados possivelmente não desejarião carregar.

A essencialidade do serviço advocatício e suas necessárias contratações públicas, aliada a um controle rígido da atuação dos gestores públicos (responsáveis pelas contratações), cria o contexto ideal para a proliferação de discussões quanto à (i)legalidade das contratações, o que não tardamente resulta em questionamento quanto à probidade do agente público e, por consequência, do advogado, enquanto particular contratado e pago com dinheiro público – suposto beneficiário da contratação indevida.

É nesse cenário que exsurge a problemática principal do presente estudo: é legal a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública? E a partir da solução dessa problemática central, quer-se ainda responder: há improbidade administrativa na contratação direta de serviços advocatícios?

Para chegar a respostas cientificamente sustentáveis, então, lançar-se-á mão do método dedutivo, partindo de pesquisa bibliográfica e, mais, da consulta da jurisprudência aplicável à situação, tanto a nível de Tribunais judiciais, como no âmbito

dos Tribunais de Contas, principais órgãos de controle da ação governamental.

Trata-se, com isso, de estudo voltado a cumprir o seguintes objetivos: identificar as formas de exercício da advocacia e seus elementos reitores; deslindar o sentido das contratações públicas, revelando as formas pelas quais a Administração adquirirá bens e contratará serviços; investigar o alcance do instituto da improbidade administrativa, notadamente em problemas relacionados a contratações públicas; e, enfim, revelar a possibilidade ou impossibilidade de contratação direta de advogados, bem como o cometimento ou não de improbidade a partir dessas contratações.

Para assentar a legalidade ou ilegalidade das contratações diretas de serviços advocatícios, bem como para revelar a ocorrência ou não de improbidade a partir dessas contratações, é essencial, primeiro, analisar a própria atividade advocatícia, em todas as suas peculiaridades. Por isso, propõe-se logo no segundo capítulo deslindar a atividade do advogado, em suas diversas vertentes e possibilidades de exercício, tanto público como privado. Além disso, quer-se também debater qual o signo reitor dos serviços advocatícios, o que refletirá diretamente na possibilidade de contratação do advogado sem licitação.

Estabelecidas as premissas relativas ao exercício da advocacia, passar-se-á, no capítulo terceiro, a discorrer acerca da ideia de licitação, apresentando a sua importância constitucional e os seus princípios orientadores, investigando, outrossim, as possibilidades de contratações diretas, via dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Já no quarto capítulo, debater-se-á o instituto da improbidade administrativa, tudo para viabilizar a solução da problemática segunda deste estudo, isto é, se a contratação sem licitação de advogados caracteriza conduta ímproba para o gestor e para o advogado contratado. Aqui, aliás, procurar-se-á desenvolver as formas de improbidade, evitando, com isso, a construção de visões generalistas.

No capítulo de arremate, o quinto, investigar-se-á o tratamento que tem sido dado no Poder Judiciário e nos Tribunais de Contas à contratação direta de serviços advocatícios, apontando, ainda, para a possibilidade ou não de caracterização de improbidade administrativa, inclusive frente à evolução da jurisprudência verificada ao longo dos últimos anos. Aqui, ainda, procurar-se-á apresentar soluções particulares para as problemáticas postas, de modo a trazer à tona uma contribuição pessoal do autor para os problemas.

2 O SENTIDO DA ADVOCACIA E AS FORMAS DO SEU EXERCÍCIO

Para deslindar a problemática deste estudo, é essencial compreender o significado da atividade advocatícia, bem como revelar as diversas formas pelas quais poderá ser exercida a advocacia.

A palavra advocacia vem do latim “ad”, que quer dizer “para junto” e “vocatus”, que significa “chamar”. Noutras palavras, em seu léxico, “advocacia” significa “chamar para junto”, o que confere sentido real à palavra, afinal a parte chama o advogado para junto a fim de lhe auxiliar em suas alegações. E aqui já se pode apresentar uma indagação importante na solução do trabalho. Poderia um constituinte “chamar para junto” alguém que não é de sua estrita confiança? A resposta só pode ser negativa, o que invariavelmente gerará consequências importantes e decisivas quando da definição da possibilidade de contratação de advogados por administradores públicos.

Em reforço, observa-se que na Codificação Romana, conforme Langaro (1996, p. 199), advogado “é aquele que expõe ante o juiz competente a sua intenção ou a demanda de um amigo, ou para bem combater a pretensão de outro”.

Advogados são, pois, pessoas que, por seu conhecimento do direito, legislação e jurisprudência, aconselham as partes litigantes e sustentam seus direitos em Juízo ou fora dele, com isso esclarecendo aos juízes e dirigindo a causa a partir de alegações de fato e de direito voltadas à realização dos interesses de seus constituintes (GAMA, 1926).

No Brasil, o advogado ocupa importante posição constitucional, sendo referido pela Constituição Federal de 1988 como indispensável à administração da Justiça, juntamente com juízes e membros do Ministério Público. Tal destaque é igualmente dado pela Lei n.º 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que da mesma forma posiciona o advogado como indispensável à Administração da Justiça (art. 2º).

De tudo isso que foi apresentado, nota-se claramente que a confiança é o elemento reitor da atividade advocatícia. É necessário que constituinte e advogado mantenham uma relação que tenha na confiança recíproca a sua mola propulsora. Não há como exigir do cliente a constituição de advogado em quem não confia, porque, do contrário, não faria sentido em chamá-lo “para junto”.

A própria legislação deontológica do advogado prestigia a confiança na relação advogado-cliente, a qual deve estar aliada a um imperativo de transparência

nas orientações e informações. Nesse sentido é o Código de Ética e Disciplina da Advocacia (Resolução n.º 02/2015, do Conselho Federal da OAB), segundo o qual as relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca, a ponto de ser recomendável ao profissional que externe ao cliente qualquer sentimento de falta de confiança e, mesmo, que promova a renúncia ou substabelecimento do mandato quando eventuais dúvidas relativas ao elemento confiança não sejam superadas.

2.1 AS FORMAS PELAS QUAIS A ADVOCACIA PODE SER EXERCIDA

Não se pode questionar fundamentadamente a possibilidade de contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público sem analisar, dentre as várias maneiras e possibilidades de exercício da advocacia, as formas pelas quais um advogado pode exercer o seu ofício.

Um advogado pode, por exemplo, exercer o seu ofício isoladamente no âmbito privado, de forma autônoma, inclusive, nesse caso, sem a constituição de uma pessoa jurídica, o que atualmente só faria sentido em caso de menor volume na atividade, já que a pessoa física sofre uma tributação mais elevada que a pessoa jurídica. Até por isso, normalmente estão nessa posição advogados sem formalização da atividade, o que conduz à sonegação tributária e à completa ausência de proteção previdenciária, trazendo insegurança para o profissional.

Ainda no âmbito privado, o mesmo advogado que exerce a advocacia autonomamente poderá constituir sociedade unipessoal de advocacia. Trata-se de novidade na Lei n.º 8.906/94, inserida pela Lei n.º 13.247/2016, e que segue a tendência inaugurada pelas empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELE). A opção pela abertura de uma sociedade individual de advocacia usualmente é associada à inscrição no SIMPLES NACIONAL, regime tributário diferenciado que conduz a uma menor tributação final, ainda que comparado à tributação exigida das pessoas físicas.

Ao invés de trabalhar unipessoalmente, porém, um advogado pode reunir propósitos societários com pelo menos mais um advogado, fundando sociedade simples de prestação de serviços de advocacia. Trata-se da sociedade tradicional, que admite apenas sócios advogados, os quais devem efetivamente exercer a atividade – até porque uma sociedade de advogados não admite o sócio meramente

investidor.

Tanto na sociedade unipessoal como na sociedade coletiva de advogados, exsurge uma pessoa jurídica com personalidade própria, a qual é adquirida a partir do registro no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de sua sede. É essa pessoa jurídica quem celebrará contratos com possíveis constituintes, dada a sua capacidade jurídica negocial, embora, claro, a atividade advocatícia precise ser exercida pessoalmente pelo advogado.

Em uma sociedade advocatícia, diga-se, de mais a mais, é possível a participação de outros advogados, sejam esses contratados como empregados, seja a partir da celebração de um contrato de associação, pelo qual um advogado reúne propósitos com a sociedade de advogados visando à participação nos resultados presentes e futuros.

O advogado associado, ressalte-se, é um profissional cujo vínculo jurídico com a sociedade de advogados é de natureza contratual. Por ele, o profissional assume a responsabilidade de estar junto com a sociedade em determinadas causas ou na defesa de certos clientes, recebendo a devida contraprestação.

Nessa linha, a subordinação jurídica – não técnica, diga-se – traça a grande fronteira entre o advogado associado e o advogado empregado, chamando à atenção que este, diferentemente daquele, possui jornada de trabalho, obedece a um chefe imediato e usualmente não pode patrocinar outras demandas.

Associado ou empregado, porém, o advogado mantém a independência profissional e continua a praticar os atos de forma autônoma. Essa autonomia é importante porque o advogado permanece responsável ética e disciplinarmente por seus atos. Por isso, a decisão de ajuizar alguma ação, promover uma defesa ou encetar algum negócio jurídico é do empregador, mas a realização é ato profissional exclusivo do advogado.

Convém ainda destacar que o advogado pode ser empregado tanto de uma sociedade de advogados, como de uma pessoa jurídica outra qualquer, inclusive, no âmbito da Administração Pública, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Já o vínculo de associação somente pode ser firmado entre advogado e sociedade de advogados, devendo pessoas jurídicas diversas, caso queiram se valer dos serviços do advogado fora da relação de emprego, com eles firmar contrato de prestação de serviços. Isso vale, dentro das possibilidades legais, evidentemente,

inclusive para os entes da Administração Pública que queiram contratar serviços advocatícios, havendo investigar se essa contratação prescinde ou não de procedimento licitatório.

Em resumo, no âmbito privado, um advogado pode exercer o seu ofício das seguintes formas: autonomamente, sem a constituição de pessoa jurídica; via sociedade de advogados coletiva ou unipessoal, isto é, na condição de sócio; na condição de associado; e ainda como empregado.

Para o presente trabalho é ainda relevante discorrer sobre as possibilidades de vínculos jurídicos de advogados no âmbito público. Para tanto, convém inicialmente observar que os entes da Administração Pública Direta, além das autarquias e fundações, estão sujeitos ao regime jurídico único de que dispõe o art. 39 da Constituição Federal de 1988.

Isso significa que a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas só podem contratar servidores com vínculo estatutário, cujo provimento ao cargo se dá, via de regra, através de concurso público.

A exceção são os cargos de provimento em comissão, que, a teor do art. 37, V, da Constituição de 1988, destinam-se exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo ser preenchidos em percentuais mínimos por servidores de carreira, isto é, estatutários de provimento efetivo.

Trazendo para o que interessa ao presente estudo, a regra é que advogados públicos ocupem cargos de provimento efetivo via concurso público, desenvolvendo, a partir daí, vínculo de natureza estatutária. É possível, entretanto, que a lei própria estabeleça que alguns cargos de assessoramento jurídico sejam de provimento em comissão, isto é, de livre nomeação e exoneração do respectivo gestor. Tal previsão não seria indene de questionamento, na medida em que se poderia dizer que se está a frustrar a licitude do concurso público, que inclusive dá azo à improbidade do art. 11 da Lei n.º 8.429/92. Fora isso, pode ainda ser questionada a própria constitucionalidade.

Sobre a possibilidade de a lei estabelecer cargos de advocacia e assessoria jurídica como de livre nomeação e exoneração, tem o Supremo Tribunal Federal compreendido que deve ser observado o art. 37, V, da Constituição Federal de 1988, isto é, que o cargo se volte restritivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, situação na qual nem sempre é possível enquadrar a atividade advocatícia.

Partindo, de outro lado, para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, o regime não é mais estatutário, ocorrendo, ao invés, a formalização dos vínculos laborais via contrato de trabalho, o que permite, obviamente, a contratação de advogados.

Resta, por seu turno, a celebração pura e simples de contrato de prestação de serviços, instrumento muito comum sobretudo nos municípios menores, que não têm uma assessoria jurídica organizada. É nessa possibilidade que se encontra o ponto fulcral deste estudo.

Os contratos de prestação de serviços são firmados ora com a pessoa física do advogado, ora com a sociedade de advogados pelo causídico composta. Daí, surge a pergunta: essa contratação poderá ser precedida de licitação? E em caso positivo, trata-se de uma obrigação do gestor público?

São perguntas que devem ser respondidas sem olvidar as características do serviço advocatício, que, como já dito, está balizado no elemento fidúcia, isto é, confiança entre contratante e contratado.

3 A LICITAÇÃO COMO REGRA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A licitação é o procedimento administrativo que de um modo geral precede as contratações públicas. Quer-se que o Estado obtenha as melhores condições de preço e qualidade, ao mesmo tempo em que são honrados os princípios e valores que regem a Administração Pública. Nesse desiderato, a contratação deve guardar o interesse público em todos os sentidos. A aquisição de bens e a prestação de serviços eficiente e econômica traz qualidade para o serviço público e importa bom trato da coisa pública.

Outrossim, a contratação via licitação assegura o princípio da imparcialidade e da moralidade administrativas, na medida em que se garante, ao menos idealmente, que preferências subjetivas desatreladas do interesse público não influenciarão na contratação de bens e serviços.

Nesse sentido, licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo organizado de forma a definir e selecionar quem, através do oferecimento da proposta mais vantajosa ao interesse público, vai contratar com a Administração a partir da conclusão do processo (MEDAUAR, 1996, p. 204).

No processo licitatório há uma integração de atos e fatos da Administração com atos e fatos dos licitantes, tudo visando ao momento final da contratação. À Administração compete lançar o instrumento convocatório, receber as propostas, promover a habilitação dos participantes, além da classificação dos melhores colocados segundo o critério definido (menor preço, melhor técnica), para depois declarar o vencedor, adjudicar-lhe o objeto, homologar o certame e, ao fim, assinar o contrato. Afora isso, outros atos podem eventualmente vir a ser praticados, como a apreciação dos recursos, a revogação, a anulação, etc. Já por parte do particular, compete-lhe retirar o edital, enviar a proposta, prestar garantia, entre outras condutas (DI PIETRO, 2001, p. 291).

Trata-se de verdadeiro círculo virtuoso: a submissão da contratação aos princípios da imparcialidade e da moralidade fortalece o atendimento ao interesse público, com a obtenção de contratos mais econômicos e qualificados. E da eficiência e economia da contratação decorre o destaque da legalidade, em detrimento a interesses estranhos à moralidade administrativa. E a obrigatoriedade da licitação foi alçada à condição especial de norma constitucional, a teor do art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Isso reforça a convicção de que a licitação é a regra, permitindo-se apenas excepcionalmente a contratação direta, de acordo com os critérios definidos em lei. De fato, enquanto que para umas pessoas a busca da melhor proposta e da melhor contratação é facultativa, para outras, é obrigatória. É o caso dos entes públicos (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista, fundação), que têm a licitação como uma regra, podendo apenas excepcionalmente dispensá-la ou considerá-la inexigível.

Nesse caminho, a seleção da melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderem ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, lei interna da licitação e do contrato (GASPARINI, 2001, p. 385).

Mais do que estabelecer a regra segundo a qual a licitação é obrigatória, o dispositivo constitucional suso mencionado procura de logo assegurar que a licitação ocorrerá de forma a assegurar aos disputantes condições isonômicas de participação, inclusive via abstenção de exigências para participação que excedam ao que razoavelmente se espera do cumprimento do contrato.

Noutras palavras, intenta-se permitir o maior número de licitantes, sem, no entanto, autorizar que empresa despreparada econômica e tecnicamente logre a condição de fornecedora de bens e serviços para a Administração, pois, nesta hipótese, o interesse público terminaria prejudicado.

Isso quer ainda dizer que, ao mesmo tempo em que estabelece critérios legítimos a atrair particulares dotados de condições técnicas e econômicas de fornecer o bem ou executar o serviço, a licitação também deve ser aberta para que possa concorrer o maior número possível de particulares, sem que haja restrições excessivas indutoras de direcionamento e, em suma, quebrantadoras da imparcialidade.

Sobre a necessidade de preservação do caráter competitivo da licitação, sob pena de frustração de sua própria natureza, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é na linha de que a Administração não pode fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, permitindo, dessa forma, a participação de mais concorrentes, desde que, claro, possuam qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações (RESP 474781/DF, Relator Min. Franciulli Netto, DJ de 12/05/2003).

Isso quer dizer que a Administração não deve inserir cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada a beneficiar alguns participantes em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa. De outro lado, mesmo que alguma restrição à competição traga, se a exigência for necessária ao atendimento do interesse público, nenhuma irregularidade haverá na sua restrição. Há sopesar, enfim, a restrição à competição e a salvaguarda do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005, p. 62).

Como mecanismo para definição da pessoa sobre a qual recairá a contratação pública, as licitações têm regramento próprio na Lei n.º 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 1º), estatuindo que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, devendo ser regida, em seu procedimento, pelos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, além do julgamento objetivo (art. 3º).

No particular, destaca-se a probidade administrativa como princípio e fim das contratações públicas, afinal, mesmo que a contratação seja econômica e operacionalmente justificável, de nada servirá se ela se distanciar da probidade. E isso porque, a teor do § 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a probidade administrativa é dever de todo administrador público. Realmente, o certame deve ser conduzido em obediência estrita à moralidade, o que significa inclusive ir além da mera defesa dos interesses do órgão contratante, imponto, mais do que isso, exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes (MELLO, 1999, p. 379).

3.1 CONTRATAÇÃO DIRETA: a possibilidade da administração pública contratar sem realizar licitação

As hipóteses de contratação direta, isto é, sem licitação, são absolutamente excepcionais. Prefere o legislador que critérios estritamente objetivos e, portanto, impessoais, determinem o fornecedor da Administração Pública. Todavia, extraordinariamente, a lei estabelece casos de contratação direta, nos quais a licitação ou é dispensada, ou é inexigível. Fora dessas hipóteses, a licitação deve ser realizada.

Deve-se notar, para além disso, que a obrigatoriedade de licitação tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral, mas também da modalidade prevista em lei para aquele tipo de contratação. Quer dizer, atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º) (MEIRELLES, 2003, p. 269).

3.1.1 Dispensa de licitação

Na dispensa de licitação, o próprio legislador apresenta os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar a licitação, falando-se, então, em licitação dispensável ou dispensada, conforme se verá. Esses casos em que não se realizará licitação estão previstos na lei em rol taxativo, o que retira do administrador a possibilidade de deixar de realizar licitação em hipóteses outras. Ainda assim, nas hipóteses de licitação dispensável, o administrador guardará algum grau de conveniência, afinal cabe a ele decidir se, mesmo diante da permissão legal para a dispensa, fará ou não a licitação.

Na dispensa de licitação, a Administração está isenta do procedimento licitatório apesar da viabilidade fática de sua realização, face à existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Todavia, visando dar mais eficiência ao manejo da coisa pública, o legislador resolve autorizar a não realização da licitação.

A dispensa de licitação, contudo, não significa que o administrador realizará a

contratação à completa revelia dos controles administrativos. De um modo geral, a contratação direta deverá ser justificada formalmente, com o que inclusive se garante a possibilidade de fiscalização. Nessa linha, à exceção dos casos de dispensa por valores abaixo do limite legal, as demais situações em que se contrata sem licitação devem ser justificadas e comunicadas, dentro de três dias, à autoridade superior, para homologação (a lei denomina ratificação) e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, para eficácia dos atos; sempre instruindo-se a justificativa com a caracterização da situação que justifica a não realização de licitação, a razão da escolha do executante ou fornecedor indicado e ainda explicação quanto ao preço (MEDAUAR, 1996, p. 224).

Na forma da Lei n.º 8.666/93, a licitação pode ser dispensada ou dispensável. No primeiro caso, há um impedimento legal à licitação, que não poderá ser realizada. Aqui, o administrador não tem escolha, devendo promover a contratação direta.

Com efeito, na licitação dispensada, a Administração está liberada de licitar por expressa determinação da lei. Em tais situações, segundo Gasparini (2001, p. 411) não cabe à Administração Pública qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois a lei já determina sua dispensa. Todavia, ousa-se aqui discordar, ou pelo menos complementar: em caso de dispensa, a Administração deve, ao menos, instaurar processo administrativo para justificar a dispensa e promover a contratação direta. Já na licitação dispensável, a sua realização ou não está sujeita a decisão do administrador, segundo sua discricionariedade, sem olvidar, no entanto, a exigência de firme fundamentação. Trata-se, então, de uma autorização que o legislador dá para não realizar a licitação, dentro das hipóteses legais.

Os primeiros casos de dispensa de que trata o legislador decorrem do valor do objeto a ser contratado. O valor do contrato não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor fixado para a modalidade de convite para serviços, compras, obras e serviços de engenharia (art. 24, I e II). É uma medida voltada a conferir economicidade e eficiência aos atos administrativos, não se justificando a abertura de um processo administrativo competitivo amplo face aos diminutos valores envolvidos, afinal “a pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 236).

Além dos casos de diminuto valor, a licitação será ainda dispensável noutras hipóteses selecionadas pelo legislador em razão do objeto da contratação, da pessoa contratada – como a instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento

institucional, ou ainda de empresa próxima classificada para executar o remanescente de obra ou serviço – e, mesmo, diante de situações marcadas por emergência ou calamidade – decorrente, por exemplo, de inundações, vendavais, epidemias, secas e outras excepcionais.

3.1.2 Inexigibilidade de licitação

Tema especialmente caro ao presente estudo – afinal, usualmente os serviços advocatícios são aqui enquadrados – é a inexigibilidade de licitação. Nas hipóteses de inexigibilidade, diferentemente do que ocorre na dispensa, não há possibilidade de competição, por falta de competidores aptos a executar o contrato. Ainda diferentemente das hipóteses de dispensa – previstas em rol taxativo –, as de inexigibilidade são descritas exemplificativamente pelo legislador, ou seja, nada impede seja adotada hipótese diversa daquelas três descritas pelo legislador. Em razão de, na dispensa, haver possibilidade de competição, diz-se que o administrador poderá discricionariamente definir se lançará mão desse instituto ou não, podendo, caso prefira, mesmo assim realizar a licitação, o que não ocorre na inexigibilidade, que impõe a não realização da disputa (DI PIETRO, 2001, p. 302).

Nesse sentido, inexigível é a licitação que não pode ser exigida em razão da condição da pessoa que se quer contratar. Não há possibilidade de confronto das propostas, o que impede o certame (GASPARINI, 2001, p. 440).

A impossibilidade de disputa, contudo, não significa que a Administração poderá contratar sem qualquer formalidade. Necessária é a abertura de processo administrativo próprio para justificar a inexigibilidade. No processo, então, demonstrar-se-á a presença dos requisitos legais para a contratação, incluindo a especial condição do contratado que justifica a impossibilidade de competição e as razões para o preço pelo qual se entabulará o contrato.

Sobre as hipóteses de inexigibilidade de licitação, a Lei n.º 8.666/93 descreve três. A primeira e terceira hipóteses de inexigibilidade não exigem atenções. A do inciso I diz respeito aos casos em que só há um produtor, empresa ou representante apto a fornecer o bem; quer dizer, não há outra pessoa apta a promover o fornecimento. Já a do inciso III remete à contratação de profissional do setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, quando, também, será impossível a realização de licitação.

A segunda hipótese legal de inexigibilidade inspira maiores cuidados para o presente estudo. É a partir dela que se justifica usualmente a contratação de serviços advocatícios. Para enquadramento nessa hipótese de contratação direta, o Tribunal de Contas da União (TCU) exige a cumulação de três requisitos, consoante se obtém da Súmula 252 daquela Corte:

Súmula n.º 252 – TCU. A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

Quanto ao serviço técnico especializado, tem-se que esses são os referidos no art. 13 da própria Lei n.º 8.666/93:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico (BRASIL, 1993).

Já a singularidade do serviço diz respeito a sua invulgaridade, especialidade e especificidade, de modo que não pode ser enfrentado por todo e qualquer profissional, exigindo, ao invés, uma notória especialização para a obtenção de uma solução satisfatória para o interesse público (TCU, Acórdão nº 658/2010-Plenário, TC-021.717/2007-5, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 31.03.2010), até porque, do contrário, o serviço se perde em sua finalidade.

O caráter incomum e anômalo do serviço, nesse sentido, faz com que nem mesmo um profissional especializado seja apto à execução satisfatória do serviço, exigindo-se, ao invés, alguém notoriamente especializado (JUSTEN FILHO 2005, p. 419-420).

Com efeito, singular é o serviço prestado em condições próprias, diante da especificidade e complexidade de seu objeto. Não se trata, necessariamente, de serviço prestado pontual e individualmente, mas sim de serviço executado em condições particulares, que não se possam repetir, nem muito menos ser assumidas por qualquer profissional.

Igualmente, Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 305) ressalta que a singularidade implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais, de modo que “não se considera de natureza singular aquilo que pode ser executado por numerosos profissionais ou empresas” (PEREIRA JUNIOR, 2009, p. 348). Portanto, singular é o serviço marcado pela particularidade e especificidade do objeto do contrato.

Por fim, a notória especialização alude ao especial conceito do profissional no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato (art. 25, § 1º, Lei n.º 8.666/93).

Ao assim definir a notória especialização, a lei procurou reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, exigindo critérios de essencialidade e indiscutividade do trabalho para tornar válida a inexigibilidade sem que se tenha prejuízo no objetivo final de obter a satisfação do objeto do contrato (DI PIETRO, 2001, p. 311).

Nessa linha, por notória especialização entende-se a qualidade do profissional que é reconhecido como uma referência em sua área. A contratação deve recair sobre ele, portanto, porque o profissional notoriamente especializado exsurge como a melhor pessoa para executar o serviço. Não há como nem porque buscar um outro profissional e, por isso mesmo, se admite a contratação direta, sem licitação, porque o certame, acaso realizado, não poderá conduzir a resultado tão eficiente

Trata-se, claramente, de requisito que poderá sim ser verificado na contratação de serviços advocatícios, porém apenas em situações excepcionais, não em todas, daí o debate que protagonizará o presente estudo mais à frente.

3.2 NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO E DE PROCEDIMENTO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA

Tema especialmente caro diz respeito à necessidade de processo administrativo para que a Administração emprenda a contratação via licitação e, mesmo, para que justifique a contratação direta.

De fato, tal exigência não é difícil de se imaginar nos casos em que a contratação se realize mediante prévio processo licitatório, que, óbvio, precisa ser documentado e estruturado, de modo a assegurar aos interessados, inclusive, a eventual impugnação tanto administrativa como judicialmente.

Questão um pouco mais traumática é a abertura de processo administrativo para as contratações diretas. Os gestores públicos, não raramente, implementam a contratação à revelia de qualquer formalidade, não se dando ao trabalho nem mesmo de justificar a contratação direta.

Entende-se, porém, que, mesmo que vista com muita clareza a possibilidade de contratação sem licitação, deve o gestor público instruir o competente processo administrativo, o qual, por seu turno, deve ser prévio à contratação. No processo, então, a Administração justificará a contratação direta, afastando a possibilidade ou necessidade de licitação.

E tal é assim justamente porque não se pode confundir a desnecessidade de licitação com a desnecessidade de observar o princípio da motivação dos atos administrativos. Mesmo os atos de contratação direta devem ser justificados, afinal fazem parte do gênero ato administrativo, que tem na motivação um de seus requisitos.

Nesse sentido, em interessante decisão proferida em caso envolvendo patrocínios do Banco do Brasil à Confederação Brasileira de Vôlei, recomendou o Tribunal de Contas da União a formalização de prévio processo em que conste a justificativa da inexigibilidade de licitação, as razões objetivas de escolha do patrocinado, além das justificativas do preço contratado – com isso, restringindo a discricionariedade da administração (TCU – PLENÁRIO, DECISÃO Nº 855/97, Processo TC nº 000.925/97-7, j. 3.12.1997).

Portanto, a contratação sem licitação deve ser precedida de processo justificador, sem o qual revelar-se-á irregular a dispensa ou inexigibilidade de licitação, abrindo flanco para que o gestor público responda pelo ilícito administrativo daí

decorrente.

Mais do que a simples irregularidade administrativa, a não realização do processo de justificativa para a inexigibilidade de licitação tem atraído, em alguns casos, a condenação por improbidade administrativa, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), para quem a inexigibilidade não ocorre ao alvedrio da Administração, devendo seguir critérios objetivos estritamente demonstrados no processo administrativo de inexigibilidade (TJRN - AC: 20150171233 RN, Rel. Juiz Convocado Eduardo Pinheiro, Data de Julgamento: 02/02/2016, 3^a Câmara Cível).

Em tempo, considera-se aqui relevante analisar, caso a caso, se, a despeito da ausência do processo de justificativa da contratação direta, os seus elementos autorizadores não estão presentes. Quer dizer, defende-se, neste trabalho, que mesmo sem o processo de justificação da inexigibilidade, o Administrador público poderá ser absolvido em eventual ação de improbidade administrativa se conseguir demonstrar a possibilidade de contratação direta.

Realmente, a ausência do processo de justificação da inexigibilidade até caracteriza irregularidade administrativa, mas não necessariamente improbidade, porque dela não se depreende a imoralidade qualificada que marca a Lei n.º 8.429/92, que visa resguardar os princípios da Administração sob o prisma do combate à corrupção e da grave desonestidade funcional (STJ, AgRg no REsp 1245622/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 24/06/2011).

E tal é assim, porquanto ímparo é um ato imoral especialmente qualificado (SILVA, 2005. p. 669), idôneo a provocar, em seu grau de ilicitude e reprovabilidade, lesão aos “valores éticos fundamentais inerentes à Administração pública e seus agentes” (MARTINS JÚNIOR, 2001. p. 111).

Solução interessante, mesmo, seria inverter o ônus da prova, de sorte que, sem o processo administrativo prévio – que gozaria de presunção de veracidade e validade –, caberia ao gestor provar que as exigências legais para a contratação direta estariam presentes; sendo a contratação, porém, antecedida pelo processo de justificativa respectiva, passaria a ser incumbência do autor da ação voltada à responsabilização por improbidade administrativa provar que a contratação não seria viável legalmente.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O SERVIDOR PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM PARTICULARS

A Lei n.º 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa, define três espécies de improbidade administrativa: a improbidade que implica enriquecimento ilícito (art. 9º); a improbidade que gera prejuízo ao erário (art. 10); e a improbidade decorrente da violação aos princípios administrativos (art. 11), e em seu art. 12, prevê a aplicação isolada ou cumulativa das penalidades descritas constitucionalmente, proporcionalmente à gravidade do fato considerado improbo.

4.1 DAS IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS QUE IMPLICAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Trata o art. 9º da Lei n.º 8.429/92 das improbidades administrativas que causam enriquecimento ilícito. Exsurgem como as mais graves improbidades e, por isso, sancionadas com as mais graves penalidades, a teor do art. 12 da Lei n.º 8.429/92.

As improbidades do art. 9º somente admitem a forma dolosa, isto é, não podem ser praticadas culposamente, por erro do agente público. Mister é que a sua conduta seja dirigida pelo propósito de desviar o ato administrativo do interesse público.

Sobre o dolo que pode motivar a condenação por improbidade administrativa do art. 9º da Lei n.º 8.429/92, cumpre notar que é necessário seja o dolo específico, isto é, especificamente voltado à prática da conduta ilícita geradora de enriquecimento. Aqui, diferentemente do art. 11 da Lei n.º 8.429/92, não se satisfaz com o dolo genérico, isto é, com a mera voluntariedade da conduta, sendo necessário o firme propósito do autor dirigido à consumação do ilícito.

De mais a mais, ressalte-se que a improbidade do art. 9º é aquela cuja conduta omissiva ou comissiva tenha importado qualquer espécie de vantagem patrimonial indevida, não necessariamente em dinheiro. Não basta, pois, tenha decorrido alguma vantagem; é necessário que a vantagem seja geradora de enriquecimento ilícito, que é aquela vantagem não prevista em lei, ou superior à prevista em lei.

Para caracterização dessa improbidade, necessário é que fiquem demonstrados o enriquecimento ilícito do agente, a ocupação de cargo, mandato,

função, emprego ou atividade pelo agente, a falta de justa causa para a sua ação ou omissão produtora de vantagem indevida, além da relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício da atividade pública (GARCIA; ALVES, 2006, p. 255).

Desse modo, é necessário aferir se não há uma justa causa para a vantagem, porque, se houver, não haverá enriquecimento ilícito. E sem enriquecimento ilícito, a improbidade do art. 9º não resta caracterizada. No que importa ao deslinde deste trabalho, uma justa causa para a vantagem pode ser, por exemplo, um contrato de prestação de serviços, devendo ser investigado, contudo, se a eventual ilegalidade do contrato não tornaria ilícitos os pagamentos dele decorrentes.

A vantagem indevida que se está aqui a falar, diga-se, é necessariamente de cunho econômico, sendo certo, em homenagem ao princípio da tipicidade, que a vantagem não econômica não conduzirá a essa improbidade, pela falta dos caracteres patrimonialidade e indébito (NOBRE JÚNIOR, 2004, p. 69).

Com efeito, sem que se obtenha vantagem de caráter econômico – ainda que não se possa falar em lucro –, não ocorrerá essa modalidade de improbidade administrativa. Por isso, se contratado um serviço advocatício sem contraprestação imediata, por exemplo, não poderia ficar caracterizada a improbidade reveladora de enriquecimento ilícito. Havendo contraprestação, porém, mesmo que o advogado não obtenha altos ganhos por sua atuação, ao menos o requisito da patrimonialidade estará presente, permitindo-se a investigação dos demais pressupostos da conduta ímproba.

A reforçar a gravidade das improbidades do art. 9º, Marcelo Figueiredo (1995, p. 258) entende que referido enunciado normativo constitui-se na norma central da lei de improbidade administrativa, afigurando-se especialmente graves, de sorte que os agentes públicos ou terceiros que verdadeiramente infrinjam tais normas serão os típicos ímparos da Administração Pública, seus corruptos, ou corruptores.

Portanto, o art. 9º da Lei n.º 8.429/92, ao relacionar as improbidades que causam enriquecimento ilícito, traz à tona as mais graves infrações aos princípios reitores da atividade pública, o que justifica as penalidades mais agudas estabelecidas no art. 12: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, resarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda

que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Entre as improbidades do art. 9º, o legislador destaca algumas em rol exemplificativo, merecendo menção, aqui, a do inciso II, que remete à conduta de perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a contratação de serviços por preço superior ao valor de mercado.

E no que interessa a este estudo, se eventualmente o gestor público promover a contratação de serviço advocatício por preço superior ao praticado no mercado, poderá vir a cometer a improbidade administrativa ventilada na hipótese de, por essa contratação, ter auferido alguma vantagem, mesmo que indireta. Uma situação que pode ser imaginada é aquela na qual um Prefeito contrata o serviço de um advogado através do Município por preço elevado para, indiretamente, remunerar o causídico por serviços prestados à pessoa física do gestor, por exemplo, em demandas judiciais eleitorais. Aqui, estaria o gestor público auferindo vantagem, mesmo indiretamente, com a contratação dos serviços advocatícios, o que permitiria o raciocínio dirigido à improbidade.

4.2 DAS IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS QUE IMPLICAM LESÃO AO ERÁRIO

As improbidades do art. 10 são as únicas que admitem o cometimento tanto culposo como doloso. Isto é, mesmo não investido o agente público ou particular de dolo dirigido a lesar o interesse público, poderá incorrer nessa modalidade de improbidade, desde que fique evidenciada a sua culpa grave para a consequência lesiva ao patrimônio público.

No tipo culposo, o agente público, embora não intentando o resultado lesivo, age ou deixa de agir por descuido, estando embebido de desinteresse na preservação do interesse público. Há, pois, pouco caso com a coisa pública, o que também se encontra no terreno da desonestade, afinal, tivesse realizado o esforço que a relevância da atividade pública impõe, o prejuízo ao patrimônio público não teria ocorrido.

Indefectivelmente, porém, não se pode creditar à improbidade culposa a mesma gravidade verificada nos casos em que presente a manifesta intenção de lesar o interesse público.

Realmente, conquanto ambas sejam caracterizadas como improbidade

administrativa, à conduta em que ausente a intenção de lesar o ente público não se pode conferir o mesmo peso da ação caracterizada pela devassidão do agente público desonesto que traz no seu espírito intenções impuras e imorais reveladas na vontade de fraudar o erário.

Veja-se, no particular, que assim como ocorre com as improbidades do art. 9º, as do art. 10 exigem que haja uma consequência patrimonial para a ação ou omissão. A diferença é que, nas improbidades que causam enriquecimento ilícito, o agente público ou um particular obtém vantagens indevidas, ao passo que, entre as improbidades que causam lesão ao erário, simplesmente o interesse patrimonial público se viu malferido, ainda que ninguém tenha obtido ganhos efetivos com isso.

Aliás, é por se configurar a partir da mera perda de recursos públicos, mesmo que sem o intento do enriquecimento, que as improbidades do art. 10 legalmente comportam a forma culposa.

Isso quer dizer que o agente público poderá dirigir a sua conduta no sentido de lesar o erário – sem, contudo, se enriquecer, porque aí ocorreria a improbidade do art. 9º –, ou, de outra ponta, porque agiu negligente, imprudente ou imperitamente, causar o prejuízo culposamente e, assim, também incorrer em improbidade.

No rol aberto de improbidades do art. 10, chama a atenção do presente trabalho a descrita no inciso VIII, que remete justamente à atuação do agente público que implica a frustração da licitude de processo licitatório, o que pode ocorrer via dispensa indevidas ou afirmação ilegal de sua inexigibilidade.

Trata-se de improbidade especialmente cara ao deslinde da problemática deste trabalho, afinal a cometerá, em tese, o gestor público que contrate o serviço de um profissional sem a necessária licitação, dirigindo a escolha do profissional por interesses pessoais.

O que precisará ser analisado nos próximos capítulos é se as particularidades do serviço advocatício poderão justificar a contratação direta, sem licitação, de modo a não cometerem o agente público e o próprio advogado esse ilícito administrativo qualificado.

Pode ocorrer, outrossim, de um advogado ser contratado, mesmo que com licitação, e ainda assim vir a ser cometida improbidade administrativa. Basta, por exemplo, que o profissional perceba a respectiva contraprestação, sem, no entanto, a correspondente prestação de serviços, o que significará que o causídico estará se enriquecendo indevidamente – e, assim, cometendo a improbidade do art. 9º –, ao

passo que o agente público, se não tiver percebido qualquer vantagem, mesmo que indireta, terá cometido a improbidade do art. 10, XII, que remete à conduta de permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.

Por falar em cometimento de improbidade pelo agente público conjuntamente com o advogado, convém ressaltar o entendimento de que nenhum particular poderá cometer improbidade administrativa sozinho. É necessária a concorrência culposa (caso do art. 10) de algum agente público, pois, do contrário, caso não seja comprovada a prática de improbidade por agente público, não poderão ser aplicadas as sanções de improbidade administrativa ao terceiro, podendo o Ministério Público ou outro legitimado, caso queiram, ingressar com Ação Civil Pública comum visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público (STJ, REsp 1.155.992/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01.07.2010).

A ação para ressarcimento dos prejuízos sofridos, por sinal, é um instrumento de incomum uso isolado, já que os legitimados normalmente têm como objetivo principal a severa punição dos envolvidos, afigurando-se defensável, porém, que deixem de ajuizar a ação por improbidade quando a condenação por esse tipo for improvável ou até impossível, com isso evitando que alguém responda desnecessariamente a uma ação de inegável estigma social.

Portanto, particular e agente público devem estar reunidos no polo passivo em eventual ação voltada à responsabilização por improbidade administrativa, o que significa, no caso do presente trabalho, que se improbidade eventualmente houver deverão responder conjuntamente o causídico e o agente público que ao menos facilitar indevidamente a contratação.

Ao fim, ressaltem-se as penalidades das improbidades do art. 10, que, como dito, são menos severas que aquelas decorrentes do art. 9º, consistindo no ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos

4.3 DAS IMPROBIDADES QUE IMPLICAM VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 11 da Lei n.º 8.429/92 traz um grupo mais genérico de improbidades. Ao mesmo tempo, tratam-se de improbidades que ilustram o cerne da preocupação constitucional com a Administração Pública. É nesse sentido que se exige do agente público que aja em conformidade com os princípios que regem a Administração, pois, do contrário, poderá estar cometendo improbidade administrativa.

As improbidades do art. 11, a exemplo das descritas no art. 9º e diferentemente das previstas no art. 10, não admitem forma culposa. É necessário o dolo do agente público, que, conscientemente, dirige a sua conduta na contramão dos princípios da Administração Pública.

Alguns doutrinadores criticam a ausência de previsão de uma modalidade culposa da improbidade do art. 11. É o caso de Monica Nicida Garcia (2005, p. 263), para quem “a não previsão da forma culposa constitui-se em lamentável lacuna”.

Todavia, comprehende-se aqui de modo diverso, pois as improbidades do art. 11 revelam uma tipicidade sobremodo aberta, de sorte que a admissão de uma forma culposa conduziria à vulgarização do ilícito especialíssimo de improbidade administrativa, conduzindo a uma punição exacerbada de agentes públicos ineptos, o que não está compreendido na razão de ser da lei de improbidade administrativa. E isso num cenário de crescente criminalização da ação do gestor público, que ficaria ainda mais vulnerável num cenário de admissão da culpa para caracterizar a improbidade do art. 11.

De outro lado, para que o gestor público também não fique numa posição excessivamente tranquila, a jurisprudência tem se consolidado no sentido de ser suficiente o dolo genérico para que o agente público cometa a improbidade administrativa do art. 11 (STJ, EREsp 772.241/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, j. 25.5.2011, DJe 6.9.2011).

O conceito de dolo é especialmente trabalhado no direito penal, do qual se obtém a lição de que o dolo genérico remete à consciência e vontade de praticar a conduta. O risco, todavia, é confundir esse requisito com a mera voluntariedade, de modo a punir como ímproba a mera conduta comissiva, na qual o agente público pratica o ato por vontade própria, mesmo que distanciado da má fé.

Aqui, comprehende-se somente ser viável considerar ímproba a conduta

dirigida pela nota de má-fé. Leia-se: não há improbidade sem má-fé, não bastando a voluntariedade da conduta e fazendo-se mister, diferentemente, que o agente público conscientemente dirija a sua conduta segundo propósitos imorais, em verdadeiro menoscabo ao interesse público e aos interesses que o regem.

Enfim, no dolo genérico, há a vontade de praticar o fato descrito na lei, e, no dolo específico, também existe a vontade de produzir um fim especial (DELMANTO, 2012, p. 33). No dolo específico, pois, observa-se o acréscimo de uma intenção que se agrega à vontade de cunho genérico de praticar a conduta, com isso ampliando o seu conteúdo subjetivo (PEDROSO, 1997, p. 214),

Portanto, há dolo específico quando o agente, além de consciente quanto à prática do fato ilícito, dirige a sua atuação para alcançar determinada finalidade, o que torna essa prática, claro, mais grave do que aquela marcada por dolo genérico.

Ainda sobre dolo genérico e dolo específico, chama a atenção que a doutrina mais atual tende a refutar essa distinção, sobretudo no direito penal, onde se costuma falar em um dolo único, o que não impede que alguns tipos penais, para cometimento pelo infrator, exijam uma finalidade específica na conduta.

Uma vez esclarecido que basta o dolo genérico para a configuração das improbidades do art. 11, ressalta-se que aqui há punição das condutas que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, conferindo uma tipicidade aberta para tal enunciado.

Além disso, merece destaque, para deslinde do presente estudo, a conduta ímproba de frustrar a licitude de concurso público. Isso porque há uma natural tentativa de enquadramento nesse dispositivo, por exemplo, da conduta de um Prefeito que promove a contratação direta de advogados sem concurso público, em detrimento da forma constitucional como devem ser contratados servidores pela Administração Pública.

Essa constatação torna necessária a investigação, no curso deste trabalho, das diversas consequências jurídicas possíveis da contratação de advogados.

4.4 CONDUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA RELAÇÃO COM PARTICULARES

Espera-se do agente público que haja com desvelo superior no trato da coisa pública. De fato, o interesse público exige um maior cuidado na atuação administrativa

e, mais do que isso, um agir reto, dentro da moralidade. Para o agente público, mais do que para qualquer outra pessoa, a conduta reta é uma exigência inseparável de seu labor diário.

A moralidade administrativa quer evitar que os agentes públicos se desviem das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas. Insere a moralidade, nesse passo, um elemento finalístico na análise de legalidade de todas as ações estatais, de modo que o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública somente pode ser válido quando vinculado aos valores em que tal norma se funda (MARRARA, 2016, p. 107).

O conceito de moralidade, portanto, é fluído por natureza, dependendo muito dos preconceitos e preconcepções do aplicador do direito, a ponto de exsurgir como verdadeiro conceito jurídico indeterminado, que passa, essencialmente, pela forma como o julgador vê a relação entre direito e moral (MOREIRA, 2010, p. 111). É um conceito aberto, enfim, que será completado pelo intérprete da lei.

Tal característica da ideia de moralidade somente reforça o desafio hermenêutico que se impõe na interpretação das regras de improbidade administrativa, servindo para explicar, outrossim, a dificuldade de enquadramento de alguns casos nos imperativos da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n.º 8.429/92.

Por falar em improbidade, alguns doutrinadores se esforçam para distingui-la da imoralidade, mas, aqui, entende-se que a distinção não é salutar ao deslinde deste trabalho, pois o que importa é se a conduta sob análise – contratação de serviços advocatícios sem licitação – pode ser objeto da reprimenda estatal, não se a ilicitude aqui será nominada improbidade ou imoralidade.

De todo jeito, apenas para enriquecer o debate, diz-se, entre os estudiosos adeptos da distinção entre improbidade e imoralidade, que aquela é um campo específico de punição da conduta violadora da moralidade administrativa (FIGUEIREDO, 1995, p. 285-299).

Enfim, a conduta atentatória contra a moralidade ou probidade administrativa é chamada conduta imoral ou ímproba. Trata-se de atuação do agente público com desvio de finalidade e de propósitos, na qual o interesse público sai prejudicado, seja beneficiando o próprio agente (ou terceiro) ou não. Noutras palavras, para que se fale em improbidade ou imoralidade sequer é necessário tenha alguém sido beneficiado, bastando que se tenha adotado a solução menos benéfica para o interesse público.

Isso não quer dizer, entretanto, que a improbidade ou imoralidade administrativa poderá ser confundida com a mera irregularidade. Em seu agir diário, o agente público está sujeito a agir com erro e tomar decisões que não sejam as melhores para o interesse público. Nesses casos, falar-se-á em irregularidade administrativa até que se demonstre a nota de grave desonestidade funcional reveladora da improbidade administrativa.

Realmente, a improbidade administrativa é a designação técnica da chamada corrupção administrativa, pela qual é promovido o desvirtuamento dos princípios basilares de uma administração transparente, eficiente e equânime, em prol de vantagens patrimoniais indevidas, quer para beneficiar, de modo ilegítimo, servidores ou mesmo terceiros (RAMOS, 2002, p. 19).

Portanto, o agir ímpreto é o agir corrupto do agente público, não estando caracterizado quando este, desvestido de má-fé, acabar deixando de tomar a decisão mais acertada em determinada situação.

A Constituição Federal de 1988 dá tratamento especial à improbidade administrativa. Tanto isso é verdade que o art. 37, § 4º, do texto constitucional estatui que a condenação por improbidade administrativa pode importar a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Trata-se de reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público, inclusive porque, antes disso, a improbidade administrativa constituía infração prevista apenas para os agentes políticos, punindo-se os demais agentes públicos somente pelo eventual enriquecimento ilícito no exercício dos misteres do cargo, sem maiores preocupações com outras formas de desatenção ao interesse público que não importasse locupletamento do servidor. Desse modo, verifica-se que, com a previsão do princípio da moralidade na Constituição de 1988, a exigência de probidade estendeu-se a toda a Administração Pública, ganhando com isso maior abrangência a improbidade, com a previsão de rigorosas sanções para todas as categorias de servidores públicos, muito além do só ressarcimento do erário (DI PIETRO, 2001, p. 804).

Realmente, a Constituição Federal de 1988 revelou forte preocupação com a realização do interesse público a partir dos atos administrativos, empreendendo rigoroso combate à atuação pública que se desvia dos princípios caros à Administração, preocupação que foi estendida para a legislação infraconstitucional.

5 CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS

Entre as diversas formas pelas quais se pode exercer a advocacia, investigar-se-á especificamente a celebração de contrato de prestação de serviços advocatícios por entes públicos e, primeiro, as razões que motivam a utilização desse instrumento jurídico.

Como visto, afora uma licitação – cuja possibilidade de realização será investigada no próximo item –, existe uma única forma por natureza impessoal pela qual se pode contratar um advogado. Trata-se do concurso público, que tem como grande mérito a seleção do profissional mais bem classificado em uma disputa que se pretende igualitária.

O concurso público, porém, por natureza impessoal, está longe de conceder ao gestor público a oportunidade de contratar um profissional de sua confiança, elemento-chefe da relação advocatícia. Ao mesmo tempo, especialmente nos Municípios, teme o gestor que a vaga seja ocupada por um profissional pouco combativo, que não vive o dia-a-dia da advocacia, ou, pior ainda, por um adversário político.

Mas não é só. O profissional aprovado no concurso público nem sempre tem expertise em áreas específicas do direito, cujas demandas não sejam usuais para a Administração Pública.

Surge, então, a necessidade de contratação de profissionais especializados em determinadas áreas, o que abre caminho para outras ferramentas jurídicas, como a celebração de contrato de prestação de serviços ou a nomeação para cargos de provimento em comissão.

Há, por fim, causas estruturais por que o gestor público deixa de se valer do concurso público. O cargo a ser provido mediante concurso público é um cargo efetivo, que demanda lei própria e a assunção de custo certo e determinado – não só com a remuneração, mas também previdenciário –, intentando o gestor público, em algumas oportunidades, evitar tais ônus.

É verdade, porém, que alguns desses ônus, como os previdenciários, também são uma realidade quando realizada a contratação de comissionados ou de pessoas físicas via contrato de prestação de serviços. Em todos eles, impõe-se o pagamento de vultosa contribuição patronal, seja para o Regime Geral de Previdência Social, seja

para um Regime Próprio de Previdência. No caso do servidor efetivo, entretanto, além dos ônus previdenciários próprios de uma relação de trabalho, a necessidade de provimento e perene ocupação – afinal, do contrário, haver-se-ia que extinguir o cargo – o torna ainda mais custoso para o administrador.

É por essas e outras razões que o gestor público resolve se valer da celebração de contrato de prestação de serviços, especialmente com sociedades de advogados, com o qual se livra inclusive do ônus previdenciário e ainda passa a contar com a estrutura de uma pessoa jurídica especializada voltada especificamente à prestação de serviços advocatícios.

Não que a assinatura de contrato de prestação de serviços não possa ocorrer com uma pessoa física, mas, como se verá, o risco jurídico será até maior e ainda haverá o ônus previdenciário de que se falou acima.

A celebração de contratos de prestação de serviços advocatícios é especialmente comum nos Municípios, pois, ao contrário do que ocorre com a União e com os Estados, inexiste para os entes municipais a obrigatoriedade de instituição de procuradoria jurídica, seja com servidores efetivos ou comissionados. Essa ausência de obrigatoriedade decorre da própria Constituição Federal de 1988, que não trata das procuradorias jurídicas municipais¹.

Com efeito, em silêncio eloquente, os dispositivos constitucionais não mencionam os Municípios, o que tem em vista o fato de que existem Municípios de todos os portes, que comportam ou não a instituição de uma procuradoria. Isso, outrossim, reforça a autonomia dos Municípios e, consequentemente, o princípio

¹ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

federativo, não se podendo estender a significação dos artigos 131 e 132 às edilidades, portanto, até porque tais normas são isoladas e possuem nítido caráter corporativo (DALLARI, 2018).

Esclarecedor, outrossim, foi o parecer do então Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, por ocasião do processo de Proposta de Súmula Vinculante n. 18/DF, onde se verifica especial destaque às peculiaridades municipais, não se podendo conferir o tratamento esperado para grandes metrópoles, como São Paulo, para pequenas municipalidades no interior do país. Por isso, em respeito ao princípio federativo, incumbe ao Município optar pela instituição de procuradoria municipal ou pela contratação de profissionais para execução dos serviços advocatícios, dentro do que autorizar a sua respectiva Lei Orgânica, a qual, claro, deve obedecer aos princípios constitucionais.

A falta de obrigatoriedade da criação de procuradorias jurídicas municipais faz com que os prefeitos municipais prefiram a celebração de contrato de prestação de serviços com o profissional ou sociedade de advogados, havendo discutir essencialmente se essa contratação poderá se realizar sem licitação, oportunidade em que, além de tudo, o gestor municipal acabará contando com profissional de sua estrita confiança – talvez a principal e mais decisiva razão pela qual evitará outros meios de contratação.

Essa conclusão preliminar – de que os Municípios não são obrigados a manter procuradoria jurídica e, então, podem se valer de instrumentos jurídicos para evitar a realização de concurso público visando à contratação de advogado – não é indene de questionamentos, porém.

Mesmo em terras potiguares, o Tribunal de Contas estadual mantém ativa a Súmula 28, que considera existir irregularidade nas contas do gestor em razão da contratação de advogado sem concurso público, o que cria obstáculo à celebração de contrato de prestação de serviços².

Destrinchando a Súmula 28 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN) e os precedentes que levaram à sua edição, nota-se que o que a Corte de Contas aprioristicamente entende como irregular é a contratação habitual de

² SÚMULA Nº 28 – TCE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. ATIVIDADE HABITUAL. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO ENSEJA IRREGULARIDADE DAS CONTAS. SANÇÃO ADMINISTRATIVA APLICÁVEL. A contratação sem concurso público de profissionais para o desempenho de atividades habituais e rotineiras da Administração Pública, tais como de assessorias contábil e jurídica, enseja a irregularidade das contas, a aplicação de sanção administrativa.

serviços advocatícios, não pontual para esforço específico em demanda própria e concentrada, notadamente em área na qual necessária uma especialização extraordinária.

Quer-se punir, desse modo, a transformação de um profissional não concursado em verdadeiro agente público efetivado e perenizado no trato da coisa pública, o que é ainda mais traumático nos casos em que termina o profissional realizando atividades triviais, do dia-a-dia administrativo. É o que ocorreria, observe-se, tanto na celebração de contrato de prestação de serviços, como no abuso de cargos comissionados voltados a serviços advocatícios, que deveriam ficar restritos aos cargos de assessoramento, chefia e direção (como o Procurador-Geral, por exemplo).

Ainda que feitas essas ponderações, entretanto, a compreensão do TCE/RN é perigosa, por considerar a contratação por si só irregular, sem sopesar as condições em que ela se deu e, especialmente, as peculiaridades do ente contratante.

Ora, como se viu acima, os Municípios não estão obrigados a instituir procuradoria jurídica. No entanto, as necessidades jurídicas decerto surgirão, e as municipalidades, então, precisarão contratar advogados. Não existindo procuradoria jurídica, claro, a contratação se realizará sem concurso público, havendo analisar apenas se poderá ou não se realizar via celebração de contrato de prestação de serviços sem prévia licitação.

O mesmo cenário de liberdade do gestor público, ressalte-se, não se repete nos âmbitos federal e estadual, nos quais há previsão constitucional para as respectivas procuradorias jurídicas.

Com isso, no final das contas, os questionamentos relativos à contratação de advogados acabam normalmente limitados à esfera municipal – o que não reduz a importância da solução da problemática posta, afinal são milhares de Municípios brasileiros sem procuradoria jurídica instituída por lei.

Explicitadas as razões por que os gestores públicos – sobretudo os prefeitos – buscam a celebração de contratos de prestação de serviços advocatícios, deve-se analisar a forma de contratação.

5.1 ADVOCACIA E LICITAÇÃO

A regra é que qualquer contrato administrativo seja precedido de licitação.

Como visto no terceiro capítulo, o procedimento licitatório usualmente garante a contratação pelo menor preço e, quando é o caso, pela melhor condição técnica do disputante.

De outro lado, o serviço advocatício tem na confiança entre constituinte e advogado a sua cláusula reitora. O problema é que a confiança não é nem pode ser critério para definição do resultado de uma licitação. Uma licitação se define pelo menor preço, pela melhor técnica ou pela conjugação desses requisitos. São todos critérios objetivos, que, desse modo, estão aptos a realizar o princípio maior a reger as contratações públicas: a imparcialidade.

Já a confiança é um elemento por natureza pessoal. Cada indivíduo confia em alguém de acordo com as justificativas que pessoalmente entende relevantes. Aliás, em alguns casos, nada explica “teoricamente” a confiança. Simplesmente se confia. Isso quer dizer que a confiança não pode ser medida em uma licitação, o que de logo torna difícil a promoção de um procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios.

É que os atributos do profissional da advocacia não de despertar preferências fundadas em afeições subjetivas, já que decorrentes do despertamento, no contratante, da convicção de que o profissional terá desempenho efetivamente superior ao dos demais. E a confiança tem origem na discricionariedade que, claro, se distancia de critérios objetivos, daí a dificuldade da realização de processo licitatório (ASSAD FILHO, 2016).

Nesse conduto, somente se poderia realizar juízo autorizativo da contratação de advogado mediante prévia licitação se for admitido que um gestor público seja assistido juridicamente por alguém com quem não tem uma relação de confiança, o que invariavelmente tem o condão de trazer prejuízo à realização da defesa.

Não é errado acreditar, entretanto, que como a contratação se realizará para defesa dos interesses do ente público e não da pessoa do gestor, relativizar-se-ia a importância do elemento confiança, o que autorizaria uma objetivação da contratação.

Por isso, ao menos em tese, poder-se-ia até basear um processo licitatório em critérios como a quantidade de ações judiciais já patrocinadas e a experiência prévia na área de contratação. Nesse caminho, pode-se pensar na atribuição de pontuação para cada um desses e outros critérios.

Ocorre que esse critério relativo à melhor técnica é de difícil associação com o critério do menor preço, podendo a sua adoção implicar contratações mais custosas

de escritórios de grande notoriedade e especialização, cuja pontuação alta dificultaria a concorrência tão necessária à obtenção do menor preço. Decerto, porém, que tal distorção pode ser minorada pela estipulação de um preço máximo de contratação.

Outra opção seria realizar a licitação segundo o critério do menor preço conjugada com exigências maiores de qualificação técnica dos licitantes, restringido a participação a profissionais de maior qualificação.

O problema sempre será, contudo, o estabelecimento de identificadores confiáveis da maior qualificação técnica do advogado ou sociedade de advogados, até porque a advocacia não se resume a número de ações patrocinadas, ainda que numa área bem específica, ou ainda a uma peça bem escrita – aliás, bem escrita para quem?

Quer-se com isso dizer que a exigência de licitação para contratação de serviços advocatícios impõe desafios jurídicos de difícil superação, que dificilmente poderão ser resolvidos pelo gestor sem a prévia consulta a um advogado especializado na área de licitações e contratos. Tem-se aqui, pois, uma situação de verdadeiro entrave, afinal sem o aconselhamento jurídico adequado o gestor não conseguirá elaborar um edital minimamente idôneo para instrumentalizar uma licitação juridicamente segura, que não deixe excessivas brechas para discussões judiciais intermináveis. Ao mesmo tempo, se o gestor está tentando realizar uma licitação para contratar serviços advocatícios é porque desses serviços ainda não dispõe, o que o coloca em xeque, já que precisa de assessoria e consultoria jurídica para contratar referido serviço.

No final das contas, termina sendo mais simples a contratação direta, sem licitação, pois muitas vezes essa pode ser a diferença entre a efetiva operacionalização do serviço e um entrave jurídico-administrativo insuperável.

Nota-se, nessa linha, que a dificuldade de realização de licitação para contratação de serviços advocatícios principia a justificativa para a inexigibilidade da licitação, a qual deve ser oportunamente apresentada em processo administrativo próprio. Esse processo, ressalte-se, está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas respectivo e, mesmo, ao controle judicial, mas é certo que a sua formalização é pressuposto de uma contratação direta de serviço advocatício lícita.

Para que se construa um raciocínio dirigido à afirmação da validade e legalidade da contratação, contudo, é necessária a concorrência doutros requisitos, como se verá a seguir.

5.2 POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS VIA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A dificuldade, senão inviabilidade, de realização de licitação para contratação de serviços advocatícios, abre espaço para a inexigibilidade de licitação, que tem sido cada vez mais aceita pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, consoante se verá mais à frente.

Essa admissão da inexigibilidade de licitação, entretanto, é um fenômeno recente. Historicamente, o Ministério Público e os Tribunais de Contas vinham exarando opiniões contrárias à contratação independentemente de licitação, inclusive seguidamente orientando que tal prática conduziria ao cometimento de improbidade administrativa.

Nesse sentido, em 2011, ao julgar representação envolvendo a contratação de serviços advocatícios por Furnas Centrais Elétricas S.A. - GRUPO ELETROBRAS, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que o órgão, em futuras contratações de serviços advocatícios, principiasse o certame licitatório com justificativa fundamentada, demonstrando que os serviços são específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da Entidade (TCU, AC-3070-51/11-P, Ac. 3070, ano 2011, Processo 029.624/2011-8, Rel. RAIMUNDO CARREIRO).

Portanto, na visão do TCU de então, mesmo a contratação para serviços específicos, com características singulares e complexas, ainda que de forma não continuada, exigia o prévio procedimento competitivo, nem mesmo se cogitando da inexigibilidade de licitação.

No entanto, aos poucos, os Tribunais Superiores passaram a considerar a dificuldade, senão inviabilidade, de realização de licitação para contratação de serviços advocatícios, ao mesmo tempo em que relevaram a confiança como elemento central de definição da contratação de um advogado. O próprio Superior Tribunal de Justiça exarou compreensão no sentido de que submeter a contratação do serviço advocatício a procedimento licitatório é estabelecer a lógica de preço e de técnica a questões que, enxergadas sob a ótica do mercado, perdem o seu valor.

Ao contrário, quando a Administração convoca diretamente um advogado

para um serviço específico, a singularidade está automaticamente vertida na relação, uma vez que a confiança, por ser elemento integrativo fundamental entre parte e advogado, torna, por si só, única a contratação (AgInt no AgRg no REsp 1330842/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/12/2017).

Nessa linha, compreendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que é possível a contratação de serviços advocatícios sem licitação, havendo estar presentes, contudo, os elementos próprios da inexigibilidade de licitação, isto é, a notória especialização do prestador do serviço e a singularidade do objeto contratado, o que revelará a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93.

E não poderia ser diferente, porque a inserção da perspectiva de compra e venda subverte o elemento reitor do serviço advocatício, a confiança, que integra o conceito de melhor técnica, se perdendo, pois, quando se busca um profissional pelo menor preço a partir da licitação. Consequentemente, não se alcança a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, que nem sempre é a de menor preço, mas sim a que melhor condição tem de realizar adequadamente o interesse público (SANDEL, 2012).

Tal posição, outrossim, tem sido encampada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que, na linha do art. 5º do Código de Ética e Disciplina, tem defendido a não mercantilização da advocacia. A OAB, por sinal, vem requerendo a sua habilitação em várias ações de improbidade administrativa movidas contra advogados em razão da contratação sem licitação, com isso, neste ponto, mantendo postura ativa na defesa dos profissionais.

Marco importante na evolução da compreensão de que é possível a contratação direta sobreveio com ato exarado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a RECOMENDAÇÃO Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 2016, que dispõe sobre as cautelas a serem adotadas pelos membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia por ente público. Estatuiu-se, ali, que a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia via inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, somente se justificando o ajuizamento de ação de improbidade administrativa se descumpridas as balizas da Lei n.º 8.666/93.

Isso quer dizer que é permitida a contratação de serviços advocatícios sem licitação, desde que demonstrada a notória especialização do profissional, bem como

a singularidade do serviço, ou seja, a sua peculiaridade e extraordinariedade.

Propõe-se neste trabalho que esses requisitos sejam resolvidos também a partir da análise do mercado local. Quer dizer, numa localidade de diminuta oferta de profissionais em determinada área de maior complexidade, serviços nela inseridos poderão exsurgir como singulares, algo que não se poderia afirmar, diferentemente, em um mercado mais profícuo.

É verdade, entretanto, que a expansão de grandes bancas de advogados tende a regionalizar e até nacionalizar os serviços advocatícios, de modo que a competitividade tende a chegar até mesmo aos rincões do país. Com isso, para uma solução particular, deve-se analisar caso a caso, havendo o gestor público que reportar todos esses desafios no respectivo processo de inexigibilidade de licitação. Ao mesmo tempo, compete ao advogado exigir que o processo seja finalizado para que a contratação se realize, o que, na prática, significará também que a prestação dos serviços não pode ser iniciada até que o processo seja ultimado.

No que se refere à notória especialização do profissional, entende-se aqui relevante reunir dois requisitos: a formação dos profissionais e a anterior experiência na prestação do mesmo serviço. Explique-se. É usual acreditar que a especialidade do profissional decorre apenas de sua formação acadêmica. No entanto, a popularização dos cursos de especialização tem colocado no mercado grande número de profissionais “especializados” que nem sempre dispõem das ferramentas necessárias ao exercício diferenciado da advocacia.

Por isso, deve-se comprovar no processo de inexigibilidade a anterior experiência do profissional, inclusive, se for o caso, através de atestados de capacidade técnica, consoante se exige na contratação de quaisquer serviços.

É certo, contudo, que essa notória especialização não pode conduzir a uma elitização da advocacia, na qual somente poucos advogados possam prestar alguns serviços. Com efeito, mesmo um jovem advogado pode dispor da notória especialização – e, assim, ser contratado pelo gestor público –, mas, para tanto, como visto, deve aliar prévia experiência na área de contratação e formação acadêmica compatível.

Já a singularidade do serviço remete não à ausência de continuidade, mas sim às características especiais do serviço, as quais exigem um profissional especialmente qualificado. Nesse sentido, não se justificaria a contratação de um profissional notoriamente especializado para prestar um serviço ordinário, passível de

execução por um advogado menos especializado. Quer dizer que um serviço singular pode até se estender no tempo, não se encerrando em um só trabalho, desde que a sua execução não se confunda com o dia-a-dia da advocacia, isto é, com a assessoria jurídica ordinária dos órgãos públicos.

Por essa razão, entende-se aqui de difícil enquadramento jurídico a contratação sem licitação de escritórios de advocacia para prestar o serviço de assessoria jurídica de Municípios, como se procuradoria municipal fosse. Se é verdade que a municipalidade não tem comando constitucional impondo a criação de procuradoria jurídica, é igualmente certo que não há singularidade no serviço em questão, de sorte que, em decidindo o gestor contratar profissional privado, via prestação de serviço, deve-se valer do processo licitatório, inclusive sob a forma do convite, onde se restrinja o corpo de licitantes a profissionais de confiança do gestor e no qual se exija dos profissionais prova da capacidade técnica para prestação dos serviços.

Diferente seria, note-se, caso se buscasse a contratação de um serviço de consultoria em área específica, de assessoria em processo de maior complexidade, ou ainda em área extraordinária onde verificada deficiência dos profissionais regularmente contratados. Em todos esses casos, admitir-se-ia o uso do instituto da inexigibilidade de licitação, cujos pressupostos haveriam de estar bem especificados no procedimento administrativo próprio.

Dentro dessas balizas, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento de recurso extraordinário que discute justamente a contratação de advogado sem licitação, o RE 656558, tendo o relator, Min. Dias Toffoli, proferido voto ressaltando que alguns serviços exigem “primor técnico diferenciado”, ou o denominado “toque do especialista”, mesmo que não exista apenas um fornecedor exclusivo, o que sugestiona a possibilidade de contratação direta, via inexigibilidade de licitação. Destacou ainda o Ministro que, na advocacia, a disputa por preço não se aplica, tanto que a Lei n.º 8.906/94 proíbe que os profissionais tentem captar causas, daí ser possível a inexigibilidade, notadamente quando presentes elementos como experiência do especialista, sua boa reputação e o grau de satisfação obtido em outros contratos, por exemplo.

Sobre a caracterização ou não de improbidade administrativa, o Min. Dias Toffoli ressaltou haver uma diferença entre a eventual irregularidade da contratação – caso se entenda, por exemplo, que necessária a realização da licitação – e a

ocorrência de improbidade administrativa, não se podendo encarar como improbidade administrativa a mera prática ilegal ou a simples violação de qualquer um dos princípios da Administração Pública.

De fato, há uma diferença, como antevisto, entre o ato ímpreto e o ato irregular ou ilegal, sendo certo que a imputação de improbidade administrativa a advogados que foram contratados de forma direta e que, em razão da contratação, prestaram adequadamente os serviços, é medida perigosa, que flerta com a indesejada criminalização da advocacia.

Em suma, a contratação de advogados por órgãos públicos impõe uma série de desafios jurídicos. A regra é que advogados ocupem cargos públicos efetivos, cujo provimento, por óbvio, se dará via concurso público. Entretanto, em alguns órgãos públicos, especialmente em Municípios, quanto aos quais não há obrigação constitucional de criação de procuradoria jurídica, abre-se a possibilidade de celebração de contrato de prestação de serviços com advogado ou sociedade de advogados. Essa contratação somente poderá se realizar de forma direta, sem licitação, se o serviço for singular e o profissional notoriamente especializado, quando se lançará mão da inexigibilidade de licitação inserta no inciso II do artigo 25 da Lei n.º 8.666/93. Para o serviço do dia-a-dia, totalmente ordinário, não pode a Administração realizar a contratação direta, devendo o gestor público, nesses casos, criar cargos de assessoria jurídica, a serem providos por concurso público, ou contratar mediante licitação.

6 CONCLUSÃO

Nem a atividade do gestor público nem a advocacia devem ser criminalizadas. Ao mesmo tempo, não se pode admitir contratações manifestamente distanciadas do interesse público. Necessário, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio, consoante se desenvolveu ao longo deste estudo.

Viu-se, então, que a licitação é a regra para as contratações públicas, prestando-se a garantir, ao menos em tese, a imparcialidade na escolha dos fornecedores e a maior qualidade atrelada ao menor preço na prestação de serviços, fornecimento de bens e realização de obras. Noutras palavras, a licitação é um primado de realização do interesse público na contratação e, em tese, conduzirá à contratação que melhores condições têm de conduzir a um serviço ao mesmo tempo econômico e qualificado.

Ocorre que, algumas situações, a licitação ou é inviável, ou exsurge desnecessária, dando ensejo à possibilidade restrita de contratação direta. A dispensa e a inexigibilidade de licitação são hipóteses excepcionais nas quais, respeitadas algumas formalidades – como a instauração de processo administrativo de justificação, a ser instaurado pela autoridade competente –, se realizará a contratação direta, sem licitação.

Viu-se que, na inexigibilidade, a competição não é sequer possível, diferente do que ocorre na dispensa. Por isso, nesta, o administrador ainda poderá optar pela realização da licitação, caso, em juízo de conveniência e oportunidade, considere mais adequado. Já na inexigibilidade, a impossibilidade de competição torna necessária a contratação direta, chamando à atenção, porém, que, especificamente no caso da contratação de profissional notoriamente especializado para prestação de serviço singular, a afirmação do impedimento à competição deve ser feita com “*grannus sallis*”, pois, do contrário, abrir-se-á espaço para a vulgarização da inexigibilidade.

Após isso, adentrou-se no estudo das improbidades administrativas, tendo-se constatado que elas são de três tipos: as improbidades que importam enriquecimento ilícito; as improbidades que causam lesão ao erário; e as improbidades que violam os princípios da Administração Pública.

Verificou-se, então, que, a princípio, a contratação de serviços advocatícios sem licitação poderia caracterizar a improbidade descrita no art. 10, VIII, da Lei n.º

8.429/92, mas apontou-se a necessidade de separar a simples irregularidade da efetiva improbidade, notadamente naqueles casos em que o advogado efetivamente preste os serviços, mesmo que eventualmente se afirme a ilegalidade da contratação direta, sem licitação.

Para promover a licitude ou não da contratação de serviços advocatícios sem licitação, bem como a caracterização de improbidade a partir dessa contratação, necessário foi ainda debater a natureza dos serviços advocatícios e as formas pelas quais a advocacia é exercida.

Constatou-se, pois, que a advocacia é regida e determinada pela confiança, elemento que a caracteriza e justifica a sua realização. De fato, não se pode impor ao constituinte ter o seu interesse defendido por alguém em quem não credita a necessária confiança profissional. A desconfiança, por sinal, é causa de dificuldade para a atuação livre e desimpedida do advogado, tanto que o profissional é recomendado pelo Código de Ética e Disciplina até mesmo a substabelecer ou renunciar ao mandato outorgado por constituinte que não revele a necessária confiança para desenvolvimento saudável da relação cliente-advogado.

A constatação de que a confiança é o elemento-chave da contratação de serviços advocatícios abre o cenário para a contratação direta de advogado, afinal a confiança não se pode apurar em processo licitatório.

De outro lado, verifica-se ainda uma dificuldade instrumental na contratação de advogado por processo licitatório, na medida em que uma disputa baseada no menor preço tente a vulgarizar a própria dignidade da advocacia, além de trazer prejuízos para o próprio órgão contratante, pois nem sempre a melhor proposta para a Administração é a mais barata, inclusive porque uma condução inadequada e ineficiente dos interesses em Juízo pode trazer ainda maiores prejuízos – no adágio popular, o barato sairá caro.

No entanto, não é toda contratação de serviços advocatícios por entes públicos que se pode ser realizada de forma direta. Necessário se faz que o serviço contratado seja singular e, mais, que seja devidamente demonstrada a notória especialidade do profissional, tudo em processo administrativo próprio de inexigibilidade de licitação.

Por isso, afastou-se a possibilidade de contratação direta, sem licitação, nos casos marcados por menor complexidade, de prestação corriqueira e usual de serviços advocatícios, guardando estritamente para os casos especiais, em áreas

específicas e mais complexas, a possibilidade de contratação via inexigibilidade de licitação.

Observando tais parâmetros, inclusive, estar-se-á se distanciando do cometimento de improbidade administrativa, afinal a contratação observará as exigências legais pertinentes, sem que haja desvio de finalidade da coisa pública; do contrário, o espaço estará aberto para questionamentos quanto ao cometimento de improbidade, pela qual poderá ser punido tanto o agente público responsável pela contratação como, claro, o advogado.

REFERÊNCIAS

ASSAD FILHO, Cesar Augusto. **A singularidade do serviço do advogado e a inexigibilidade de licitação.** 2016. Disponível em http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=357. Acesso em: 18 JUL 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sumula 252 – TCU:** A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/radio-cnj/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18309-sumula-252-tcu>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.247, de 12 de janeiro de 2016:** altera a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13247.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992:** dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993:** regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994:** dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). EREsp 772.241/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, j. 25.5.2011, **DJe 6.9.2011**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1.155.992/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, **DJe 01.07.2010**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI n. 2682, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/09, **DJe-113**, publ. 19/06/09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE nº 752.769/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, **DJe de 24/10/13**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Decisão n. 855/97 - TCU – Plenário**. 1. Processo TC nº 000.925/97-7, Data da Sessão: 3.12.1997.

DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_140/r140-05.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1995.

GAMA, Affonso Dionysio, **Manual do advogado**. São Paulo: Saraiva, 1926.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GARCIA, Mônica Nicida. **Responsabilidade do Agente Público**, Belo Horizonte, Editora Fórum: 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de deontologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/1999**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar., p. 61-91, 2004.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Conselho Federal – Brasília. **Resolução n. 02/2015**: aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: Leud, 1997.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.