

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE GRADUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO – ITAJAÍ
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - NPJ

**A (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA NA
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO
DE ADVOGADO PELO PODER PÚBLICO**

GABRIELA VANELLI

Itajaí, outubro de 2021.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE GRADUAÇÃO E DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO – ITAJAÍ
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA - NPJ

**A (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA NA INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO
PELO PODER PÚBLICO**

GABRIELA VANELLI

Monografia submetida à Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientador: Professor MSc. Alexandre dos Santos Priess

Itajaí, outubro de 2021.

AGRADECIMENTO

Esta fase da minha vida é muito especial e, portanto, não posso deixar de agradecer a Deus por toda força, ânimo e coragem que me ofereceu para ter alcançado minha meta.

À Universidade quero deixar uma palavra de gratidão por ter me recebido de braços abertos e com todas as condições que me proporcionaram dias de aprendizagem muito ricos.

Aos professores, pelo esforço despendido com muita paciência e sabedoria, em especial ao meu orientador neste trabalho, mestre e amigo MSc. Alexandre dos Santos Priess, por toda a atenção e dedicação conferida ao longo destes cinco anos de aprendizados.

É claro que não posso deixar de mencionar a minha família, amigos, e namorado, pois foram eles que me incentivaram e inspiraram a superar todas as dificuldades.

À todas as pessoas que de alguma forma me auxiliaram a acreditar em mim, pois sem elas não teria sido possível.

DEDICATÓRIA

Para todos aqueles que me incentivaram e auxiliaram, de forma direta ou indireta, ao longo desta caminhada, especialmente para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho; em especial aos meus pais, por me proporcionarem a oportunidade de frequentar este curso de ensino superior e contribuírem para o meu crescimento como pessoa e como profissional.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste.

Itajaí, outubro de 2021.

**Gabriela Vanelli
Graduanda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente Monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pela graduanda Gabriela Vanelli, sob o título A (im)probidade administrativa na inexigibilidade de licitação para contratação de advogado pelo poder público, foi submetida em 17 de novembro de 2021 à Banca Examinadora composta pelos seguintes professores: MSc. Alexandre dos Santos Priess, Orientador e Presidente da Banca Examinadora, e MSc. André Abreu Bindé, Avaliador, sendo a referida Monografia aprovada.

Itajaí, outubro de 2021.

**Professor MSc. Alexandre dos Santos Priess
Orientador(a) e Presidente da Banca Examinadora**

**Prof. MSc. José Artur Martins
Coordenação da Monografia**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
COP	Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Inc.	Inciso
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Administração Pública

De acordo com o conceito elaborado por Norberto Bobbio, o conteúdo desta categoria “designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal”¹.

Advogado

Conforme a definição adotada pelo dicionário jurídico de Washington dos Santos, este especialista é uma “pessoa habilitada legalmente para prestar assistência profissional a terceiros em assuntos jurídicos, defendendo-lhes os interesses, como consultor ou como procurador em juízo”².

Boa-fé

A conduta acompanhada de boa-fé é aquela que possui “intenção pura; condição de quem pratica um erro, julgando-o lícito”³. Em complementação, define Deocleciano Torrieri Guimarães a boa-fé como “boa confiança, lealdade, boa intenção, espírito de confiança daquele que, na prática ou omissão de um ato, julga estar agindo de acordo com a lei”⁴. Ainda, segundo o Supremo Tribunal Federal, a boa-fé deve ser um “modelo de conduta socialmente recomendado, ao qual cada indivíduo deve ajustar-se para agir com probidade e retidão”⁵.

¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 1. ed. trad. Carmen C. Varriale; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 10.

² SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 31.

³ SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. p. 45.

⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 58.

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Registro nº 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>> Acesso em: 20 out. 2021.

Contratação direta

A contratação direta ocorrerá como hipótese de exceção à aplicação da norma geral do procedimento licitatório. Isto porque, segundo Rafael Oliveira, será cabível quando a Licitação for “considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público”⁶.

Dolo

Consoante ao dicionário jurídico de Deocleciano Torrieri Guimarães, o dolo é a “má-fé, ânimo consciente de agir de maneira ilícita, intenção de prejudicar, de violar direito alheio, o que o diferencia da culpa, em que não existe a intenção deliberada”⁷. Aliás, o autor ainda classifica as espécies de dolo como: de perigo, direto, específico, eventual, genérico, indireto e superveniente.

Erário

Erário, pode ser classificado, segundo o entendimento de De Plácido e Silva, *apud* pelo Superior Tribunal de Justiça, como um “Conjunto de bens ou valores pertencentes ao Estado. [...] representados em valores oriundos de imposto ou de qualquer outra natureza, significando, assim, a fortuna do Estado”⁸. No caso da presente pesquisa, consubstancia-se no próprio capital do Estado, o qual será utilizado para a contratação do Advogado.

Improbidade Administrativa

A Improbidade Administrativa nada mais é do que uma conduta que viola o princípio constitucional da probidade administrativa, o qual é caracterizado pelos requisitos da honestidade, decência e honradez. Assim, nas palavras de Marino Pazzaglini Filho: “O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de ‘desonestidade’, e a expressão *improbis administrator* quer dizer ‘administrador desonesto ou de má-fé’”⁹.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 136.

⁷ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. p. 105.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Manual de padronização de textos do STJ**. 2. ed. Brasília: STJ, 2016. p. 256.

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos**

Inexigibilidade

A Inexigibilidade de Licitação é uma espécie de contratação direta que será aplicada quando houver inviabilidade de competição entre os interessados em contratar com o poder público. Tal possibilidade está prevista no artigo 25 da Lei de Licitações nº 8.666/1993 e na redação do artigo 74 da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, ambas vigentes no ordenamento jurídico nacional.

Licitação

O Tribunal de Contas da União conceitua a Licitação como um “procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital [...]), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”¹⁰.

Moralidade

De acordo com o art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, a moralidade está diretamente ligada à probidade e, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *apud* Marcelo Paiva, “não basta, no entanto, o respeito à legalidade formal, mas também aos princípios éticos de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”¹¹.

Princípios

Nos termos de Washington dos Santos, os princípios que regem o direito são uma espécie de “doutrina universal e genérica de direito decorrente da própria essência da legislação positiva, estabelecendo, assim, as opiniões lógicas necessárias das normas legislativas [...]”¹².

constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 15.

¹⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 19.

¹¹ PAIVA, Marcelo. **Português Jurídico**. 10. ed. Brasília: Educere, 2015. p. 136

¹² SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. p. 192.

Singularidade

A singularidade, para esta monografia, está ligada à natureza do objeto, que remete ao adjetivo 'único'. Em concordância com Celso Antônio Bandeira de Mello, singularidade estará presente quando for imprescindível para a Administração Pública “um componente criativo de seu autor envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos [...] convenientes e necessita para a satisfação do interesse público [...]”¹³.

Superfaturamento

Esta expressão é empregada quando é auferido proveito econômico ilegal por servidor público, em favor da facilitação de contratação com a Administração Pública. Neste sentido, esclarece Marino Pazzaglini Filho: “O superfaturamento, como já ressaltado, é a aquisição, locação, contratação de serviço, pelo organismo ou entidade pública onde o agente público exerce atividade, por preço superior ao valor do mercado”¹⁴.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 545.

¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. p. 57.

SUMÁRIO

RESUMO	13
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1	17
O PROCESSO LICITATÓRIO E SEUS ASPECTOS	17
1.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO	17
1.1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA DA LICITAÇÃO	19
1.1.2 A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E O OBJETIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO	22
1.1.3 AS MODALIDADES LICITATÓRIAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	25
1.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LICITAÇÃO	28
1.2.1 A LICITAÇÃO EM CONSENSO COM O PRINCÍPIO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA ..	38
1.2.2 A MORALIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO	39
CAPÍTULO 2	42
A CONTRATAÇÃO DIRETA DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA	42
2.1 EXCEÇÕES À APLICABILIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO	42
2.1.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO	48
2.1.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	53
2.1.2.1 <i>Inexigibilidade de Licitação para a contratação de serviços advocatícios</i> ...	55
2.1.2.1.1 <u>Requisitos Legais</u>	60
2.1.2.1.2.1. <u>Motivação</u>	61
2.1.2.1.2.2. <u>Vedação ao superfaturamento</u>	62
2.1.2.1.2.3. <u>Notória especialização técnica</u>	66
2.1.2.1.2.4. <u>Singularidade do objeto</u>	68
CAPÍTULO 3	73

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO	73
3.1 A CARACTERIZAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS	73
3.1.1 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	75
3.1.1.1 A Boa-fé objetiva como pressuposto do ato administrativo.....	75
3.1.1.2 Prejuízo ao Erário	76
3.1.1.3 A violação de princípios da Administração Pública	79
3.2 CONSEQUÊNCIAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA CONTRATAÇÃO DIRETA	80
3.3 AS PRERROGATIVAS DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA.....	85
3.4 O ADVOGADO COMO SUJEITO PRATICANTE E RESPONSÁVEL POR ATO ÍMPROBO	91
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	105
ANEXO I	116

RESUMO

Este trabalho tem por objeto analisar as disposições da Improbidade Administrativa incidente sobre a Contratação Direta, na hipótese de Inexigibilidade de Licitação para a contratação de serviços de Advogado com notória especialização técnica, considerando a singularidade do objeto almejado pela Administração Pública. A presente investigação baseou-se no método indutivo, operacionalizando com as técnicas da leitura dirigida, referenciais bibliográficos e jurisprudenciais, além de consultas na rede mundial de computadores. Para tanto, a pesquisa ainda utiliza-se das prescrições encontradas na antiga Lei de Licitações nº 8.666/1993, até então vigente no ordenamento jurídico nacional, e na nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, a qual também já possui seus efeitos surtidos em todo território brasileiro. Desta forma, esta monografia, aos olhos das supracitadas fontes, além de ambas as mencionadas legislações, aborda a possibilidade de Inexigibilidade de Licitação para as contratações que possuam um objeto singular e que o advogado escolhido para ser contratado seja dotado de notória especialização técnica. Os resultados da pesquisa demonstram, ainda, que a Improbidade Administrativa, por sua vez, poderá ser uma consequência desta espécie de contratação, desde que formalizada de forma ilegal, atendendo cumulativamente aos requisitos do dolo, da existência de prejuízo ao Erário, de má-fé, de imoralidade e de ausência de prestação regular do serviço.

Palavras-chave: Licitação, Contratação direta, Inexigibilidade, Improbidade Administrativa, Advogado, Administração Pública.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto a abordagem das hipóteses de caracterização de Improbidade Administrativa em face do Advogado, em razão da contratação direta, mediante o procedimento administrativo de Inexigibilidade de Licitação, empregado pelo Poder Público.

O seu objetivo é, por intermédio da pesquisa científica, verificar a eventual ocorrência, além de possíveis consequências, da prática de atos ímprobos por parte do profissional da advocacia, mediante a prestação de serviços especializados à Administração Pública.

Para a presente monografia foram levantados os seguintes problemas:

Quando é aplicável a Inexigibilidade de Licitação para a contratação direta de advogado pela Administração Pública?

Quais as eventuais consequências jurídicas da contratação direta de Advogado pela Administração Pública?

Para quem serão imputadas as consequências jurídicas da contratação direta de Advogado pela Administração Pública, particular contratado ou servidor contratante?

Com base nos problemas levantados, se apresentam as seguintes hipóteses:

A Inexigibilidade de Licitação será caracterizada, em tese, quando houver necessidade de prestação de serviços jurídicos considerados técnicos, singulares, profissionais e especializados.

Poderá resultar em Improbidade Administrativa.

Em regra, ao servidor público que promoveu a contratação de forma dolosamente imoral ou improba. Todavia, há possibilidade de caracterização de Improbidade Administrativa em face do Advogado.

Visando buscar a confirmação ou não das hipóteses, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No Capítulo 1, será exposto o conceito do processo licitatório regular e seus principais aspectos, incluindo sua origem história, bem como, os sujeitos competentes para legislar sobre sua matéria, seus fundamentos principiológicos, além das modalidades vigentes no ordenamento jurídico nacional, considerando a publicação da nova lei de Licitações sob o nº 14.133/2021.

No Capítulo 2, há a apresentação das hipóteses em que será possível a contratação direta de Advogado por meio de Inexigibilidade de Licitação, como circunstância de exceção ao procedimento licitatório tradicional, observados os requisitos legais exibidos.

No Capítulo 3, por sua vez, referir-se-á configuração de Improbidade Administrativa advinda do modelo de contratação apresentado, afora, no que se refere aos elementos fundamentais para sua incidência e, aplicação de suas consequências ao Advogado, diante de suas prerrogativas jurídicas.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Improbidade Administrativa na contratação direta de Advogado pelo Poder Público.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁵ foi utilizado o Método Indutivo¹⁶, na Fase de Tratamento de Dados o

¹⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

¹⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 91.

Método Cartesiano¹⁷, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁸, da Categoria¹⁹, do Conceito Operacional²⁰ e da Pesquisa Bibliográfica²¹.

¹⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹⁸ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

¹⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

²⁰ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

²¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

CAPÍTULO 1

O PROCESSO LICITATÓRIO E SEUS ASPECTOS

1.1 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A Licitação pode ser reduzida à formulação de um procedimento administrativo, através do qual se busca a efetivação de relações contratuais entre a Administração Pública e os particulares. Logo, justifica-se pela promoção da competição entre interessados que cumpram os requisitos legislativos necessários, para que, ao fim, o órgão público obtenha a melhor proposta²².

Em outras palavras, tem-se que o processo licitatório é decorrente da incumbência da Administração Pública de gerenciar todas as contratações efetuadas por seus órgãos governamentais e agentes, pautando sempre pelo equilíbrio social²³. Em plena concordância, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados²⁴.

Portanto, há duas finalidades bem visíveis e distintas integradas no procedimento, dentre um compilado de objetivos dispostos no art. 11 da Lei nº

²² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

²³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 441.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 538.

14.133/2021²⁵, que antes resumia-se ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993²⁶, quais sejam, a presença de isonomia no certame e a obtenção de contratação mais vantajosa, ambas destinadas a satisfazer o interesse público²⁷.

Ademais, o trâmite traduz-se em um procedimento prévio da Administração Pública para que, após ultrapassada a fase licitatória, seja pactuado o contrato efetivo de fornecimento de produtos ou serviços, entre o órgão e o particular²⁸.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a Licitação é “instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública”²⁹. Lembrando que, em verdade, a Administração não possui obrigação de contratar, há somente uma expectativa, mas ao fazer, deve conferir o direito ao vencedor.

Complementarmente, disciplina Hely Lopes Meirelles: “a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação”³⁰.

Destarte, sendo um procedimento administrativo, progride através de atos vinculantes, tanto para o órgão licitante, quanto para os participantes, promovendo oportunidades equitativas entre todos os interessados, vez que, como já mencionado, visa a competição entre estes³¹.

²⁵ BRASIL. **14.133, de 1 de abril de 2021**, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

²⁶ BRASIL. **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: 15 mai. 2021.

²⁷ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 443.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 307.

²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 29.

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 307.

³¹ GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 15.

1.1.1 A evolução histórica brasileira da Licitação

De início, é inteligível mencionar que a Licitação está regulamentada, atualmente, pela Lei nº 14.133, publicada em abril de 2021, sem período de vacância. A nova legislação, por sua vez, revogará, após o período disposto em seu artigo 193³², as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002³³ e parte da Lei nº 12.462/2011³⁴.

Pois bem. Sabe-se que o instituto da Licitação teve origem na Idade Média vivenciada pelos europeus, onde praticava-se o sistema “vela e prego”, por meio do qual acendia-se uma vela, e enquanto acesa, os construtores interessados em prestar serviços para o reino faziam suas ofertas. Quando a vela se apagasse, concedia-se imediatamente o emprego para o interessado que oferecera a melhor proposta até o momento³⁵.

No Brasil, estima-se que o processo licitatório tenha adentrado através do Decreto nº 2.926/1862³⁶, o qual regulamentava as “arrematações dos

³² Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei. BRASIL. **14.133, de 1 de abril de 2021**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³³ BRASIL. **10.520, de 17 de julho de 2002**, Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada prego, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁴ BRASIL. **12.462, de 4 de agosto de 2011**, Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁵ CONCEIÇÃO, Rosângela Amaral da. **Pregão – um progresso na licitação**. Dissertação (Pós-graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213560.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁶ BRASIL. **2.926, de 14 de maio de 1862**, Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em:

serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Publicas” (sic). Todavia, a Licitação em si, apenas foi introduzida pela publicação do Decreto nº 4.536/1922³⁷, que, por sua vez, organizava o Código de Contabilidade da União à época.

O Código em si foi imprescindível, pois prescrevia uma divisão na Administração Pública, uma relacionada à gestão dos bens e outra referente aos meios empregados. Segundo Francisco D’Áuria *apud* Rosangela Amaral da Conceição, “a primeira é a administração patrimonial e a segunda a administração financeira”³⁸.

Contudo, foi apenas em 1986, com o Decreto nº 2.300³⁹ que houve, pela primeira vez, uma legislação específica que dispusesse acerca da Licitação e dos Contratos Administrativos no Brasil. Por conseguinte, o Decreto em comento restou integralmente revogado pela até então vigente, Lei nº 8.666/1993.

Ocorre que a Lei nº 8.666/1993 também possuía defeitos, se demonstrando, não raramente, ineficiente. Por este motivo, foi promulgada a Lei nº 10.520/2002 que regulamentou a modalidade licitatória Pregão, tal como, a estendeu para todos os entes federativos do país.

Agora, com a instituição de uma nova legislação, se faz necessário ressaltar que o processo licitatório caracterizava-se, à título de norma geral, pela mencionada Lei nº 8.666 de 1993, possuindo como leis suplementares do procedimento, as Leis nº 10.520 de 2002 e 12.462 de 2011⁴⁰. Desta forma, a mudança

<<http://legis.senado.leg.br/norma/398725/publicacao/15631310>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁷ BRASIL. **4.536, de 28 de janeiro de 1922**, Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁸ CONCEIÇÃO, Rosangela Amaral da. **Pregão – um progresso na licitação**. Dissertação (Pós-graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213560.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁹ BRASIL. **2.300, de 21 de novembro de 1986**, Dispões sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 538.

consiste, especialmente, na concentração de ambas as legislações em apenas um dispositivo, a nova Lei de Licitações nº 14.133 de 2021.

Entretanto, as críticas resumem-se em afirmar que a nova lei ainda está distante do alvo aspirado. Conforme Joel de Menezes Niebuhr, “há avanços pontuais, entretanto a nova Lei reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993”⁴¹.

Salienta-se que a nova Lei nº 14.133/2021 já está produzindo efeitos no ordenamento jurídico nacional desde a sua publicação, em 01.04.2021, bem como, pode ser aplicada imediatamente pela Administração Pública, já que não possui período de vacância.

Isto significa dizer que haverá um período de dois anos até a revogação dos antigos dispositivos legislativos, mediante a prescrição do citado art. 193 do novo dispositivo, através do qual a Administração Pública poderá optar pela utilização das leis antigas (Lei nº 8.166/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.62/2001), ou da nova lei (Lei nº 14.133/2021), do modo que preferir.

Insta revelar que a própria Lei nº 14.133/2021 já dispôs sobre o regime de convivência a ser enfrentado pela atual e passada legislação, por intermédio do art. 191, sendo que a opção escolhida pela Administração Pública para gerir o certame deverá ser expressamente indicada no instrumento convocatório, vedada a aplicação combinada das aludidas leis.

Por fim, perfaz registrar que em uma breve interpretação do parágrafo único do citado art. 191, os processos licitatórios iniciados dentro do biênio, por meio do antigo regime, serão regidos pelas suas regras até o fim de sua vigência, independentemente do término do prazo de dois anos estabelecido, e consequente revogação da legislação.

Em outras palavras, mesmo com a revogação da lei escolhida para disciplinar o certame, a licitação deverá ser concluída por esta. De acordo com

⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 05-06.

Joel de Menezes Niebuhr, “essa interpretação é a que melhor se harmoniza à segurança jurídica”⁴².

1.1.2 A competência legislativa e o objetivo do processo licitatório

O vocábulo Licitação consiste em um dever do Poder Público, previsto no art. 37, inc. XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴³, mediante o qual exerce a adoção de um procedimento especial com a finalidade de aquisição ou alienação de bens ou serviços, atendendo a termos rigorosos e predeterminados, consoante ao disposto na legislação pátria.

Compete destacar que o procedimento ocorre antes que se firme qualquer instrumento vinculativo entre as partes, contando com uma série de etapas e cumprimento de variadas exigências legislativas, para que, enfim, suceda a contratação pública pretendida⁴⁴.

O procedimento é disciplinado em caráter geral e com competência privativa da União, satisfazendo a redação do art. 22, inc. XXVII da CRFB/88. Todavia, os demais entes da federação (Municípios, Estados e Distrito Federal), possuem competência para legislar especificamente sobre os processos licitatórios. Similarmente, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que: “*sem embargo, todas devem acatamento às "normas gerais" legislativamente produzidas com alcance nacional [...]*”⁴⁵.

Há incidência, neste caso, do princípio constitucional da federação, ou seja, cada ente federativo possui certa autonomia garantida, sendo que um não poderá interferir nos interesses de outro. Por esta razão, a União não dispõe

⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 11.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15. mai. 2021. Doravante, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 será denominada CRFB/88.

⁴⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 442.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 539.

especificamente sobre os interesses internos e estruturas organizacionais dos demais entes listados⁴⁶.

Ressalta-se que é característico das leis tratarem de noções gerais, pois a própria CRFB/88 lhes atribui estipular, de modo abrangente, aplicabilidades possíveis em todo território nacional, além de delinear acerca dos princípios, fundamentos, diretrizes e critérios básicos que moldarão as demais normas que farão o aperfeiçoamento da matéria⁴⁷.

Por este motivo, Hely Lopes Meirelles afirma que “continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar *normas peculiares* para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, [...] em tudo que não contrariar as *normas gerais*”⁴⁸.

Por este viés, conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segue-se que não serão normas gerais aquelas que produzem consequências díspares nas diversas áreas sobre as quais se aplicam, acarretando, em certas áreas, por força de condições, peculiaridades ou características próprias da região ou do local, repercussão gravosa sobre outros bens jurídicos igualmente confortados pelo Direito⁴⁹.

Para mais, ainda sobre as delimitações das generalidades legislativas, é imprescindível que a norma federal genérica aborde os padrões mínimos para a defesa do interesse público, já que não se mostra viável que tais proteções dependam da iniciativa específica dos demais entes federativos, que, não esporadicamente, possam demonstrar desídia⁵⁰.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. Brasília: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22-23.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 544.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 309.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 545.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 545.

Por esta perspectiva, a inépcia do ente federativo em implementar legislação específica para o trâmite dentro de sua jurisdição, incide na aplicação integral da legislação federal⁵¹.

Outrossim, revindo ao conceito, o ideal do trâmite licitatório é probo, na medida em que os órgãos oficiais oportunizam uma disputa equalizada entre os particulares participantes, buscando priorizar a oferta mais vantajosa e conveniente à Administração Pública.

Neste sentido, salienta-se a complementação de Celso Antônio Bandeira de Mello ao concluir que “estriba-se na ideia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir”.⁵²

Por este viés, resta clarificado que é vedado ao administrador, selecionar a seu critério, os indivíduos que podem, ou não, contratar com a Administração Pública, pois segundo Matheus Carvalho, “essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo”⁵³.

Nesta seara, são inegavelmente claros os objetivos pelos quais preza o processo licitatório, que se traduzem: na promoção de negócios mais rendáveis às entidades governamentais, por intermédio da elaborada competição; na garantia dos governados de pleitear a participação nos negócios que a Administração Pública promove; e no estímulo de transações mais sustentáveis ao país.⁵⁴

Ademais, no uso do certame, consoante ao entendimento de Fernanda Marinela:

Esse procedimento apresenta três exigências públicas impostergáveis: a) proteção dos interesses públicos e recursos governamentais; b) respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (art. 5º e art. 37, caput, ambos da CF); c) obediência

⁵¹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 442.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 536.

⁵³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 441.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 538.

aos reclames da probidade administrativa (art. 37, caput, e art. 85, V, da CF)⁵⁵.

Atenta-se ainda ao fato de que, além dos diplomas legais já apresentados, algumas espécies de contratações efetuadas através da Licitação possuem características específicas, a exemplo das obras ou serviços públicos, empresas de economia mista, empresas de telecomunicação, microempresas e empresas de pequeno porte.

1.1.3 As modalidades licitatórias previstas no ordenamento jurídico nacional

A especificidade da contratação pública é tão genuína que o próprio procedimento licitatório em si, subdivide-se em modalidades, as quais serão atribuídas de acordo com as peculiaridades de cada contratação.

As modalidades de licitação vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são: a Concorrência, a Tomada de Preços, o Convite ou a Carta-Convite, o Leilão, o Concurso; o Pregão e o Diálogo Competitivo.

No que tange a Concorrência, fixada no inc. XXXVIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, contando com uma nova redação no que se refere ao art. 22, §1º da Lei nº 8.666/1993, é imposta com base no valor e na natureza do objeto, tratando-se de modalidade para licitação de grande relevância econômica, abrangendo todas as etapas e a possibilidade de participação de qualquer indivíduo interessado⁵⁶.

Inclusive, a nova redação disposta na Lei nº 14.133/2021 já especificou quais requisitos deverão recair no julgamento, sendo eles: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto.

Já a Tomada de Preços assume uma valoração mediana, de procedimento simplificado, mas com limitação de interessados incluídos em cadastro

⁵⁵ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

⁵⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 456.

público, também conhecido como habilitação⁵⁷, tornando-se um procedimento mais célere que os demais.

Todavia, com a edição da nova lei de licitações, a modalidade da Tomada de Preços deixou de existir, podendo ser utilizada apenas nos processos licitatórios abertos dentro do biênio de vigência da Lei nº 14.133/2021, por meio do antigo regime, até o fim do procedimento, independentemente da data de encerramento.

O mesmo ocorre com a modalidade do Convite, ou Carta-Convite, a qual sucumbiu diante da edição da nova lei de licitações, e que será exemplificada adiante, com base no entendimento doutrinário sobre a Lei 8.666/1993.

No que diz respeito ao Convite, ou Carta-Convite, entende-se como um modo simplificado do edital que, por força legislativa, é desobrigado da publicidade padrão do ato, sendo enviada uma carta-convite, instrumento convocatório da modalidade, aos prováveis licitantes que são escolhidos pela própria Administração Pública⁵⁸.

Ainda, acerca de sua publicidade, disserta Matheus Carvalho:

A carta-convite não é publicada em Diário Oficial, porém, ainda assim, deve ser dada a conhecer, já que toda atuação do Estado deve respeitar o Princípio da Publicidade. Só que a publicidade é feita de forma diferente da publicação. Estipula a lei que a administração deverá enviar a carta-convite aos convidados e afixá-la no átrio da repartição, em local visível ao público. Respeitadas essas regras, está devidamente publicizada a licitação⁵⁹.

Já o Leilão, nas palavras de Marçal Justen Filho: “se destina a selecionar a melhor proposta para alienação de bens ou direitos, nas hipóteses previstas em lei”⁶⁰. Ainda, conforme este, uma das principais características da

⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática**. p. 558.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 344.

⁵⁹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 460.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 359.

modalidade é que esta permite que o mesmo interessado apresente múltiplas propostas.

Lembrando que, ao contrário das outras modalidades, é um procedimento que prima pelo maior preço, obtendo maior vantagem à Administração Pública através das alienações. Por este motivo, é prescindível a habitação de interessados⁶¹.

Com relação ao Concurso, nas palavras de Fernanda Marinela: “consiste em uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores”⁶².

Há de considerar que nesta modalidade há a finalidade de contratar um trabalho técnico por uma única remuneração ou prêmio, não havendo que se falar em preenchimento de cargo ou emprego, ao contrário do que visa o concurso público que provê um cargo público⁶³.

O Pregão, por sua vez, abrange a contratação para aquisição de bens ou serviços comuns, para qualquer que seja o valor estimado para o trâmite, sendo que o procedimento ocorrerá em sessão pública, mediante propostas e lances dos interessados⁶⁴.

Carece mencionar que, atualmente, a modalidade licitatória Pregão é a mais utilizada pela Administração Pública e se encontra concentrada com as demais modalidades na nova Lei nº 14.133/2021, que abarcou a antiga Lei nº 10.520/2002 que, por sua vez, disciplinava especificamente sobre o Pregão.

Por fim, cabe ser pormenorizada a inédita modalidade de licitação trazida pela Lei nº 14.133/2021, o Diálogo Competitivo.

⁶¹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 462.

⁶² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

⁶³ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 580.

De acordo com o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr:

A nova modalidade legitima e concede transparência e segurança jurídica para um fato que já ocorre na relação entre a Administração Pública e o particular: o contato prévio entre as partes para a apresentação de soluções fornecidas pela iniciativa privada e que podem interessar à Administração Pública.⁶⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, o Diálogo Competitivo é pormenorizado no artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, o qual dispõe acerca das restrições, pré-requisitos e dos trâmites administrativos legais desta nova modalidade licitatória.

A principal novidade desta modalidade, de acordo com Joel de Menezes Niebuhr, “é a possibilidade de se restringir a participação no procedimento a startups [...], de natureza emergente e com grande potencial e que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de soluções tecnológicas inovadoras”⁶⁶

1.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LICITAÇÃO

Conforme as abordagens já apresentadas, o procedimento administrativo licitatório satisfaz-se pela tentativa de encontrar a proposta mais vantajosa ao órgão licitante e materializar o princípio da isonomia⁶⁷.

De início menciona-se que, embora denominados de princípios, tais conhecimentos conduzem os fundamentos gerais da matéria que são aplicados. Isto significa dizer, em linhas gerais, que promovem a estrutura de todo procedimento, bem como, guiam sua forma de interpretação⁶⁸.

Neste sentido, ressalta-se a conclusão de Joel de Menezes Niebuhr:

⁶⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 129.

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 135.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 68.

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 19.

[...] é importante realçar que os princípios não são apenas ferramentas hermenêuticas ou, dito de forma mais simples, critérios interpretativos colocados à disposição do exegeta em sua atuação cotidiana. Desde há muito, os princípios são considerados, eles mesmos, normas jurídicas dotadas de força coativa⁶⁹.

Em verdade, não seria novidade a resolução de uma situação litigiosa com o emprego exclusivo de princípios jurídicos. Para isto, assimila Joel de Menezes Niebuhr que hodiernos entendimentos jurisprudenciais compreendem o emprego da ponderação em controvérsias compostas por regras e princípios, primando, por vezes, o ponto de vista principiológico, pois “dotado de uma maior densidade valorativa a ser explorada no caso concreto”⁷⁰.

Claramente, a CRFB/88 adota o mesmo entendimento, já que na própria redação do art. 37, XXI adverte que os procedimentos atinentes ao processo serão realizados de forma que assegure a igualdade de condições entre todos os concorrentes, permitidas somente as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁷¹.

Por este mesmo ângulo define Hely Lopes Meirelles ao dizer que “desse princípio decorrem os demais princípios da licitação, pois estes existem para assegurar a igualdade”⁷².

Nesta concepção, tem-se que a Licitação é a materialização do princípio da igualdade, já que transpõe um procedimento pelo qual qualquer sujeito pode participar, além de possuir, nos termos da lei que o regula, garantias contra segregações que a Administração Pública possa adotar⁷³. Em outras palavras, é a intrínseca aplicação do art. 5º, caput, da CRFB/88 que afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Ademais, ressalta-se conjuntamente o art. 9º, inc. I, alíneas a) e b) da nova Lei de Licitações, antigo art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93, que definem

⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 19.

⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 20.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 537.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 316.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 541.

proibições de atos que os agentes públicos possam admitir, prever, incluir, tolerar ou até mesmo praticar, que comprometam a aplicação do princípio da igualdade, dentre outros.

Por fim, acerca da execução do princípio da igualdade, assimila Joel de Menezes Niebuhr:

Nas licitações públicas, a igualdade significa tratar todos os licitantes da mesma forma, concedendo-lhes oportunidades exatamente iguais. Por exemplo: se a um licitante for concedida a dilação de prazo para apresentação de uma proposta de trabalho, ou para recorrer de uma decisão administrativa, o mesmo tratamento precisa necessariamente ser dispensado a todos os outros licitantes, sob pena de afronta à igualdade⁷⁴.

Entretanto, salienta-se que há muitos outros princípios que regem todo o processo licitatório, sendo que para isto, a nova Lei nº 14.133/21 introduziu o art. 5º, compreendendo todo o Capítulo II, para introduzir os princípios englobados, sendo eles: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

No mais, a inclusão de todos os princípios no mencionado dispositivo legal, segundo Joel de Menezes Niebuhr: “reforça a sua normatividade e desperta o olhar para aspectos específicos aplicáveis às licitações e às contratações públicas [...]”⁷⁵. Outrossim, ao utilizar-se do princípio da legalidade, sabe-se que nas contratações públicas, apenas será lícito à Administração Pública dispor daquilo que a Lei especificamente lhe autorizar.

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 26.

⁷⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 21.

Logo, segundo Marçal Justen Filho: “a validade de qualquer decisão da Administração dependerá não apenas de sua compatibilidade com a ordem jurídica, mas de uma autorização legislativa específica (ainda que implícita)”⁷⁶.

Já no que tange à aplicação do princípio da impessoalidade, remete ao tratamento impessoal e desinteressado de todos os indivíduos participantes do processo, devendo todos serem tratados de forma neutra⁷⁷, uma vez que, como esclarece Joel de Menezes Niebuhr: “[...] sendo o objetivo primordial das licitações a contratação mais vantajosa para a Administração Pública, não faria sentido uma atuação discriminatória ou tendente a favoritismos”⁷⁸.

Em consonância, cumpre ressaltar que o princípio da igualdade e da impessoalidade possuem objetivos divergentes, na medida em que o primeiro visa a isonomia dos licitantes, enquanto o segundo busca reprimir vantagens concedidas à determinados envolvidos no procedimento⁷⁹. Contudo, relevam-se as exceções de preferência dispostas em lei, com por exemplo, nos casos em que ocorrer empate.

Por conseguinte, será através do princípio da publicidade que todos os interessados no certame terão conhecimento da Licitação e todos os seus atos, sejam eles interessados diretos (licitantes ou terceiros), ou indiretos (cidadãos e órgãos de controle).

Tanto é verdade que o art. 7º, inc. VI da Lei de Acesso à Informação⁸⁰ prescreve que cabe aos órgãos e entidades do Poder Público assegurar as informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 83.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 546.

⁷⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 22.

⁷⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 26-27.

⁸⁰ BRASIL. **12.527, de 18 de novembro de 2011**, Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

recursos públicos, Licitação e aos contratos administrativos. Nesta conjuntura, o princípio nada mais é do que um reflexo de participação social democrática⁸¹.

Por conseguinte, não serão praticados atos secretos no processo licitatório, com exceção daqueles inerentes a sua fase interna⁸², com as ressalvas do art. 13 da nova Lei nº 14.133/2021. Isto porque, conforme o art. 337-j do mesmo diploma, antiga redação do art. 94 da Lei nº 8.666/1993, define como ato ilícito, sujeito a pena de detenção e multa, a abertura de qualquer documentação antecipadamente, além de ocasionar a anulação do trâmite⁸³.

A eficiência, por sua vez, está na busca de resultados razoáveis realizada pelo servidor público, mesmo que dotada de certa informalidade nos atos. Como expõe Joel de Menezes Niebuhr: “não se trata de abdicar da forma, que é muito importante na organização burocrática brasileira, mas, sim, trata-se de não convertê-la num fim em si mesma”⁸⁴.

Neste mesmo sentido, esclarece Marçal Justen Filho:

A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito. Portanto, é incorreto transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, ignorando sua natureza teleológica⁸⁵.

Como bem fundamenta Joel de Menezes Niebuhr, em outra obra: “A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”⁸⁶. Desta forma, tem-se um conjunto de fatores que deve estar em acordo para o sucesso do processo licitatório, qual seja, impecável formalmente, com preço adequado e boa qualidade⁸⁷.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 89.

⁸² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 22.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. p. 320.

⁸⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 23.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 67.

⁸⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55.

⁸⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 23.

O princípio do interesse público converte-se na precedência dos interesses públicos em relação aos interesses privados. Ressalta-se que a Licitação visa um bem comum que afeta toda coletividade, portanto, também não há que se falar em interesse de uma entidade governamental determinada. Neste sentido, todas as decisões e atos devem pautar-se pelo interesse público, inclusive em circunstâncias extraordinárias que ocasionem a dispensa do certame⁸⁸.

É neste viés que concretiza-se a definição de licitação pela busca da proposta que apresente as melhores condições de atender a demanda proposta pela Administração Pública, no que tange á preço, capacidade técnica e qualidade do produto, porquanto deve satisfazer o interesse público⁸⁹.

Tratando-se de segurança jurídica, fala-se de um princípio basilar que compreende todo o Direito Administrativo e remete à coisa julgada, até mesmo nos procedimentos licitatórios, não havendo possibilidade de se questionar um certame que possui sentença judicial transitada em julgado⁹⁰. Consoante ao entendimento exposto, Matheus Carvalho manifesta tratar-se “do princípio de proteção e confiança”⁹¹.

Nesta perspectiva dispõe Joel de Menezes Niebuhr: “segurança jurídica relaciona-se com a ideia de estabilidade das relações humanas e, não por acaso, veda retrocessos atinentes ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”⁹².

Por outro lado, no que diz respeito à razoabilidade, é um princípio de origem estrangeira que promove a ideia de atos públicos em detrimento à razão, ou seja, ações equilibradas, moderadas e harmoniosas⁹³.

⁸⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 23-24.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 51.

⁹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 24.

⁹¹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 100.

⁹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 24.

⁹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221.

Quanto à análise do princípio da proporcionalidade, esta demonstra-se mais criteriosa, na medida em que o entendimento jurisprudencial e doutrinário impõe o uso de três elementos, sendo eles: adequação, em relação aos objetivos que se pretende alcançar; necessidade, quando do emprego de meios mais benéficos; e proporcionalidade do ato jurídico praticado no que diz respeito ao equilíbrio entre o custo e o benefício alcançado⁹⁴.

Com relação ao princípio da competitividade, é fundamental que a Licitação assegure despertar grande número de interessados, pois quanto mais licitante participando do certame, maior a competitividade, aumentando as chances da Administração Pública de contratar uma proposta menos onerosa.

Por esta razão, nos termos de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”⁹⁵.

Referencialmente ao princípio da celeridade, destaca-se que é um ponto importante na transição da Lei nº 8.666/1993 para a Lei nº 14.133/2021, haja vista o processo licitatório ter se demonstrado excessivamente prolongado e burocrático. Por este ângulo, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr: “Entretanto, com a consagração do princípio da celeridade, é possível exigir dos responsáveis pelas licitações que sejam mais dinâmicos em suas providências e decisões”⁹⁶.

No que toca especificamente à busca pelo menor preço atribuído nas contratações públicas, e, em geral, na tutela das finanças da Administração Pública, há de se frisar o desempenho do princípio da economicidade. Marçal Justen Filho dispõe que: “a economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administração”⁹⁷.

⁹⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 94.

⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**: Teoria e Prática. p. 29.

⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 27.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 72.

O princípio da transparência, por sua vez, no entendimento de Joel de Menezes Niebuhr: “visa não apenas garantir a publicidade dos atos oficiais, mas também coibir os arranjos secretos que se entabulam nos bastidores da Administração Pública, fora dos autos”⁹⁸.

Neste seguimento, tem-se que para evitar o prejuízo de todas as partes envolvidas no certame, é necessário que todas as comunicações e atos tomados pela Administração Pública em relação a um licitante, seja público aos demais.

Atingir o objetivo final almejado pela Licitação, constitui o princípio da eficácia, pois segundo Joel de Menezes Niebuhr, ele “tem por escopo a garantia de um resultado satisfatório, do cumprimento de uma meta”⁹⁹.

O princípio do planejamento almeja evitar que ocorram processos licitatórios desorganizados e incertos. Lembrando que a gestão de uma Licitação deve ser criteriosa, já que demanda um objeto ou serviço bem especificado, além de uma justificativa plausível para sua contratação.

Por esta razão, Marçal Justen Filho afirma que, na verdade, “A licitação é uma solução jurídica para impedir decisões apressadas, mal planejadas e impulsivas - defeitos que são inerentes ao processo decisório”¹⁰⁰.

No que diz respeito ao princípio da segregação de funções, tem-se que a Licitação é procedimento por vários agentes da Administração Pública, uma vez que possui várias fases, incluindo a confecção dos orçamentos, elaboração do edital, julgamento das propostas, e até mesmo a fiscalização do ato. Por este viés, não é plausível que todas as fases, internas e externas, sejam executadas pelo mesmo servidor¹⁰¹.

Acerca do princípio da vinculação do edital, relaciona-se com a restrita vinculação da Administração Pública às regras que prescreveu no instrumento

⁹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 27-28.

⁹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 28.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 68.

¹⁰¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 28.

convocatório do certame¹⁰², sendo que ao esquivar-se do que determina rigorosamente o edital, poderá provocar a nulidade do processo licitatório desenvolvido. Ainda, conforme Joel de Menezes Niebuhr: “O princípio da vinculação ao edital garante que os licitantes não sejam pegos de surpresa ao longo das mais diversas fases do certame”¹⁰³. Afinal, segundo Hely Lopes Meirelles “o edital é a lei da licitação”¹⁰⁴.

No que concerne ao princípio do julgamento objetivo, é uma forma de se evitar vontades pessoais e julgamentos subjetivos pelos agentes públicos¹⁰⁵. Destarte, a decisão no processo licitatório deve proceder pelo resultado lógico dos objetivos existentes no procedimento concreto¹⁰⁶. Joel de Menezes Niebuhr adverte que o princípio “possui íntima relação com os princípios da igualdade e da impessoalidade e impede que a Administração Pública se desvie de critérios uniformes no julgamento das licitações públicas por ela lançadas”¹⁰⁷.

Carece consignar que o princípio está disposto no atual artigo 33 da Lei nº 14.133/2021, que antes era recepcionado pelos arts. 45 da Lei nº 8.666/1993, 4º da Lei nº 10.520/2002 e art. 18 da Lei nº 12.462/2011.

O princípio da motivação mostra-se bem literal, na medida em que refere-se à necessidade de todos os atos praticados pela Administração Pública nas Licitações, bem como nas demais espécies de contratações, dependerem da composição de um motivo adequado e uma boa fundamentação. Nos dizeres de Matheus Carvalho: “é dever imposto ao ente estatal indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática dos atos administrativos”¹⁰⁸.

Quanto ao princípio do desenvolvimento sustentável, salienta-se que critérios ambientais, sociais e econômicos não são novidade no meio licitatório,

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 552.

¹⁰³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 29.

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 321.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 553.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 86.

¹⁰⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 30.

¹⁰⁸ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 94.

posto que o Decreto nº 7.746/2012¹⁰⁹, alterado pelo Decreto nº 9.178/2017¹¹⁰, define em seu art. 4º os requisitos para se promover uma licitação sustentável.

Por conseguinte, os aludidos requisitos devem ser ponderados nas Licitações desenvolvidas por toda Administração Pública, uma vez que, consoante a Joel de Menezes Niebuhr, “o Poder Judiciário já decidiu que a sustentabilidade pode servir de critério para desclassificação de licitantes”¹¹¹.

Tanto é verdade que a CRFB/88 já instituiu que a garantia do desenvolvimento nacional prevista em seu art. 3º, inc. II, um dos objetivos fundamentais da República, deverá observar critérios ambientais dispostos em seu art. 174 e 225¹¹².

Logo, a nova Lei nº 14.133/2021, inclusive, trouxe o art. 11 que dispõe sobre os objetivos do processo licitatório, contendo em seu inciso IV: “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”. Semelhantemente, houve a colocação do art. 144, caput, nos moldes do art. 10 da Lei nº Lei 12.462/2011.

Por fim, recorda-se que os princípios são compostos por um juízo de valor, não havendo que se falar em uma regra universal de aplicação, já que também não remetem a uma única solução, tornando-se imprescindível a ponderação do aplicador para a melhor aplicação destes¹¹³.

¹⁰⁹ BRASIL. **7.746, de 5 de junho de 2012**, Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

¹¹⁰ BRASIL. **9.178, de 23 de outubro de 2017**, Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9178.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

¹¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 30.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 74.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 80.

1.2.1 A Licitação em consenso com o princípio da probidade administrativa

Em conformidade com o já consignado neste trabalho, é primordial compreender o caráter valorativo dos princípios, razão pela qual não possuem natureza absoluta. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “existe apenas um único valor que apresenta dimensão diferenciada: trata-se da dignidade do ser humano. Todos os demais valores são decorrência”¹¹⁴.

O princípio da probidade administrativa, embora não esteja expressamente convencionado na CRFB/88, possui dimensão e valor constitucional, pois transpassam conceitos constitucionais que são óbvios no cumprimento das obrigações por todos os agentes administrativos¹¹⁵, bem como, à conduta dos próprios licitantes¹¹⁶.

Neste seguimento, relembra Hely Lopes Meirelles que, por avocar qualidade constitucional, os atos em desacordo com o princípio da probidade administrativa poderão redundar nas imputações descritas no art. 37, § 4º da CRFB/88, quais seja, na suspensão de direitos políticos, na perda de eventual função pública, na indisponibilidade de bens e na reparação ao erário, sem prejuízo de ação penal cabível¹¹⁷.

Demanda expor que, em suma, segundo Marçal Justen Filho: “A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo”¹¹⁸. Por esta razão, o princípio pode resumir-se a um ideal de trâmite licitatório que preze pelo interesse coletivo, seja honesto e sério, acima de todas as suas outras finalidades.

O entendimento de Joel de Menezes Niebuhr a respeito do princípio da probidade administrativa detém o mesmo norte:

A probidade administrativa, por sua vez, dialoga intensamente com as ideias gerais prescritas pela moralidade administrativa, obrigando o

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 81.

¹¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 23.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 88.

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 321.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 88.

gestor público a atuar com honestidade e boa-fé. Na verdade, a probidade é o mínimo que se espera do gestor público na condução da coisa pública. Assim, aquele que não atua em observância do aludido princípio, comete ato de improbidade administrativa, coibido pela Lei n. 8.429/1992¹¹⁹.

A utilização do princípio da probidade reflete em conceitos já abordados por outras concepções principiológicas, como a sobreposição de interesses pessoais sobre interesses coletivos. O administrador jamais poderá obter vantagens ao exercer sua função, tal qual, beneficiar ou prejudicar qualquer participante, afetando o rumo do processo licitatório¹²⁰.

Inequívoco que a probidade administrativa é um dever de todos os administradores públicos, tanto é que, por mais que indubitável o exercício de atos probos, a lei o incluiu como um princípio essencial da Licitação, inerentes à autoridade que analisa e julga um procedimento administrativo de exponencial interesse público¹²¹.

O autor ressalta ainda que como forma de exemplificar a prática principiológica da probidade administrativa “pode-se citar os direcionamentos e as dispensas imotivadas como situações de afronta à probidade administrativa no âmbito das licitações públicas¹²²”.

1.2.2 A moralidade no processo licitatório

Atendendo ao mesmo caminho da probidade administrativa, nos processos licitatórios, os agentes públicos devem ser dotados de moral nas suas ações, que por sua vez, deve ser pautada em interesses interpessoais, honestidade e boa-fé. Pois, segundo Joel de Menezes Niebuhr, “desvios de finalidade, trocas de favores, pagamentos de propinas, entre outros atos de corrupção, conflitam com o princípio em análise”¹²³.

¹¹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 24.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 88.

¹²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 321.

¹²² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 24.

¹²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 22.

Por este mesmo caminho, leciona Cesar Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da *moralidade* significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte¹²⁴.

Escasseia registrar, que, por ser de grande abrangência dogmática, o princípio da moralidade deve acompanhar toda fase licitatória e pós trâmite, inclusive a execução contratual firmada entre a Administração Pública e o licitante, não apenas o certame em si¹²⁵.

De acordo com a reflexão estabelecida por Joel de Menezes Niebuhr, pode concluir-se que: “para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade”¹²⁶.

Isto porque, semelhantemente à aplicação dos demais princípios, a moral tem de estar presente na conduta de todas as partes envolvidas na Licitação, sem exclusão de obediência ao senso mínimo de respeito, pois de nada adiantaria o órgão público prezar pela defesa dos interesses coletivos, sem a cortesia da lealdade e boa-fé no tratamento dos licitantes¹²⁷.

Atitudes destituídas moralmente exemplificam-se pela disputa indecorosa, comportamentos desonrosos, coligações ocultas, soluções proveitosas, assim como, primazias por relação pessoais ou parentescos entre as partes¹²⁸.

Por este ângulo, deslinda Marçal Justen Filho que “a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou o particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral”¹²⁹. Em verdade, a legalidade deve estar alinhada à moral, porquanto

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 552.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 88.

¹²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. p. 57.

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 552.

¹²⁸ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 73-75.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 88.

uma conduta, mesmo que de acordo com os critérios legislativos, será inválida se desprovida de caráter.

Notório que jamais será tolerada qualquer espécie de ofensa aos valores estruturais do ordenamento jurídico, independente da parte a que se tenha dirigido, dado que, moralidade e probidade administrativa também caminham pelo propósito constitucional da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sucessivamente, de forma simplificada, conclui-se que para uma Licitação de sucesso, não basta o cumprimento da lei, ou sequer do ato convocatório, a ausência da probidade administrativa e da moral dissolvem todo o ato, sem prejuízo de eventuais punições aos responsáveis.

CAPÍTULO 2

A CONTRATAÇÃO DIRETA DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA

2.1 EXCEÇÕES À APLICABILIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO

Inobstante a Licitação seja um procedimento desenvolvido pela legislação para disciplinar as contratações públicas, há exceções que promovem a transação diante de sua inaplicabilidade¹³⁰. Nesta perspectiva, necessário mencionar que a flexibilidade da norma pode ser observada de imediato no texto constitucional, pois o artigo 37, inciso XXI, já ressalva as peculiaridades definidas em lei¹³¹.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “o primeiro requisito para a aplicação do regime licitatório reside na produção de uma relação jurídica por via consensual. Aplica-se a regra da licitação se for produzida uma relação jurídica a partir do ajuste de vontade entre as partes”¹³².

Isto porque, o processo licitatório funciona como um mecanismo de satisfação das funções administrativas atribuídas ao poder público, mediante a primazia do interesse coletivo. Nada obstante, conforme preceitua Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “em determinadas hipóteses a Licitação será considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público”¹³³.

Por conseguinte, caso fosse empregado o trâmite tradicional licitatório, não seria assegurado o contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Por esta razão, é oportunizado ao órgão governamental praticar outra espécie de procedimento de contratação, contendo divergentes formalidades e requisitos¹³⁴.

¹³⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 496.

¹³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 536.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 55-56.

¹³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 536.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 390.

Todavia, atenta-se ao fato de que, nas palavras de Marçal Justen Filho, “essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta”¹³⁵, vez que, os cenários de sua aplicação são expressamente definidos pelo legislador.

Destarte, imprescindível destacar que os princípios elencados no primeiro capítulo desta monografia, são satisfatoriamente cabíveis ao procedimento de contratação direta. Logo, o agente da Administração Pública está vinculado a um processo resolutivo, com o objetivo de garantir a melhor vantagem para esta, primando pela obediência dos princípios fundamentais, tal como, pelo interesse público¹³⁶.

Por este viés, tem-se como exemplo o princípio da isonomia, mediante o qual todos os licitantes deverão ser tratados com igualdade. Desta forma, a escolha do contratado deverá observar este preceito, fundamentando-se em critérios razoáveis, que, listados por Marçal Justen Filho, compreendem: ausência de sigilo, condições equivalentes de participação e de disputa, seleção da melhor proposta e melhor contratação, indisponibilidade dos fins buscados pelo Estado, competência discricionária, motivação do ato e regulamentação da contratação direta¹³⁷.

No entanto, vale enfatizar que é impossível tratar todos os interessados com estrita igualdade neste regime, oposto ao que ocorreria no procedimento comum de licitação. Pois, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, “nos casos de dispensa e de inexigibilidade são aceitos agravos à isonomia, que cede parcialmente em face da impossibilidade de realizar a licitação pública ou da proteção de outros valores relacionados ao interesse público”¹³⁸.

Sem embargo, sobreleva-se que a Administração não poderá rejeitar integralmente o mencionado princípio, pois, não será permitido que utilize de

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 390.

¹³⁶ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 393.

¹³⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 75.

critérios discriminatórios, desproporcionais ou desnecessários à escolha. Em outras palavras, o Poder Público deverá observar, no máximo que for capaz, as prescrições principiológicas da igualdade e isonomia¹³⁹.

Á vista disso, adentrando ao conceito, salienta-se que a contratação direta é assistida por pressupostos específicos, mediante um trâmite prévio e obrigatório, composta de documentos necessários e medidas acautelatórias, dado que, a única diferença desta para o procedimento tradicional, consiste na não elaboração de ato convocatório¹⁴⁰.

Entretanto, isto não significa dizer que não há exceções à execução de formalidades, como nos caso em que há emergência, diante da qual, o tardamento de uma compra ou prestação de serviços, poderá ocasionar danos e comprometer valores orientadores da atividade estatal¹⁴¹.

Por esta perspectiva, esclarece-se que a ausência do certame licitatório e aplicação da contratação direta, decorrem de uma relação jurídica amparada legalmente, atentando-se aos encargos e exigências disponibilizados para que seja caracterizada inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Em função disso, Marçal Justen Filho exemplifica que: “não incidirá a obrigatoriedade da licitação, primeiramente, quando a instauração da relação jurídica for determinada por lei, tal como se passa, por exemplo, no caso das obrigações tributárias”¹⁴². Destarte, também não haverá licitação quando o vínculo for decorrente de manifestação de vontade unilateral, como nos casos em que ocorre a desapropriação de imóvel privado¹⁴³.

A Contratação Direta, por sua vez, é um procedimento que preza pela celeridade e razoabilidade, buscando evitar quaisquer prejuízos ao erário,

¹³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 75.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 391.

¹⁴¹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 55-56.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 55-56.

prezando, sem exceção, pelo interesse e bem estar de toda a população, resguardando a maior quantidade de patrimônio público possível.

São contratações que ocorrem entre a Administração Pública e os particulares sem a adoção do processo licitatório. Isto significa dizer que não haverá observância da legislação vigente no que tange aos trâmites tradicionais da licitação, bem como, a elaboração de edital para a compra do bem ou serviço requisitado.

Inclusive, a nova lei nº 14.133/2021 trouxe a redação do artigo 72, o qual, por sua vez, define a contratação direta, compreendendo os casos de dispensa e ilegitimidade de licitação, além de inovar na apresentação de novos requisitos, os quais estão elencados nos incisos I à V do mencionado dispositivo, conforme se verifica no ANEXO I desta monografia.

Portanto, atualmente será necessário o documento de formalização de demanda, a estimativa de despesa, pareceres jurídico e técnico, a compatibilidade de previsão dos recursos com o compromisso a ser assumido e a comprovação de que o contrato preenche as exigências mínimas de habilitação e qualificação imprescindíveis.

Outrossim, apesar das condições supramencionadas, a inovadora legislação propôs em seu § 4º do artigo 23, que a impossibilidade de estimação de valores não impede a contratação direta. Isto porque, o próprio contratado poderá demonstrar previamente que os preços são compatíveis com o mercado, mediante a apresentação de notas fiscais emitidas dentro do período de um ano para o produto, ou serviço, semelhante ao da contratação; ou através de outro meio idôneo de corroboração.

Similarmente, ressalta-se que com a nova norma, a contratação direta auferiu um prazo próprio para a divulgação do contrato, após efetivado o negócio jurídico. Isso se dá em razão do artigo 94 da Lei nº 14.133/2021, que disciplinou em seu inciso II que será disponibilizado o prazo de 10 (dez) dias úteis para a comunicação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Oposto ao que concebia a legislação anterior, a qual condicionava a divulgação na imprensa oficial até o quinto dia útil do mês seguinte ao da assinatura, para que ocorra em até vinte dias desta, independentemente do valor ou da modalidade aplicada ao processo licitatório em questão¹⁴⁴.

Vale lembrar, ainda, que a divulgação da contratação direta não pressupõe apenas a conclusão e escolha do contratado, mas também todos os documentos elencados no citado artigo 72 da Lei nº 14.133/2021, que deverão estar disponíveis para a consulta pública, em consonância com os princípios da publicidade e transparência.

Neste sentido, carece mencionar que as concepções trazidas pela nova lei acerca da contratação direta não continham respaldo na legislação anterior, embora a Lei nº 8.666/1993 compreendia, com menos especificidade, a inexigibilidade em seu artigo 25, e constata a dispensa de licitação em seu artigo 24, equivalentes aos artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021 (verificar ANEXO I).

Ademais, com as novas disposições, estabeleceu-se o crime de contratação direta ilegal, acrescido no artigo 337-E do Código Penal pelo artigo 178 da recente norma licitatória, imputando a prática àquele que admitir, possibilitar ou der causa à contratação em desacordo com a lei. Trata-se, portanto, de aperfeiçoamento legítimo do artigo 81 da Lei nº 8.666/1993, a qual disciplinava, a termos gerais, a dispensa e ilegitimidade de licitação em dissenso com as formalidades outrora estabelecidas (verificar ANEXO I).

Por fim, rememora-se que, em concordância com o parágrafo único do artigo 190 da nova lei, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr: “contratos firmados por dispensa ou inexigibilidade antes da vigência da lei nova seguem até os

¹⁴⁴ Art. 61, Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei. BRASIL. **Lei nº 8.666 21 de junho de 1993**. [S. l.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 14 set. 2021.

seus termos finais, de acordo com as suas disposições e com o regime em razão dos quais foram firmados”¹⁴⁵.

Desta forma, em razão da especificidade do artigo 191, caput, da Lei nº 14.133/2021 em utilizar a expressão “contratar diretamente”, está cristalino que, não só nos processos licitatórios, mas também em relação às contratações diretas, a Administração Pública poderá optar, pelo período de dois anos, por prosseguir com a inexigibilidade ou dispensa de licitação pelo regime que melhor lhe servir.

Pode afirmar-se para fins de contextualização, consoante ao entendimento de Marçal Justen Filho, “dispensa pressupõe uma licitação ‘exigível’. É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de ‘dispensa’ imposta por lei”¹⁴⁶.

Em consequência, para encerrar o item, carece narrar as etapas de escolha da parte contratada e das condições da contratação pela Administração Pública. Primeiramente esta exigirá da parte a comprovação das premissas de habilitação e qualificação mínima, abordados no artigo 72, inciso V da Lei nº 14.133/2021. Após, a própria administração deverá apresentar os motivos da escolha de determinado interessado, para, em seguida, justificar o preço da contratação, conforme os incisos VI e VII do mesmo dispositivo¹⁴⁷.

Sem demora, poderá estipular o objeto e as exigências da execução do contrato entabulado, determinar o valor efetivo, e confeccionar as estimativas orçamentárias, nos termos dos incisos I, II e IV do artigo 72 da Lei nº 14.133/2021¹⁴⁸.

No que tange à conclusão do procedimento de contratação direta, é necessário que ocorra uma análise da assessoria jurídica da Administração Pública, para que haja um controle prévio de legalidade, bem como, a autorização de

¹⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 14.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 397.

¹⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. p. 75.

¹⁴⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 75.

autoridade competente, que fará o controle efetivo de legalidade, conveniência e oportunidade, nos termos dos incisos III e VIII, ainda do mesmo artigo¹⁴⁹.

Neste norte, imprescindível reforçar que a nova Lei de Licitações trouxe uma inovação ao controle de legalidade do processo licitatório, inclusive, no que se refere à contratação direta. Isto porque, o art. 53, §§ 4º e 5º da Lei nº 14.133/2021 estabelece possibilidades de dispensa de parecer da assessoria jurídica nos casos “previamente definidos em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”¹⁵⁰.

Em síntese, atenta-se também ao fato de que a nova Lei de Licitações modernizou através de seu artigo 73 ao definir que, na contratação direta indevida, ocorrida por dolo, fraude ou erro grosseiro, haverá responsabilidade solidária do contratado e do agente público pelo dano ocasionado, sem prejuízo de outras sanções legais.

2.1.1 Dispensa de Licitação

O procedimento licitatório, mediante o já assinalado, preza pelo interesse público, pois, caso comprometa o seu alcance, com autorização do poder legislativo, deverá ser dispensado¹⁵¹. Neste sentido, esclarece Matheus Carvalho que a dispensa de Licitação “se verifica em situações em que [...] ela torna-se inconveniente ao interesse público, já que toda licitação envolve custos para a

¹⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 79.

¹⁵⁰ Art. 53, § 5º. É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. BRASIL. **Lei nº 8.666 21 de junho de 1993**. [S. l.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 14 set. 2021.

¹⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 53.

Administração e nas hipóteses de dispensa, o legislador o faz com uma ponderação de interesses”¹⁵².

Conforme Joel de Menezes Niebuhr, “as hipóteses de dispensa são taxativamente criadas pelo legislador”¹⁵³, consoante ao prescrito no artigo 37, inciso XXI, da CRFB/88. No que diz respeito a sua regulamentação, encontra-se especificamente no artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, correspondente ao anterior artigo 24 da Lei nº 8.666/1993.

Por conseguinte, é importante ponderar que nos casos em que houver dispensa, seria plenamente aplicável o procedimento licitatório habitual, devido à viabilidade de competição. Todavia, inequívoco que a legislação declare expressamente a desnecessidade do procedimento¹⁵⁴. Isto é, novos cenários de aplicação de dispensa de Licitação não podem ser criados ou inovados pelos próprios agentes administrativos, pois as hipóteses são estritas à norma¹⁵⁵.

Em complementação, isto significa dizer que, além de disciplinar expressamente sua conjuntura, a lei que delibera sobre as Licitações é titular exclusiva da matéria. Desta forma, tem-se que as circunstâncias que autorizam a dispensa de Licitação, apenas poderão ser decretadas por esta norma, ilegitimando quaisquer outras concepções promovidas por atos administrativos, decretos ou decisões que versarem sobre a questão¹⁵⁶.

Destaca-se que, em que pese seja dispensada a realização do processo licitatório comum, nas palavras de Marçal Justen Filho, “será imperioso adotar um procedimento que assegure tratamento isonômico para benefício dos potenciais interessados”¹⁵⁷, isto mediante uma avaliação de conveniência e oportunidade¹⁵⁸.

¹⁵² CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 497.

¹⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 53.

¹⁵⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 498.

¹⁵⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 53.

¹⁵⁶ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 498.

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 321.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 395.

Neste sentido, a ausência de procedimento licitatório deve ser uma exceção, não uma regra, de acordo com o já mencionado texto constitucional¹⁵⁹. É o que ocorre nos casos em que há emergência e a demora na contratação poderá ocasionar sérios prejuízos, pois até a conclusão do certame, os danos seriam irreparáveis¹⁶⁰.

Tanto nos casos de emergência, quanto de calamidade pública, será imprescindível a presença de demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano e a certificação de que a contratação direta é a via adequada e efetiva para eliminar o risco. A não contratação nas circunstâncias apresentadas, acarretará a responsabilização do agente que colocou os interesses em perigo¹⁶¹.

Há de se ressaltar que há diferença entre os conceitos de licitação dispensada e dispensável, correspondentes, respectivamente, aos artigos 76 e 75 da Lei nº 14.133/2021, pois, a correlata redação do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993 traria hipóteses em que o procedimento já estaria estritamente dispensado pelo legislador.

A Licitação dispensada, ou Licitação legal, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “é aquela que a própria lei declarou-a como tal”¹⁶², apresentando, aos olhos de Rafael de Carvalho, três características: rol taxativo; objeto do contrato restrito à alienação de bens e ausência de discricionariedade do administrador¹⁶³.

Desta forma, por meio deste cenário, não haverá possibilidade de se realizar um juízo de valor por parte do agente da Administração, havendo regulamentação legislativa irrefutável, a qual remete a um ato vinculado”¹⁶⁴.

No que se refere à Licitação dispensável, ou Licitação discricionária¹⁶⁵, o art. 75 representa prescrições do administrador. Todavia, mediante

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 539.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 404.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 407.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 326.

¹⁶³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 537.

¹⁶⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 498.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 537.

o entendimento de Marçal Justen Filho, na prática, não há relevante diferença, já que, em ambos os casos, não há vinculação, oposto ao que entende Matheus Carvalho e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, ocorrendo a manifestação da vontade do administrador que poderá dispensar ou não o trâmite¹⁶⁶.

Salienta-se que nem todas as circunstâncias descritas no novo artigo 76 da Lei nº 14.133/2021 tratam-se de dispensa, pois o inciso I, com exceção da alínea e), e o inciso II, alíneas a), b) e f), configuram inexigibilidade¹⁶⁷.

Conforme já aclarado, no entendimento de Marçal Justen Filho, “a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Este é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas”¹⁶⁸.

Ainda, em argumento mais complexo, o mesmo autor leciona sobre a formação da dispensa de Licitação:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação entre custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. A dispensa de licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela poderiam advir. A lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supra individuais¹⁶⁹.

Logo, os cenários que caracterizam desarmonia na relação de custo e benefício proposta podem ser classificados, conforme Marçal Justen Filho,

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 396.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 397.

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 397.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 398.

em: custo econômico, nos casos em que as despesas do procedimento forem maiores que os benefícios; custo temporal, quando a demora do trâmite provocar a ineficácia da contratação; ausência de potencialidade do benefício, nas ocasiões em que inexistente benefício aparente decorrente da Licitação; e função extra econômica da contratação, na qual a contratação não é baseada na vantagem econômica, vez que o órgão público possui outras finalidades¹⁷⁰.

Aliás, a dispensa de Licitação é igualmente amparada pelos princípios da economicidade e proporcionalidade, pois os valores econômicos envolvidos na contratação, ou melhor dizendo, despesas públicas e vantagens ao público devem ser proporcionais¹⁷¹.

Desequilíbrios como os relatados acima estavam presentes nos incisos X, XV, XIX, XXII, XXV, XXVI e XXVIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, coincidentes, respectivamente, às novas redações dos artigos 74, inciso V, e 75, inciso III, alíneas k), g), d) e f), e inciso XI, da nova Lei de Licitações. Estes dispositivos, apesar de definidos como dispensa, também constituem inexigibilidade¹⁷².

Logo, demanda relatar que o artigo 75, incisos I e II da Lei nº 14.133/2021 inovou ao delimitar a obrigatoriedade do trâmite regular somente para as contratações superiores ao patamar estabelecido¹⁷³. Por consequência, Joel de Menezes Niebuhr ressaltou as diferenças:

“[...] 1. Valor – Na Lei n. 14.133/2021 os limites da dispensa são de R\$ 100.000,00 e de R\$ 50.000,00, respectivamente para as hipóteses dos incisos I e II do artigo 75;

2. Objetos – O inciso I do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 refere-se a obras e serviços de engenharia e, também, aqui a novidade, a serviços de manutenção de veículos automotores. O inciso II, de natureza residual, abrange os de mais objetos não mencionados no inciso I. Na Lei n. 8.666/1993 a sistemática é parecida, no entanto o inciso I do artigo 24 trata apenas de obras e serviços de engenharia e não inclui no seu objeto serviços de manutenção de veículos automotores;

¹⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 398.

¹⁷¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 54.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 399.

¹⁷³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 54.

3. Parcelamento indevido do objeto – Na Lei n. 8.666/1993 o tema do parcelamento indevido do objeto é enfrentado já na redação dos respectivos incisos I e II do artigo 24. Já na Lei n. 14.133/2021, o parcelamento indevido é abordado no § 1º do artigo 75, indicando outros parâmetros [...]”¹⁷⁴.

Por fim, demonstra-se imprescindível encerrar o item com as palavras de Marçal Justen Filho, as quais retratam que “a Administração e seus agentes não são ‘donos’ dos recursos públicos”¹⁷⁵. A dispensa de Licitação, bem como, os demais procedimentos administrativos devem observar, acima de tudo, o bem comum e o interesse de todos os governados.

2.1.2 Inexigibilidade de Licitação

De acordo com o art. 74 da Lei nº 14.133/2021, a inexigibilidade de Licitação, diversamente da dispensa, é decorrente da inviabilidade de competição, qualificada nos incisos deste dispositivo, a qual poderá ser resultado da natureza especial da contratação, considerando o bem ou do serviço, ou até mesmo pelas finalidades sociais¹⁷⁶.

Em outras palavras, significa afirmar que o estabelecimento de um procedimento de dispensa deriva de uma proposta inexistente ou inadequada, todavia, ainda há viabilidade de competição. Esta conduz a uma criação legislativa, enquanto a inexigibilidade, em verdade, traduz hipóteses extra normativas, de natureza exemplificativa¹⁷⁷.

Doutrinariamente, segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a inviabilidade sucede duas situação que podem ser a “impossibilidade fática de competição” ou a “impossibilidade jurídica de competição”, enquanto suas características principais representariam um “rol legal exemplificativo” e a “vinculação do administrador”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 55-56.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 428.

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 334.

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 483.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 553.

Em termos mais objetivos, expõe Marçal Justen Filho ao referir-se à inexigibilidade, que tão somente a “‘inviabilidade de competição’ indica situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa”¹⁷⁹, já que, segundo o TCU há “apenas um determinado objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração”¹⁸⁰. Destarte, para Marçal, a inviabilidade é uma espécie caracterizada por peculiaridades e anomalias do procedimento comum¹⁸¹.

Os pretextos para que se caracterize a inviabilidade de competição dividem-se, principalmente, em duas espécies. A primeira está relacionada diretamente com as características do indivíduo contratado, enquanto a segunda, remete à natureza do objeto da contratação. Melhor dizendo, no discurso Marçal Justen Filho: “não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas”¹⁸².

Desta forma, entre os pressupostos que configuram a inviabilidade de competição, estão os elencados por Marçal Justen Filho e reafirmados por Matheus Carvalho¹⁸³: ausência de pluralidade de alternativas, a qual pode conter hipóteses como a existência de uma única solução técnica, de único representante comercial e exclusivo, da Súmula 255 do Tribunal de Contas da União¹⁸⁴, de monopólio, de padronização, de ausência circunstancial de interessados ou de dimensão territorial; ausência de mercado concorrencial, ausência de objetividade na seleção do objeto e ausência de definitiva da prestação a ser executada¹⁸⁵.

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 482.

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. p. 618 .

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 485.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 483.

¹⁸³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. p. 496-497.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 255**. Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 485-492

2.1.2.1 Inexigibilidade de Licitação para a contratação de serviços advocatícios

Especificamente, na inexigibilidade de Licitação para a contratação de particular, é imprescindível a observância de critérios, segundo Marçal Justen Filho, “variáveis e insuscetíveis de uma comparação objetiva”¹⁸⁶. Isto porque, em que pese seja atribuída à Administração a escolha de um indivíduo, não significa que poderá renunciar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade exigidos para qualquer ato administrativo¹⁸⁷.

Ademais, a contratação direta, neste caso, deve constituir uma exceção caracterizada pela inviabilidade de competição, além da ideal satisfação dos interesses públicos. Neste norte, destaca-se que tal inviabilidade poderá derivar do próprio objeto do contrato que deverá ser singular, do contratado que deve ser dotado de notória especialização ou dos motivos e situações que fundamentam a contratação¹⁸⁸.

Neste ponto, cabe averiguar que poderão haver particulares em situações similares de contratação, desta forma, não haverá escolha por total discricionariedade do agente público, pois esta prescinde de critérios impessoais, sendo possível que ocorra até mesmo um sorteio¹⁸⁹.

Todavia, há cenários que exigem a prestação de um serviço personalíssimo do particular, o que acarretará numa escolha por critérios mais subjetivos. Por este caminho, disciplina Marçal Justen Filho:

Não se faz licitação porque não há parâmetro de julgamento objetivo. Logo, a escolha da Administração pode recair sobre o sujeito que lhe for mais simpático ou cuja atuação for digna de maior confiança ou que estiver mais próximo dos ideais pessoais do agente público etc.¹⁹⁰.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 59.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 393.

¹⁸⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. In: VERRI JÚNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: revista dos tribunais, 1999. p. 47.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 394.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 394.

De toda forma, será necessário que se abra a possibilidade de acesso para os interessados, bem como, exijam-se requisitos, semelhante ao que se teria, caso fosse realizado o procedimento licitatório comum¹⁹¹.

Afinal, a lógica de contratação por inexigibilidade resume-se à busca da satisfação do interesse público pela melhor qualidade do serviço, pelo menor preço possível. Na ocorrência de propostas idênticas, deverá optar-se pela menos onerosa. Contudo, nada impede que a Administração contrate pela proposta mais cara, desde que fundamente sua decisão, seja pela qualidade ou pela reputação do particular, nos casos em que o preço exigido pelo mesmo serviço à terceiros seja similar¹⁹².

Todavia, há controvérsias, pois havendo opção, pode interpretar-se a existência de alguma viabilidade de competição. Por esta razão, para Hely Lopes Meirelles, inexigibilidade de Licitação deriva da “[...] impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz [...]”¹⁹³.

Contudo, demais doutrinadores, como Celso Antonio Bandeira de Mello, utilizam o termo “competição inútil”, consistindo na incerteza objetiva do agente em afirmar se a Licitação pode suprir a necessidade da Administração. O conceito, de certo modo, pode ser, com maior frequência, cabível às contratações diretas de advogados¹⁹⁴.

Conjuntamente, Rony Charles conceitua a competição inútil como:

[...] a inviabilidade tem como referência não apenas a competição, enquanto procedimento formal, mas enquanto instrumento de atendimento do interesse público, motivo pelo qual é inexigível uma licitação cuja obrigatoriedade o contrarie. [...] Nessa feita, competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória,

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 394.

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 394.

¹⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. p. 334.

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 514.

não ocorreria apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público)¹⁹⁵.

Portanto, passando-se à contratação pretendida, a nova redação do artigo 74, inciso III, trouxe a expressão completa de “serviços técnicos especializados”, a qual era encontrada no artigo 25, inciso II da Lei nº 8.666/1993 e remete à serviços que não podem ser avaliados de modo objetivo, pois, consiste na transformação, por meio das habilidades pessoas do particular, de um conhecimento teórico em uma resolução prática. Ressalta-se que tal comparação legislativa pode ser encontrada no ANEXO I desta monografia.

Deste modo, os prestação de serviço varia de acordo com o profissional contratado, pois cada um, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, *apud* Marçal Justen Filho: “desenvolverá atuação peculiar, inconfundível, reflexo de sua criatividade, criatividade essa que é precisamente o que a Administração busca”¹⁹⁶.

Portanto, a Administração Pública prima pelo “desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real”¹⁹⁷.

Em outras palavras, haverá um problema jurídico que a Administração deverá solucionar através da prestação de serviços de um Advogado particular especializado. Ao realizar a contratação, esta verificará que há diversos profissionais da advocacia, e que cada um terá uma ideia distinta daquilo que deverá ser feito, de acordo com sua própria criatividade.

Neste norte, ensina Marçal Justen Filho:

Consultem-se diversos advogados e cada qual identificará diversas soluções para a condução de uma causa. Todas elas poderão ser cientificamente defensáveis e será problemático afirmar que uma é “mais certa:” do que outra. Algumas alternativas poderão ser

¹⁹⁵ CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 175.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 497.

¹⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 498.

qualificadas como "erradas": mas mesmo essa qualificação poderá ser desmentida pela evolução dos fatos e tendo em vista a natureza contextual dos problemas enfrentados. Depois, cada advogado executará a solução técnica de modo distinto. Cada qual imprimirá à sua petição um certo estilo, valer-se-á de palavras diversas, de argumentos distintos. A condução de uma causa perante a Justiça ou a Administração nunca será exatamente idêntica a uma outra, realizada por advogado diverso. Isso significa que a personalidade do prestador do serviço será refletida na prestação executada, gerando variações subjetivas inafastáveis¹⁹⁸.

Por conseguinte, cabe destacar que o próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁹⁹, já em dezembro de 2018, publicou uma notícia, ratificada em sessão do Pleno da OAB, mediante a qual consignava que não poderá ser exigido processo licitatório para a contratação de advogados, tendo em vista a natureza de serviços prestados, seu trabalho intelectual e especializado, corroborando ao entendimento do STF no *habeas corpus* 86198-9-PR, do Ministro aposentado Sepúlveda Pertence.

Destarte, a notícia apontou que a exigência confrontaria o Código de Ética e Disciplina da OAB, pois, o procedimento de disputa de preços impulsionaria a mercantilização do serviço de advocacia.

Semelhantemente, declara Sidney Bittencourt que “toda contratação direta de advogado pelo Poder Público é lícita, dado o caráter fundamentalmente intelectual e pessoal do trabalho, não sendo sustentável a afirmativa de que, em face do princípio da igualdade [...] deva ser precedida de licitação”²⁰⁰.

Salienta-se que, por vezes é necessário atentar-se, pois, a contratação de profissional da advocacia pode representar um risco desnecessário a ser assumido pela Administração, já que muitas vezes é desarrazoado que promova a contratação de um particular para sua defesa em fatos que este não possui

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 498

¹⁹⁹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Administração pública não precisa de licitação para contratar advogado**. Brasília, 9 dez. 2008. Disponível em: <encurtador.com.br/eqqtF >. Acesso em: 15 set. 2021.

²⁰⁰ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 127.

conhecimento, quando em verdade, a Administração deverá manter um quadro próprio de profissionais da advocacia²⁰¹.

Ressalta-se, inclusive, que há determinações legislativas que atribuem competências exclusivas ao profissional da advocacia integrado na Administração Pública, as quais não poderão ser delegadas aos particulares contratados. Nos demais casos, reflete-se a questão da economicidade, pois considerando a variação de cada cenário, há de se fazer uma análise entre a opção menos onerosa ao órgão estatal, a manutenção de quadro próprio de advogados ou a contratação de serviços de advocacia terceirizados²⁰².

Outrossim, imprescindível elucidar que, mesmo nos casos em que a Administração Pública sustente advogados próprios pelo regime estatutário, poderá, em determinadas oportunidades, realizar a contratação de terceiros.

Através deste mesmo sentido, dispões Adilson Abreu Dallari sobre a contratação de advogado com quadro próprio de profissionais:

Portanto, não é possível sustentar que o simples fato de a Prefeitura já ter advogados ou procuradores em seu corpo permanente impede a contratação, em casos excepcionais, de especial dificuldade, de profissional de especial qualificação, pois não se trata de fazer algo que poderia ser feito pelos procuradores da Prefeitura. Se o prefeito poderia ou não contratar assessoramento técnico externo é questão atinente à autonomia administrativa do Município²⁰³.

Deste modo, conclui-se pela impossibilidade de Licitação para a contratação do trabalho intelectual e personalíssimo do advogado, vinculados a sua qualificação profissional, portanto, em desacordo total com o procedimento de busca de menor preço, cabendo ao agente da Administração Pública, a discricionariedade da escolha²⁰⁴.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 505-506

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 506.

²⁰³ DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. p. 52.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.192.332/RS**. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000806673&dt_publicac

2.1.2.1.1 Requisitos Legais

Acima de quaisquer condições, a contratação de Advogado por inexigibilidade de Licitação, deve orientar-se pelo interesse público e comum, com a finalidade de captar “o particular melhor qualificado, em melhores condições e para obter o melhor resultado possível”²⁰⁵

Por consequência, carece mencionar que o dispositivo anterior contava com três exigências para que a contratação se efetivasse, a inviabilidade de competição, um particular dotado de notória especialização e a presença de um objeto de natureza singular. Certifica-se que o terceiro requisito não mais consta no texto da Lei nº 14.1333/2021, como será exposto adiante²⁰⁶.

Previamente, tais requisitos que encontram-se articulados nas legislações licitatórias vigentes, são discernidos por Rafael de Carvalho como: a) serviço técnico, definido no artigo 13 da Lei nº 8.666/1993 e 6º da Lei 14.133/2021; b) serviço singular, o qual submete-se às peculiaridades do objeto e sua impossibilidade de satisfação por profissional comum; e c) notória especialização do contratado, com boa reputação e renome no mercado²⁰⁷.

Ademais, além das exigências explícitas na legislação, há o requisito oculto da confiança, embutido na contratação direta de Advogado, considerando a discricionariedade na escolha, e a necessidade de satisfação de um interesse coletivo pelo grau de intelectualidade e especialidade do profissional contratado²⁰⁸.

Sidney Bittencourt argumenta ser “a confiança do administrador público no profissional [...], de modo que, alcançando o auge da discricionariedade,

ao=19/12/2013>. Acesso em: 15 set. 2021.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 11.

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 496-497

²⁰⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. p. 555.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.705/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi Chedid. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 mar. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92228/false>>. Acesso em: 15 set. 2021.

possa inferir que o trabalho do profissional [...] é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”²⁰⁹.

Para mais, além do direito positivo já destacado acima, inexistente conceito mais completo para listar os requisitos de uma contratação direta nos termos desta monografia que a Súmula 39 do Tribunal de Contas da União:

Súmula nº 039. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei no 8.666/1993²¹⁰.

Deste modo, fundamental nortear-se pelos pressupostos que serão destacados a seguir, imprescindíveis ao alcance do êxito no procedimento de inexigibilidade de Licitação para atividades advocatícias.

2.1.2.1.2.1. Motivação

A motivação traduz-se na necessidade do agente da Administração Pública fundamentar sua escolha de contratar determinado particular. Conforme o disciplinado por Marçal Justen Filho, “há necessidade de motivação do ato decisório da Administração no tocante tanto à presença dos pressupostos para a contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita”²¹¹.

Desta forma, de acordo com Fernanda Marinela, “o administrador deverá não apenas justificar a presença dos pressupostos da ausência de licitação, com a respectiva documentação, como também apresentar o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta”²¹².

Ademais, pondera-se que discricionariedade na escolha do contratado, não significa que está livre de justificar os motivos que integram seus atos.

²⁰⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. p. 294.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 039**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 15 set. 2021.

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 396.

²¹² MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 14 set. 2021.

Complementarmente, consoante Adilson Abreu Dallari, “a licitude ou ilicitude da contratação vai depender de um exame cuidadoso de cada caso, assegurando-se ao contratado a possibilidade de demonstrar que todos os mandamentos legais foram observados”²¹³.

Em sequência, importa realçar que a ausência de motivação, poderá em certos casos ocasionar a nulidade da contratação, salvo se houver expressa comprovação de que o ato é válido em virtude da adequada e regular escolha, resultado do seguimento das normas²¹⁴.

Neste caso, a ausência de motivação caracterizará uma infração às atribuições da função pública exercida, além de, eventualmente, provocar a aplicação de sanções ao agente que realizou a contratação direta sem motivar seus atos²¹⁵.

2.1.2.1.2.2. Vedação ao superfaturamento

A nova Lei de Licitações atribuiu cenário importante aos valores dispendidos nas contratações efetuadas pela Administração, vez que redigiu o inciso III do artigo 11, onde consigna que um dos objetivos do trâmite é evitar o superfaturamento.

É de extrema importância que o preço a ser dispendido pela Administração Pública esteja dentro dos parâmetros razoáveis de aceitação, exigindo-se atenção dobrada nas contratações diretas, pois desamarradas de disputa de preços²¹⁶.

Aliás, há no Projeto de Lei nº 1.292/1995²¹⁷ substitutivos publicados em julho, novembro e dezembro de 2018, em concordância com §2º do

²¹³ DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. p. 49.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 396.

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 396.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 528.

²¹⁷ BRASIL. **PL 1.292, de 30 de novembro de 1995**. Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos

art. 67 do Projeto de Lei 6.814/2017, da Lei nº 14.133/2021, os quais, apesar de aguardarem apreciação do Senado que não será retomada, que determinam que tanto o fornecedor, quanto o prestador de serviços, responderão solidariamente pelo dano causado. O mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal de Contas da União²¹⁸.

Para tanto, a razoabilidade poderá ser certificada através dos valores exigidos pelo particular para a mesma atividade e contratantes diferentes²¹⁹, não havendo que se falar em padrão objetivo de mercado externo. Para isto, a nova Lei nº 14.133/2021 redigiu o §4º do art. 23, estipulando que o contratado apresente notas fiscais de seus serviços de mesma natureza da contratação, emitidas em até um ano antes da data do contrato, ou comprove mediante outras formas idôneas, dando literalidade ao entendimento, algo que não havia na Lei nº 8.666/1993²²⁰.

Isto significa dizer que, se o particular já labora com uma margem de lucro elevada e contrata com a Administração Pública pelo mesmo valor, isto não caracteriza superfaturamento²²¹.

Assim, poderá ter-se a contratação de um advogado que realiza a cobrança de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a confecção de uma petição, preço este que praticou com demais contratantes em até um ano anterior a contratação. Todavia, em que pese não caracterizar superfaturamento, já que trata-se do valor real do serviço profissional, não significa que seja razoável a contratação por parte da Administração Pública.

Acerca do descrito, Marçal Justen Filho exhibe o seguinte exemplo:

Suponha-se que um pequeno Município seja réu em ação de indenização, cujo valor é significativo em face da dimensão do orçamento local. A Administração municipal decide contratar um advogado especializado. Se for selecionar a alternativa

da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 14 set. 2021.

²¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**. p. 578.

²¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 528.

²²⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 74.

²²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 528.

indiscutivelmente mais adequada, acabaria por escolher um dos maiores advogados do Brasil, cujos honorários seriam tão elevados quanto a indenização pleiteada do Município! Essa seria, a toda evidência, uma solução inválida e defeituosa. A Administração deverá determinar quanto pode (deve) desembolsar e, dentro desse limite, escolher a solução mais satisfatória²²².

Ainda, necessário esclarecer que a contratação por valor onerosamente maior ao habitualmente recebido pelo particular, por si só, também não caracteriza superfaturamento, desde que as exigências contratuais da Administração Pública não sejam idênticas às anteriormente praticadas por este profissional, pois, caso contrário, haverá aumento injustificado²²³.

O fato é que a legislação guarda muitas peculiaridades no que diz respeito ao valor na contratação direta por inexigibilidade, já que, conforme o critério básico para tal, não há competição para comparação de preços. Desta forma, o único parâmetro acaba sendo apenas os mencionados preços praticados pelo particular²²⁴.

Outrossim, adianta-se que caso fosse possível realizar comparações utilizando-se dos valores pretendidos por outros interessados, não estaríamos falando de inexigibilidade que contém um serviço exclusivo, mas sim de uma Licitação comum²²⁵.

Por conseguinte, a nova Lei nº 14.1333/2021 trouxe a definição de superfaturamento no art. 6º, inciso LVII, alíneas a) à d), conceituando como o dano provocado ao patrimônio da Administração, podendo ser caracterizado diversas hipóteses, entre elas: a medição de qualidade superior ao efetivamente executado ou fornecido; a deficiência na execução de obras e serviços de engenharia, a qual pode acarretar na diminuição de sua qualidade, vida útil ou segurança; alterações em serviços de obras e engenharia que ocasionem desequilíbrio econômico-financeiro a favor do contratado; e alterações de cláusulas financeiras que promovam

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 503-504

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 529.

²²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 74.

²²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 77.

recebimentos contratuais antecipados, distorção de cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada de prazo contratual.

Acrescenta-se, de acordo com Marçal Justen Filho que “eventualmente, a conduta dos envolvidos poderia caracterizar inclusive figura de natureza penal”, já que o superfaturamento trata-se de hipótese de elevação necessariamente injustificada de preço²²⁶, lembrando que, segundo este, “não é válido desembolsar inadequadamente recursos públicos, sob pretexto da desnecessidade de licitação”²²⁷.

Assim sendo, para uma contratação de sucesso, nas palavras de Joel de Menezes Niebuhr, “Basta, apenas, que a escolha do futuro contratado seja motivada e que o preço seja compatível com o mercado, o que não depende, insista-se, de cotação direta de preços com outros fornecedores ou interessados”²²⁸.

Em conclusão, nos casos do advogado, quando a prestação for, por exemplo, um parecer jurídico de alta complexidade, exigir-se-á apenas as razões da escolha do indivíduo e que o preço esteja, subjetivamente, dentro do mercado, mas sem necessidade de se realizar uma consulta ou cotação com outros profissionais da advocacia²²⁹.

Ademais, se há possibilidade de se realizar uma cotação de preços com outros especialistas, significa que este outro profissional que orçou os valores pode também prestar o serviço pretendido pela Administração, indicando que há viabilidade competição, não cabendo inexigibilidade. É este o entendimento do Tribunal de Contas da União²³⁰, que corrobora o disciplinado pelo §4º do art. 23 da Lei nº 14.133/2021.

²²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 528.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 394.

²²⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 75-76.

²²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 77.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 22280/2019**. Recorrente: Alessandro de Castro, Jairo Stori Preissler, Eduardo Vaz da Costa Junior, Jose Antônio Fares e Marco Antônio Areias Secco. Entidade: Departamento Regional do Senai no Estado do Paraná; Departamento Regional do Sesi no Estado do Paraná. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 12 mar. 2019. Disponível em: <encurtador.com.br/FVX18>. Acesso em: 15 set. 2021.

Por fim, carece reportar que por ser uma novidade no ordenamento jurídico, o tema não encontra-se integralmente pacificado. A título de exemplo, Joel de Menezes Niebuhr entende como equivocado o precedente do Tribunal de Contas da União, pois mesmo que o serviço seja de um excelente profissional, “seria possível obter propostas de outros notórios especialistas e tomá-las como referência para a justificativa do preço contratado, sem que isso desfaça a situação de inviabilidade de competição”²³¹.

2.1.2.1.2.3. Notória especialização técnica

Para Marçal Justen Filho, serviço, relacionado com a nova lei de Licitações, “pode ser conceituado como a prestação, por pessoa física ou jurídica, de esforço humano (físico-intelectual) produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego, ou não, de materiais, com ajuda, ou não, de maquinário.”²³²

De acordo com a nova Lei de Licitações, no tocante à inexigibilidade de Licitação, este serviço, anteriormente mencionado, prescinde da demonstração de uma notória especialização técnica, a qual será adquirida por profissional ou empresa a ser contratada, através de experiência em estudos aprofundados, trabalhos científicos, publicações e cursos de pós-graduação²³³.

Serviço com notória especialização técnica, trata-se, sinteticamente, de um serviço técnico, que além de técnico, é profissional, e além de profissional, é especializado, não bastando uma habilitação genérica para o desempenho de serviços dotados dessa complexidade, além, de claro, da necessária utilidade efetiva e concreta do serviço a ser prestado, bem como da exigência de uma habilidade individual e capacitação peculiar do contratado.²³⁴

A profissionalidade do serviço, consoante Marçal Justen Filho, se “caracteriza quando uma atividade apresentar objeto próprio, e se desenvolver segundo regras inconfundíveis. Há profissionalidade quando o serviço adquire uma

²³¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 77-78.

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 234.

²³³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 48.

²³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 236.

identidade própria que o torna distinto perante outras espécies de atuação humana"²³⁵.

Em complementação, Sidney Bittencourt afirma que este profissional é “detentor de conceito no campo de sua especialidade que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”²³⁶

O entendimento já exposto, com relação à ideia geral de notória especialização técnica, exteriorizado por Joel de Menezes Niebuhr e Marçal Justen Filho, nada mais é o que o texto legal dispõe no artigo 74, §3º da Lei nº 14.133/2021:

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O dispositivo acima transcrito, presente na nova Lei de Licitações, foi identicamente reproduzido da Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 25, §1º.

A principal mudança trazida pela nova Lei de Licitações foi a abstração da necessidade de que os serviços técnicos prestados por profissionais, ou empresas com ostensiva especialização, sejam definidos como singulares, singularidade essa que será pormenorizada no tópico seguinte.

Tal alteração é evidenciada ao promover a simples leitura do artigo 74, inciso III da Lei nº 14.133/2021 e o artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Além do mais, vale destacar a redação do art. 13 da mesma Lei nº 8.666/1993, que teve semelhantemente sua redação acrescida da natureza intelectual no artigo 6º, inciso XVIII da Lei nº 14.133/2021.

Outrossim, procurando maior segurança jurídica e afirmação da especialidade da advocacia, houve, antes da nova Lei de Licitações, a publicação da

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 235.

²³⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. p. 291.

Lei nº 14.039/2020, que, por sua vez, acresceu o Estatuto da OAB²³⁷ com o art. 3º-A²³⁸, o qual reforça a natureza técnica e singular de seu serviço, quando comprovada sua notória especialização além de comportar as mesmas hipóteses do artigo 74, §3º da Lei nº 14.133/2021.

Ressalta-se que esta Lei nº 14.039/2020 foi a responsável pelo preenchimento de uma lacuna de um conceito que já vinha, há tempos, sendo discutido e controvertido através dos diversos entendimentos jurisprudenciais

Assim, a mesma lógica deve ser adotada no que diz respeito à delegação das funções atribuídas pela contratação do artigo 74, inciso III da Lei nº 14.133/2021, dado que, segundo Joel de Menezes Niebuhr, o serviço prestado “[...] é de natureza personalíssima, por efeito do que se deve adotar postura restritiva em relação à possibilidade de subcontratação ou de atuação de terceiros na execução dos sobreditos contratos”²³⁹.

Consequentemente, para que a contratação deste tipo de profissional seja efetivada, em respeito às características exigidas pela legislação, a Administração Pública deverá observar a performance do profissional em atividades anteriores à contratação, as quais devem ser recheadas de experiências idôneas e repleta de resultados efetivos que sejam compatíveis com o objetivo do contrato²⁴⁰.

2.1.2.1.2.4. Singularidade do objeto

A singularidade deriva da ausência de opções genéricas capazes de satisfazer o interesse público buscado na contratação pela Administração. Por este motivo, todos os casos que remetem à inviabilidade de competição, possuem um objeto singular a ser suprido²⁴¹.

²³⁷ BRASIL. **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: 15 set. 2021.

²³⁸ Art. 3ºA. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei. BRASIL. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. [S. I.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

²³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 48.

²⁴⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 47.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 486.

Consoante ao entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “[...] singular é a característica do objeto que o individualiza, o distingue dos demais. É a presença de um tributo incomum na espécie, diferenciador”²⁴². Em consequência, a natureza do objeto do procedimento é infungível. Em outras palavras, é insubstituível, na espécie, qualidade e quantidade²⁴³.

No entanto, ressalta-se, por intermédio do conceito de Marçal Justen Filho, que “singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo”²⁴⁴. Isto porque, conforme o próprio Tribunal de Contas da União, “a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado”²⁴⁵.

Desta forma, para descobrir se a contratação possui natureza singular, imperioso observar se o interesse a ser atendido compreende matéria de baixa ou alta complexidade, e se poderá ser satisfeito com uma atuação padrão ou exige certa particularidade²⁴⁶.

Isto porque, quando há singularidade, há presença de situação extraordinária, anormal, a qual não poderá ser colocada em mãos de qualquer profissional²⁴⁷, já que, embora não seja um serviço único, exige certo grau de confiabilidade do prestador, aliás, descreve Eros Roberto Grau que “outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa”²⁴⁸.

²⁴² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 308.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 486.

²⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 498.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2993/2018**. Recorrente: identidade preservada. Entidade: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM). Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 12 dez. 2018. Disponível em: <encurtador.com.br/nqsD3>. Acesso em: 15 set. 2021.

²⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 498-499

²⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 498-499

²⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo**: (estudos sobre a interpretação da lei). p. 162.

Por este mesmo ângulo, argumenta Marçal Justen Filho:

[...] não basta reconhecer que o objeto é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração. É necessário examinar se um profissional qualquer de qualificação média enfrenta e resolve problemas dessa ordem, na atividade profissional comum. Ou seja, a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. Portanto, o conceito de "natureza singular" é relativo²⁴⁹.

À Vista disso, a Administração fará a contratação de um advogado, pois não dispõe de um profissional jurídico próprio capaz de sanar algumas de suas necessidades²⁵⁰.

A singularidade conduz a uma realidade em que não possa existir outra alternativa para a satisfação do interesse tutelado pelo Estado, senão a contratação de, estritamente, determinado indivíduo mais adequado ao caso. Aliás, somente desta forma haverá validade da contratação direta²⁵¹.

Não obstante, assim como nas demais etapas, é crucial atentar-se sempre pela razoabilidade, pois, embora a obrigatoriedade resida na opção mais adequada ao deslinde do interesse, perde seus efeitos quando não há uma relação de custo-benefício para a Administração, que poderá, neste caso, optar por uma contratação menos onerosa²⁵².

No que tange à previsão legal, é de extrema relevância mencionar que a natureza singular é, de forma expressa, exclusiva do artigo 25, inciso II da Lei nº 8.666/1993. A nova Lei nº 14.133/2021, no que diz respeito ao artigo 74, inciso III, correlato ao anterior, retirou o conceito de singularidade e realçou o serviço predominantemente técnico especializado de natureza intelectual²⁵³.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 499.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 502.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 503.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 503.

²⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 43.

Neste norte, clarifica-se que a mesma ausência do termo singular ocorreu com o artigo 30, inciso II da Lei nº 13.303/2006, o qual regulamenta a inexigibilidade para empresas estatais, sendo suficiente para a contratação a notória especialização do contratado e a existência de um serviço técnico que seja especializado²⁵⁴.

Em virtude da retirada, há no meio jurídico profissionais que entendam pela impraticabilidade do dispositivo, vez que, sem a presença do termo, seria possível que houvesse a contratação direta por inexigibilidade para sanar serviços de natureza comum, cotidiana. Consequentemente, se o serviço é habitual, pode ser prestado por qualquer indivíduo dotado de notória especialização, havendo viabilidade de competição.

Deste modo, essencial verificar que já houve manifestação do Tribunal de Contas da União sobre o tema, entendendo que é necessária a natureza singular do serviço para que seja devida a inexigibilidade. Assim, em que pese o posicionamento seja referente ao artigo 30, inciso II da Lei nº 13.303/2006, há de se considerar que seja de redação análoga ao artigo 74, inciso III, da Lei nº 14.133/2021.

A contratação direta de escritório de advocacia por empresa estatal encontra amparo no art. 30, inciso II, alínea "e", da Lei 13.303/2016, desde que presentes os requisitos concernentes à especialidade e à singularidade do serviço, aliados à notória especialização do contratado. TCU, Acórdão no 2761/2020, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Julg. 14/10/2020²⁵⁵.

Assim, conclui-se que, mesmo ausente, expressamente, do texto da nova Lei de Licitações, permanece a exigência de que exista um serviço singular a ser executado.

Nada obstante, a atividade advocatícia é um serviço de natureza singular. Assim, com o objetivo de complementar, colhe-se as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, *apud* Marçal Justen Filho:

A natureza singular do serviço advocatício caracterizar-se-á em virtude da presença de requisitos de diferente natureza: a complexidade da questão, a especialidade da matéria, a sua

²⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 44.

²⁵⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. p. 46.

relevância econômica, o local em que se exercitará a atividade, o grau de jurisdição e assim por diante. [...] existem centenas ou milhares de processos e a singularidade decorre dessa circunstância quantitativa. É impossível sumariar todas as características aptas a produzir a singularidade de um serviço advocatício[...]²⁵⁶.

Logo, como nas demais etapas e configurações dos requisitos para a contratação de advogado por meio de inexigibilidade de licitação, a caracterização de seu trabalho, seja no campo da singularidade do serviço, nos valores da prestação, nos motivos de sua escolha ou na avaliação de sua capacidade como profissional especializado, é subjetiva e interpretativa do agente da Administração Pública. Portanto, poderá variar de acordo com o órgão contratante.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 507.

CAPÍTULO 3

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO

3.1 A CARACTERIZAÇÃO DE ATOS ÍMPROBOS

A presença de probidade remete à atributos de retidão, integridade de caráter, honestidade e honradez. Portanto, a Improbidade, por sua vez, se confirmará com a ausência de tais requisitos²⁵⁷.

Não rara será a contratação de profissionais especializados e adequadamente qualificados para a prestação de assessoria e consultoria jurídica ao ente público, sem qualificar ilegalidade ou Improbidade²⁵⁸.

De início, impende esclarecer que a Lei nº 8.429/1992²⁵⁹, instituiu três categorias que são capazes de caracterizar a Improbidade Administrativa, a primeira consiste nos atos que promovem o enriquecimento ilícito; enquanto a segunda, destaca os atos que causam lesão ao erário; e a terceira, por sua vez, define as condutas que atentam contra os princípios da Administração Pública.

O enriquecimento ilícito, exposto na redação do caput do artigo 9º compreende a obtenção de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades

²⁵⁷ FARIA, Gabriela de Lacerda. **Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação** – a questão do dano *in re ipsa* e a possibilidade de comprovação de ausência de dano. Dissertação Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. p. 17.

²⁵⁸ COPOLA, Gina. **Contratação de advogado por prefeitura que possui procuradoria jurídica é ato de improbidade?** Revista Síntese, nº 102, p. 73, jun. 2014.

²⁵⁹ BRASIL. **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: 14 out. 2021.

mencionadas no artigo 1º da mencionada lei²⁶⁰. Os infratores deste ato responderão às penas descritas no artigo 12, inciso I.

Já a lesão ao Erário, situada no artigo 10, poderá ocorrer mediante qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no anteriormente mencionado artigo 1º, além das práticas já estabelecidas nos 21 (vinte e um) incisos seguintes. O causador do dano poderá incorrer nas penas do inciso II do artigo 12.

Destarte, qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o artigo 10, também implicará em Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar nº 157 de 2016²⁶¹, e com penas dispostas no inciso IV do artigo 12.

No que tange à violação de princípios da Administração Pública, disposta no artigo 11, ocorrerá por intermédio de ação ou omissão. Aliás, a violação de deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições do mesmo artigo 1º, também configurará Improbidade Administrativa e resultará na aplicação das penas previstas no inciso III do artigo 12.

Importante complementar utilizando o trecho produzido por Jonatas Ribeiro Benevides e Zaiden Geraige Neto, mediante o qual há esclarecimento de “que os atos tipificados nos arts. 9º a 11, da LIA, são meramente exemplificativos,

²⁶⁰ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. BRASIL. **Lei Nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. [S. l.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁶¹ BRASIL. Lei Complementar nº **157, de 29 de dezembro de 2016**, Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm#art4>. Acesso em: 13 out. 2021.

podendo ocorrer outros atos que sejam considerados ímprobos, sem que necessariamente estejam previstos nos referidos artigos”²⁶².

Destarte, justamente por compreender um rol taxativo, contém tipo excessivamente abertos, e isso, segundo Gina Copola, “revela verdadeira temeridade, porque tem causado a aplicação da lei de forma absolutamente desmedida e desproporcional, e totalmente divorciada do Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”²⁶³.

3.1.1 Elementos fundamentais da responsabilização pelo ato de Improbidade Administrativa

3.1.1.1 A Boa-fé objetiva como pressuposto do ato administrativo

A Boa-fé é, não só um elemento que se espera na conduta do indivíduo, mas uma obrigação, pois, opostamente, não haveria cumprimento de diversos princípios da Administração Pública, como o da lealdade²⁶⁴.

Portanto boa-fé é um pressuposto do ato administrativo válido. Inclusive, foi neste sentido que julgou a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos de nº 0904612-23.2015.8.24.0054. Isto porque, no Acórdão há expressa declaração de desprovimento com base na ausência de conduta dolosa por ambas as partes da contratação, agentes públicos e advogada²⁶⁵:

²⁶² GERAIGE NETO; Zaiden; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. **O advogado público e a prática de improbidade administrativa na contratação do profissional do direito por dispensa ou inexigibilidade de licitação sem o preenchimento dos critérios legais e suas consequências**. Revista Jurídica, Curitiba. 18 mai. 2016. Disponível em: <DOI:10.6084/m9.figshare.3384877>. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁶³ COPOLA, Gina. **Os vinte e cinco anos da lei de improbidade administrativa e o estado democrático de direito. Uma reflexão sobre os temas de relevância**. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 37, set. 2017.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

²⁶⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0904612-23.2015.8.24.0054**. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelados: Diógenes Della Giustina Formiga de Moura e Fabiana dos Santos Linhares. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público. Florianópolis, 10 set. 2019. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAPcQbAAL&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 out. 2021.

[...] Além disso, não há prova da má-fé ou da desonestidade dos agentes para enquadrá-los na prática de ato de improbidade administrativa, bem assim que eles tinham a intenção de ferir o princípio da administração pública e burlar a Lei de Licitações e de Contratos Administrativos, razão pela qual não se pode atribuir aos envolvidos a necessária conduta dolosa, seja dolo direto, ou dolo genérico, na medida em que em nenhum momento foram apresentadas provas que possibilitassem identificar a conduta ímproba exigida pelo texto legal.

Como se viu acima, não basta o simples descumprimento da lei, é necessário que este esteja acompanhado da consciência da ilegalidade perpetrada e da má-fé, elemento essencial e que se coloca como premissa fundamental da atitude do ímprobo. [...]

Ademais, nos mesmos termos doutrinou Waldo Fazzio Junior, ao pronunciar que “a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-fé do administrador”²⁶⁶.

Isto significa dizer que não basta a violação e a ilegalidade, é indispensável a ausência de boa-fé na conduta das partes, presente na imoralidade do indivíduo. Pois, somente desta forma, será plausível a condenação por Improbidade Administrativa.

3.1.1.2 Prejuízo ao Erário

O superfaturamento já tornou-se assunto recente desta Monografia e, como consequência, já é possível evidenciar que os recursos à disposição da Administração Pública são limitados. Deste modo, toda operação realizada pelo órgão estatal traduz-se em uma relação de custo-benefício, sob a ótica do princípio da economicidade, objetivando a busca da melhor e mais vantajosa solução²⁶⁷.

Mediante este ângulo, disserta Marçal Justen Filho:

Como regra, as contratações promovidas pela Administração apresentam um custo. Esse custo consiste não apenas no montante de recursos transferidos para terceiros. Mais do que isso, o custo

²⁶⁶ FAZZIO JUNIOR., WALDO. **Atos de Improbidade Administrativa**: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007. p. 163.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 72.

imposto à Administração se relaciona com a necessidade de opção entre diversas soluções mutuamente excludentes [...].²⁶⁸

Por este motivo, imprescindível que seja realizada uma avaliação orçamentária antes de qualquer desembolso, para que o órgão estatal desenvolva suas atividades de forma razoável, transparente e com suas prioridades bem delineadas²⁶⁹.

Inclusive, no que diz respeito à finalidade do artigo 10-A, José dos Santos Carvalho Filho leciona que “o legislador pretendeu evitar os efeitos danosos causados ao patrimônio público em consequência da má gestão do sistema tributário e financeiro por administradores municipais”²⁷⁰.

Destarte, ressalta-se que a contratação direta, semelhantemente ao procedimento licitatório comum, deve demonstrar que o preço do serviço está razoavelmente de acordo com o mercado, atendendo à justificação do inciso VII, do artigo 72, da Lei nº 14.133/2021²⁷¹.

Isto porque, quando há o dispêndio de valores em determinada contratação, automaticamente há o comprometimento destes na satisfação das demais necessidades da Administração Pública. Portanto, esta deve resguardar o maior montante possível em suas operações para que possa cumprir com o maior número de obrigações pendentes²⁷².

Aliás, necessário atentar-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a conduta causadora da Improbidade Administrativa, configurada através do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, “exige, para sua configuração, além da prova da lesão ao Erário, conduta dolosa ou culposa do agente”²⁷³.

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 71.

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 85.

²⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2018. P. 1161.

²⁷¹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. p. 296.

²⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. p. 71.

²⁷³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1190740/MG**. Recorrente: Ministério

Mediante esta mesma perspectiva, sustenta Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

[...] sempre será necessária a ocorrência da lesão ao patrimônio público para a incidência do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, o que é constatado pelo teor do caput deste e pelo teor do art. 12, II, o qual fala em 'ressarcimento integral do dano' na hipótese do art. 10, enquanto nos demais casos de improbidade tem-se o dever de 'ressarcimento integral do dano, quando houver'²⁷⁴.

Dolo, na concepção de Diógenes Gasparini, neste caso, é a “vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação”²⁷⁵.

Destaca-se que o dolo poderá ocorrer tanto pela livre manifestação de vontade do indivíduo em praticar o ato ilícito, caracterizando dolo direto, quanto pela adoção do risco que a conduta pode produzir, chamando-se dolo eventual.

Assim, em que pese a exigibilidade do dolo na conduta, a ausência de comprovação de efetivo dano ao erário, quando imputada a Improbidade Administrativa por intermédio do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, afasta a condenação do indivíduo²⁷⁶.

Outrossim, “a condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, demanda a comprovação do nexos causal entre

Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria da Conceição Corrêa e outros. Relator: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000693355&dt_publicacao=12/08/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁷⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 252.

²⁷⁵ GASPARINI, Diógenes. **Crimes na licitação**. 4. ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011. p. 102

²⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1181806/SP**. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 07 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000344170&dt_publicacao=02/12/2013> Acesso em: 14 out. 2021.

a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal”²⁷⁷, não correspondendo a um dano presumível.

3.1.1.3 A violação de princípios da Administração Pública

Para a qualificação da Improbidade Administrativa, motivada por atos que contrariem os princípios da Administração Pública, basta a presença de dolo, sendo irrelevante o efetivo prejuízo ao Erário, em concordância com o que disciplina o próprio Superior Tribunal de Justiça²⁷⁸.

Isto porque, segundo Waldo Fazzio Junior, “ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do artigo 11”²⁷⁹.

Conforme Gabriela de Lacerda Faria, este artigo também está relacionado com a moralidade e a probidade²⁸⁰.

Inclusive, nestes exatos termos se referiu o Ministro Herman Benjamin ao expor que “é indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos arts. 9 e 11 da Lei n.8429/92, a existência de dolo genérico, consubstanciado na 'vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora’”²⁸¹.

²⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 107758/GO**. Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás. Agravado: Odonto Médica Brasil Ltda. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 dez. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102528290&dt_publicacao=10/12/2012> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 1177579/PR**. Agravante: Derli Antônio Donin e outros. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Brasília, 16 ago. 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000171465&dt_publicacao=19/08/2011> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁷⁹ FAZZIO JUNIOR., WALDO. **Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. p. 164.

²⁸⁰ FARIA, Gabriela de Lacerda. **Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação – a questão do dano *in re ipsa* e a possibilidade de comprovação de ausência de dano**. p. 20.

²⁸¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 765212/AC**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista de Souza e outro. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Brasília, 02 mar. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501086508&dt_publicacao=23/06/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

Por este ângulo, ressalta-se o conceito atribuído por Gina Copola:

[...] sem a figura do dolo é virtualmente impossível a caracterização de improbidade administrativa, porque o ímprobo é aquele que teve a vontade, a intenção, ou o animus de causar lesão ou prejuízo ao erário público, bem como aos princípios constitucionais que norteiam a Administração²⁸².

3.2 CONSEQUÊNCIAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DA CONTRATAÇÃO DIRETA

As violações destacadas nos itens anteriores poderão resultar para os praticantes da improbidade, as penas previstas no artigo 37, §4º da CRFB/88²⁸³.

Do mesmo modo coloca José Afonso da Silva: “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º)”²⁸⁴.

Ademais, a lei citada neste dispositivo constitucional corresponde aos incisos do artigo 12 da Lei nº 8429/92, os quais serão aplicados independentemente das sanções penais, civis e administrativas incluídas em outras legislações específicas, de forma isolada, ou, ainda, cumulativamente.

Logo, se o indivíduo foi condenado por ato de Improbidade Administrativa mediante a conduta do artigo 9º, poderá responder, conforme o inciso I do artigo 12, pela “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”,

²⁸² COPOLA, Gina. **Os vinte e cinco anos da lei de improbidade administrativa e o estado democrático de direito. Uma reflexão sobre os temas de relevância**. p. 35-45.

²⁸³ Art. 37, §4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 669 .

pelo “ressarcimento integral” do eventual dano, pela “perda da função pública”, ou até mesmo pela “suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos”.

Além disso, poderá o infrator que enriqueceu ilicitamente ser condenado ao 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”.

No que tange aos violadores das hipóteses descritas no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, estes poderão ser submetidos, conforme o inciso II do artigo 12, ao “ressarcimento integral do dano, à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, “perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos”.

Destarte, também há previsão de “multa civil de até duas vezes o valor do dano” e as mesmas proibições de contratação, recebimento de benefícios ou incentivos, ainda que pela pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, mediante o prazo de cinco anos.

Já na hipótese de transgressão do artigo 11 para a ocorrência da Improbidade Administrativa, o sujeito poderá ser obrigado, mediante o inciso III do mesmo dispositivo, semelhantemente ao “ressarcimento integral do dano”, “perda da função pública” e “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos”.

Destaca-se que, neste caso, a multa civil prevista é agravada para o pagamento de “até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente”, além da “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 três anos”.

Similarmente, a consumação dos atos tratados no artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa, nos termos do inciso IV do artigo 12, poderão ocasionar a “perda da função pública”, a “suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e multa civil de até três vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido”.

Ressalta-se que os critérios a serem utilizados pelo julgador na fixação das mencionadas sanções, serão, em regra, a extensão do dano provocado e o proveito econômico obtido, em conformidade com o previsto no parágrafo único do dispositivo 12.

Inclusive, o §2º do artigo 23 da Lei nº 13.644/2018 determina que os critérios a serem considerados serão “a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Para mais, passando à hipótese de superfaturamento, salienta-se que a Lei nº 8.666/1993 dispõe no texto do artigo 25, § 2º, que este, se presente na contratação direta, poderá acarretar a responsabilidade solidária do contratado e do agente público pelos danos causados ao órgão estatal. Embora o conceito não tenha prosseguido na Lei nº 14.133/2021, entende-se que este esteja englobado na redação do artigo 73 da mencionada legislação.

Assim sendo, conforme o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby., há três rumos que podem ser tomados para verificar a legalidade da conduta adotada pelos agentes públicos, bem como, a definição da sanção a ser aplicada:

- a) no próprio órgão, em processo administrativo (na esfera federal, os servidores vinculados ao regime jurídico único, instituído pela Lei nº 8.112/90, responderão a processo administrativo disciplinar, com garantia de ampla defesa, nos termos do art. 143, do precitado diploma legal; a apuração de responsabilidade constitui um dever para os superiores hierárquicos, nos termos desse mesmo dispositivo);
- b) pelas cortes de contas, em processo de tomada de contas especial, que é um tipo de procedimento administrativo, de natureza peculiar, instituído para apurar responsabilidades que, em decorrência da conduta de agentes públicos, tenha gerado prejuízo ao erário;
- c) em ação civil pública ou popular, no âmbito judicial, sendo que ficarão responsáveis, então, pelo ônus da prova do superfaturamento, a administração ou o Ministério público²⁸⁵.

²⁸⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta. 10. ed. Belo Horizonte, 2016. p. 368-369.

Outrossim, é possível que o ressarcimento do valor seja feito por iniciativa do próprio interessado, prontamente ao órgão que detectou a ilegalidade, por meio da via administrativa, ou, ainda, no processo de tomada de contas especiais, no momento da citação²⁸⁶.

Frisa-se que em ação de execução de dívida do Tribunal de Contas, havendo acórdão condenatório, este terá força de título executivo, nos termos do art. 71, § 3º e 75 da CRFB/88.

Em conclusão, imprescindível destacar que as penas relatadas acima dispõem de prazo prescricional de cinco anos, descrito no artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

Aliás, especificamente no caso do dano causado ao erário, cabe apontar, consoante as palavras de José Roberto Pimenta Oliveira, a forma de aplicação do prazo prescricional para os atos de Improbidade Administrativa:

O prazo legal (art. 23), quando consumado, é impeditivo da qualificação do ilícito como improbidade administrativa por parte do Poder Judiciário competente, mas em nada interfere na qualificação do fato como ilícito civil causador de prejuízo ao erário, cuja indenização civil deverá ser buscada, nas vias judiciais ou extrajudiciais próprias.²⁸⁷

Destarte, o mesmo prazo é estabelecido para que a Administração anule os atos administrativos que decorram em efeitos favoráveis aos destinatários, segundo o artigo 54 da Lei nº 9.784/99²⁸⁸.

De igual forma, o artigo 1º da norma que regulamenta estritamente sobre a prescrição da ação punitiva da Administração Pública, determina cinco anos para a apuração de infrações à legislação em vigor²⁸⁹.

²⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. p. 297.

²⁸⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 214-215.

²⁸⁸ BRASIL. **9.784, de 29 de janeiro de 1999**, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁸⁹ Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Contudo, nas palavras de Rafael Munhoz de Mello “nada impede, porém, que outros prazos sejam estabelecidos pelo legislador”²⁹⁰.

Inclusive, por este viés é a redação do §5º do artigo 37 da CRFB, o qual contém a indicação de aplicações de prazos prescricionais divergentes para ilícitos praticados por qualquer agente, seja ele servidor ou não, e que, por sua vez, prejudiquem o erário, de acordo com a legislação específica para tal, ressalvadas as ações de ressarcimento.

Logo, segundo Adilson Abreu Dallari, “é preciso insistir em que a ação civil pública movida pela prática de ato de improbidade administrativa não é ação de cobrança ou de ressarcimento. Sua finalidade primordial e elementar é a defesa da probidade administrativa”²⁹¹.

Portanto, conforme o supracitado Autor, o ressarcimento é imprescritível, pois é totalmente diverso do conceito de aplicação das sanções reportadas, sendo que estas devem, a exemplo da multa civil, impor uma consequência jurídica que desestime a prática das infrações correspondentes²⁹². Todavia, a imprescritibilidade não se aplica ao Ministério Pública, mas tão somente ao órgão lesado²⁹³.

Por fim, reforça-se que o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa abre espaço para o princípio da presunção de inocência, já que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só será efetivada com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto, no entendimento de Francisco Otávio de Almeida Prado, não pode ser atribuído ao acusado “o ônus de provar sua

BRASIL, **9.873, de 23 de novembro de 1999**. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm> Acesso em: 14 out. 2021.

²⁹⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 252.

²⁹¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, n. 141, p. 40, set/dez. 2010.

²⁹² DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. p. 41

²⁹³ COPOLA, Gina. **Os vinte e cinco anos da lei de improbidade administrativa e o estado democrático de direito. Uma reflexão sobre os temas de relevância**. p. 8

inocência”, tampouco poderá ser aceita “a antecipação das sanções de maior gravidade” antes da respectiva condenação definitiva²⁹⁴.

3.3 AS PRERROGATIVAS DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA

É assegurado pela CRFB/88 no artigo 5º, inciso IV, o direito de defesa a todos os litigantes, seja judicial ou extrajudicialmente. Logo, aconselham Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, que “é elementar que quem quer os fins deve dar os meios a isso necessários. Portanto, quando se fala no princípio da ampla defesa, na verdade está se falando dos meios para isso necessários”²⁹⁵.

Tal formulação é fundamental, pois, deste modo, há obrigação dos tribunais de contas de informarem aos particulares contratados sobre a existência de processos que figuram como partes, conduta que não era praticada nas últimas décadas²⁹⁶, cumprindo com a determinação do inciso II do artigo 3º da lei que regula o processo administrativo.

Neste norte, restou elaborada a Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa nas decisões que podem acarretar a anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado. Ratifica-se que apesar do dispositivo mencionar somente o Tribunal de Contas da União, tal preceito é aplicado a “todo e qualquer tribunal de contas”²⁹⁷.

A propósito, o artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.784/99 é claro ao estipular que é direito do administrado, tanto a formulação de alegações, quanto a apresentação de documentos probatórios, para que sejam analisados pela Administração Pública, antes da elaboração da decisão correspondente.

Em continuidade, cumpre asseverar que a Constituição da República Federativa do Brasil e demais leis, destinam ao profissional da advocacia,

²⁹⁴ PRADO, Francisco Otávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 46-47.

²⁹⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90.

²⁹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. p. 43.

²⁹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. p. 46.

prerrogativas que lhe garantem especiais imunidades para o exercício de suas funções.

Pois, assim prescreve a redação do artigo 133 da CRFB/88: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Semelhantemente, o Estatuto da OAB define no artigo 2º a indispensabilidade do advogado para a administração da Justiça, listando no §1º a função social de sua profissão, e no §3º, a inviolabilidade de seus atos e manifestações, nos limites da lei.

Nas palavras de Jean Colbert Dias e Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, acerca das previsões legislativas:

A interpretação conjunta da norma maior e o do Estatuto do Advogado traduz-se que não só a atuação jurisdicional do advogado como também a emissão de pareceres jurídicos estão incluídos entre os atos e manifestações profissionais que são dotados de inviolabilidade profissional e, portanto, não poderiam gerar qualquer espécie de responsabilização ao seu emissor²⁹⁸.

Ressalta-se que, à exemplo do parecer, há controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias na consideração deste como elemento meramente opinativo ou vinculativo do ato administrativo. Por sua vez, Hely Lopes Meireles adota o entendimento da mera opinião, pois, “o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade ordinária, negocial ou punitiva²⁹⁹.”

Por conseguinte, consoante já relatado no tópico anterior, para que o profissional goze de tal imunidade, seja um parecer ou outro documento jurídico,

²⁹⁸ DIAS, Jean Colbert; SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de. **O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização do advogado parecerista por ato de improbidade administrativa.** *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 324, jan/abr. 2019.

²⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, p. 256, 1992.

a elaboração deve estar fundamentada em tese aceitável, com amparo jurisprudencial ou doutrinário, mesmo que minoritário³⁰⁰.

Todavia, tal proteção não é absoluta, tampouco ilimitada, como a própria legislação reproduz. Nos termos de Ícaro Liebert Correia Barros, “as manifestações que balizarem condutas em sede de gestão de recursos públicos podem e devem ser levadas ao exame do controle externo da Administração Pública”³⁰¹.

Até porque, segundo Leonardo Saraiva, “referido tratamento há de se compatibilizar com o vetor constitucional de proteção à moralidade e à probidade pública e vice-versa”³⁰².

Isto pois, em que pese não estarem diretamente vinculados à Administração Pública, são envolvidos pelo controle externo dos atos desta; vez que, assim como os agentes públicos, representam e gerem os recursos públicos, os quais devem ser resguardados para o bem comum³⁰³.

Destarte, opostamente, não seria razoável a não responsabilização do advogado por posicionamento favorável à prática de ato ilícito, desrespeitando o interesse público e beneficiando-se do regime de contratação administrativa³⁰⁴.

Mas, nesta linha, relembra Jean Colbert Dias e Viviane Coelho de Sellos-Knoerr que, em que pese “a imunidade profissional do advogado não é

³⁰⁰ DIAS, Jean Colbert; SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de. **O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização do advogado parecerista por ato de improbidade administrativa**. p. 325.

³⁰¹ BARROS, Ícaro Liebert Correia. **Da responsabilidade do advogado público por parecer jurídico emitido em processo licitatório**. Dissertação Graduação em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2016. p. 46.

³⁰² SARAIVA, Leonardo. **Advogado pode incorrer em improbidade administrativa por causa de parecer?** Revista Jus Navegandi, Teresina, 12 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66319>> Acesso em: 14 out. 2021.

³⁰³ BARROS, Ícaro Liebert Correia. **Da responsabilidade do advogado público por parecer jurídico emitido em processo licitatório**. p. 46.

³⁰⁴ BARROS, Ícaro Liebert Correia. **Da responsabilidade do advogado público por parecer jurídico emitido em processo licitatório**. p. 46.

absoluta, entretanto, sua responsabilização deve estar marcada pelo agir doloso ou de má-fé [...]”³⁰⁵.

Por este motivo, é necessário atentar-se que, conforme Adilson Abreu Dallari, “a contratação de serviços de advocacia tem suscitado enormes controvérsias”³⁰⁶.

Em sequência, explica o Autor acerca da disseminação das ações de Improbidade Administrativa e sua relação com a afirmação supracitada:

O problema é que existe uma variedade enorme de situações entre a elaboração de um parecer jurídico e a simples propositura de (ou defesa em) ação judicial rotineira. [...] Atualmente, no tocante à contratação de serviços técnicos profissionais especializados, sem licitação, a ação popular vulgarizou-se, transformando-se em meio de atuação política ou, até mesmo, simples instrumento de extorsão. Da mesma forma, pululam as ações civis públicas interpostas sem a mais elementar cautela, sem o mais mínimo cuidado na apuração preliminar dos fatos. Não se pode pretender que autoridades e administradores descuidem de sua honorabilidade pessoal, a ponto de entregar tais casos aos cuidados de uma espécie de defensor natural. Entendemos que agentes políticos, titulares de mandatos eletivos, têm a obrigação de defender a integridade da outorga popular³⁰⁷.

De maneira idêntica descreve Joel de Menezes Niebhur ao dizer que muitas vezes, os próprios integrantes dos tribunais de contas, da magistratura ou do Ministério Público desprezam a discricionariedade da Administração e inviabilizam a contratação direta do advogado, por intermédio de questionamentos e declarações de ilegalidade contratual sem fundamentos, quando tais ações deveriam ser de caráter excepcional³⁰⁸.

Desta forma, tem-se que a contratação de advogados por inexigibilidade de licitação só poderia caracterizar um ato de Improbidade Administrativa, caso estivessem presentes condutas visivelmente ilegais, de

³⁰⁵ DIAS, Jean Colbert; SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de. **O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização do advogado parecerista por ato de improbidade administrativa**. p. 325.

³⁰⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57.

³⁰⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

³⁰⁸ NIEBHUR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 185.

inequívoca e flagrante transgressão das condutas definidas no primeiro tópico deste capítulo.

À título de exemplo, Fábio Carneiro Bueno Oliveira, *apud* Cássio Scarpinella e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, cita: “[...] (a) da desnecessidade em celebrar o contrato de prestação de serviços advocatícios, (b) da absoluta falta de capacidade do advogado ou do escritório de advocacia contratado ou (c) de desvio de finalidade na contratação [...]”³⁰⁹. A alínea (c), por sua vez, remete aos efeitos incompatíveis com o interesse público.

Assim, mediante a narrativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, “Ninguém, portanto, é ímprobo por acaso, nem desonesto por imperícia, nem inidôneo se não quiser sê-lo ostensiva e propositadamente”³¹⁰.

Sobreleva-se que caberá ao competente Ministério Público o ônus probatório na ação de Improbidade Administrativa, sendo essencial a demonstração de ausência de singularidade do objeto, falta de especialização do profissional e ajuste demasiadamente desproporcional de honorários, se comparados aos valores exigidos por outros advogados de mesmo nível técnico³¹¹.

Aliás, o órgão competente para o exame da licitude da contratação em processos licitatórios é o Superior Tribunal de Justiça, visto que trata-se de análise infraconstitucional, de acordo com o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NECESSIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 743901 AgR, Relator(a):

³⁰⁹ BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215-216.

³¹⁰ BRASIL, Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Processo n. 09/00271833**. Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Mafra. Responsáveis: Carlos Roberto Scholze e outros. Relatório: DMU - 1922/2015 - Reinstrução Plenária. Florianópolis, 01 jun. 2015. p. 364. Disponível em: <<https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/RelatorioTecnico/4213398.PDF>> Acesso em: 14 out. 2021.

³¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. p. 51.

Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 24- 09-2013 PUBLIC 25-09-2013)³¹².

Ressalta-se que o artigo 149 da Lei nº 14.133/2021, correspondente ao artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, esclarece que mesmo diante da nulidade do ato, a Administração terá que indenizar o contratado pelo que tiver executado do serviço.

Com a interpretação do dispositivo destacado acima, afirma Adilson Abreu Dallari que os advogados jamais poderão figurar no polo passivo de uma ação civil de responsabilidade, vez que “apenas executaram fielmente os contratos firmados e receberam tão somente pelos serviços que efetivamente prestaram”³¹³.

Isto porque, não seria correto por parte da Administração Pública enriquecer ilicitamente, declarando a nulidade de uma contratação de advogado, locupletando-se dos valores e lesionando o contratado, que efetuou, ao menos, parte do serviço pactuado.

Por este ângulo entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA PELO MUNICÍPIO DE NHANDEARA/SP (CONTRATO 36/97). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO CAUSÍDICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS EM DECORRÊNCIA DO PACTO 36/97, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO [...] 2. A condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, demanda a comprovação do nexo causal entre a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal, sendo insuficiente, portanto, a mera presunção do prejuízo ao Estado [...] 3. In casu, restou incontroversa a prestação dos serviços de assessoria jurídica pelo Causídico, nos termos pactuados entre este último e o Ente Municipal no Contrato 36/97, de maneira que o Tribunal de

³¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgRe em Recurso Extraordinário com Agravo n. 743901/SP**. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antonio Galdino. Relator: Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma. Brasília, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur242744/false>> Acesso em: 14 out. 2021.

³¹³ DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. p. 55.

origem impôs ao Advogado e à Prefeita a condenação de ressarcir ao Erário o valor acertado (R\$ 18.600,00) sob o fundamento de não haver justificação para a estipulação da quantia e, ainda, por ter o Causídico elaborado, concretamente, apenas uma petição, interposto Recursos Especiais e impetrado Mandado de Segurança. 4. Contudo, apesar de o desenrolar das ações e dos procedimentos terem requerido, efetivamente, apenas as peças enumeradas pela Sentença, o fato é que o acompanhamento das ações e dos procedimentos foram, de fato e em conformidade com o Contrato 36/97, prestados, não servindo de parâmetro, para fins de apuração da razoabilidade do valor do Contrato, apenas as petições elaboradas pelo Advogado; e assim é, porque o desenvolvimento das ações e procedimentos elencados no Contrato 36/97 poderiam ter exigido outras atuações do Procurador, mas a sucessão dos fatos ocorridos na realidade demandou, apenas, os trabalhos deflagrados pelo Causídico. 5. Ademais, eventual ausência de justificação do valor estipulado entre o Causídico e o Município de Nhandeara/SP (R\$ 18.600,00), por si só, não configura prejuízo ao Erário; o dano em comento, por ser concreto e auferível empiricamente, deve ser comprovado, não admitindo presunções, nesse aspecto. [...] É de império destacar que o recurso especial foi interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil que tem se manifestado a favor dos advogados em lides como a presente, uma vez que o trabalho do advogado é intelectual, singular, e especializado o que torna impossível sua exposição em competição licitatória, conforme afirmou o Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da seccional paulista, dr. RICARDO TOLEDO SANTOS FILHO³¹⁴.

Por este motivo, ante a complexidade da questão, para Fábio Henrique Curan, “nem sempre o ato administrativo discricionário é tão discricionário assim, nem o ato administrativo vinculado é tão vinculado aos ditames da lei (princípio da legalidade)”³¹⁵.

3.4 O ADVOGADO COMO SUJEITO PRATICANTE E RESPONSÁVEL POR ATO ÍMPROBO

A Lei de Improbidade Administrativa descreve em seu artigo 2º que será considerado agente público, aquele que exercer, com ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1181806/SP**. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo. Recorrido: Luiz Manoel Gomes Júnior. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Brasília, 07 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000344170&dt_publicacao=02/12/2013> Acesso em: 14 out. 2021.

³¹⁵ CURAN, Fábio Henrique. **Improbidade administrativa e a responsabilização do advogado parecerista**. Dissertação Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília, 2015. p. 51.

investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades elencadas no artigo 1º desta.

Logo, com relação ao advogado, sujeito da contratação direta, a referida legislação esclarece que “são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

De acordo com Mazzilli, *apud* Fábio Henrique Curan, “os agentes públicos são dotados de prerrogativas das mais complexas possíveis e geralmente de grande relevo, [...] pensando no melhor benefício à comunidade, contudo, nem sempre isso ocorre, uma vez que é impossível ganhar o tempo todo”³¹⁶.

Destarte, o mesmo autor propõe a interpretação de que, nem mesmo os agentes da Administração Pública poderão ser responsabilizados por atos culposos no exercício da função, em que pese seja reprovável a conduta que ateste imprudência, negligência ou imperícia.

Em complementação, o Juiz Federal André Jackson de Holanda Maurício Júnior pronuncia que “a improbidade envolve um plus subjetivo, em relação a mera ilegalidade”³¹⁷, sendo imprescindível a presença de dolo e desonestidade em sua conduta.

Outrossim, este doutrinador afirma que apenas poderá haver Improbidade Administrativa mediante ato culposos, quando o ato violar, propositalmente, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com a Administração Pública³¹⁸. Neste sentido, a conduta culposa que ocasiona apenas lesão ao erário, somente caracterizará Improbidade se decorrente de ato anterior doloso, ou tomado de culpa grave³¹⁹.

³¹⁶ CURAN, Fábio Henrique. **Improbidade administrativa e a responsabilização do advogado parecerista**. p. 70.

³¹⁷ HOLANDA JÚNIOR, André; TORRES, Ronny Chaves Lopes de; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Improbidade administrativa**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 143-145.

³¹⁸ HOLANDA JÚNIOR, André; TORRES, Ronny Chaves Lopes de; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Improbidade administrativa**. p. 143-145.

³¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 494124/RS**.

Assim sendo, Carlos Roberto Gonçalves conceitua os graus de culpa como: “Culpa lata ou grave: imprópria ao comum dos homens é a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa leve: falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima: falta só evitável com atenção extraordinária ou com especial habilidade”³²⁰.

Por conseguinte, Leonardo Saraiva disciplina que para responsabilizar o advogado por ato de Improbidade Administrativa, também será necessária a existência de um “*plus*”, com relação ao exigido da conduta dos agente públicos. Ademais, destaca que mesmo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que atendem pela desnecessidade do dolo, exigem, minimamente, um erro grosseiro por parte deste profissional³²¹.

Deste modo tem-se a redação do artigo de Zaiden Geraige Neto e Jonatas Ribeiro Benevides acerca do que pode ser compreendido por este *plus*:

Assim, na hipótese de contratação de um advogado sem notória especialização naquela determinada área, não sendo o objeto singular, não havendo confiança sob o ponto de vista objetivo, havendo advogados concursados do ente público, sendo desproporcional o valor da contratação e, por fim, além de tudo isso, não agindo com eficiência o profissional contratado, cometendo determinado erro no ajuizamento de eventual ação temerária, não há outro caminho senão a condenação de todos os envolvidos nas penas previstas na Lei no 8.429/92, de forma dolosa, com a necessária restituição dos valores indevidamente pagos e aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da LIA³²².

Desta forma, com a presença dos listados requisitos, restou caracterizada a Improbidade Administrativa pelas sociedades Carneiro Nogueira

Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Jairo Luís Conzatti. Relator: Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Brasília, 04 mai. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400689553&dt_publicacao=09/05/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

320 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 460.

321 SARAIVA, Leonardo. **Advogado pode incorrer em improbidade administrativa por causa de parecer?** p. 7.

322 GERAIGE NETO; Zaiden; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. **O advogado público e a prática de improbidade administrativa na contratação do profissional do direito por dispensa ou inexigibilidade de licitação sem o preenchimento dos critérios legais e suas consequências.** p. 406-407.

Advogados Associados e Luiz Silveira Advocacia Empresarial no julgamento do Recurso Especial nº 1377703/GO:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SERVIÇO SINGULAR PRESTADO POR PROFISSIONAIS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. HISTÓRICO. 1. O Ministério Público do Estado de Goiás ajuizou Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa questionando a contratação de escritórios de advocacia sem a realização de procedimento licitatório, por meio de três contratos, cada um prorrogado duas vezes, com a sociedade "Carneiro Nogueira Advogados Associados" e com a sociedade "Luiz Silveira Advocacia Empresarial". [...] 6. De acordo com o disposto nos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993, a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado, devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação. [...] 8. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido com base na seguinte premissa, estritamente jurídica: nas causas de grande repercussão econômica, a simples instauração de processo administrativo em que seja apurada a especialização do profissional contratado é suficiente para justificar a inexigibilidade da licitação. 9. A violação da legislação federal decorre da diminuta (para não dizer inexistente) importância atribuída ao critério verdadeiramente essencial que deve ser utilizado para justificar a inexigibilidade da licitação, isto é, a comprovação da singularidade do serviço a ser contratado. 10. Ora, todo e qualquer ramo do Direito, por razões didáticas, é especializado. Nos termos abstratos definidos no acórdão recorrido, qualquer escritório profissional com atuação no Direito Civil ou no Direito Internacional, por exemplo, poderia ser considerado especializado. 11. Deveria o órgão julgador, por exemplo, indicar: a) em que medida a discussão quanto à responsabilidade tributária solidária, no Direito Previdenciário, possui disciplina complexa e específica; e b) a singularidade no modo de prestação de seus serviços - apta a, concretamente, justificar com razoabilidade de que modo seria inviável a competição com outros profissionais igualmente especializados. 12. É justamente nesse ponto que se torna mais flagrante a infringência à legislação federal, pois o acórdão hostilizado não traz qualquer característica que evidencie a singularidade no serviço prestado pelas sociedades de advogados contratadas, ou seja, o que as diferencia de outros profissionais a ponto de justificar efetivamente a inexigibilidade do concurso. 13. Correto, portanto, o Parquet ao afirmar que "Há serviços que são considerados técnicos, mas constituem atividades comuns, corriqueiras, sem complexidade, ainda que concernentes à determinada área de interesse. Assim, nem todo serviço jurídico é necessariamente singular para efeito de inexigibilidade de licitação". Friso uma vez mais: não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma

generalizada assessoria jurídica. 14. É pouco crível que, na própria capital do Estado de Goiás, inexistam outros escritórios igualmente especializados na atuação acima referida. [...] ILEGALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE REMUNERAÇÃO 16. Merece destaque, ainda, a informação de que os contratos contém cláusulas que preveem a remuneração estipulada em percentual sobre os tributos cuja cobrança a contratante Celg consiga anular ou, em outras bases, cuja restituição seja reconhecida judicialmente (disposições que verdadeiramente transformam o escritório em sócio do Erário). [...] 18. Relembre-se que, conforme Memorial do Estado de Goiás, o contratado Luiz Silveira Advocacia Empresarial S/C já ajuizou Execução dos honorários para pleitear o pagamento de R\$ 54.000.000, 00 (cinquenta e quatro milhões de reais). O elevadíssimo valor em cobrança - não estou aqui a discutir se os serviços foram ou não prestados -, acrescido das ponderações acima, somente corrobora o quão prejudicial para a Administração Pública foi a contratação dos serviços sem a observância à instauração do procedimento licitatório. ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 19. A conduta dos recorridos de contratar diretamente serviços técnicos sem demonstrar a singularidade do objeto contratado e a notória especialização, e com cláusula de remuneração abusiva fere o dever do administrador de agir na estrita legalidade e moralidade que norteiam a Administração Pública, amoldando-se ao ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei de Improbidade. 20. É desnecessário perquirir acerca da comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou da caracterização de prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária ao dever de legalidade, corroborada pelos sucessivos aditamentos contratuais, pois é inequívoca a obrigatoriedade de formalização de processo para justificar a contratação de serviços pela Administração Pública sem o procedimento licitatório (hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação). [...] DISPOSITIVO DO VOTO-VISTA. 24. Com as homenagens devidas à eminente Relatora, sempre brilhante, conheço e dou provimento ao Recurso Especial para reconhecer a violação dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/1993 e do art. 11 da Lei 8.429/1992 e enquadrar a conduta dos recorridos em ato de improbidade por ofensa do dever de legalidade e atentado aos princípios da Administração Pública. Determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal de origem para que sejam fixadas as penas, assim como as verbas de sucumbência. (STJ. REsp 1377703/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 12/03/2014)³²³

Isto posto, indispensável esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela prática de Improbidade, vez que não estaria presente a

323 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.703/GO**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon, Segunda Turma. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103059875&dt_publicacao=12/03/2014> Acesso em 14 out. 2021.

singularidade do serviço de ajuizamento de ações de repetição de indébito tributário e cobranças de tributos, tampouco estaria demonstrada, ou sequer, justificada a notória especialização dos profissionais escolhidos, sendo que tal atividade poderia, sem maiores dificuldades, ser exercida pelos advogados públicos do órgão.

Ademais, o Tribunal reconheceu a explícita prática dolosa e lesiva nas estipulações contratuais, ao passo que tal instrumento previa modelo de remuneração ilícita, através da qual os particulares teriam participação de lucro nos tributos que viessem a ser restituídos por determinação judicial, fazendo com que o escritório se transformasse em “sócio do Erário”.

Além disso, merece destaque o valor cobrado a título de honorários pela segunda sociedade, no montante de cinquenta e quatro milhões de reais. Quantia visivelmente desproporcional e que prejudica o Erário.

Portanto, clarificado que apenas a presença cumulativa de divergentes requisitos que demonstrem a ausência de moralidade e probidade na contratação é capaz de atribuir condenação aos profissionais envolvidos na operação. Assim, *a contrario sensu*, entendeu o mesmo Tribunal na Decisão do Recurso Especial nº 1192332/RS³²⁴.

Por este mesmo norte definiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF³²⁵, já no ano de 2001, ao listar o dolo, a má-fé e o erro grave (erro grosseiro), como elementos fundamentais para a Improbidade Administrativa.

O erro grosseiro, por sua vez, não se configura mediante a adoção tese plausível, mesmo que compreenda o entendimento da minoria, pois,

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.192.332/RS**. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Brasília, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000806673&dt_publicacao=19/12/2013>. Acesso em 14 out. 2021.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRe em Recurso Extraordinário n. 244.410/SC**. Agravante: Miguel Marcos Martins. Agravada: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma. Brasília, 20 mar. 2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17715/false>> Acesso em: 14 out. 2021.

desta forma, o profissional da advocacia ainda encontra-se amparado pela inviolabilidade de sua função³²⁶.

A má-fé, consoante ao proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, “[...] é premissa do ato ilegal e ímprobo [...] quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba”³²⁷.

Isto ocorre em razão do advogado desfrutar de proteção constitucional, presente no mencionado artigo 133 da CRFB/88, com relação a sua dignidade e ao exercício de suas atividades.

Todavia, necessário atentar-se que tal proteção não é absoluta, conforme consignou o Superior Tribunal de Justiça e restou disseminado no tópico anterior:

[...] 4. Nos termos do art. 133 da Constituição Federal, "o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." Sem embargo, a inviolabilidade do advogado não pode ser tida por absoluta, devendo ser limitada ao exercício regular de sua atividade profissional, não sendo admissível que sirva de salvaguarda para a prática de condutas abusivas ou atentatórias à lei e à moralidade que deve conduzir a prática da advocacia. 5. No julgamento do MS n. 24.631/DF, da relatoria do Exmo. Sr.Ministro Joaquim Barbosa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de responsabilização dos advogados públicos pelo conteúdo de pareceres técnico-jurídicos meramente opinativos, salvo se evidenciada a presença de culpa ou erro grosseiro. 6. Conforme o consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a imunidade do advogado público não obsta a sua responsabilização por possíveis condutas criminosas praticadas no exercício de sua atividade profissional, desde que demonstrado que agiu imbuído de dolo. [...] ³²⁸.

³²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.454.640/ES**. Recorrente: Elsa Helena Lesqueves Galante. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 15 out. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400096292&dt_publicacao=05/11/2015> Acesso em: 14 out. 2021.

³²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 1999.38.02.000258-0/MG**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Nilson de Camargos Roso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, 14 mar. 2015. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>> Acesso em: 14 out. 2021.

³²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 82.377/MA**. Recorrente: Ricardo Gama Pestana. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 10 out. 2017. Disponível em:

A lógica da responsabilização do advogado pode ser aplicada, analogamente às considerações de José dos Santos Carvalho Filho de que “o agente que emite o parecer não pode ser considerado solidariamente responsável com o agente que produziu o ato administrativo final [...]”³²⁹. Ou seja, só poderá haver responsabilização do profissional que emitiu o parecer jurídico, se comprovado que este tenha agido dolosamente, com intenção de cometer atos considerados ímprobos.

Frisa-se que este é o mesmo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer³³⁰.

Acerca da imputação solidária à ambas as partes da relação jurídica, destaca Sidney Bittencourt que “a menção aos casos de dispensa e inexigibilidade não afasta o alcance solidário quando de superfaturamento em licitações”³³¹.

Neste sentido, já vem o Tribunal de Contas da União adotando este entendimento desde os primórdios da publicação da Lei nº 8.666/1993:

[...] 6. embora o dispositivo mencionado somente faça alusão às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, insustentável se afigura defender tese em que se apregoe a responsabilidade exclusiva da administração quanto à detecção de preços superfaturados em convites, tomadas de preços e concorrências, e se pretenda partilhar tal responsabilidade também com os fornecedores nas situações em que a licitação não ocorre. [...] À respeito, permito-me transcrever

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700643354&dt_publicacao=18/10/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

³²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139-140.

³³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.183.504/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Marcos Sousa e Silva. Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Brasília, 18 mai. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000407765&dt_publicacao=17/06/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

³³¹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. p. 297.

excerto de parecer de lavra do subprocurador- Geral dr. Jatir Batista da cunha, lavrado nos autos do tc-675.295/94-7 [...]: "... em que pese não haver, no estatuto das Licitações, dispositivo expresso acerca de imputação de responsabilidade solidária do contratado e do agente público, em virtude de superfaturamento nos contratos decorrentes de procedimentos licitatórios, uma interpretação sistemática da Lei no 8.666/93 permite concluir que a possibilidade de responsabilização é extensiva a todos os contratos administrativos, mesmo não se tratando de contratação direta. [...] a Lei de Licitações, ao tipificar as condutas penalmente relevantes, capitulou como criminosa, em seu artigo 96, a ação de 'fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os preços; (...) V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato' [...]"³³².

Por este ângulo, cabe mencionar que, em que pese não citar a responsabilização solidária, o §3º do artigo 23 da Lei nº 13.655/2018³³³, estabelece que "as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato"

Logo, nas bem colocadas palavras de Gina Copola, "a contratação de advogado sem prévia licitação não constitui, por si só, ato de improbidade administrativa"³³⁴. Assim sendo, consoante ao já apontado, a inexigibilidade é devida e está prevista em Lei³³⁵, considerando a notória especialização do profissional e a singularidade do objeto, tornando o serviço da advocacia personalíssimo.

³³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Tomada de Contas Especial n. 006.002/1996-0**. Acórdão 15/2002. Recorrente: Alice Moura Barreto e outros. Entidade: Unidade: Escritório de Representação do Ministério da Saúde de Rondônia. Brasília, 30 jan. 2002. Disponível em: <encurtador.com.br/tFI02> Acesso em: 14 out. 2021.

³³³ BRASIL. **13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

³³⁴ COPOLA, Gina. **A contratação de advogado sem licitação não constitui ato de improbidade administrativa. A Ordem dos Advogados do Brasil precisa defender as prerrogativas de seus inscritos**. Editora Fórum, Belo Horizonte. Fev. 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/nyGR4> Acesso em: 14 out. 2021.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.285.378/MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101749025&dt_publicacao=28/03/2012> Acesso em: 14 out. 2021.

Aliás, “o fato do ente público contar com quadro de Procuradores não obsta a contratação de auxílio externo para a realização de tarefas específicas (...), ainda que para não sobrecarregar seus funcionários”³³⁶, desde que preenchidos os requisitos legais³³⁷.

Logo, nem mesmo a mera existência de profissionais jurídicos próprios do corpo de agentes da Administração Pública, é apta à desconsiderar a legalidade da contratação direta do Advogado quando faltosa as combinações de violações à Lei de Improbidade Administrativa já destacadas neste Capítulo³³⁸. Bem assim, caso fosse, as alíneas b), c) e e) da Lei nº 14.133/2021, reproduções do artigo 13, incisos II, III e V da Lei nº 8.666/1993, seriam inconstitucionais³³⁹.

Por esta razão, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a recomendação nº 36/2016, na qual fundamenta que, caso o membro do órgão entenda pela contratação ilegal do profissional da advocacia, deverá este descrever na ação proposta os requisitos da Lei de Licitações que foram descumpridos³⁴⁰.

Espera-se da Ordem dos Advogados do Brasil comportamento rígido e irrefutável, no sentido de apoiar seus inscritos, baseando-se nas prerrogativas que dispõe o profissional da advocacia, coincidente com a deliberação realizada pelo

³³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0009041-61.2010.8.26.0318**. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Geraldo Macarenko e outros. Relator: Desembargador: Evaristo dos Santos. São Paulo, 4 nov. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7150536&cdForo=0>> Acesso em: 14 out. 2021.

³³⁷ MOTTA, Fabrício. A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte. n. 174, p. 27, jun. 2016.

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.626.693/SP**. Recorrente: Paulo Ramos de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 9 mar. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200962630&dt_publicacao=03/05/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

³³⁹ MOTTA, Fabrício. **A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação**. p. 25.

³⁴⁰ BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação n. 36, de 14 de junho de 2016**. Dispõe sobre recomendação acerca das cautelas que devem ter os membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia por ente público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendação-036.pdf>> Acesso em: 14 out. 2021.

Conselho Federal desta, em Conselho Pleno sob a Súmula nº 4/2012/COP, com relatório de Jardson Cavalcante Cruz³⁴¹.

Isto posto, o que se vê é o vasto acervo jurisprudencial, já na época não consolidada pela Lei nº 14.039/2020, no sentido de afastar a incidência do ato de improbidade administrativa na contratação de advogado que não restou marcada por qualquer má-fé, dolo, ou prejuízo aos cofres públicos³⁴².

³⁴¹ BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula n. 04/2012/COP**. Brasília, 17 set. 2012. Presidente: Ophir Cavalcante Junior. Relator: Jardson Saraiva Cruz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sumula-licitacao.pdf>> Acesso em: 14 out. 2021.

³⁴² COPOLA, Gina. **A contratação de advogado sem licitação não constitui ato de improbidade administrativa. A Ordem dos Advogados do Brasil precisa defender as prerrogativas de seus inscritos**. p. 6.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta monografia teve como propósito o estudo da ocorrência de Improbidade Administrativa, ou não, na contratação direta por Inexigibilidade de Licitação, de advogado da esfera privada, em favor da Administração Pública.

Logo, restou concluída a pesquisa científica que visava certificar sua incidência, se era de caráter eventual ou rotineiro, bem como, quais eram as consequências de sua configuração, nas hipóteses em que o negócio era efetuado para que o profissional da advocacia prestasse seus serviços.

Os problemas apresentados para a inicialização desta monografia tratavam-se do estudo dos processos licitatórios, baseando-se na exceção da contratação direta, trazendo como primeira questão quando seria aplicável a Inexigibilidade para a contratação do advogado pela Administração Pública.

O segundo problema indagava sobre quais seriam as consequências jurídicas desta modalidade de contratação, sendo que, o terceiro problema complementava o pensamento ao inquirir sobre quais sujeitos, participantes do negócio, sofreriam tais consequências, o advogado que era contratado para prestar seus serviços, ou o servidor da Administração Pública contratante?

Pois bem, primordialmente, antes da conclusão desta pesquisa, foram instituídas três hipóteses para os três problemas supramencionados.

A primeira hipótese delineada afirmava que a Inexigibilidade de Licitação seria caracterizada, em tese, quando houvesse necessidade de prestação de serviços jurídicos considerados técnicos, singulares, profissionais e especializados.

Portanto, como infere-se da fundamentação desta monografia, a primeira hipótese restou **confirmada**. Isto porque, é possível a contratação do Advogado por Inexigibilidade quando este for dotado de notória especialização técnica e o objeto do contrato seja de natureza singular, devendo estes atributos constarem na justificativa de contratação pela Administração Pública.

A segunda hipótese, por sua vez, tratava-se de esclarecer que a consequência jurídica desta modalidade de contratação, qual seja, a Inexigibilidade de Licitação, poderia resultar em Improbidade Administrativa.

No que tange à segunda hipótese, esta **não confirmou-se**, vez que a Inexigibilidade de Licitação possui amparo legal, considerando que o objeto é singular, já que o serviço do advogado é personalíssimo, pois, especializado e técnico.

Destarte, complementa-se que a mera contratação direta não enseja Improbidade Administrativa, já que para isso, seria imprescindível a presença de muitos requisitos, como o dano à Administração Pública, o dolo e a má-fé na conduta do profissional, além de outros.

Por fim, a terceira hipótese, criada para responder o terceiro problema, o qual questionava acerca dos sujeitos que cairiam nas consequências da Improbidade Administrativa, argumentava que a regra geral seria de incidência sobre o servidor que promoveu a contratação de forma dolosamente imoral. Todavia, seria possível a caracterização de Improbidade em face do advogado.

Logo, a terceira hipótese também **não confirmou-se** na sua forma literal.

Não há especificamente uma regra geral de responsabilização para determinado sujeito que envolveu-se na contratação desenvolvida de forma improba. Aliás, mesmo quando falamos de um servidor público, com exceção da violação de princípios da Administração Pública, há necessidade da existência de prejuízo ao Erário, além do dolo e má-fé em sua conduta.

Lembrando que muitos autores consideraram não apenas a conduta dolosa como capaz de ensejar Improbidade Administrativa, mencionando, neste caso, o instituto da culpa grave, ou erro grosseiro.

Aliás, no que diz respeito ao profissional da advocacia, é indispensável o “plus” mencionado na fundamentação desta monografia, com a presença de vários requisitos cumulativamente, sendo insuficiente sua mera participação em processo dotado de Improbidade.

Inclusive, mesmo que houvesse prática de má-fé e dolo por sua parte, é de difícil verificação a existência de lesão ao Erário, já que mormente impossível a valoração do serviço prestado por um Advogado escolhido por sua notória especialidade, quando frequentemente trabalha por tal preço à título de honorários.

Além disso, há de considerar a essência intelectual de sua prestação, motivo de sua escolha. O serviço é personalíssimo e independe do número de confecção de documentos jurídicos para mensurar se este, de fato, foi prestado, já que cada profissional possui concepção divergente daquilo que entende como a solução mais adequada ao impasse jurídico apresentado pela Administração Pública, sendo inverossímil, em qualquer cenário, a garantia de um resultado processual.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Ícaro Liebert Correia. **Da responsabilidade do advogado público por parecer jurídico emitido em processo licitatório**. Dissertação Graduação em Direito. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2016.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1. ed. trad. Carmen C. Varriale; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **2.926, de 14 de maio de 1862**, Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/398725/publicacao/15631310>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **4.536, de 28 de janeiro de 1922**, Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **2.300, de 21 de novembro de 1986**, Dispões sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **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: 14 out. 2021.

BRASIL. **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: 15 mai. 2021.

BRASIL. **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: 15 set. 2021.

BRASIL. **9.784, de 29 de janeiro de 1999**, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **10.520, de 17 de julho de 2002**, Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **12.462, de 4 de agosto de 2011**, Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **12.527, de 18 de novembro de 2011**, Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **7.746, de 5 de junho de 2012**, Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios e práticas para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **9.178, de 23 de outubro de 2017**, Altera o Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012, que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a

Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9178.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **13.655, de 25 de abril de 2018**, Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **14.133, de 1 de abril de 2021**, Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação n. 36, de 14 de junho de 2016**. Dispõe sobre recomendação acerca das cautelas que devem ter os membros do Ministério Público ao analisar a contratação direta de advogados ou escritórios de advocacia por ente público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendação-036.pdf>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15. mai. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº **157, de 29 de dezembro de 2016**, Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp157.htm#art4>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Administração pública não precisa de licitação para contratar advogado**. Brasília, 9 dez. 2008. Disponível em: <encurtador.com.br/eqtF>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL, Ordem dos Advogados do Brasil. BITTENCOURT, Sidney. **Licitação passo a passo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Brasília, 17 set. 2012. Presidente: Ophir Cavalcante Junior. Relator: Jardson Saraiva Cruz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sumula-licitacao.pdf>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. **PL 1.292, de 30 de novembro de 1995**. Altera a lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 14 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 107.758/GO**. Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás. Agravado: Odonto Médica Brasil Ltda. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 10 dez. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102528290&dt_publicacao=10/12/2012> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 494.124/RS**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Jairo Luís Conzatti. Relator: Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Brasília, 04 mai. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400689553&dt_publicacao=09/05/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 1.177.579/PR**. Agravante: Derli Antônio Donin e outros. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Brasília, 16 ago. 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000171465&dt_publicacao=19/08/2011> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Manual de padronização de textos do STJ**. 2. ed. Brasília: STJ, 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 765.212/AC**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre. Recorrido: Francisco Batista de Souza e outro. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Brasília, 02 mar. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501086508&dt_publicacao=23/06/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.181.806/SP**. Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 07 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000344170&dt_publicacao=02/12/2013> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.183.504/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Marcos Sousa e Silva. Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Brasília, 18 mai. 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000407765&dt_publicacao=17/06/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.190.740/MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Maria da Conceição Corrêa e outros. Relator: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, 03 ago. 2010. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000693355&dt_publicacao=12/08/2010> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.192.332/RS**. Recorrente: Élbio de Mendonça Senna. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 12 nov. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000806673&dt_publicacao=19/12/2013>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.285.378/MG**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Acácio Mendes de Andrade. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 13 mar. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101749025&dt_publicacao=28/03/2012> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.377.703/GO**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Goiás. Recorrido: Luiz Oliveira da Silveira Filho e Outros. Relator(a): Eliana Calmon, Segunda Turma. Brasília, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103059875&dt_publicacao=12/03/2014> Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.454.640/ES**. Recorrente: Elsa Helena Lesqueves Galante. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 15 out. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400096292&dt_publicacao=05/11/2015> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.626.693/SP**. Recorrente: Paulo Ramos de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 9 mar. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200962630&dt_publicacao=03/05/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 82.377/MA**. Recorrente: Ricardo Gama Pestana. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 10 out. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700643354&dt_publicacao=18/10/2017> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRe em Recurso Extraordinário n. 244.410/SC**. Agravante: Miguel Marcos Martins. Agravada: Caixa Econômica Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma. Brasília, 20 mar. 2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur17715/false>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AgRe em Recurso Extraordinário com Agravo n. 743.901/SP**. Agravante: Miguel Moubada Haddad. Agravado: Antonio Galdino. Relator: Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma. Brasília, 03 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur242744/false>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Registro nº 29. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>> Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.705/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Advocacia Alberto Rollo S/C e Jesus Adib Abi Chedid. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 mar. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92228/false>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Processo n. 09/00271833**. Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Mafra. Responsáveis: Carlos Roberto Scholze e outros. Relatório: DMU - 1922/2015 - Reinstrução Plenária. Florianópolis, 01 jun. 2015. p. 364. Disponível em: <<https://consulta.tce.sc.gov.br/RelatoriosDecisao/RelatorioTecnico/4213398.PDF>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2993/2018**. Recorrente: identidade preservada. Entidade: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM). Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 12 dez. 2018. Disponível em: <encurtador.com.br/nqsD3>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 22280/2019**. Recorrente: Alessandro de Castro, Jairo Stori Preissler, Eduardo Vaz da Costa Junior, Jose Antônio Fares e Marco Antônio Areias Secco. Entidade: Departamento Regional do Senai no Estado do Paraná; Departamento Regional do Sesi no Estado do Paraná. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 12 mar. 2019. Disponível em: <encurtador.com.br/FVX18>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 039**. A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 255**. Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Tomada de Contas Especial n. 006.002/1996-0**. Acórdão 15/2002. Recorrente: Alice Moura Barreto e outros. Entidade: Unidade: Escritório de Representação do Ministério da Saúde de Rondônia. Brasília, 30 jan. 2002. Disponível em: <encurtador.com.br/tFI02> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n. 0904612-23.2015.8.24.0054**. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Apelados: Diógenes Della Giustina Formiga de Moura e Fabiana dos Santos Linhares. Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público. Florianópolis, 10 set. 2019. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAPcQbAAL&categoria=acordao_5>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n. 0009041-61.2010.8.26.0318**. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelado: Geraldo Macarenko e outros. Relator: Desembargador: Evaristo dos Santos. São Paulo, 4 nov. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7150536&cdForo=0>> Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível n. 1999.38.02.000258-0/MG**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro e Nilson de Camargos Roso. Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto. Brasília, 14 mar. 2015. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>> Acesso em: 14 out. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CONCEIÇÃO, Rosangela Amaral da. **Pregão – um progresso na licitação**. Dissertação (Pós-graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213560.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2021.

COPOLA, Gina. **A contratação de advogado sem licitação não constitui ato de improbidade administrativa. A Ordem dos Advogados do Brasil precisa defender as prerrogativas de seus inscritos**. Editora Fórum, Belo Horizonte. Fev. 2017. Disponível em: <encurtador.com.br/nyGR4> Acesso em: 14 out. 2021.

COPOLA, Gina. **Contratação de advogado por prefeitura que possui procuradoria jurídica é ato de improbidade?** Revista Síntese, nº 102, p. 73, jun. 2014.

COPOLA, Gina. **Os vinte e cinco anos da lei de improbidade administrativa e o estado democrático de direito**. Uma reflexão sobre os temas de relevância. Revista Síntese: Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 37, set. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CURAN, Fábio Henrique. **Improbidade administrativa e a responsabilização do advogado parecerista**. Dissertação Mestrado em Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Marília, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, n. 141, p. 40, set/dez. 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. **Contratação de serviços de advocacia pela administração pública**. In: VERRI JÚNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Licitações e contratos administrativos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: revista dos tribunais, 1999.

DIAS, Jean Colbert; SELLOS-KNOERR, Viviane Coelho de. **O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização do advogado parecerista por ato de improbidade administrativa**. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 324, jan/abr. 2019.

FARIA, Gabriela de Lacerda. **Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação – a questão do dano in re ipsa e a possibilidade de comprovação de ausência de dano**. Dissertação Graduação em Direito. Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

FAZZIO JUNIOR., WALDO. **Atos de Improbidade Administrativa**: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na licitação**. 4. ed. São Paulo: Editora NDJ. 2011.

GERAIGE NETO; Zaiden; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. **O advogado público e a prática de improbidade administrativa na contratação do profissional do direito por dispensa ou inexigibilidade de licitação sem o preenchimento dos critérios legais e suas consequências**. Revista Jurídica, Curitiba. 18 mai. 2016. Disponível em: <DOI:10.6084/m9.figshare.3384877>. Acesso em: 13 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: Parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

HOLANDA JÚNIOR, André; TORRES, Ronny Chaves Lopes de; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Improbidade administrativa**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: modalidades de licitação, dispensa de licitação, licitação dispensada, inexigibilidade de licitação, procedimentos para a contratação direta. 10. ed. Belo Horizonte, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. Brasília: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. n. p. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:620821>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 11, p. 256, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Fabrício. **A contratação direta de serviços de advocacia e consultoria jurídica por inexigibilidade de licitação**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte. n. 174, p. 27, jun. 2016.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: Teoria e Prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

PAIVA, Marcelo. **Português Jurídico**. 10. ed. Brasília: Educere, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Francisco Otávio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

SARAIVA, Leonardo. **Advogado pode incorrer em improbidade administrativa por causa de parecer?** Revista Jus Navegandi, Teresina, 12 jun. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66319>> Acesso em: 14 out. 2021.

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

ANEXO I

Em concordância com as abordagens legislativas adotadas na presente pesquisa, elaborou-se a seguinte tabela comparativa, a qual estabelece as conexões e divergências entre as formalizações da Inexigibilidade de Licitação, adotadas pela antiga e nova Lei de Licitações, ambas vigentes e surtindo efeitos em todo território nacional.

TABELA COMPARATIVA das Leis de Licitações vigentes no Brasil, referente à Inexigibilidade	
Lei nº 14.133/2021	Lei nº 8.666/1993
Art. 23, § 4º. Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.	
Art. 37, § 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por: (VETADO)	Art. 13, § 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.
I — melhor técnica; ou (VETADO)	
II — técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica. (VETADO)	

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e esgotados os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:	Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. [...]
I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;	
II – revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;	
III – proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;	
IV – adjudicar o objeto e homologar a licitação. [...]	
§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.	§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.
CAPÍTULO VIII - DA CONTRATAÇÃO DIRETA	
Seção I - Do Processo de Contratação Direta	
Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:	
I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;	
II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;	
III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;	
IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com compromisso a ser assumido;	

V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;	
VI – razão da escolha do contratado;	Art. 26, II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
VII – justificativa de preço;	Art., 26, III - justificativa do preço.
VIII – autorização da autoridade competente.	Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.	
Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.	
Seção II - Da Inexigibilidade de Licitação	
Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:	Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;	I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;	III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização , vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:	II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular , com profissionais ou empresas de notória especialização , vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;	Art. 13, I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;	Art. 13, II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias ;	Art. 13, III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;	Art. 13, IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas ;	Art. 13, V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas ;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;	Art. 13, VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;	Art. 13, VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;	
IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;	
V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.	Art. 24, X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade , declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos , vedada a preferência por marca específica.	

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico	
§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considerase de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.	Art. 25, § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.	
§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:	
I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;	
II – certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;	
III – justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.	
Art. 82, § 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.	

Art. 83, § 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.	Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.
Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:	Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
(Código Penal) Contratação direta ilegal Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.	Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.